



Fall-Nr.:	B 2018/91
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	19.04.2018
Entscheiddatum:	19.04.2018

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 19.04.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 7 VRP. Die Vergabebehörde darf externe Fachleute insbesondere zur Erstellung der Dokumentation zur Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen und in der Folge auch zur Bewertung der Angebote beziehen. Sie haben in den Ausstand zu treten, wenn sie befangen erscheinen. Der Umstand, dass der Geschäftsführer des beauftragten Architekturbüros gegenüber der Beschwerdeführerin konkret über die Zuschlagskriterien Auskunft geben konnte, kann nicht den Anschein der Befangenheit erwecken, zumal er mit der Beurteilung der Angebote betraut war. Die Beziehungen dieses Büros zur Zuschlagsempfängerin, die "in dieser Vergabe" "bedeutend" seien, konkretisiert die Beschwerdeführerin nicht. Aus den Referenzangaben ergibt sich, dass die Zuschlagsempfängerin eines ihrer Referenzobjekte unter der Bauleitung des Architekturbüros realisierte. Die Berücksichtigung eigener Erfahrungen erscheint – zumal nicht ausdrücklich vorbehalten – vergaberechtlich zwar problematisch. Die Beurteilungen der eigenen und der Drittreferenzen wurden jedoch detailliert und nachvollziehbar festgehalten. Auch die Bewertungen nach den weiteren Zuschlagskriterien erscheinen bei der gebotenen summarischen Prüfung objektiv und nachvollziehbar. Die Beschwerde erscheint nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist deshalb abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/91).

Verfahrensbeteiligte

Vettiger Metallbau AG, Sandackerstrasse 22, 9245 Oberbüren,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen



Politische Gemeinde Wil, vertreten durch den Stadtrat, Marktgasse 58, Postfach 1372, 9500 Wil,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Stephan Staub, GM Rechtsanwälte, St. Jakob-Strasse 37, 9000 St. Gallen,

und

FMT Metall-Technik AG, Hauptstrasse 62, 9553 Bettwiesen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Dachsanierung Ebnet-Saal Bronschhofen (BKP 112/221.8 spezielle lichtdurchlässige Bauteile) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Vettiger Metallbau AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Departement Bau, Umwelt und Verkehr der Politischen Gemeinde Wil (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 6. April 2018 im Einladungsverfahren gestützt auf einen entsprechenden Beschluss des Stadtrates vom 4. April 2018 (nicht in den Akten) verfügten Zuschlag für die speziellen lichtdurchlässigen Bauteile bei der Sanierung des Daches des Ebnet-Saals Bronschhofen an die FMT Metall-Technik AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe vom 9. April 2018 und Ergänzung vom 11. April



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 12. April 2018 den Abschluss des Vertrags einstweilen. Die Vorinstanz beantragte durch ihren Rechtsvertreter mit Vernehmlassung vom 17. April 2018, der Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge keine aufschiebende Wirkung zu gewähren, und reichte dem Gericht die Vergabeakten ein. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung.

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 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).
- 3.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie und die Familie Vettiger seien im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin im Kanton St. Gallen ansässig und steuerpflichtig (dazu nachfolgend Erwägung 3.1). Das Architekturbüro Häne GmbH, welches die



eingereichten Angebote beurteilt habe, sei befangen, da zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin für die Vergabe bedeutende Beziehungen bestünden (dazu Erwägung 3.2). Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, sie habe das billigste Angebot eingereicht und der Preis sei im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien zu wenig gewichtet worden (dazu nachfolgend Erwägung 3.3). Die Qualitätskriterien seien nicht messbar, sondern emotional beurteilbar (dazu nachfolgend Erwägung 3.4). Nicht ins Gewicht fällt bei der summarischen Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde der Umstand, dass das Angebot der Beschwerdeführerin von keiner gemäss Handelsregister zur Vertretung befugten Person unterzeichnet wurde (vgl. dazu M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 215).

3.1. Der Umstand der Ortsansässigkeit eines Bewerbers darf für die Beurteilung seines Angebots nicht von Bedeutung sein darf. Regional- oder steuerpolitisch motivierte Eignungs- und Zuschlagskriterien verstossen gegen den in Art. 11 lit. a IVöB und in Art. 5 Abs. 1 VöB verankerten vergaberechtlichen Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieter (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 839 und 920 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

3.2. Die Vergabebehörde darf – wie dies die Vorinstanz getan hat – externe Fachleute insbesondere zur Erstellung der Dokumentation zur Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen und in der Folge auch zur Bewertung der Angebote beziehen (vgl. Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1044 mit Hinweisen). Als den Vergabeentscheid vorbereitende Sachverständige unterliegen sie den Regeln über die Ausstandspflicht gemäss Art. 7 VRP und haben in den Ausstand zu treten, wenn sie als befangen erscheinen.

