



Fall-Nr.: B 2022/43
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 19.09.2022
Entscheiddatum: 15.07.2022

Entscheid Verwaltungsgericht, 15.07.2022

Öffentliches Beschaffungsrecht; Art. 12 Abs. 1, Art. 34 Abs. 2, Art. 41 Abs. 3 VöB. Soweit die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag die Bewertungskriterien und die Notenskala beanstandet, sind ihre Rügen verspätet. Die der Zuschlagsverfügung beigelegte Bewertungsmatrix enthielt zwar keine konkrete auf den Inhalt der einzelnen Angebote eingehende Begründung. Aus den in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen und weiter beschriebenen Unterkriterien zu den Zuschlagskriterien und der Notenskala war indessen ersichtlich, welche Inhalte der Angebote wie bewertet wurden. Der Vorwurf der ungenügenden Begründung der Zuschlagsverfügung erweist sich damit als unbegründet. Das Verständnis der Ausschreibungsunterlagen der Beschwerdeführerin wich in einem Punkt – möglicherweise – von jenem der Beschwerdegegnerin ab. Dies rechtfertigt allerdings nicht den Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin. Die Bewertung der Angebote nach den Kriterien "Plausibilisierung des Honorarangebots" und "Plausibilisierung des Aufwands" ist geeignet, die objektive Preisbewertung mit einer subjektiven und damit ermessensgeleiteten Beurteilung unmittelbar zu relativieren. Sie führt vorliegend indessen nicht dazu, dass dem Preis nur noch ein zu geringes und damit vergaberechtswidriges Gewicht zukommt. Selbst wenn das Kriterium der Plausibilisierung, das mit fünf Prozent gewichtet ist, vollumfänglich als das Kriterium des Preises, das mit dreissig Prozent gewichtet ist, relativierend verstanden würde, bliebe es bei einem Gewicht der Kosten von 25 Prozent (Verwaltungsgericht, B 2022/43).

Entscheid vom 15. Juli 2022

Besetzung

Abteilungspräsidentin Lendfers; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner; Gerichtsschreiber Scherrer



St.Galler Gerichte

Verfahrensbeteiligte

Fiorino AG, Zürcher Strasse 193, 9014 St. Gallen,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Loher, SwissLegal asg.advocati,
Kreuzackerstrasse 9, 9000 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde Wil, Stadtrat, Marktgasse 58, 9500 Wil,

Vorinstanz,

und

SV (Schweiz) AG, Memphispark, Wallisellenstrasse 57, 8600 Dübendorf,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Catering-Service für Tagesstrukturen

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Die Politische Gemeinde Wil hat am 1. Oktober 2021 den Catering Service für die Tagesstrukturen der Schulen der Stadt Wil im offenen Verfahren ausgeschrieben (vgl. ABI 2021 Publ.-Nr. 00.054.924). Innert der bis 30. November 2021 offenen Frist reichten fünf Bewerberinnen je ein Angebot ein (vgl. Offertöffnungsprotokoll, act. 9/6). Der Stadtrat der Politischen Gemeinde Wil erteilte mit Verfügung vom 9. Februar 2022 den Zuschlag der SV (Schweiz) AG, deren Angebot bei einem Notenmaximum von fünf mit 4.38 bewertet worden war (act. 9/8).



B.

Die Fiorino AG (Beschwerdeführerin), deren Angebot mit einer Note von 4.12 auf dem zweiten Platz rangierte (act. 9/8), erhob gegen die am 16. Februar 2022 versandte Zuschlagsverfügung des Stadtrates der Politischen Gemeinde Wil (Vorinstanz) mit Eingabe vom 28. Februar 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, die SV (Schweiz) AG (Beschwerdegegnerin) sei von der Vergabe auszuschliessen, der Zuschlag sei ihr, der Beschwerdeführerin, zu erteilen, eventualiter sei die Bewertung ihres Angebots zu überprüfen und anzupassen und ihr sei anschliessend der Zuschlag zu erteilen. Subeventualiter sei der Auftrag neu auszuschreiben. Der verfahrensleitende Abteilungspräsident untersagte der Vorinstanz mit Verfügung vom 1. März 2022 den Abschluss des Vertrages vorläufig und gab der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin Gelegenheit, sich bis 7. März 2022 zum sinngemässen Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, vernehmen zu lassen. Die Beschwerdegegnerin machte mit Eingabe vom 3. März 2022 für ihre Offerte das Geschäftsgeheimnis geltend. Auf eine Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung verzichtete sie. Mit Zwischenverfügung vom 8. März 2022 gewährte der verfahrensleitende Abteilungspräsident der Beschwerde die aufschiebende Wirkung, ohne die Erfolgsaussichten näher zu prüfen, weil innert der angesetzten Frist keine Vernehmlassung der Vorinstanz eingegangen war.

Die Vorinstanz beantragte mit Eingabe vom 4. März 2022, eingegangen beim Gericht am 8. März 2022, neben der Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung auch die Abweisung der Beschwerde, soweit auf die Anträge überhaupt eingetreten werden könne, unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin beantragte ihrerseits mit Eingabe vom 29. März 2022, die Anträge der Beschwerdeführerin seien unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Die Vorinstanz ergänzte am 31. März 2022 ihre Eingabe vom 4. März 2022. Sie hielt an ihrem Antrag in der Sache fest. Das gleichzeitig gestellte Gesuch, die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu widerrufen, wies der verfahrensleitende Abteilungspräsident am 21. April 2022 ab.

