



Fall-Nr.:	B 2018/239
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	20.11.2018
Entscheiddatum:	20.11.2018

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 20.11.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Da beim Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung die ausreichende Begründung der Beschwerde als wesentlicher Teilaspekt zu berücksichtigen ist, besteht kein Anlass, das Gesuch mangels Ausführungen zum – fehlenden – überwiegenden öffentlichen Interesse am umgehenden Vertragsabschluss nicht zu behandeln. Die Preisspanne von 100 Prozent erscheint mit Blick auf die tatsächlich offerierten Preise als zu hoch. Inwieweit sich die Komplexität der Baumeisterarbeiten von einem anderen Schulhausbau unterscheidet, konkretisiert die Vorinstanz nicht. Ebenso wenig liegen Gründe auf der Hand, aus denen die "zentrale Bedeutung" der Baumeisterarbeiten sich in einer aussergewöhnlich breiten Preisspanne niederschlagen sollte. Allerdings bliebe das Angebot der Beschwerdegegnerin auch bei einer Preisspanne von 30 Prozent das wirtschaftlich günstigere als jenes der Beschwerdeführerin zumal die von der Beschwerdeführerin gerügten tieferen Bewertungen ihres Angebots bei den Zuschlagskriterien Terminprogramm und Baustelleninstallation/Auftragsverständnis anhand der Angebote und der Begründungen in der vorinstanzlichen Vernehmlassung sachlich nachvollziehbar sind. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/239).

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.

Da beim Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung die ausreichende Begründung der Beschwerde als wesentlicher Teilaspekt zu berücksichtigen ist, besteht kein Anlass, das Gesuch mangels Ausführungen zum – fehlenden –



überwiegenden öffentlichen Interesse am umgehenden Vertragsabschluss nicht zu behandeln.

Die Preisspanne von 100 Prozent erscheint mit Blick auf die tatsächlich offerierten Preise als zu hoch. Inwieweit sich die Komplexität der Baumeisterarbeiten von einem anderen Schulhausbau unterscheidet, konkretisiert die Vorinstanz nicht. Ebenso wenig liegen Gründe auf der Hand, aus denen die "zentrale Bedeutung" der Baumeisterarbeiten sich in einer aussergewöhnlich breiten Preisspanne niederschlagen sollte. Allerdings bliebe das Angebot der Beschwerdegegnerin auch bei einer Preisspanne von 30 Prozent das wirtschaftlich günstigere als jenes der Beschwerdeführerin zumal die von der Beschwerdeführerin gerügten tieferen Bewertungen ihres Angebots bei den Zuschlagskriterien Terminprogramm und Baustelleninstallation/ Auftragsverständnis anhand der Angebote und der Begründungen in der vorinstanzlichen Vernehmlassung sachlich nachvollziehbar sind.

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen (Präsidialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/239).

Verfügung vom 20. November 2018

Verfahrensbeteiligte

Toneatti AG Jona, Bauunternehmung, Stampfstrasse 50, 8645 Jona,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jon Andri Moder, Vinzenz & Partner,
Masanserstrasse 40, 7000 Chur,



gegen

Politische Gemeinde Ebnat-Kappel, vertreten durch den Gemeinderat, 9642 Ebnat-Kappel,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

dieser vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. HSG Christina Nossung, factum advocatur, Davidstrasse 1, Postfach 635, 9001 St. Gallen,

und

ARGE Wier, c/o E. Weber AG, bestehend aus:

- **E. Weber AG**, Ebnaterstrasse 79, 9630 Wattwil,
- **Pozzi AG**, Bauunternehmung, Bleikenstrasse 56, 9630 Wattwil,

Beschwerdegegnerinnen,

Gegenstand

Vergabe Erweiterung und Instandsetzung Schulanlage Wier (BKP 211.5 Baumeisterarbeiten) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:



St.Galler Gerichte

Die Toneatti AG Jona (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Ebnat-Kappel (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 26. Oktober 2018 verfügten und gleichentags versandten Zuschlag für die Baumeisterarbeiten zur Erweiterung und Instandsetzung der Schulanlage Wier an die aus der E. Weber AG und der Pozzi AG (Beschwerdegegnerinnen) bestehende Arbeitsgemeinschaft Wier durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 8. November 2018 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 9. November 2018 den Abschluss des Vertrags einstweilen. Die Vorinstanz beantragt mit Stellungnahme ihrer Rechtsvertreterin vom 15. November 2018, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Antrag um aufschiebende Wirkung, soweit darauf einzutreten sei, abzuweisen. Die Beschwerdegegnerinnen haben stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet.

