



Fall-Nr.: B 2017/36
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 06.03.2017
Entscheiddatum: 06.03.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 06.03.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Rüge, die Zahl der zur Einreichung eines Angebots einzuladenden Bewerber hätte nicht auf vier beschränkt werden dürfen, hätte die Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibung im selektiven Verfahren vorbringen müssen. Die nachträgliche Beschränkung auf drei Bewerber dient nicht mehr einer effizienten Abwicklung der Auftragsvergabe, sondern führt zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/36).

Verfahrensbeteiligte

Huber Fenster AG, St. Gallerstrasse 57, 9100 Herisau,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Matthias Raschle, Schoch, Auer & Partner,
Marktplatz 4, Postfach 547, 9004 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde Bad Ragaz, Gemeinderat, 7310 Bad Ragaz,

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

und



Haupt AG, Rosswöschstrasse 28, 6017 Ruswil,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Umbau und Sanierung Primarschulgebäude Bahnhofstrasse 22 (Fenster aus Holz, BKP 221) / Auswahl der Anbieter) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Bad Ragaz (Vorinstanz) hat am 24. Oktober 2016 im selektiven Verfahren die Teilnahme zur Lieferung und Montage von Fenstern aus Holz („Denkmalpflege-Fenster“) beim Umbau und bei der Sanierung des Primarschulgebäudes Bahnhofstrasse 22 ausgeschrieben (ABI 2016 S. 3094/3095). Gemäss Ausschreibungsunterlagen sollten maximal vier geeignete Bewerber ausgewählt und zur Einreichung eines Angebots eingeladen werden (act. 7/2). Innert der bis 20. Dezember 2016 offenen Frist reichten elf Anbieter einen Antrag ein (act. 7/4). Mit Verfügung vom 7. Februar 2017 lud die Vorinstanz drei Anbieterinnen zur Einreichung einer Offerte ein. Dagegen erhob die nicht berücksichtigte Huber Fenster AG (Beschwerdeführerin) mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 20. Februar 2017 beim Verwaltungsgericht unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende rechtzeitig Beschwerde und stellte unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 22. Februar 2017 einstweilen die Weiterführung des Vergabeverfahrens. Da die Beschwerdeführerin unter anderem geltend macht, sie sei anstelle der drittplatzierten Haupt AG Ruswil zur Einreichung eines Angebots einzuladen, wurde letztere als Beschwerdegegnerin am Verfahren beteiligt. Die Vorinstanz, welche die Einladung zur Einreichung eines Angebots in der angefochtenen Verfügung noch ausdrücklich unter den „Vorbehalt einer Beschwerde“ gestellt hatte, beantragte mit Vernehmlassung vom 24. Februar 2017, es sei der Beschwerde „die



aufschiebende Wirkung zu entziehen“. Die Beschwerdegegnerin hat stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch der Beschwerdeführerin verzichtet. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge sowie auf die Akten, welche die Vorinstanz dem Gericht am 24. Februar 2017 überbrachte, wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:

1. Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde.

2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung entstünden der Vorinstanz keinerlei Nachteile. Beschwerdebedingte Verzögerungen im geplanten Bauablauf seien kein Grund für die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung. Die Vorinstanz hält dem entgegen, bei einer Verzögerung des Einbaus der Fenster müssten mit provisorischen Schutzmassnahmen unter erheblichen Mehraufwendungen Schäden durch in die Konstruktion eindringendes Wasser verhindert werden. Die Ausführung der direkt vom Einbau der Fenster abhängigen nachfolgenden Gewerke würde verzögert. Bei einer Verzögerung um einen Monat würden die Fassadenarbeiten bis in die Wintermonate andauern, was wegen notwendig werdender Winterbaumassnahmen zu grösseren Folgekosten führen würde.



Das Gebäude könnte nicht auf den geplanten Fertigstellungstermin im Juli 2018 der Schule übergeben werden. Einzelne, auf verschiedene Gebäude und Räume auf dem Gemeindegebiet verteilte Klassen könnten nicht mehr untergebracht werden. Das von der Bürgerschaft genehmigte Schulraumkonzept würde zeitlich kollabieren. Es würden Bauprovisorien mit entsprechenden Bewilligungsverfahren notwendig. Vereine und Gruppen mit Gastrecht im Gebäude müssten befristete externe Zwischenlösungen verlängern. Die finanziellen Konsequenzen mit einem mindestens sechsstelligen Betrag zulasten des Steuerzahlers seien unverhältnismässig.

