



# VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

---

## VERWALTUNGSRECHTLICHE KAMMER

### VERFÜGUNG

vom 22. Dezember 2023

*[Das Verfahren wurde im Anschluss an diesen Entscheid abgeschrieben.]*

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_

Beschwerdeführerin

gegen

**Stadtrat von Zug**, vertreten durch Baudepartement Zug

Beschwerdegegner

betreffend

Submission (Zuschlag)

**Aufschiebende Wirkung**

V 2023 111

**wird nach Einsicht in**

- den angefochtenen Entscheid vom 30. November 2023
- die Beschwerdeschrift vom 4. Dezember 2023
- die Verfügung des Kammervorsitzenden vom 5. Dezember 2023
- die Stellungnahme des Baudepartements der Stadt Zug vom 18. Dezember 2023

**und in Erwägung, dass**

- das Baudepartement der Stadt Zug der B. \_\_\_\_\_ in einem von der Stadt Zug im Rahmen des Projekts "0966 Erweiterung der Schulanlage Herti, Zug" im offenen Verfahren durchgeführten Vergabeverfahren mit Verfügung vom 30. November 2023 den Zuschlag für den Auftrag "BKP 291 Baumanagement & Bauleitung" erteilte;
- die A. \_\_\_\_\_ gegen diesen Entscheid am 4. Dezember 2023 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde erhob und dabei die Prüfung des Sachverhalts resp. der Auswertung wünschte; insbesondere wolle man Subjektivität und Fehleinstufung ausschliessen und im Grundsatz verstehen resp. nachvollziehen können, wie die Punktezuerteilung erfolgt sei;
- das Verwaltungsgericht gemäss § 6 Abs. 1 lit. a des Submissionsgesetzes (SubG; BGS 721.51) Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BGS 721.52) beurteilt;
- die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 17 Abs. 1 IVöB), die Beschwerdeinstanz jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen kann;
- das Gericht mit Verfügung vom 5. Dezember 2023 der Beschwerde vorläufig und vorsorglich aufschiebende Wirkung erteilte und dem Beschwerdegegner einstweilen untersagte, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung den Vertrag abzuschliessen;
- die Erteilung der aufschiebenden Wirkung voraussetzt, dass die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB);
- aufgrund einer Prima-facie-Beurteilung darüber zu befinden ist, ob sich die Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid mutmasslich als begründet oder unbegründet erweist, ohne dass zeitraubende Abklärungen vorgenommen werden müssen, und bei diesem Entscheid der zuständigen Beschwerdeinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht;
- das Bundesgericht dem Umstand, dass die vergaberechtliche Gesetzgebung Rechtsmitteln in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommen lässt, einen besonderen Stellenwert einräumt und daraus jedenfalls geschlossen wer-

den kann, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung eines Vergabeentscheides ein erhebliches Gewicht zukommt (BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.);

- gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, mit der Beschwerde gerügt werden können; Unangemessenheit kann jedoch nicht geltend gemacht werden (Abs. 2);
- die Beschwerdeführerin geltend macht, das Kriterium Preis sei bei dieser Ausschreibung mit 50 % gewichtet worden, und sie habe ein um 8 % günstigeres Angebot unterbreitet. Auf Nachfrage bei der Stadt Zug seien in Form eines E-Mails schlechte Referenzauskünfte und in der Folge eine dadurch mindere Bewertung der Referenzen als Grund für die Vergabe an den Zweitgünstigsten angegeben worden. Die Zustellung des Bewertungsbogens, aus dem Detailinfos hervorgehen sollten, habe C. \_\_\_\_\_, Stadt Zug, aber verweigert. Mitunter habe C. \_\_\_\_\_ telefonisch auf Nachfrage hin angemerkt, dass nur jene Referenzen gewichtet worden seien, für welche eine Auskunft habe eingeholt werden können resp. eine Referenzauskunft eingegangen sei. Offenbar hätten also Auskünfte zu den von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzen gefehlt, was eine Verzerrung des Bildes zur Folge haben könne. Die Beschwerdeführerin stelle daher die Frage der Transparenz und Nachvollziehbarkeit. C. \_\_\_\_\_ habe sich geweigert, detaillierte Informationen herauszurücken und/oder zuzustellen, sodass es für die Beschwerdeführerin nachvollziehbar wäre, wieso sie so schlecht bewertet worden sei. Irritierend sei, dass die Beschwerdeführerin bei allen angegebenen Referenzen die bewertbaren Ziele im Bereich Kosten, Termine und Qualität im Grundsatz erfülle und vor allem mit bestens ausgebildeten Fachkräften (Schlüsselpersonen) auftrete. Ebenfalls stutzig mache, dass die Beschwerdeführerin am Sonntag, dem 26. November 2023, von C. \_\_\_\_\_ zu einem Offertgespräch (Vergabegespräch) eingeladen worden sei, welches dann am Tag zuvor ohne Begründung abgesagt worden sei;
- das Baudepartement der Stadt Zug in seiner Stellungnahme vom 18. Dezember 2023 die materiellen Anträge stellt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten (Ziffer 1). Eventualiter zu Ziffer 1: Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (Ziffer 2);
- die Zuschlagsempfängerin auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtete;
- dem Baudepartement der Stadt Zug nicht zu folgen ist, wenn es geltend macht, auf die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin von vornherein nicht einzutreten, weil die Beschwerdeführerin nicht darzulegen vermöge, dass sie bei einem Durchdringen mit ihren Rügen den Zuschlag erhalten würde, dies insbesondere deshalb, weil sie keine Gründe vorbringe – und keine Gründe vorlägen –, dass sie insgesamt besser als die Zuschlagsempfängerin zu benoten sei und damit die Zuschlagsempfängerin überholen könnte. Immerhin belegte die Beschwerdeführerin im vorliegenden Submissi-