Die Beschwerdeführerin nahm durch ihren mittlerweile beigezogenen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 12. Mai 2022 zu den Vernehmlassungen Stellung. Neu beantragte sie eventualiter explizit auch die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung. Die Vorinstanz antwortete darauf mit unveränderten Anträgen am 25. Mai 2022. Die Beschwerdeführerin äusserte sich dazu mit Eingabe vom 21. Juni 2022.



Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1.

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Die Beschwerdeführerin, deren Offerte gegenüber dem berücksichtigten Angebot der Beschwerdegegnerin bei einem Notenmaximum von fünf mit einer um 0.26 tieferen Note den zweiten Rang erreichte und die nebst einem Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin auch Korrekturen in der Bewertung beantragt, hat bei Gutheissung ihrer Begehren reelle Chancen auf den Zuschlag und ist dementsprechend zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde gegen die am 16. Februar 2022 versandte Zuschlagsverfügung wurde mit Eingabe vom 28. Februar 2022 unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende (vgl. Art. 30 Abs. 1 VRP und Art. 142 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; Zivilprozessordnung, SR 272) rechtzeitig erhoben und erfüllt die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB). Auf die Beschwerde ist dementsprechend – entgegen dem von der Vorinstanz in ihren Vernehmlassungen vom 4. und vom 31. März 2022 nicht weiter begründeten Antrag – einzutreten.

2.

Soweit die Beschwerdeführerin die Bewertungskriterien und die Notenskala beanstandet, sind ihre Rügen verspätet. Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung und die Benotung nach der Skala von eins bis fünf waren in Ziffer 4.2 der Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben worden (act. 9/1). Die Beschwerdeführerin hat weder die Ausschreibung beanstandet noch zusammen mit ihrem Angebot Vorbehalte gegenüber den Zuschlagskriterien geäussert. Vielmehr hat sie die Ausschreibungsbedingungen widerspruchlos anerkannt (vgl. GVP 2011 Nr. 37). Im Übrigen kommt der Vergabebehörde und insbesondere auch den Gemeinden bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und bei der Beurteilung der Angebote nach den Qualitätskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. Art. 16 Abs. 2 IVöB; BGE 141 II 353 E. 3 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung, 143 II 553 E. 6.3.2). Eine



Benotung der Zuschlagskriterien und allfälliger Unterkriterien anhand einer Notenskala zwischen eins und fünf entspricht einem vergaberechtlich üblichen Bewertungssystem. Zu wählen ist eine Notenskala, die eine Differenzierung zulässt, aber auch zu einem eindeutigen Ergebnis führt (vgl. Präsidialverfügungen B 2016/44 vom 4. März 2016 E. 2.2.4, B 2016/139 vom 14. Juli 2016 E. 2.2.2 für eine Skala von 0 bis 3). Die Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich dementsprechend als unbegründet.

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine ungenügende Begründung der Zuschlagsverfügung (dazu nachfolgend Erwägung 3). Sodann macht sie geltend, das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte möglicherweise ausgeschlossen werden müssen, weil sie die logistischen Minimalanforderungen nicht einhalten könne (dazu nachfolgend Erwägung 4). Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren vor, sie könne die Bewertung ihrer Offerte nach verschiedenen Zuschlagskriterien nicht nachvollziehen (dazu nachfolgend Erwägung 5).

3.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der Zuschlagsverfügung werde lediglich ausgeführt, die Angebote seien – was selbstverständlich sei – entsprechend den Beurteilungskriterien geprüft worden, wobei das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten habe. Näheres zur Beurteilung werde nicht gesagt. Welche Gründe bei der Beurteilung tatsächlich massgeblich gewesen seien, bleibe unklar. – Die Vorinstanz nimmt zu diesem Vorwurf keine Stellung.

Gemäss Art. 41 Abs. 3 VöB wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist (Satz 1); die Begründung enthält insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote (Satz 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 beziehungsweise 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 mit Hinweis auf GVP 2000 Nr. 24).

In der Zuschlagsverfügung vom 9. Februar 2022 hat die Vorinstanz für die weitere Begründung auf die einzelnen Resultate in der Bewertungsmatrix, welche der



Zuschlagsverfügung beilag, verwiesen. Dass damit der wesentliche Teil der Begründung nicht in der Verfügung selbst enthalten war, schadet nicht (vgl. BGE 113 II 204 E. 2). In der Matrix waren die Noten, welche die Angebote in den einzelnen Unterkriterien erzielten, tabellarisch aufgeführt. Sodann wurde die Bedeutung der ganzzahligen Noten – 1 (wertlos, ohne Aussagekraft [nicht beurteilbar]), 2 (ungenügend, die Anforderungen weitgehend nicht erfüllt), 3 (genügend, die Anforderungen erfüllt), 4 (gut, die Anforderungen teilweise übertroffen), 5 (sehr gut, innovativ, weit über den Anforderungen liegend) – umschrieben. Eine konkrete auf den Inhalt der einzelnen Angebote eingehende Begründung enthielt die Bewertungsmatrix nicht. Indessen war für die Beschwerdeführerin – insbesondere auch weil die Vorinstanz nicht nur die Zuschlagskriterien, sondern auch die Unterkriterien samt Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben und weiter beschrieben hatte – ersichtlich, welche Inhalte der Angebote wie bewertet wurden. Damit genügte die Begründung der Zuschlagsverfügung zusammen mit der beigelegten Bewertungsmatrix den Anforderungen, wie sie sich aus Art. 41 Abs. 3 VöB ergeben (vgl. dazu beispielsweise Präsidialverfügung B 2020/166 vom 2. September 2020 E. 3.5).