Die Vorinstanz weist grundsätzlich zu Recht auf die gegenseitige Abhängigkeit der verschiedenen Bauphasen und Arbeitsgattungen und die Bedeutung der Einhaltung der Termine bei den einzelnen Teilarbeiten für die zeitlich zuverlässige Planbarkeit der Erstellung innert absehbarer Frist hin (vgl. dazu Präsidialverfügung B 2014/178 vom 19. September 2014 E. 2.1 und B 2014/211 vom 31. Oktober 2014 je E. 2.1, www.gerichte.sg.ch, und die kritischen Anmerkungen zu dieser Rechtsprechung von M. Beyeler, in: Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich 2016, Rz. 430). Der Einbezug eines Rechtsmittelverfahrens in den Zeitplan bei der Vergabe sämtlicher Arbeitsgattungen stösst an Grenzen, weil die Gültigkeit von Angeboten regelmässig zeitlich begrenzt ist. Die Vorinstanz hat in der publizierten Ausschreibung als Ausführungstermin „voraussichtlich Frühling 2017“ angegeben. Gemäss Terminplan in den Ausschreibungsunterlagen ist die Vergabe des Auftrags für „Frühjahr 2017“ geplant; als Ausführungs- beziehungsweise Liefertermin wird der vage Zeitraum „2017 bis 2018“ angegeben (act. 2/7, lit. d des Antrags zur Teilnahme und Ziffer 6 zu Verfahren und Bedingungen). Ein detaillierterer Zeitplan liegt nicht vor. Zudem wurde gegen die Vergabe der Abbruch- und Baumeisterarbeiten, welche der Lieferung und Montage der Fenster vorgelagert sind, ebenfalls Beschwerde erhoben (B 2016/241). Diesem Rechtsmittel wurde mit präsidialer Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2016 die aufschiebende Wirkung gewährt. Der Entscheid in der Hauptsache steht noch aus. Unter diesen Umständen ist nicht davon auszugehen, dass eine Verzögerung der Vergabe der Lieferung und Montage der Fenster Ursache für eine Verzögerung der geplanten Inbetriebnahme zum Beginn des Schuljahres 2018/19 sein wird. Die Vorinstanz macht geltend, die von ihr und von Gruppen und Vereinen, denen das Gebäude ebenfalls zur Verfügung stehen soll, getroffenen Übergangslösungen müssten per Ende des Schuljahres 2017/18 durch neue kostspielige Provisorien ersetzt werden.



Welche bestehende Übergangslösung aus welchen Gründen im Einzelnen nicht weitergeführt werden kann, legt die Vorinstanz allerdings nicht dar. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht der ausserordentlichen Dringlichkeit der Schaffung von Schulräumen in einem ähnlichen Fall die Möglichkeit, Schulcontainer anzumieten, entgegen gehalten (vgl. Präsidialverfügung B 2013/46 vom 11. April 2013, www.gerichte.sg.ch). Schliesslich hat es die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der Ausschreibung selber in der Hand, die Beschwerdeführerin als viertplatzierte geeignete Bewerberin zur Einreichung eines Angebots einzuladen und so eine weitere Verzögerung des Vergabeverfahrens zu vermeiden. Unter diesen Umständen erscheint das öffentliche Interesse an der unmittelbaren Weiterführung des Vergabeverfahrens nicht als besonders erheblich.

2.2. Die Beschwerdeführerin rügt die Beschränkung der Einladungen (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1) und die Bewertung ihres Antrags (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2).

2.2.1. Die Vorinstanz hat einerseits in den Ausschreibungsunterlagen die Zahl der Einladungen auf maximal vier beschränkt und andererseits aufgrund der konkret erzielten Punktzahlen – bei einem Maximum von 120 Punkten erreichten zwei Bewerber 118, einer 115, die nächstfolgenden 107, 106 und 105, weitere 92 und 91 Punkte – beschlossen, lediglich die drei Bewerber mit den höchsten Punktzahlen zur Einreichung eines Angebots einzuladen. Die Beschwerdeführerin erachtet beide Beschränkungen als vergaberechtswidrig.