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, fällt der Entscheid über das Gesuch in die Zuständigkeit des Abteilungspräsidenten (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 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 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 Beschwerdeführerin äussert sich zwar nicht zu den der Erteilung der aufschiebenden Wirkung allenfalls entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen und insbesondere nicht zur Dringlichkeit des Bauvorhabens. Sie legt aber dar, weshalb ihre Beschwerde ausreichend begründet erscheint beziehungsweise dass sie sich zurzeit nicht einlässlicher begründen lasse, weil die Zuschlagsverfügung auch mit der nachträglich zugestellten Bewertungsmatrix nicht nachvollziehbar begründet sei. Da beim Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung die ausreichende Begründung der Beschwerde als wesentlicher Teilaspekt zu berücksichtigen ist, besteht kein Anlass, das Gesuch um aufschiebende Wirkung mangels Begründung nicht zu behandeln.

Die Vorinstanz macht geltend, das überwiegende öffentliche Interesse, welches der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehe, liege in der Einhaltung des Zeitplans. Der Raumbedarf für Schüler und Vereine der Gemeinde könne seit geraumer Zeit nicht mehr gedeckt werden und die bestehenden Schulgebäude wiesen einen hohen Sanierungsbedarf auf. Bei Verzögerungen würden sich sodann die Bedingungen für die Aufnahme von Fremdkapital verschlechtern, was zu erheblichen Mehrkosten zu Lasten der Öffentlichkeit führen würde.

Für die mit der angefochtenen Zuschlagsverfügung vergebenen Baumeisterarbeiten sieht der Terminplan Beginn Mitte November 2018 vor. In dieser Terminplanung hat die Vorinstanz offenkundig die Möglichkeit einer Beschwerde im Vergabeverfahren nicht berücksichtigt. Im Übrigen legt die Vorinstanz nicht dar, dass eine Verzögerung des Baubeginns und damit möglicherweise auch des Bezugstermins per Juli 2020 (act. 6/3, Grobterminplan) die Erfüllung der Aufgaben der Schulgemeinde verunmöglichen würde. Ob und in welchem Ausmass die etwas spätere Beanspruchung von Fremdkapital den Zinsaufwand wesentlich erhöht, ist nicht absehbar. Die einer



Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen erscheinen deshalb nicht als besonders gewichtig.

2.2. Die Beschwerdeführerin rügt eine ungenügende Begründung der Zuschlagsverfügung (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1), die Anwendung einer von der Ausschreibung abweichenden Formel bei der Preisberechnung mit unbekannter Preisspanne und eine zu hohe Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Regiearbeiten" (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2) sowie eine falsche Beurteilung ihres Angebots nach dem Zuschlagskriterium "Termine/Termineinhaltung" (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.3).

2.2.1. Verfügungen des Auftraggebers sind gemäss Art. 41 VöB kurz zu begründen (Abs. 1); in der Zuschlagsverfügung wird kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, wobei die Begründung insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebotes oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote enthält (Abs. 3 Sätze 1 und 2). Nicht hinreichend ist eine Begründung dann, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Die Auftraggeberin muss in der Begründung einer Verfügung vielmehr kurz darlegen, weshalb sie das Angebot einer bestimmten Unternehmung als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert. Anbieter müssen aufgrund der Verfügung bzw. deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert (VerwGE B 2011/98 vom 20. September 2011 E. 1.3.2, www.gerichte.sg.ch, mit Hinweis auf GVP 2000 Nr. 24).

Der angefochtenen Verfügung können die Preise (inklusive Mehrwertsteuer) aller drei eingegangenen Angebote sowie die Beurteilung nach den in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien des berücksichtigten Angebots entnommen werden. Im Hinblick auf die Erhebung der Beschwerde wurden der Beschwerdeführerin sodann anonymisierte Fassungen des Offertöffnungsprotokolls mit den Eingabesummen (ohne Mehrwertsteuer) und der Bewertungsmatrix zugestellt (act. 2/3 und 4). Bei der gebotenen summarischen Prüfung der Rügen der Beschwerdeführerin genügt eine solche Begründung der Zuschlagsverfügung



gegenüber einer nichtberücksichtigten Bewerberin insbesondere zusammen mit den ergänzenden Angaben während der laufenden Rechtsmittelfrist den Anforderungen von Art. 41 Abs. 3 VöB.

