

# **SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2014/145 vom 21. Oktober 2014**

Sg Verwaltungsgericht, 2014-10-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_B\\_2014\\_145](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2014_145)

FR: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2014/145 du 21 octobre 2014

IT: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2014/145 del 21 ottobre 2014

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 32 VöB. Die Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Beschwerdegegner und dem nächsthöheren Angebot erreicht zwar die nach der schweizerischen Rechtsprechung geltende Grenze von zwanzig Prozent nicht. Die Differenz geht allerdings auf wesentlich tiefere Lohnkosten zurück, so dass sich fragt, ob die Zahlen den tatsächlich bezahlten Löhnen und Gehältern entsprechen oder ob Mittel aus anderen Quellen – Quersubventionen oder Defizitgarantie der öffentlichen Hand – beigezogen werden. Sollten die tatsächlich bezahlten Löhne und Gehälter nicht höher sein, fragt sich, ob ausreichend qualifiziertes Personal während der gesamten Kursdauer anwesend ist. Beides könnte sich auf die Beurteilung der Qualität des Angebots auswirken (Verwaltungsgericht, B 2014/145).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Die Beschwerdeführerin, die beim Zuschlag nicht berücksichtigt wurde, ist zur Beschwerde legitimiert; die Beschwerde wurde fristgerecht erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP; Art 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, IVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Zuschlags an die Beschwerdegegner. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, da das Angebot der Beschwerdegegner ungewöhnlich niedrig sei, hätte die Vorinstanz – umso mehr als sie auf dessen genügende Defizitgarantie verwiesen habe – zusätzliche Abklärungen zur Sicherstellung der Einhaltung der Teilnahmebedingungen und zum Ausschluss von Quersubventionen tätigen müssen (dazu nachfolgend Erwägung 3). Beim Angebot des Beschwerdegegners fehlten sodann die für die Erfüllung des Mindeststandards der Kursleitung und der Co-Leitung erforderlichen Aus- und Weiterbildungsdokumente. Würde das Angebot nicht bereits ausgeschlossen, müsse es immerhin beim Zuschlagskriterium "Kursleitung" mit null, jenes der Beschwerdeführerin mit zwanzig Punkten bewertet werden (dazu nachfolgend Erwägung 4.1). Schliesslich sei bei der Bewertung des Preises nicht auf die Summe der Preise für je einen Einzelkurs, sondern auf den Totalpreis abzustellen (dazu nachfolgend Erwägung 4.2). Hinsichtlich der Musterlebensläufe habe die Vorinstanz das Angebot der

Beschwerdeführerin strenger und damit rechtsungleich bewertet (dazu nachfolgend Erwägung 4.3).

