



Fall-Nr.: B 2018/187
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 15.08.2018
Entscheiddatum: 15.08.2018

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 15.08.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Aus den Unterlagen der Vergabebehörde zur Bewertung der Angebote ergibt sich, dass beim Offertpreis einzelner Anbieter Kosten für das – nicht mehr zum Gegenstand der Beschaffung gehörende – Vorprojekt berücksichtigt wurden. Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung erscheint der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter mangels sachlicher Begründung für die unterschiedliche Berechnung der Offertsummen verletzt. Die öffentlichen Interessen an der unmittelbaren Umsetzung des Zuschlags erweisen sich zudem nicht als besonders gewichtig. Dem Gesuch um aufschiebende Wirkung ist deshalb zu entsprechen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/187).

Verfahrensbeteiligte

ARGE wissmann architekten GmbH und Ziegler + Partner Architekten AG,
bestehend aus

- **Wissmann Architekten GmbH**, Lattenhofweg 4, 8645 Jona,
- **Ziegler + Partner Architekten AG**, Langrütistrasse 6, 8645 Jona,

c/o Wissmann Architekten GmbH, Lattenhofweg 4, 8645 Jona,

Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen,

vertreten durch Rechtsanwalt M.A.HSG Linus Hofmann, Hofmann Gehler Schmidlin,
Lattenhofweg 4, Postfach 2151, 8645 Jona,

gegen



Politische Gemeinde Rapperswil-Jona, Bau- und Umweltkommission,
St. Gallerstrasse 40, 8645 Jona,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

und

Piceci Architekten GmbH, Neue Jonastrasse 60a, 8640 Rapperswil,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Vergabe Kinder- und Jugendzentrum Rapperswil-Jona (Architekt BKP 291) /
aufschiebende Wirkung**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Wissmann Architekten GmbH und die Ziegler + Partner Architekten AG (Beschwerdeführerinnen), welche gemeinsam die ARGE wissmann architekten GmbH und Ziegler + Partner Architekten AG bilden, haben gegen den von der Bau- und Umweltkommission der Politischen Gemeinde Rapperswil-Jona (Vorinstanz) am 16. Juli 2018 verfügten und am 27. Juli 2018 mit A-Post versandten Zuschlag der Architekturleistungen für das Kinder- und Jugendzentrum Rapperswil-Jona an die Piceci Architekten GmbH (Beschwerdegegnerin) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 31. Juli 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit



verfahrenleitender Verfügung vom 6. August 2018 den Abschluss des Vertrags einstweilen. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 7. August 2018, das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen, und reichte dem Gericht die Vergabeakten ein. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

2. Gemäss Art. 5 EGöB in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 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 und je weniger schwer die gerügten Rechtsfehler und deren Folgen aus der Sicht des öffentlichen Interesses wiegen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349; M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 425).

2.1. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, es sei keinerlei Dringlichkeit dieser öffentlichen Beschaffung beziehungsweise der entsprechenden Ausführung ersichtlich. Der bestehende vielseitige Jugendtreff könne als „Ausweiche“ weiter betrieben werden. Er sei zwar eher veraltet, ein Sicherheitsrisiko oder dergleichen bestehe indessen nicht. Die aufschiebende Wirkung dürfe nicht leichtfertig vereitelt werden, wo