2.2.2. Die Preisformel in den Ausschreibungsunterlagen war nicht – wie die Beschwerdeführerin rügt – fehlerhaft, konnte jedoch falsch verstanden werden, weil mit dem Begriff der Preisspanne nicht die betragsmässige Differenz zwischen P_{\max} und P_{\min} , sondern der Faktor, mit welchem P_{\min} zu multiplizieren war, um P_{\max} zu ermitteln. Der Beschwerdeführerin wurden sämtliche Preise und deren Bewertung bekanntgegeben. Daraus konnte sie die der Bewertung zugrundeliegende Preisspanne von 100 Prozent ($P_{\max} = P_{\min} + P_{\min}$; aus der Berechnung $P_{\max} = 2P_{\min}$ ergibt sich, anders als die Vorinstanz formuliert, nicht eine Spanne von 200 Prozent) ermitteln. Die tatsächlich offerierten Preise ($P_{\max} = \text{CHF } 3'807'802.95$, $P_{\min} = \text{CHF } 3'466'090.86$, Beschwerdeführerin) liegen innerhalb einer Preisspanne von knapp 10 Prozent. Der Angebotspreis der Beschwerdegegnerinnen belief sich auf CHF 3'572'760.42. Bei lediglich drei Angeboten ist zweifelhaft, ob diese tatsächliche Preisspanne als realistisch bezeichnet werden kann. Sie deutet indessen darauf hin, dass die von der Vorinstanz angewendete Spanne von 100 Prozent zu hoch ist und teure Angebot in der Gesamtbewertung übermässig begünstigt. Die Vorinstanz begründet die hohe Preisspanne mit der Komplexität und der zentralen Bedeutung der zu beschaffenden Baumeisterarbeiten für das Gesamtprojekt. Inwieweit sich die Komplexität von einem anderen Schulhausbau unterscheidet, konkretisiert sie indessen nicht. Ebenso wenig liegen Gründe auf der Hand, aus denen die "zentrale Bedeutung" der Baumeisterarbeiten sich in einer aussergewöhnlich breiten Preisspanne niederschlagen sollte. Bei einer als realistisch angenommenen Preisspanne von 30 Prozent würde das Angebot der Beschwerdegegnerinnen beim Zuschlagskriterium des mit 55 Prozent oder maximal 275 Punkten gewichteten Angebotspreises 247 statt 267 erzielen.

Dieselbe Preisspanne von 30 Prozent auf die mit 5 Prozent oder maximal 25 Punkten gewichteten Regiepreise angewendet, ergibt bei P_{\min} von CHF 18'750 (Beschwerdegegnerinnen) und P_{\max} von CHF 24'375 ($1,3 \times P_{\min}$) für das Angebot der Beschwerdeführerin mit P_{Bf} von CHF 20'750 zu 16 statt 22 gewichteten Punkten.



Beim Preis ergäbe mithin die Anwendung einer Preisspanne von 30 Prozent sowohl beim Angebotspreis als auch bei den Regiearbeiten eine Reduktion der Gesamtpunktzahl um 20 von 464 auf 444 bei den Beschwerdegegnerinnen und um 6 von 446 auf 440 bei der Beschwerdeführerin. Das Angebot der Beschwerdegegnerinnen bliebe das wirtschaftlich günstigere. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Festlegung der massgebenden Preisspanne in den erheblichen Ermessensspielraum der Vergabebehörde fällt, es mithin nicht Aufgabe des Gerichts ist, eine bestimmte Spanne als die einzige vergaberechtskonforme zu bezeichnen. Mit anderen Worten würde wohl auch eine etwas weitere, sich zugunsten der Beschwerdeführerin auswirkende Spanne nicht als rechtsfehlerhaft korrigiert werden.