4.

4.1.

Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, nach den Ausschreibungsunterlagen sei – als Minimalanforderung, die bei Nichteinhaltung zum Ausschluss führe – die Bestellfrist am Vortag vorgesehen. Vorausgesetzt sei namentlich, dass die definitive Anzahl der Menüs bis spätestens 14.00 Uhr des Vortags via E-Mail oder telefonisch an den Anbieter gemeldet und trotzdem eine rechtzeitige Lieferung (am Folgetag) gewährleistet werden könne. Das seien nicht anbieterspezifische Eignungskriterien, deren Beurteilung anhand blosser Selbstdeklaration vorgenommen werden könne, sondern angebotsbezogene Minimalanforderungen. Diese Logistik müsse in den Offerten nachgewiesen beziehungsweise zumindest hinreichend plausibilisiert werden. Bei genauer Anwendung der Vorgaben hätte der Zuschlag nicht der Beschwerdegegnerin erteilt werden dürfen, da sie gemäss gut informierten Kreisen mindestens sieben Arbeitstage Bestellvorlauf habe. Die Beschwerdegegnerin bestreite nicht, dass sie Wil wöchentlich zweimal mit einem LKW beliefe. Die Möglichkeit, jeden Tag bis 14.00 Uhr für den Folgetag die definitive Anzahl Menüs festzulegen, setze eine tägliche Lieferung voraus. In der Offerte der Beschwerdegegnerin werde nicht einmal mit Bestimmtheit festgelegt, ob überhaupt warm oder kalt geliefert werde, wiewohl gemäss Ausschreibungsunterlagen je unterschiedliche logistische Minimalanforderungen gälten und im Preiseingabebblatt zwingend eine von beiden Optionen (oder beide) hätten



ausgewählt werden müssen. Die logistischen Minimalanforderungen seien nicht nachgewiesen gewesen und das Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Vorinstanz habe das Angebot der Beschwerdegegnerin auch mit Bezug auf "Personaleinsatz beziehungsweise Qualität" als nicht plausibel erachtet. Schon darum hätte die Vorinstanz nicht einfach – zumindest nicht widerspruchsfrei – auf das von der Beschwerdegegnerin in der Offerte gesetzte "Häkchen" abstellen dürfen.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Beschwerdegegnerin habe in der Offerte unterschriftlich bestätigt, dass sie jederzeit in der Lage sei, die Lieferung gemäss Vorgabe und die entsprechende Leistungsfähigkeit in Umfang und Qualität sicherzustellen. Die Beschwerdegegnerin sei explizit im Stande, am Vortag des Liefertages bis 14.00 Uhr bestellte Mahlzeiten zu liefern, und gewährleiste die verlangte Logistik. Da eine Anlieferung mit lückenloser Kühlkette vorgesehen sei, stelle die Offerte der Beschwerdegegnerin zumindest implizit klar, dass es sich um eine Kaltanlieferung handle. Die Beschwerdeführerin schliesse fälschlicherweise aus der Formulierung "bis jeweils 14.00 Uhr des Liefervortages", dass die Lieferungen täglich zu erfolgen hätten. So sei das aber in der Ausschreibung nicht formuliert. Die Beschwerdeführerin sehe aufgrund der von ihr vorgesehenen Warmanlieferung eine tägliche Anlieferung vor. Daraus könne sie aber nicht auf andere Anbieter schliessen.

Die Beschwerdegegnerin führt aus, zwar ergebe sich aus ihrer Offerte, dass der reguläre Bestelltermin jeweils sieben Arbeitstage vor dem ersten Ausliefertag der Lieferwoche sei. Ebenso klar werde im Angebot aber auch festgehalten, Änderungen, Nach- oder Abbestellungen seien jederzeit über die Hotline möglich. So könne die Vorgabe, bis 14.00 Uhr des Vortages die definitive Anzahl Menüs zu melden, problemlos erfüllt werden. Die Annahme der Beschwerdeführerin, es sei eine Bestellfrist am Vortag vorgesehen, sei falsch, weil sich die Vorgabe nicht auf die gesamte Bestellung, sondern explizit lediglich auf die Mitteilung der definitiven Anzahl beziehe. Eine Anpassung der Anzahl Menüs müsse bis um 14.00 Uhr des Liefervortages – und nicht an jedem Tag der Woche für den darauffolgenden Tag – möglich sein.

4.2.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, insbesondere wenn der Anbieter die Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a) oder wesentliche Formvorschriften verletzt (lit. h). Ausgeschlossen werden darf ein Angebot auch, wenn es von inhaltlichen Vorgaben abweicht, liegt es doch in der Kompetenz und Verantwortung der Vergabestelle, zu



bestimmen, welche Aufträge sie vergibt, solange die verlangten Spezifikationen keine Diskriminierung der Anbieterinnen bewirkt (BGer 2C_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Art. 12 Abs. 1 VöB ist eine "Kann-Vorschrift". Sie räumt dem Auftraggeber einen Spielraum bezüglich der Frage ein, ob ein Anbieter im Einzelfall vom Verfahren ausgeschlossen werden soll. Nicht gerechtfertigt ist der Ausschluss, wenn die Unvollständigkeit nicht der Anbieterin angelastet werden kann. Ebenso wenig darf eine Anbieterin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn sie Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen inhaltlich in guten Treuen im Sinn ihres Angebots verstehen durfte. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. VerwGE B 2019/265 vom 17. Mai 2020 E. 3 mit Hinweis auf BGer 2C_225/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 4.2 und 4.3; zur Auslegung von Eignungskriterien Präsidialverfügung B 2020/29 vom 13. März 2020 E. 2.3.2 mit Hinweis auf BGer 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 4.1.1, BGE 141 II 14 E. 7.1).