Der Umstand, dass der Geschäftsführer des beauftragten Architekturbüros gegenüber der Beschwerdeführerin konkret über die Zuschlagskriterien Auskunft geben konnte, kann nicht den Anschein der Befangenheit erwecken, zumal er mit der Beurteilung der Angebote betraut war. Die Beschwerdeführerin bringt ohne weitere Konkretisierung in allgemeiner Weise vor, es bestünden zwischen dem Architekturbüro und der Beschwerdegegnerin Beziehungen, die „in dieser Vergabe“ „bedeutend“ seien. Worin



diese Beziehungen konkret bestehen sollen, wird in der Beschwerde zwar nicht substantiiert. Allerdings ergibt sich aus den Referenzangaben, dass die Beschwerdegegnerin eines ihrer Referenzobjekte unter der Bauleitung des die Angebote bewertenden Architekturbüros realisierte (vgl. act. 10/7 und 9). Die Berücksichtigung eigener Erfahrungen erscheint – zumal sie in den Ausschreibungsunterlagen von der Vorinstanz auch nicht ausdrücklich vorbehalten wurde – vergaberechtlich zwar problematisch (vgl. dazu Beyeler, a.a.O., Rz. 290). Die Beurteilungen der eigenen und der Drittreferenzen wurden jedoch detailliert und nachvollziehbar festgehalten (act. 10/8 und 9). Auch die im vorliegenden Verfahren summarisch auf Vergaberechtswidrigkeit zu prüfenden Bewertungen der Angebote nach den weiteren Zuschlagskriterien erscheint objektiv und nachvollziehbar (vgl. dazu unten Erwägung 3.5).

Unter den dargelegten konkreten Umständen war die Berücksichtigung einer eigenen Referenz nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit der mit der Bewertung der Angebote betrauten Fachperson zu erwecken.

3.3. Die Vorinstanz hat in den Ausschreibungsunterlagen zur Einladung sowohl die Gewichtung der Zuschlagskriterien – Preis 35 Prozent, Referenzen 20 Prozent, Qualitätskontrolle / Qualitätssicherung / Arbeitssicherheit 15 Prozent, Termineinhaltung 15 Prozent, Erfahrung / Ausbildung und Praxis des vorgesehenen Personals 10 Prozent, Lehrlinge in Ausbildung 5 Prozent – als auch die Preisspanne – billigstes Angebot zuzüglich 20 Prozent – bekannt gegeben (Ziff. 11 der Besonderen Bedingungen; act. 10/5). Für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots war damit nicht der Preis allein ausschlaggebend, vielmehr sind die weiteren bekannt gegebenen und vergaberechtskonformen Zuschlagskriterien im Rahmen ihrer Gewichtung ebenfalls zu berücksichtigen (vgl. Art. 34 Abs. 2 VöB; BGer 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 3f). Die Beschwerdeführerin kann deshalb allein daraus, dass ihr Angebot das billigste war, keinen Anspruch auf den Zuschlag ableiten.

Die Beschwerdeführerin hat mit der vorbehaltlosen Einreichung ihres Angebots die allgemeinen und speziellen Bedingungen gemäss Ausschreibungsunterlagen zur Kenntnis genommen und akzeptiert (vgl. Ziff. 26 der allgemeinen und speziellen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen; act. 10/6). Ihre Beanstandung der



Preisgewichtung und Preisbewertung im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag widerspricht deshalb dem auch von ihr im Vergabeverfahren zu beachtenden Grundsatz des Verhaltens nach Treu und Glauben (vgl. VerwGE B 2003/230 vom 23. April 2004 E. 4b/bb, www.gerichte.sg.ch; GVP 2015 Nr. 41).

Preisgewichtung und Preisbewertung erscheinen im Übrigen inhaltlich mit Blick auf den der Vergabebehörde zukommenden erheblichen Ermessensspielraum (vgl. dazu nachfolgend Erwägung 3.4) jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung ohnehin nicht als vergaberechtswidrig (vgl. zur Gewichtung des Preises BGE 143 II 553 E. 6.4). Hinzu kommt, dass eine mathematisch korrekte Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin nach der Formel $(P_{\max} - P_{\text{Beschwerdegegnerin}} / P_{\max} - P_{\min}) \times 350$, wobei $P_{\max} = 1,2222 \times P_{\min}$, $P_{\min} = P_{\text{Beschwerdeführerin}} = \text{CHF } 202'825.60$, $P_{\text{Beschwerdegegnerin}} = \text{CHF } 205'232.35$ zu 331 – und nicht wie gemäss Bewertungsmatrix zu 315 – gewichteten Punkten und zu einem entsprechend geringeren Vorsprung des Angebots der Beschwerdeführerin bei der Bewertung nach dem Preiskriterium führen würde. Schliesslich würde sich eine – allenfalls mit den Besonderheiten der nachgefragten Leistung begründete (vgl. Seite 4 der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 17. April 2018; act. 9) – breitere Preisspanne und damit entsprechend flachere Preiskurve ebenfalls zugunsten des etwas teureren Angebots der Beschwerdegegnerin auswirken.