St.Galler Gerichte

es nicht dringende und zwingende Gründe dazu gebe. Zu wahren seien primär die wirtschaftlichen Interessen der nicht berücksichtigten Anbieterin. Sie könne lediglich noch ihren Schaden – ohne das negative Vertragsinteresse – geltend machen. Es gehe um die korrekte Anwendung des Rechts.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Bürgerschaft habe dem Kredit von 2,99 Millionen Franken am 28. März 2018 zugestimmt und der Bezug des Zentrums sei für Herbst 2019 vorgesehen. Dieser Zeitplan enthalte keine Reserven. Der bauliche und hygienische Zustand des Jugendtreffs am heutigen Standort sei „lamentabel“. Auch sicherheitsrelevante Installationen seien mehr als sanierungsbedürftig. Je länger sich der Umzug verzögere, desto grösser würden die – latent bestehenden – Risiken grösserer Defekte. Das Grundstück des heutigen Jugendtreffs sei ab Ende 2019 oder früher als Standort einer Wertstoff-Sammelstelle vorgesehen. Der geplante Bezugstermin im Herbst 2019 sei deshalb sowohl dringend als auch von erheblichem öffentlichen Interesse. Dass primär die wirtschaftlichen Interessen der nicht berücksichtigten Bewerberin zu wahren seien, treffe nicht zu. Vielmehr habe die Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Die strengen Voraussetzungen bezüglich Interessenabwägung seien vorliegend nicht erfüllt.

Welcher Art und wie konkret die Risiken „grösserer Defekte“ und deren Auswirkungen in wirtschaftlicher Hinsicht und auf den Betrieb des bestehenden Jugendtreffs sind, konkretisiert die Vorinstanz nicht weiter. Aus dem „Masterplan Planungs- und Bauprozess“ ergibt sich für die Realisation des neuen Zentrums ein enger Zeitplan ohne erkennbaren Spielraum. Die Vorinstanz macht sodann geltend, das Grundstück, auf welchem der Jugendtreff zurzeit betrieben werde, müsse ab Ende 2019 für den Betrieb einer Wertstoff-Sammelstelle zur Verfügung stehen. Der Betrieb eines zeitgemässen attraktiven Kinder- und Jugendtreffs ist zwar zweifellos ebenso wünschenswert wie derjenige einer Wertstoff-Sammelstelle. Allerdings sind die öffentlichen Interessen, allenfalls eine Verzögerung der Betriebsaufnahme um einige Monate zu verhindern, nicht von erheblichem Gewicht (zum Interesse an einer sauberen, umweltgerechten und geregelten Entsorgung vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1357 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Zu berücksichtigen ist zudem, dass die



Vergabebehörde gehalten ist, bei der Planung dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehender Projekte auch der Möglichkeit vergaberechtlicher Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen. Die wirtschaftlichen Interessen der nicht berücksichtigten, beschwerdeführenden Anbieterin sind zwar – worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist – angesichts des gesetzgeberischen Grundsatzes, dass dem Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht und deshalb vergaberechtlichen Beschwerden keine aufschiebende Wirkung zukommen soll, von vornherein von eher untergeordnetem Gewicht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341). Sie können allerdings mit dem mit der Vergabesumme zunehmenden öffentlichen Interesse an der Umsetzung des öffentlichen Beschaffungsrechts parallel laufen und so an Bedeutung gewinnen.

Insgesamt erweisen sich die öffentlichen Interessen an einer unmittelbaren Umsetzung des Zuschlags nicht als besonders gewichtig.

2.2. Die Beschwerdeführerinnen rügen unter anderem, es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin lediglich die Phasen vier und fünf offeriert habe. Die Vorinstanz geht in der Vernehmlassung auf dieses Vorbringen nicht ein.