4.3.

In Ziffer 2.3 der Ausschreibungsunterlagen (act. 9/1) werden die logistischen Anforderungen an den Catering-Service umschrieben. Bei einer Warmanlieferung müssen die Menüs um 11.50 Uhr zur Ausgabe ohne zusätzlichen Zubereitungsaufwand durch das Betreuungspersonal an den Standorten der Mittagstische bereitstehen. Bei einer Kaltanlieferung müssen die Speisen in den vorhandenen Kühlschränken an den Standorten deponiert werden. Das Betreuungspersonal ist frühestens um 11.15 Uhr anwesend. Die definitive Anzahl der Menüs wird bis jeweils 14.00 Uhr des Liefervortages – am Freitag für Montag – via Mail oder telefonisch dem Caterer gemeldet.

Werden die Mahlzeiten – wie dies die Beschwerdeführerin anbietet – warm angeliefert, ist selbstredend von einer täglichen Lieferung auszugehen. Für die Kaltanlieferung wird im Abschnitt zur Logistik nicht ausdrücklich festgelegt, wie viele wöchentliche Liefertage vorzusehen sind. Im Preiseingabeblatt werden tabellarisch je Standort die Wochentage, die "zu beliefern" sind, aufgeführt (act. 9/4). Die Ausschreibungsunterlagen erscheinen in diesem Punkt unklar. Jedenfalls aber kann aus ihnen nicht geschlossen werden, auch bei einer Kaltlieferung seien die logistischen Anforderungen nur bei täglicher Lieferung und damit auch der Möglichkeit einer täglichen Meldung der definitiven Anzahl Menüs erfüllt. Aufgrund der Hinweise in den Ausschreibungsunterlagen zur Kaltlieferung, wonach die Speisen bei Anlieferung in den vorhandenen Kühlschränken "deponiert" werden müssen, die Standorte über eine – in Kap. 6 detailliert nach Standort inventarisierte – Aufbereitungsküche verfügen und



(lediglich) für eine Zubereitung vor 11.15 Uhr notwendiges Personal zulasten des Anbieters geht, ist zu schliessen, dass die von der Vorinstanz erwartete Leistung auch ohne tägliche Anwesenheit des Anbieters vor Ort erbringbar ist. Dies setzt im Wesentlichen eine geeignete Menüwahl voraus, muss doch die Vorbereitung und insbesondere Erwärmung der Speisen durch das anwesende Betreuungspersonal innert maximal 35 Minuten möglich sein (das Essen muss um 11.50 Uhr zur Ausgabe durch das Personal bereitstehen, vgl. Ziff. 2.3 2. Absatz der Ausschreibungsunterlagen). Es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin diese Anforderungen erfüllt. Denn ihrem Angebot ist zu entnehmen, dass sie das Catering für die Tagesstrukturen der Vorinstanz bereits bisher erbracht hat. Weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch aus der Bewertung der Angebote ist ersichtlich, dass die Vorinstanz hinsichtlich Liefertage und Bestellservice vom bisherigen logistischen Rahmen, wie ihn die Beschwerdegegnerin geboten hat, abweichen wollte. Unter diesen Umständen erscheint ein Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin nicht als zulässig. Da die Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der Zahl der Liefertage unterschiedlich verstanden werden konnten, dürfte das Angebot der Beschwerdegegnerin auch nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, es erfülle die logistischen Minimalanforderungen nicht.

Das abweichende Verständnis der logistischen Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen hat auch nicht zu einer Benachteiligung der Beschwerdeführerin geführt. Die – allfällige – Unklarheit war lediglich für die Variante der Kaltlieferung relevant, die Beschwerdeführerin macht aber nicht geltend, sie hätte auch die Einreichung eines Angebots für eine Kaltlieferung in Betracht gezogen, wenn ihr klar gewesen wäre, dass keine tägliche Anlieferung anzubieten wäre.

5.

5.1.

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Umsetzung der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben zur *Preisbewertung*. Massgeblich sei der von der Beschwerdeführerin offerierte Menüpreis von CHF 206'275.50, und nicht CHF 213'315.50, da die CHF 7'040 für die optional offerierten Wärmeplatten seien. Dieser Preiszuschlag dürfe für den Preisvergleich nicht berücksichtigt werden. Andernfalls müsste spiegelbildlich die Qualität des Angebots der Beschwerdeführerin besser bewertet werden. – Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Gerätschaften an den einzelnen Standorten seien aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervorgegangen. Die Kosten allfälliger weiterer benötigter Infrastruktur seien auf dem Preiseingabeblatt



St.Galler Gerichte

aufzuführen gewesen. Die Beschwerdeführerin habe die Wärmeplatten auf dem Preiseingabeblatt im Bewusstsein aufgeführt, dass diese letztlich in die Preisberechnung einflössen.