onsverfahren den zweiten Platz und hätte bei Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder die Gutheissung der Beschwerde würde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führen, indem die Beschwerdeführerin ein neues Angebot einreichen könnte, was zur Bejahung der Beschwerdelegitimation ausreichend ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.8; Claudia Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, 3. Aufl. 2020, S. 169);

- beim vorliegenden Verfahrensstand bzw. beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde im Rahmen einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nur – aber immerhin – zu beurteilen ist, ob die Beschwerde bzw. die darin enthaltenen Rügen als ausreichend begründet erscheinen. Die vertiefte materielle Prüfung, ob die Beschwerde tatsächlich gutzuheissen ist, wird später bzw. im Anschluss an einen allfälligen weiteren Schriftenwechsel vorzunehmen sein;
- dem Baudepartement der Stadt Zug zuzustimmen ist, dass die Vergabestelle nicht gehalten ist, von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben zu vervollständigen. Die Vergabestelle trägt auch keine Pflicht, bei Unerreichbarkeit der Referenzperson die betreffende Anbieterin zu kontaktieren. Vielmehr obliegt es der Anbieterin, die Erreichbarkeit der von ihr angegebenen Referenzpersonen sicherzustellen;
- festzustellen ist, dass die bezüglich der Beschwerdeführerin einzige schriftlich erfolgte Referenzauskunft in ihrer Aussage zwischen "schlecht" und "genügend" schwankt;
- eine Referenzperson gegenüber der Vergabestelle telefonisch ausführte, dass sie mit der Schlüsselperson SP1 (Projektleiter) der Beschwerdeführerin sehr unzufrieden gewesen sei; es habe mehrere Probleme gegeben, welche die Bauherrschaft in grössere Schwierigkeiten gebracht hätten;
- keine Umstände dafür erkennbar sind, dass die Vergabestelle begründete Zweifel an der Richtigkeit der Auskünfte durch die angegebenen Referenzpersonen gehabt hätte oder hätte haben müssen;
- entsprechend die Vergabestelle die Punktevergabe betreffend das Zuschlagskriterium "Fachkompetenz" wohl korrekt vorgenommen hat, umso mehr als für die vorgesehenen Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin die vier Referenzauskünfte ohne weitere Recherchen der Vergabestelle lückenlos eingeholt werden konnten und die beiden Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin von den Referenzpersonen in allen Fragen mindestens genügende, in der überwiegenden Mehrheit sogar gute oder sehr gute Bewertungen erhielten;
- auch bezüglich des Zuschlagskriteriums "Qualität und Plausibilität des Angebots" nicht erkennbar ist, dass die Vergabestelle die Punktebewertung fehlerhaft vorgenommen hätte;