Bei der Bewertung nach dem Preis ist die Vorinstanz beim Angebot der Beschwerdeführerinnen von einer Offertsumme von CHF 195'362.93 ausgegangen. Dieser Betrag ergibt sich aus Bruttokosten für die Phase 3 von CHF 86'696.37 (mit CHF 33'630 für das Vorprojekt) und für die Phasen 4 und 5 von CHF 180'061.69, zusammen CHF 266'758.06, abzüglich CHF 85'362.58 (32 Prozent Rabatt) zuzüglich CHF 13'967.45 (7,7 Prozent Mehrwertsteuer). Der Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin hat die Vorinstanz einen Preis von CHF 222'464 zugrunde gelegt. Dieser Betrag ergibt sich aus Bruttokosten für die Phase 3 von CHF 59'300 (ohne CHF 33'630 für das Vorprojekt) und für die Phasen 4 und 5 von CHF 170'210, zusammen CHF 229'510, abzüglich CHF 22'951 (10 Prozent Rabatt) zuzüglich CHF 15'905.04 (7,7 Prozent Mehrwertsteuer). Beim teuersten Angebot ist die Vorinstanz von einem Preis von CHF 315'916.41 ausgegangen. Dieser Betrag setzte sich zusammen aus den Bruttokosten für die Phase 3 von CHF 100'630 (mit CHF 33'630 für das Vorprojekt) und für die Phasen 4 und 5 von CHF 192'700, zusammen CHF 293'330 (kein Rabatt) zuzüglich CHF 22'586.41 (7,7 Prozent



St.Galler Gerichte

Mehrwertsteuer). Beim vierten Angebot ging die Vorinstanz von einem Offertpreis von CHF 248'628.68 aus. Diesem Betrag lagen Bruttokosten für die Phase 3 CHF 65'351 (ohne CHF 33'630 für das Vorprojekt) und für die Phasen 4 und 5 von CHF 165'502, zusammen CHF 230'853 (kein Rabatt) zuzüglich CHF 17'775.68 (7,7 Mehrwertsteuer) zugrunde.

Damit fällt auf, dass bei der Preisbewertung nicht bei allen Angeboten von der gleichen Leistung ausgegangen wurde. Während in der „Nutzwertanalyse“ beim teuersten Angebot festgehalten wurde, gemäss – in den Akten nicht dokumentiertem – Telefon vom 27. Juni 2018 werde „SIA 380/1 ... im Vorprojekt Piceci nicht eingehalten“, fehlt eine entsprechende Begründung bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerinnen, bei dem die Kosten des Vorprojekts von CHF 33'630 ebenfalls nicht in Abzug gebracht wurden. Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung erscheint der vergaberechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter gemäss Art. 11 lit. a IVöB mangels sachlicher Begründung für die unterschiedliche Berechnung der Offertsummen als verletzt.

Eine allfällige Verletzung des Grundsatzes erscheint zudem geeignet, sich auf den Ausgang der Bewertungen auszuwirken. Bei einem Vergleich sämtlicher Offertpreis ohne die Kosten für das Vorprojekt ergäben sich massgebende Preise von CHF 222'464 (unverändert) bei der Beschwerdegegnerin und von CHF 170'733.65 (CHF 266'758.06 abzüglich CHF 33'630, abzüglich CHF 74'600.98 [32 Prozent Rabatt], zuzüglich CHF 12'206.58 [7,7 Prozent Mehrwertsteuer]) bei den Beschwerdeführerinnen. Der höchste Offertpreis belief sich auf CHF 279'696.90 (CHF 293'330 abzüglich CHF 33'630 [ohne Rabatt] zuzüglich CHF 19'996.90 [7,7 Prozent Mehrwertsteuer]). Bei einer Bewertung des Angebotspreises der Beschwerdegegnerin nach der Formel $150 \times ([P_{\max} - P_{\text{Angebot}}] / [P_{\max} - P_{\min}])$ resultierten 79 statt 117 Punkte und damit bei im Übrigen unveränderter Bewertung eine Gesamtpunktzahl von 205 statt 243. Die Gesamtpunktzahl beim Angebot der Beschwerdeführerinnen mit dem tiefsten Offertpreis bliebe bei 238. Es erwiese sich damit als das wirtschaftlich günstigere als jenes der Beschwerdegegnerin.

3. Aufgrund dieser Umstände sind die öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit geringer zu gewichten als die privaten Interessen der



Beschwerdeführerinnen am Aufschub des Zuschlags. 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 14. September 2018 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

Der Abteilungspräsident verfügt:

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

2. Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.

3. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis **14. September 2018** 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 Abteilungspräsident

Eugster