Zum Zuschlagskriterium des "Angebotspreises" wurde in den Unterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass allfällige aus der Sicht des Anbieters anfallende Kosten für zusätzliche Gerätschaften und weitere Infrastruktur an den Standorten im Preiseingabeblatt abschliessend aufzulisten seien (Ziffer 4.2.3c der Ausschreibungsunterlagen; Litera Z3.3 der Angebotsformulare). Dass für die Preisbewertung nicht nur die gegenüber der Anbieterin entstehenden Kosten, sondern auch die für die Auftraggeberin zusätzlich anfallenden Kosten für die Beschaffung von weiteren Gerätschaften von Bedeutung sein würden, ergibt sich damit klar aus den Ausschreibungsunterlagen und ist mit Blick auf das vergaberechtliche Ziel, den Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, nachvollziehbar. Die Vorinstanz hat deshalb mit der Berücksichtigung der verlässlich ermittelbaren und von der Beschwerdeführerin selbst offerierten Kosten zusätzlicher erforderlicher Gerätschaften beim Preis kein Vergaberecht und insbesondere nicht das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 11 Ingress und lit. a IVöB verletzt.

5.2.

Die Beschwerdeführerin beanstandet sodann die von der Vorinstanz angewendete *Preisspanne*. Für die gewöhnlichen Menüs betrage die Differenz der offerierten Menüpreise fast 100, für die Spezialmenüs sei sie sogar fast 150 Prozent. In Nachachtung der Ausschreibungsunterlagen – Berücksichtigung der tatsächlich eingehenden Angebote – hätten Differenzen von rund 100 und 150 Prozent, mindestens aber von 80 und 130 Prozent veranschlagt werden müssen. Mit der viel zu geringen Differenz von 50 Prozent habe bereits eine relativ geringe Preisabweichung überproportional zu Buche geschlagen. Bei Berücksichtigung der rechtmässigen Preisspanne hätte das Angebot der Beschwerdeführerin eine deutlich höhere Benotung erhalten, nämlich 4.55 (gewöhnliche Menüs, Spanne 80 Prozent) und 4.05 (Spezialmenüs, Spanne 130 Prozent) beziehungsweise 4.64 und 4.14 (Preisspanne gemäss eingegangenen Angeboten). – Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie habe entsprechend den Ausschreibungsunterlagen vorgängig eine Preisspanne von 150 Prozent definiert, sie aufgrund der eingegangenen gültigen Angebote nochmals überprüft und für richtig befunden. Die Preisspanne müsse sich nicht zwingend vom billigsten bis zum teuersten Angebot erstrecken.

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz in den



Ausschreibungsunterlagen keine Preisspanne bekanntgegeben. Sie hat lediglich festgehalten, dass sie die intern ins Auge gefasste Preisspanne anhand der eingehenden gültigen Angebote prüfen werde (Ziffer 4.2.3d der Ausschreibungsunterlagen). Aus dieser Formulierung mussten die Anbieterinnen schliessen, dass die Preisspanne erst nach Sichtung der gültig offerierten Preise definitiv festgelegt werden würde. Dass die Spanne die volle Differenz zwischen dem billigsten bis zum teuersten Preis umfassen werde, ergibt sich daraus nicht. Vielmehr mussten die Anbieterinnen aufgrund der – unbeanstandet gebliebenen – Ausschreibungsunterlagen davon ausgehen, die Preisspanne werde nicht zwingend die tatsächlich offerierten Preise abbilden. Zwar ist vergaberechtlich grundsätzlich zu vermuten, dass die offerierten beziehungsweise nachvollziehbar und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots bereinigten Preise den Markt widerspiegeln und die Preisspanne deshalb realistisch ist. Indessen verletzt die Vergabebehörde ihren Ermessensspielraum nicht, wenn sie – wie vorliegend – ein im Vergleich mit den weiteren Angeboten extrem teures Angebot bei der Festlegung der Preisspanne nicht berücksichtigt, weil Gründe dafür bestehen, aus denen das Preisangebot nicht als realistisch erscheint (vgl. VerwGE B 2019/178 vom 16. August 2019 E. 2.2.1 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

Bei vier der fünf eingegangenen Angebote bewegt sich der Menüpreis innerhalb einer Spanne zwischen CHF 6.33 und CHF 9.30 (knapp fünfzig Prozent; act. 9/6). Die fünfte Anbieterin offerierte demgegenüber einen Preis von CHF 12.60, was rund das Doppelte des Preises der Beschwerdegegnerin ist (vgl. Offertöffnungsprotokoll vom 7. Dezember 2021; act. 9/6). Wenn die Vorinstanz mit Blick auf die tatsächlich eingegangenen Angebote das – mit Abstand – teuerste Angebot bei der Festlegung der Preisspanne nicht berücksichtigte, hat sie das ihr bei der Bewertung der Angebote zustehende weite Ermessen – dessen Ausübung sie sich zudem in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten hatte – nicht überschritten. Das fragliche Angebot unterschied sich auch in qualitativer Hinsicht deutlich von den übrigen. So verfügte die Anbieterin insbesondere über keine dem Ausschreibungsgegenstand entsprechende Cateringerfahrung. Dementsprechend war auch ihre Projektorganisation als ungenügend zu beurteilen. Schliesslich erwies sich das Angebot hinsichtlich der Qualität der Lebensmittel und des Menüplans sowie der ökologischen, sozialen und volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit als ungenügend (vgl. act. 9/8). Weil die Einreichung eines solchen Angebotes an sich nicht zu erwarten wäre, durfte die Vorinstanz den offerierten sehr hohen Preis bei der Festlegung der Preisspanne ausser Acht lassen, ohne damit die in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebene Gewichtung des Preises mit dreissig



Prozent in Missachtung der Marktverhältnisse zu verfälschen. Die Preisspanne von fünfzig Prozent ist nicht zu beanstanden.

5.3.

Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren vor, beim Kriterium Ausbildung mit den Teilaspekten "Lehrlingsausbildung" und "offensichtlicher Zusammenhang mit dem Auftrag" habe das Angebot der Beschwerdegegnerin zweimal die Note fünf, ihr eigenes einmal die Note 4 und einmal die Note 5 erhalten. Weshalb nicht auch sie zweimal die Note 5 erhalten habe, sei nicht nachvollziehbar. Die Anzahl Lernender sei kein relevantes Kriterium gemäss Ausschreibungsunterlagen. Zudem dürfte nicht auf deren absolute Zahl abgestellt werden. Dass die Beschwerdegegnerin das höhere Verhältnis habe, werde rein vorsorglich bestritten. – Die Vorinstanz führt dazu aus, während die Beschwerdeführerin einen Lernenden zum Koch ausbilde, biete die Beschwerdegegnerin 112 Lernenden Ausbildung in einem bedeutend grösseren Spektrum – Systemgastronomiefachmann, Köchin, Küchenangestellte – an. Dies sei mit dem Punktunterschied gewürdigt worden.

In den Erläuterungen zum Unterkriterium "Sicherung des Ausbildungsstandes" wurden die Anbieterinnen aufgefordert, auszuweisen, dass sie Lernende ausbilden, deren Ausbildung in einem offensichtlichen Zusammenhang mit dem Auftrag steht, und entsprechend als Ausbildungsbetrieb berechtigt sind (Ziffer 4.2.1 der Ausbildungsunterlagen). Die Anbieterinnen wurden sodann nach der Anzahl der beschäftigten Mitarbeitenden (Männer, Frauen, Lernende) gefragt (Litera E1 der Angebotsformulare; act. 9/2). Zusätzlich hatten die Anbieterinnen die Anzahl der Lernenden nach Lehrberufen anzuführen (Litera Z2 der Angebotsformulare). – Die Beschwerdeführerin hat in Litera E1 im Formular 2: Eignungskriterien die Zahl der Beschäftigten mit 138, davon 37 (entsprechend 27 Prozent) Lernende angegeben (act. 9/11). Ein Lernender wird im Geschäftsbereich "Tavola" der Beschwerdeführerin als Koch ausgebildet. Im Zusammenhang mit dem Cateringauftrag nennt die Beschwerdeführerin keine weiteren, von ihr angebotenen Lehrberufe. Die Gesamtzahl der in diesem Bereich tätigen Personen ist nicht ersichtlich. Der Schwerpunkt der Ausbildung Lernender liegt bei der Beschwerdeführerin gemäss ihren Angaben in Litera Z2 des Formulars 3: Zuschlagskriterien im Bereich Fachmann/Fachfrau Betreuung Kind EFZ. – Die Beschwerdegegnerin hat in Litera E1 im Formular 2: Eignungskriterien die Zahl der Beschäftigten mit 5130, davon 112 (entsprechend zwei Prozent) Lernende angegeben (act. 9/13). Bei ihrer Subunternehmerin, die für den Bereich Produktion verantwortlich ist, entfällt auf 201 Beschäftigte ein Lernender (entsprechend 0.5 Prozent). Die Beschwerdegegnerin bildet gemäss ihren Angaben in Litera Z2 des



St.Galler Gerichte

Formulars 3: Zuschlagskriterien nebst Köchen EFZ auch Küchenangestellte EBA, Systemgastronomen EFZ, Restaurantfachleute EFZ und Restaurantangestellte EBA aus.

Die Vorinstanz hat die Angebote im Unterkriterium "Sicherung des Ausbildungsstandes" anhand der Aspekte "Anbieter bildet Lernende aus und ist als Ausbildungsbetrieb berechtigt" (Beschwerdeführerin 4, Beschwerdegegnerin 5) und "Ausbildung der Lernenden steht im Zusammenhang mit Cateringvergabe" (beide je 5) benotet (act. 9/8, Z1.2). Auf dem Bewertungsbogen hat sie die Noten nicht begründet. Die Beurteilung anhand der genannten Teilaspekte erscheint sachgerecht. Insbesondere ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass sie nicht auf den Anteil der Lehrlinge an der Gesamtzahl der Beschäftigten abgestellt hat, zumal sie auch unberücksichtigt liess, welcher Anteil der Beschäftigten in Teilzeit angestellt ist. Dass das Angebot der Beschwerdegegnerin unter dem ersten Aspekt etwas besser benotet wurde, weil sie nicht nur Köche EFZ ausbildet, sondern weitere Berufslehren, die im Zusammenhang mit dem nachgefragten Catering stehen, anbietet, ist nachvollziehbar.

5.4.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist auch die Bewertung ihres Angebots beim Kriterium der Projektorganisation nicht haltbar. Die auf zwei A4-Seiten darzustellenden Angaben zu den einzelnen Gesichtspunkten liessen sich dem Angebot der Beschwerdeführerin mühelos entnehmen. Was es zu bemängeln geben sollte, sei nicht auszumachen. Welche Angaben zu Schlüsselpersonen und benötigten Personen fehlen sollten, sei schleierhaft. Völlig unklar sei, weshalb die geforderte Aufgaben- und Kompetenzverteilung als nicht erfüllt betrachtet werde. Das Angebot der Beschwerdeführerin hätte beim Zuschlagskriterium "Projektorganisation" die Note 5 erhalten müssen. Eine weitere Bewerberin habe sämtliche Kriterien vollends erfüllt und trotzdem weniger Punkte erhalten als die Beschwerdegegnerin, die gewisse Kriterien nur teilweise erfüllt habe. Die Bewertung durch die Vorinstanz sei insgesamt nicht haltbar. Vorsorglich bestritten werde, dass die Beschwerdegegnerin die Vorgabe, maximal zwei A4-Seiten zu verwenden, eingehalten habe. – Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Projektorganisation und zum Personaleinsatz seien äusserst kurz und einfach gehalten. Verglichen mit den Erläuterungen der Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang ergäben sich ganz offensichtlich qualitative Unterschiede.