### **E. 3**

Gemäss Art. 12 Ingress und lit. a VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren unter anderem dann ausschliessen, wenn dieser die Eignungskriterien nicht erfüllt. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot ist nur dann mangels Eignung auszuschliessen, wenn Anlass besteht, an der Fähigkeit des Anbieters zur Auftrags Erfüllung zu den angebotenen Konditionen und damit an der grundsätzlichen Seriosität des Angebots zu zweifeln (vgl. D. Lutz, *Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken*, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], *Aktuelles Vergaberecht 2014*, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 295 f.). Die Beweislast liegt bei der Vergabebehörde (vgl. Lutz, a.a.O., S. 296). Werden ungewöhnlich niedrige Angebote eingereicht, kann der Auftraggeber gemäss Art. 32 VöB zusätzliche Unterlagen und Auskünfte verlangen, um die Einhaltung der Teilnahmebedingungen zu prüfen. Bei einem Angebot, das rund 20 Prozent unter der preislich zweitniedrigsten Offerte liegt, sind nach der st. gallischen Vergabepaxis und Rechtsprechung zusätzliche Abklärungen jedenfalls gerechtfertigt ([www.beschaffungswesen.sg.ch](http://www.beschaffungswesen.sg.ch) unter Vergabeverfahren/Zuschlag/ungewöhnlich niedrige Angebote, Ziffer 5; GVP 2002 Nr. 33). Eine Pflicht besteht nur dann, wenn Anhaltspunkte oder Verdachtsmomente dafür bestehen, dass der Anbieter Teilnahme- oder Auftragsbedingungen verletzt, wobei teilweise sogar offensichtliche und krasse Fälle verlangt werden (vgl. Lutz, a.a.O. S. 289 mit Hinweisen). Wie bereits in der Zwischenverfügung vom 21. Juli 2014 festgestellt, beträgt die Differenz zwischen dem Angebotspreis der Beschwerdegegner und dem nächsthöheren Preis 17,6 Prozent. Die Differenz erreicht die nach der st. gallischen Rechtsprechung geltende Grenze von 20 Prozent zwar nicht. Sie geht indessen zurück auf unterschiedlich hohe Aufwendungen für Löhne und Gehälter beim Kurstyp "Bewerbungscoaching+", wo die Anwesenheit von zwei Leitungspersonen gefordert ist. Bei der Beschwerdeführerin ergeben sich Kosten für Löhne und Gehälter je Lektion von CHF 152, nämlich CHF 80 für die den Kurs leitende Person und CHF 72 für die Co-Leitung. Bei den Beschwerdegegnern belaufen sich diese Kosten auf CHF 109.21, bei der dritten Anbieterin auf CHF 128.57, wobei die Verteilung auf Leitung und Co-Leitung nicht bekannt ist. Für den Kurstyp "Bewerbungscoaching", der lediglich von einer Person geführt wird, betragen diese Kosten je Lektion CHF 80 bei der Beschwerdeführerin, CHF 74.13 bei den Beschwerdegegnern und CHF 99.63 bei der dritten Anbieterin. Insbesondere der Vergleich der Aufwendungen für Löhne und Gehälter innerhalb des Angebots der Beschwerdegegner wirft Fragen auf, da die Kosten für eine Person – wie sie sich für den Kurstyp "Bewerbungscoaching" ergeben – zwar auch etwas tiefer liegen als bei der Beschwerdeführerin, aber beim Kurstyp "Bewerbungscoaching+" bei gleicher Entlohnung der Kursleitung noch ein Stundenansatz von CHF 35.08 verbliebe. Diese Konstellation ist geeignet, Zweifel daran zu wecken, ob der Beschwerdegegner in seinem Angebot die verlangten Mindeststandards erfüllt. Konkret fragt sich, ob die Zahlen den tatsächlich bezahlten Löhnen und Gehältern entsprechen oder ob Mittel aus anderen Quellen – Quersubventionen oder Defizitgarantie der öffentlichen Hand – beigezogen werden. Sollten die tatsächlich bezahlten Löhne und Gehälter nicht höher sein, fragt sich des weiteren, ob die Beschwerdegegner beim Kurstyp "Bewerbungscoaching+" ausreichend qualifiziertes Personal für die Co-Leitung einsetzt oder davon ausgeht, dass diese Person nicht während des gesamten Kurses, das heisst während siebzig Lektionen anwesend sein muss. Beide Umstände müssten sich auf die Qualität des Angebots auswirken. Damit

erweist sich die Beschwerde, insoweit damit beanstandet wird, die Vorinstanz hätte im Zusammenhang mit den ausgesprochen tiefen Aufwendungen der Beschwerdegegner für Löhne und Gehälter beim Kurstyp "Bewerbungscoaching+" zusätzliche Abklärungen treffen müssen, als begründet. Die Zuschlagsverfügung ist dementsprechend aufzuheben und die Angelegenheit zu weiteren Abklärungen im Sinn der Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird die Vorinstanz je nach Ergebnis der Abklärungen auch darüber zu befinden haben, ob das Angebot der Beschwerdegegnerin die Mindeststandards gemäss Ausschreibungsunterlagen erfüllt.

#### **E. 4**

Aus prozessökonomischen Gründen ist es angebracht, zu weiteren Vorbringen in der Beschwerde wie folgt Stellung zu nehmen.

##### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Beschwerdegegner hätten den gemäss Mindeststandard der Ausschreibungsunterlagen erforderlichen Ausbildungsstand der Kursleiter nicht nachgewiesen. In tatsächlicher Hinsicht wurde in der Zwischenverfügung vom 21. Juli 2014 festgehalten, das erforderliche SVEB-Zertifikat liege lediglich für eine für die Kursleitung vorgesehene Person bei. Bei den weiteren drei Personen werde im Lebenslauf angegeben: "Eidg. Fachausweis als Ausbilderin (SVEB II)", "Erwachsenenbildung SVEB I, ibbk, Bülach" sowie Lehrveranstaltungen. mit Erw. durchführen SVEB1; AEB Zürich", ohne dass sich unter den zahlreichen Dokumenten die entsprechenden Zertifikate befänden. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wer wesentliche Formvorschriften des Vergabeverfahrens verletzt. Die "Kann-Vorschrift" räumt dem Auftraggeber einen Spielraum bezüglich der Frage ein, ob ein Anbieter im Einzelfall vom Verfahren ausgeschlossen werden soll. Das Ermessen ist jedoch pflichtgemäss auszuüben, und insbesondere ist dem Rechtsgleichheitsgebot, dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Ein wirksamer Wettbewerb als wesentliche Zielsetzung einer jeden Submission gebietet, bei der Kontrolle der Bewerbungsunterlagen nicht zu kleinlich vorzugehen (vgl. GVP 2002 Nr. 33). Teilweise geht die Rechtsprechung davon aus, es sei nicht überspitzt formalistisch, wenn die Vergabebehörde Angebote, denen verlangte Bescheinigungen (oder andere Bestandteile) fehlen, ohne weiteres vom Verfahren ausschliesse (vgl. die Hinweise bei M. Beyeler, Die Rechtsprechung 2012-2013, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Auflage 2014, S. 465 ff., Nr. 122). Nach Auffassung der Lehre besteht allerdings kein relevanter Wettbewerbsvorteil darin, einfach zu erhaltende Bescheinigungen Dritter über so oder so feststehende und feststellbare Zustände erst nach Ablauf der Offertfrist (aber noch vor dem Zuschlag) einzureichen (selbst wenn der Bieter die Bescheinigung erst nach Ablauf der Offertfrist anfordert oder erhält). Allerdings sei die verspätete Einreichung kein Ruhmesblatt für den Anbieter, sondern weise auf gewisse Organisationsmängel hin (vgl. Beyeler, a.a.O., Anmerkung zu Nr. 123). Wie bereits in der Zwischenverfügung vom 21. Juli 2014 ausgeführt, wurde in den Ausschreibungsunterlagen das Einreichen des SVEB-Zertifikats nicht ausdrücklich verlangt. Wenn auch die Belege in Form von Kopien der Zertifikate fehlen, enthalten die Lebensläufe der für die Kursleitung vorgesehenen Personen immerhin Anhaltspunkte dafür, dass sie die entsprechende Ausbildung erfolgreich absolviert haben. Unter diesen Umständen erschiene es einerseits überspitzt formalistisch, das Angebot der Beschwerdegegner wegen der fehlenden

Zertifikate auszuschliessen. Andererseits verletzt es aber auch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung der Anbieter (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b IVöB) nicht, wenn die Vorinstanz den Beschwerdegegnern bei der Neuurteilung die Möglichkeit einräumt, die Unterlagen mit Kopien der SVEB-Zertifikate zu ergänzen.