2.2.3. Die Vorinstanz hat das Angebot der Beschwerdeführerin beim mit 5 Prozent gewichteten Unterkriterium "Terminprogramm" mit 10 (Note 2) von 25 (Note 5) und beim mit 8 Prozent gewichteten Unterkriterium Baustelleninstallation/Auftragsverständnis mit 24 (Note 3) von 40 (Note 5) gewichteten Punkten bewertet. Das Angebot der Beschwerdegegnerinnen erhielt bei beiden Unterkriterien die Maximalpunktzahl. Der Rückstand des Angebots der Beschwerdeführerin beträgt hier mithin 31 Punkte. Der Grobterminplan in den Ausschreibungsunterlagen sieht das Ende der Arbeitsgattung Rohbau 1 (BKP 21), zu der die ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten (BKP 211.5) gehören, per Ende Kalenderwoche 35/2019 (30. August 2019) vor (vgl. act. 6/3 lit. G). Bei dieser Terminvorgabe erscheint die schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin sachlich nachvollziehbar. Die Beschwerdegegnerinnen gehen von einem Abschluss der Baumeisterarbeiten am 23. August 2019 (act. 6/5, Grobterminplanung), die Beschwerdeführerin dagegen am 4. November 2019 (act. 6/6, Bauprogramm) aus. Entsprechendes gilt – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung des zudem erheblichen Ermessensspielraums der Vorinstanz bei der Bewertung der Angebote nach den einzelnen Zuschlagskriterien (vgl. BGer 2D_35/2017 vom 5. April 2018 E. 5.1, in: Pra 2018 Nr. 130) – für die Bewertung nach dem Unterkriterium Baustelleninstallation/Auftragsverständnis. Der Übersichtsplan über die Baustellenorganisation der Beschwerdegegnerinnen erscheint wesentlich detaillierter und übersichtlicher. Die Begründung der Vorinstanz – die bei dem sehr begrenzten Platz sehr wichtigen Lagerplätze seien sehr detailliert ausgewiesen – ist sachlich ohne weiteres nachvollziehbar. Ebenso nachvollziehbar ist der Hinweis darauf, dass mit dem



– von den Beschwerdegegnerinnen geplanten – Einsatz von zwei peripher platzierten Kranen der Umschlagsplatz in der Mitte völlig freigehalten werden kann (vgl. Ziff. 18 der Vernehmlassung). Bei der Bewertung durfte die Vorinstanz auch berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin bei Nichteinhaltung des Endtermins gemäss Bauprogramm gleichzeitig im technischen Bericht die Einhaltung der Bauprogrammvorgaben bestätigt und damit eine unzutreffende Angabe gemacht hat.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz einerseits mit einer Preisspanne von 100 Prozent unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich um Baumeisterarbeiten für den Neubau eines Schulhauses und einer Turnhalle handelt und sie zwar eine besondere Komplexität der Arbeiten geltend macht, aber nicht konkretisiert, den ihr zukommenden erheblichen Ermessensspielraum wohl überschritten hat. Andererseits wäre sie bei lediglich drei eingegangenen Angeboten für die Festlegung der Preisspanne vergaberechtlich nicht gehalten, auf die tatsächlichen Angebotspreise abzustellen. Eine vergaberechtskonforme Preisspanne von 130 oder 140 Prozent – angewendet sowohl auf den Angebotspreis als auch auf die Regiearbeiten – vermöchte nichts daran zu ändern, dass sich das Angebot der Beschwerdegegnerinnen als das wirtschaftlich günstigere erweist, zumal die von der Beschwerdeführerin gerügten tieferen Bewertungen ihres Angebots bei den Zuschlagskriterien Terminprogramm und Baustelleninstallation/Auftragsverständnis anhand der Angebote und der Begründungen in der vorinstanzlichen Vernehmlassung sachlich nachvollziehbar sind. Zu berücksichtigen ist zudem, dass – anders als in der Regel den Rechtsmitteln gegen erstinstanzliche Verfügungen – im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens der Beschwerde an das Verwaltungsgericht von Gesetzes wegen nicht aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 17 IVöB). Sie muss nur bei Vorliegen guter Gründe gewährt werden, kommt doch grundsätzlich dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids von vornherein einiges Gewicht zu (BGer 2C_755/2009 vom 19. Januar 2010 E. 3.4, 2D_130/2007 vom 26. Februar 2008 E. 2.1, 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1). Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen formellen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.



St.Galler Gerichte

4. Die Beschwerdegegnerinnen sind einzuladen, bis 3. Dezember 2018 materiell Stellung zur Beschwerde zu nehmen. Der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, ihre Eingabe vom 15. November 2018 gegebenenfalls zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'200 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 9'500 zu verrechnen. Der Rest von CHF 8'300 verbleibt bei der Hauptsache. Mangels Anspruchs – die Beschwerdegegnerinnen haben sich zum Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht vernehmen lassen, die Vorinstanz hat zwar einen entsprechenden Antrag gestellt, ist jedoch verfügende Vergabebehörde (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 176) – sind für das Zwischenverfahren keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 und Art. 98^{bis} VRP).

Der Abteilungspräsident verfügt:

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

2. Die Beschwerdegegnerinnen werden eingeladen, bis 3. Dezember 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 15. November 2018 innert gleicher Frist zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'200 unter Verrechnung mit dem von ihr für das Beschwerdeverfahren geleisteten Kostenvorschuss von CHF 9'500. CHF 8'300 verbleiben bei der Hauptsache.

4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Der Abteilungspräsident

Eugster