Die Beschränkung der Zahl der einzuladenden Bewerber auf vier hat die Vorinstanz bereits zusammen mit der Ausschreibung bekannt gegeben. Die Ausschreibung war mit der erforderlichen Rechtsmittelbelehrung versehen (vgl. ABI 2016 S. 3095). Da die Ausschreibung gemäss Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. a IVöB als anfechtbare Verfügung gilt, kann im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag regelmässig nicht mehr beanstandet werden, was mit einem Rechtsmittel gegen die Ausschreibung hätte gerügt werden können. Ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, diese Beschränkung sei grundsätzlich unzulässig oder die Zahl von lediglich vier Einladungen zu tief, hätte sie dies mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend machen



müssen (vgl. VerwGE B 2005/205 vom 22. Februar 2006 E. 3a; vgl. auch GVP 2015 Nr. 41 und VerwGE B 2015/75 vom 27. Oktober 2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch).

Die Vorinstanz hat mit der angefochtenen Verfügung beschlossen, die drei am besten bewerteten Bewerber zur Einreichung eines Angebots einzuladen. Dieses Vorgehen steht nicht im Widerspruch mit dem Wortlaut in den Ausschreibungsunterlagen, „maximal“ vier geeignete Anbieter auszuwählen. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dem Begriff „maximal“ komme erst bei Vorliegen von mehr als vier geeigneten Bewerbern Bedeutung zu. Er könne aber nicht herangezogen werden, um einen vierten geeigneten Bewerber nicht einzuladen. Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. b IVöB regelt das selektive Verfahren. In diesem Verfahren bestimmt der Auftraggeber zunächst aufgrund von Eignungskriterien die Anbieter, die ein Angebot einreichen dürfen. Er kann in der Ausschreibung die Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Die Beschränkung darf insbesondere nicht zu einer Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führen. Soweit es genügend geeignete Anbieter gibt, darf die Anzahl der Anbieter, die ein Angebot einreichen können, gemäss Art. 24 Abs. 2 Satz 3 VöB nicht kleiner als drei sein. Die Auswahl unter den als geeignet erachteten Bewerbern muss in einer objektiven, den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz verpflichteten Weise erfolgen, wobei es grundsätzlich der Vergabestelle überlassen ist, wie sie im Einzelnen vorgehen will (vgl. BVGer B-5363/2013 vom 22. Januar 2014 zum gleich lautenden Art. 15 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen; SR 172.056.1, BöB).

Ob ein relativ grosser Abstand zu den drei Bewerbern, die sich von den anderen Bewerbern „abhoben“, ein sachliches Kriterium darstellt, um einen vierten grundsätzlich geeigneten, aber dem „Mittelfeld“ zugeordneten Bewerber (vgl. Protokoll der Vorinstanz vom 7. Februar 2017, act. 7/2) nicht zur Einreichung eines Angebots einzuladen, erscheint vergaberechtlich zumindest fragwürdig. Indem sie die Zahl der zur Einreichung eines Angebots einzuladenden geeigneten Bewerber in den Ausschreibungsunterlagen auf maximal vier beschränkte, ist die Vorinstanz selbst davon ausgegangen, die Auftragsvergabe könne bei vier eingereichten Angeboten effizient abgewickelt werden. Die nachträgliche Beschränkung auf drei Bewerber dient damit nicht mehr einer effizienten Abwicklung der Auftragsvergabe, sondern führt zu



einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs. Sie steht damit im Widerspruch zu einem zentralen vergaberechtlichen Ziel (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. a IVöB). Fraglich ist zudem, ob die Beschränkung auf die drei Bewerber an der Spitze der Rangliste und die Nichtberücksichtigung des ersten Bewerbers aus dem Mittelfeld als objektiv erfolgte Auswahl gelten kann.

2.2.2. Hat die Beschwerdeführerin – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – Anspruch auf Teilnahme am Vergabeverfahren, kann offen bleiben, ob die Vorinstanz das Ausmass ihrer Eignung zutreffend festgestellt hat und ob sie demnach gemäss eigener Darstellung der Beschwerdeführerin im ersten oder mindestens im dritten Rang hätte qualifiziert werden müssen.

3. Aufgrund dieser Umstände sind die öffentlichen Interessen an der sofortigen Weiterführung des Vergabeverfahrens geringer zu gewichten als die privaten Interessen der Beschwerdeführer am vorläufigen Aufschub des Verfahrens. Dementsprechend ist das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutzuheissen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

4. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, bis 24. März 2017 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

5. Die Kosten des Zwischenverfahrens sind bei der Hauptsache zu belassen.

Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

2. Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde die Weiterführung des Vergabeverfahrens untersagt.



3. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 24. März 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

4. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Präsident

Eugster