3.4. Dem Verwaltungsgericht ist gemäss Art. 16 Abs. 2 IVöB in vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren eine Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides auf Unangemessenheit verwehrt. Praxisgemäss kommt der Vergabebehörde bei der Erstellung der Beurteilungsmatrix wie bei der Bewertung der Kriterien ein erhebliches Ermessen zu (vgl. BGer 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 7.4 und 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4 je mit Hinweis auf BGE 125 II 86 E. 6). Soweit die Zuschlagskriterien – was vorliegend jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung der Fall ist – einen direkten, sachlichen Bezug zur nachgesuchten Leistung aufweisen, verfügt die Vorinstanz zudem auch aufgrund ihres verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Schutz der Gemeindeautonomie (vgl. Art. 89 der Verfassung des Kantons St. Gallen, sGS 111.1, KV; Art. 50 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101, BV) über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit (vgl. BGE 143 II 553 E. 6.3).



Zwar sind die auf die Qualität bezogenen Zuschlagskriterien – im Gegensatz zum Preiskriterium – einer quantifizierbaren Beurteilung weniger zugänglich. Die Beurteilung der Angebote nach diesen Kriterien enthält unvermeidlicherweise eine subjektive Komponente (vgl. BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5). Dass sich die Vorinstanz aber bei der Bewertung der beiden Angebote von unsachlichen – in den Worten der Beschwerdeführerin „emotionalen“ – Überlegungen hätte leiten lassen, ist mit Blick auf die detaillierten und nachvollziehbaren Begründungen zu den einzelnen Zuschlagskriterien in ihrer Vernehmlassung vom 17. April 2018 einerseits und die Angaben der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin in ihren Angeboten andererseits (vgl. act. 10/6 und 7, insbesondere jeweils Seiten 5-7) jedenfalls bei der zur Beurteilung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung gebotenen summarischen Prüfung nicht ersichtlich.

3.5. Auch wenn die Vorinstanz ihren Antrag, der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu gewähren, nicht mit öffentlichen Interessen und insbesondere auch nicht mit der Dringlichkeit des Bauvorhabens begründet, ist das Gesuch der Beschwerdeführerin abzuweisen, da die Beschwerde nicht als hinreichend begründet erscheint. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

4. Der Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 14. Mai 2018 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Der Vorinstanz ist die Möglichkeit einzuräumen, innert derselben Frist ihre Eingabe vom 17. April 2018 gegebenenfalls mit einer weiteren Begründung zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht auf eine Stellungnahme anzunehmen.

5. Dem Verfahrensausgang einerseits – dem Begehren der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung wurde nicht entsprochen – und dem Verursacherprinzip andererseits – die angefochtene Verfügung war einzig und unzureichend damit begründet, die Beschwerdegegnerin habe das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht (Art. 41 Abs. 1 VöB), und die Vorinstanz hat abgesehen vom nicht dokumentierten Inhalt der telefonischen Rücksprache der Beschwerdeführerin die Begründung mit ihrer Vernehmlassung vom 17. April 2018 nachgeholt – entsprechend haben die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz die amtlichen Kosten des



St.Galler Gerichte

Zwischenverfahrens je zur Hälfte zu bezahlen (Art. 95 Abs. 1 und 2 VRP). Eine Entscheidgebür für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12).

Bei dieser Verlegung der amtlichen Kosten sind für das Zwischenverfahren praxisgemäss keine ausseramtlichen Entschädigungen zuzusprechen (Art. 98 Abs. 1 VRP; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen SZ/St. Gallen 2004, S. 182 f.). Im Übrigen ist die Vorinstanz zwar berufsmässig vertreten und stellte ihre Anträge unter Entschädigungsfolge. Sie hätte indessen als verfügende Behörde im Vergabeverfahren praxisgemäss ohnehin keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (vgl. Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829; Hirt, a.a.O., S. 177).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, bis 14. Mai 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 24. Januar 2018 zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz bezahlen die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'000 je zur Hälfte.
4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Eugster