- die Vergabestelle glaubhaft darlegt, warum es zur Absage der ursprünglich angesetzten Besprechung gekommen ist, weshalb die Beschwerdeführerin aus diesem Umstand nichts zu ihren Gunsten ableiten kann;
- sich aus diesen im Rahmen einer Prima-facie-Beurteilung erfolgten Erwägungen ergibt, dass die Beschwerde voraussichtlich als nicht begründet erscheint und wohl eher nicht gutgeheissen werden kann, was zur Aufhebung der vorläufig und vorsorglich erteilten aufschiebenden Wirkung und zur Feststellung führt, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt werden kann;
- die Beschwerdeführerin zwar keinen ausdrücklichen Antrag auf Akteneinsicht gestellt hat, sie jedoch ihre Beschwerde insbesondere damit begründet, dass sie im Grundsatz verstehen resp. nachvollziehen können wolle, wie die Punktezuteilung erfolgt sei;
- die Vergabestelle aufforderungsgemäss die Akten des Submissionsverfahrens eingereicht hat;
- der Beschwerdeführerin somit Einsicht in die Akten zu gewähren ist, soweit sie nicht Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin, deren Referenzankünfte sowie die Offerten der restlichen Bewerberinnen und deren Bewertung betreffen;
- das Gericht gestützt auf § 26 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) von der Partei, die ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen kann; wird der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist geleistet, so kann das Verfahren abgeschrieben werden;
- gegen diese Verfügung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden kann, sofern die Beschwerdeführerin der Meinung ist, mit der Verfügung würden verfassungsmässige Rechte verletzt,

**Folgendes verfügt:**

1. Die vorläufig und vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird aufgehoben.
2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird abgewiesen.
3. Der Beschwerdeführerin wird die Stellungnahme des Baudepartements der Stadt Zug zugestellt, und es wird ihr im Sinne der Erwägungen Akteneinsicht gewährt.
4. Die Beschwerdeführerin hat dem Gericht bis zum **15. Januar 2024** (Datum der Gutschrift auf das PC-Konto der Kantonalen Finanzverwaltung) einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen, ansonsten das Verfahren vom Geschäftsverzeichnis des Verwaltungsgerichts abgeschrieben wird. Der Kostenvorschuss ist auf folgendes Konto zu bezahlen:

Die Schweizerische Post – Postfinance, Mingerstrasse 20, 3030 Bern	
BIC (SWIFT-Adresse)	POFICHBEXXX
IBAN (Kontonummer)	CH44 0900 0000 8000 2130 7 (80-2130-7)
Kontoinhaber	Kanton Zug, Finanzverwaltung, Postfach, 6301 Zug
Vermerk (zwingend anzugeben)	Konto D. _____ A. _____

5. Die Beschwerdeführerin erhält Gelegenheit, dem Gericht bis zum **22. Januar 2024** eine Replik (im Doppel) einzureichen.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden.
7. Mitteilung an die Beschwerdeführerin (Beilagen: ausführliche Rechtsmittelbelehrung sowie Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 18. Dezember 2023 inkl. Beilagen, in welche Akteneinsicht gewährt wird), an das Baudepartement der Stadt Zug, an die Finanzverwaltung des Kantons Zug (nur Dispositiv), an die Wettbewerbskommission, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern, sowie z.K. an die Zuschlagsempfängerin.

Zug, 22. Dezember 2023  
kop

Der Vorsitzende

V 2023 111

Dr. Aldo Elsener

**Hinweise**

Der Vergabeentscheid enthält in der Regel nur eine summarische, oft auf formelle Angaben beschränkte Begründung. Eine eigentliche Begründung erhalten die Beschwerdeführenden regelmässig erst mit der Vernehmlassung der Vergabestelle. Wird aufgrund dieser Begründung die Beschwerde zurückgezogen, wird das Verfahren in der Regel unter ermässigten Kostenfolgen für den/die Beschwerdeführer/in abgeschlossen. Hat das Gericht über die Beschwerde zu entscheiden, werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt.

Ist ein Beschwerdeverfahren ohne aufschiebende Wirkung gegen den Zuschlag hängig, so darf die Vergabestelle den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin oder dem berücksichtigten Anbieter abschliessen. Der Vertragsschluss ist von der Vergabestelle umgehend dem Gericht mitzuteilen. Ist der Vertrag abgeschlossen, kann das Gericht nur noch die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids feststellen, wenn sich die Beschwerde als begründet erweisen sollte. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit ermöglicht dem/der Beschwerdeführer/in die Geltendmachung von Schadenersatzbegehren.