#### **E. 4.2**

Als für die Bewertung massgebender Angebotspreis gilt gemäss den Ausschreibungsunterlagen der "Totalpreis", nämlich "alle Kurspreise bei 12 Personen zusammengezählt (entsprechend der Kurse des betreffenden Loses)". Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei auf den maximalen Gesamtpreis für das Los abzustellen. Der Totalpreis sei jener Preis, auf den der Zuschlag erfolge. Das Total Kurskosten, das die Vorinstanz erst im Beschwerdeverfahren als massgeblichen Totalpreis behandelt haben will, habe schlicht und einfach deshalb in keiner ihrer Korrespondenzen Eingang gefunden, weil die Kosten nicht den Preis bildeten und sie für die Bewertung der Angebote irrelevant seien. Die Angebote seien für die prognostizierte Anzahl Kurse abgegeben worden. Ein bindendes Angebot nur auf einen Kurs hätte den Anforderungen der Ausschreibung nicht genügt. Die Vorinstanz stellte auf die durchschnittlichen Kosten bei der Durchführung je eines Kurses des Typs "Bewerbungscoaching+" und "Bewerbungscoaching" bei 12 Teilnehmern ab mit der Begründung, es könne keine bestimmte Anzahl Kurse oder Teilnehmende verbindlich zugesichert werden. Zu viele Faktoren beeinflussten den tatsächlichen Bedarf. Der Begriff "Totalpreis" im Anhang 7 decke sich mit dem Begriff "Total Kurskosten", wie er im Anhang 6 ("Formular Kosten") und im Fragenkatalog unter lit. D verwendet werde. Der Begriff "entsprechend" sei mit "in Übereinstimmung" gleichzusetzen. Mit anderen Worten heisse dies, dass alle Kurspreise, die mit den jeweiligen Kursen übereinstimmten, zu addieren seien. Daraus werde ersichtlich, dass hier "nicht ein Volumen bezeichnet" werde, sondern "die Bezugsgrösse übereinstimmenden Werte pro Kurs". Gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. a VöB ist insbesondere der Preis ein Kriterium für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Zu klären ist, welcher Preis für die Bewertung bei einem unbestimmten Mengengerüst massgebend ist. Angesichts des Ermessensspielraums, welcher der Vergabebehörde bei der Festlegung und Umschreibung der Zuschlagskriterien zukommt, ist in erster Linie auf die Umschreibung in den Ausschreibungsunterlagen abzustellen. Die Vorinstanz geht vom "Totalpreis des Kursanbieters" aus. Es sind "alle Kurspreise ... entsprechend der Kurse des betreffenden Loses" zusammenzuzählen. Der "Durchschnittspreis", welcher mit 1,5 benotet werden soll, ergibt sich, indem "die Totalpreise der Lose" durch "die Anzahl Offerten" geteilt werden. Der Wortlaut der Umschreibung des Preiskriteriums ist damit unklar. In der Anleitung wird auf den Anhang 6 der Unterlagen verwiesen. Danach ist als Preis das "Total Kurskosten" bei 12 Teilnehmern je Kurstyp zu übertragen. Darauf stützt die Vorinstanz im Wesentlichen ihre Auffassung. Sie lässt aber ausser Acht, dass die beiden Kurstypen "Bewerbungscoaching+" und "Bewerbungscoaching" mutmasslich nicht in der gleichen Anzahl durchgeführt werden. Vielmehr geht die Ausschreibung von einer grösseren Nachfrage nach den Kursen "Bewerbungscoaching" – vorgesehen sind maximal 16 Kurse jährlich – als nach den Kursen "Bewerbungscoaching+" – vorgesehen sind maximal zehn Kurse jährlich – aus. Dementsprechend muss bei der Preisbewertung – was auch im Begriff "Totalpreis der Lose" zum Ausdruck kommt – diese Gewichtung berücksichtigt werden. Ob dabei auf das gewichtete Mittel je eines Kurses oder aber auf den "Totalpreis" der ausgeschriebenen Anzahl Kurse des Loses abgestellt wird, führt zum selben Ergebnis. Dieser