Die Vorinstanz hat das Zuschlagskriterium "Auftragsverständnis und Erfahrung" in die Unterkriterien "Auftragsverständnis", "Projektorganisation" und "Plausibilität des



St.Galler Gerichte

Honorarangebots und Personaleinsatz beziehungsweise Qualität" gegliedert. Beim Unterkriterium "Projektorganisation" hat sie die Aspekte "Namen des Schlüsselpersonals und der Stellvertreter", "Erwähnung allfällig weiterer benötigter Personen", "bei Bietergemeinschaft Angaben zur Firmenzugehörigkeit", "Darstellung der Rollen der aufgeführten Personen", "Aufgaben- und Kompetenzverteilung", "Graphische Darstellung in einem übersichtlichen Organigramm" und "Unterschrift zur Bestätigung der Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen" unterschieden. Diese Aspekte, welche die Vorinstanz im Übrigen bereits in Ziffer 4.2.2 der Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hat, erscheinen mit Bezug auf das Unterkriterium "Projektorganisation" als sachgerecht.

In ihren Formulierungen erwecken sie den Eindruck von Bedingungen, die erfüllt oder nicht erfüllt sind. Allerdings schliesst dies mit Blick auf die – ebenfalls bekannt gegebene – Notenskala nicht aus, dass die Angebote differenziert nach ihrer Qualität bewertet werden. Beim Angebot der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz die beiden ersten Aspekte ("Schlüsselpersonal und Stellvertreter", "weitere Personen") als teilweise, den Aspekt "Aufgaben- und Kompetenzverteilung" als nicht und alle weiteren Aspekte als erfüllt bewertet und das Angebot beim Unterkriterium "Projektorganisation" insgesamt mit der Note 3 (genügend, die Anforderung erfüllt) bewertet. Das Angebot der Beschwerdegegnerin hat sie mit der Maximalnote 5 (sehr gut, innovativ, weit über den Anforderungen liegend) bewertet. Eine weitere Begründung hat sie nicht angebracht. Die Benotung erscheint mit Blick auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zu Litera Z2.2 im Formular 3: Zuschlagskriterien nachvollziehbar. Die Beschwerdegegnerin – deren Ausführungen zur Projektorganisation im Übrigen zwei A4-Seiten nicht überschreiten – ist aufgrund der Grösse ihres Betriebes und ihrer langen Erfahrung im nachgefragten Bereich des Schulcaterings in der Lage, eine ausgereifere Projektorganisation anzubieten als die Beschwerdeführerin. Dass sie die Anforderungen diesbezüglich nach Auffassung der Vorinstanz weit übererfüllt und die Beschwerdeführerin mit vergleichsweise wenig Erfahrung und wesentlich kleinerem Betrieb aus der Sicht der Vorinstanz die Anforderungen erfüllt und genügend ist, liegt im weiten Ermessensspielraum, welcher der Vorinstanz bei der Bewertung der Angebote zukommt.

5.5.

Die Beschwerdeführerin legt dar, die Vorinstanz habe die Plausibilität des Honorarangebots und des Aufwands der Beschwerdegegnerin mit je zwei Punkten und damit als "ungenügend, die Anforderungen weitgehend als nicht erfüllt" bewertet und bringe damit zum Ausdruck, dass sie das billigste Angebot als nicht plausibel erachte.



Sei der offerierte Preis nicht plausibel, könne darauf – zumindest nicht ohne ergänzende Auskünfte – nicht abgestellt werden. Das hätte zu einem Ausschluss der Beschwerdegegnerin, mindestens aber zur Einholung ergänzender Auskünfte führen müssen. Der Beschwerdeführerin erscheine insbesondere der nur marginale Preisunterschied zwischen gewöhnlichen und Spezialmenüs von nur gerade 45 Rappen nicht plausibel. – Die Vorinstanz führt aus, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei beim Zuschlagskriterium "Plausibilität Honorarangebot und Personaleinsatz bzw. Qualität" am tiefsten bewertet worden, weil deren Ausführungen in diesem Punkt äusserst kurzgehalten und eher wenig aufschlussreich seien. Das Kriterium der Plausibilisierung sei aber kein spezifisches Eignungskriterium und ein Ausschluss deshalb allein aufgrund einer tiefen Bewertung bei diesem Kriterium nicht möglich.

Art. 34 Abs. 2 VöB führt in der Liste der Kriterien für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Plausibilität des Angebots zwar nicht an. Die Liste ist indessen – wie sich aus dem Wortlaut ("insbesondere") ergibt – nicht abschliessend. Nach den vergaberechtlichen Grundsätzen ist die Berücksichtigung der Plausibilität des Angebotes zwar beim Zuschlagskriterium des Preises nicht statthaft, jedoch im Sinn eines unabhängigen Zuschlagskriteriums zulässig, solange damit in objektivierbarer Weise die Leistungen bewertet werden, die vom Angebotspreis abgedeckt sind. Die Bewertung muss dabei mit dem vergaberechtlichen Transparenzprinzip vereinbar sein (BGE 143 II 553 Regeste). Die Bewertung der Angebote nach den Kriterien "Plausibilisierung des Honorarangebots" und "Plausibilisierung des Aufwands" ist geeignet, die objektive Preisbewertung mit einer subjektiven und damit ermessensgeleiteten Beurteilung unmittelbar zu relativieren. Sie führt – was die Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht geltend macht – vorliegend indessen nicht dazu, dass dem Preis nur noch ein zu geringes und damit vergaberechtswidriges Gewicht zukommt. Selbst wenn das Kriterium der Plausibilisierung, das mit fünf Prozent gewichtet ist, vollumfänglich als das Kriterium des Preises, das mit dreissig Prozent gewichtet ist, relativierend verstanden würde, bliebe es bei einem Gewicht der Kosten von 25 Prozent.