Betrachtungsweise entspricht im Übrigen auch die Tatsache, dass die Vorinstanz den Zuschlag zu den vom berücksichtigten Anbieter offerierten maximalen Kosten des Loses, das heisst bei Durchführung von jährlich zehn Kursen "Bewerbungscoaching+" und 16 Kursen "Bewerbungscoaching" während dreier Jahre, erteilt hat. Wie bereits in der Zwischenverfügung vom 21. Juli 2014 festgestellt, ist das Angebot der Beschwerdeführerin beim Kriterium Preis mit einem Punkt zu bewerten.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin beanstandet schliesslich die Benotung ihres Angebotes unter dem Subkriterium "Kursanbieter". Die Vorinstanz hat das mit neun Punkten gewichtete Subkriterium in die vier, je mit 2,25 Punkten gewichteten und in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Teilbereiche "Portrait", "Leitbild", "Qualitätsmanagement" und "Beispiel Lebenslauf" gegliedert. Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde im Teilbereich "Beispiel Lebenslauf" mit 1,5 Punkten, in den übrigen Teilbereichen mit dem Punktemaximum bewertet. Der Abzug beim Lebenslauf wurde damit begründet, dessen Gestaltung wirke "insgesamt jedoch etwas lieblos". Die Vorinstanz hat das Subkriterium "Kursanbieter" weiter bis zu einer Gewichtung der einzelnen Teilbereiche von 2,25 von insgesamt 100 Punkten verfeinert. Dadurch ist es möglich, die Benotung der Angebote im Detail nachzuvollziehen, und das Gebot der Transparenz (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB) wird vorbildlich umgesetzt. Bei der Benotung nach den einzelnen Kriterien, Subkriterien und Subsubkriterien kommt der Vergabebehörde, welche über die besonderen fachtechnischen Kenntnisse verfügt, ein erhebliches Ermessen zu (vgl. BGer 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 7.4 mit Hinweis auf BGE 125 II 86 E. 6). Die Vergabebehörde hat sich bei der Benotung des Angebots der Beschwerdeführerin bezüglich der Musterlebensläufe, die aufgrund des Schrifttyps, der vertikalen und horizontalen Gliederung sowie den Abständen zwischen den einzelnen Informationen und Themen nicht besonderes übersichtlich erscheinen, innerhalb dieses Ermessensspielraums bewegt. Insbesondere hat sie die Beschwerdeführerin gegenüber den Beschwerdegegnern, deren – einziger – Musterlebenslauf in gestalterischer Hinsicht zu keiner Bemerkung Anlass gab und mit 1,125 Punkten und damit lediglich mit der Hälfte der bei diesem Subsubkriterium maximal erzielbaren Punktzahl benotet wurde, nicht rechtsungleich behandelt.

#### **E. 5**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde, soweit damit die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung vom 26. Juni 2014 der Vorinstanz beantragt wird, als begründet. Jedoch kann der Beschwerdeführerin nicht wie ebenfalls beantragt der Zuschlag für die Kurse "Bewerbungscoaching+" und "Bewerbungscoaching" des Loses 4 (Rapperswil) erteilt werden. Vielmehr ist die Angelegenheit im Sinn der Erwägungen zur weiteren Klärung des Sachverhalts und zur erneuten Prüfung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegner – der weitere nicht berücksichtigte Anbieter hat sich mit der Nichtberücksichtigung abgefunden und ist am Verfahren nicht mehr beteiligt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1397; VerwGE B 2014/61 vom 16. September 2014 E. 4) – sowie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens – die Beschwerde ist teilweise begründet – sind die Kosten des Hauptverfahrens der Beschwerdeführerin und dem Staat – die Beschwerdegegner haben sich am Hauptverfahren nicht mehr beteiligt – je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 4'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Anteil der Beschwerdeführerin von CHF 2'000 ist mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 5'000 zu verrechnen. CHF 3'000 sind ihr zurückzuerstatten. Auf die Erhebung des Kostenanteils des Staats ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf Entschädigung der ausseramtlichen Kosten im Hauptverfahren. Die Kosten des Zwischenverfahrens – dem Gesuch um aufschiebende Wirkung war stattzugeben – sind dem Staat und den Beschwerdegegnern – welche Abweisung des Begehrens beantragten – je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung des Kostenanteils des Staates ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Staat und Beschwerdegegner haben die Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren ermessensweise je mit CHF 1'000 inklusive Barauslagen und ohne Mehrwertsteuer – die Beschwerdeführerin selbst ist mehrwertsteuerpflichtig – ausseramtlich zu entschädigen. Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung vom 26. Juni 2014 aufgehoben. 2. Die Angelegenheit wird zu weiteren Abklärungen im Sinn der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. 3. Die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 bezahlen der Staat und die Beschwerdegegner je zur Hälfte. Die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 4'000 bezahlen die Beschwerdeführerin und der Staat je zur Hälfte. Der Kostenanteil der Beschwerdeführerin von CHF 2'000 ist mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 5'000 zu verrechnen. CHF 3'000 sind ihr zurückzuerstatten. 4. Der Staat und die Beschwerdegegner entschädigen die Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren ausseramtlich je mit CHF 1'000 ohne Mehrwertsteuer

Der Präsident                      Der Gerichtsschreiber Eugster                      Scherrer

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.