Zur Plausibilität des Honorarangebots war in Litera Z2.3 des Formulars 3: Zuschlagskriterien angemerkt: "Plausibilisierung des Honorarangebots und des Aufwandes mit den vorgegebenen Menümengen und den geforderten Ansprüchen an die Qualität des Angebots." (act. 9/2). Die Vorinstanz hat in der Bewertung entsprechend die Aspekte "Plausibilisierung des Honorarangebots" und "Plausibilisierung des Aufwands" unterschieden. Beurteilt hat sie die Ausführungen der



Anbieterinnen in ihrem Angebot zu Litera Z2.3. Die Beschwerdeführerin hat sich auf Erwartungswerte ihres Betriebs im Catering von Betreuungseinrichtungen für Kinder mit täglich 280 warm ausgelieferten Portionen berufen und die Kalkulationen als verifiziert hinsichtlich Produktion und Lieferung in der beschriebenen Qualität bezeichnet. Für 2022 erhöhe sich das Volumen – ohne die Tagesstrukturen der Vorinstanz – auf täglich 380 Portionen. Mit dem ausgeschriebenen Auftrag kämen täglich 150 weitere Portionen hinzu, so dass Skaleneffekte beim Personal und der Infrastruktur erzielt werden könnten. In der Produktionsküche seien ausschliesslich ausgebildete Köche EFZ und Lernende im Einsatz. Für den täglichen Frisch-Lieferdienst würden Betriebsmitarbeiter aus dem Bereich Hauswirtschaft eingesetzt. – Die Beschwerdegegnerin hat sich darauf beschränkt, in Litera Z2.3 zuzusichern, dass keinerlei Honorare oder sonstige zusätzliche Kosten in Rechnung gestellt würden.

Die Vorinstanz hat das Angebot der Beschwerdegegnerin hinsichtlich beider Aspekte mit der Note 2 (ungenügend, die Anforderungen weitgehend nicht erfüllt) bewertet. Diese Bewertung als ungenügend ist nachvollziehbar, zumal eine Plausibilisierung des Honorarangebots und des Aufwands mangels entsprechender Angaben der Beschwerdegegnerin nicht möglich war. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz ohne weitere Begründung mit den Noten 4 (gut, die Anforderungen teilweise übertroffen, hinsichtlich des Honorarangebots) und 3 (genügend, die Anforderungen erfüllt, hinsichtlich des Aufwandes) bewertet. Dieser Umstand deutet darauf hin, dass das Kriterium der Plausibilisierung schwer fassbar ist. Ob die alleinige Benotung der Ausführungen ohne weitere konkrete Begründung ausreicht, kann indessen unter den konkreten Umständen offenbleiben: Würde das Angebot der Beschwerdeführerin in diesem Punkt statt mit der Note 3.5 mit der Maximalnote 5 bewertet, würde sich ihre Gesamtnote von 4.12 um 0.075 auf 4.20 verbessern. Bei der Minimalnote von 1 würde sich die Gesamtnote der Beschwerdegegnerin um 0.05 von 4.38 auf 4.33 verschlechtern. In der Gesamtbetrachtung würde sich deshalb für die Beschwerdeführerin nichts ändern.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die vergaberechtlichen Anforderungen an die Begründung der Zuschlagsverfügung beachtet, das Angebot der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht ausgeschlossen und sich bei der Bewertung der Angebote innerhalb des ihr zustehenden weiten Ermessensspielraums bewegt hat. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die amtlichen Kosten des



St.Galler Gerichte

Beschwerdeverfahrens von der Beschwerdeführerin zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidungsgebühr von CHF 5'200 – darin eingeschlossen die Gebühr für die Zwischenverfügung vom 8. März 2022 – ist angemessen (Art. 7 Ziff. 211 und 222 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Sie ist durch den von der Beschwerdeführerin in der gleichen Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

Ausseramtliche Kosten sind für das Beschwerdeverfahren nicht zu entschädigen. Die Beschwerdeführerin unterliegt. Die Vorinstanz stellt ihre Anträge zwar unter Entschädigungsfolge, hat jedoch als verfügende Vergabebehörde keinen Anspruch auf eine Entschädigung. Die obsiegende Beschwerdegegnerin hat ihre Anträge ebenfalls unter Entschädigungsfolge gestellt. Sie war indessen nicht berufsmässig vertreten und belegt auch keine besonderen Auslagen, welche eine Umtriebsentschädigung rechtfertigten (Art. 98 Abs. 1, Art. 98^{bis} und Art. 98^{ter} VRP).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerdeführerin trägt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens – darin eingeschlossen die Kosten der Zwischenverfügung vom 8. März 2022 – von CHF 5'200. Sie sind durch den von der Beschwerdeführerin in der gleichen Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Ausseramtliche Kosten werden für das Beschwerdeverfahren nicht entschädigt.