

# **SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/98 vom 16. April 2018**

Sg Verwaltungsgericht, 2018-04-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_B\\_2018\\_98](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2018_98)

FR: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/98 du 16 avril 2018

IT: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/98 del 16 aprile 2018

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Feststellung der Eignung im Präqualifikationsverfahren schliesst eine weitere Differenzierung hinsichtlich der Vergleichbarkeit der realisierten Referenzobjekte bei der Beurteilung der eingereichten Angebote nicht aus. Die Beurteilung liegt im weitreichenden Ermessen des zur Hälfte aus unabhängigen Fachexperten bestehenden Beurteilungsgremiums. Die Feststellung, die Referenzobjekte seien "nur bedingt" mit der ausgeschriebenen Aufgabe vergleichbar, steht nicht im Widerspruch zur Feststellung der grundsätzlichen Eignung der Beschwerdeführerin in der Präqualifikationsphase. Die Benotungen der Referenzprojekte erscheinen jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als vergaberechtswidrig. Die Begründung der Beschwerde erscheint nicht ausreichend. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist deshalb abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/98).

## **Erwägungen**

### **E. 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 aufschiebende 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).

### **E. 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).

### **E. 3.1**

Wie in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben, hat die Vorinstanz die Angebote nach den qualitativen Beurteilungskriterien „Auftragsverständnis“ (10 Prozent), „Projektlauf“ (10 Prozent) und – beruhend auf der Beurteilung der Referenzprojekte –

„Kompetenzen“ (40 Prozent) sowie dem Preis (40 Prozent) benotet (Ziffern 2.3 und 4.4 der Ausschreibungsunterlagen; act. 2/5). Die tatsächliche Beurteilungsspanne der Angebote hinsichtlich der Qualitätskriterien –  $Q_{\min} = 4,38$ ,  $Q_{\max} = 5,42$  – hat sie auch der Bewertung der Angebote nach dem Preis –  $P_{\max} = 4,38$ ,  $P_{\min} = 5,42$  – zugrunde gelegt. Die Noten für die Qualität und für den Preis wurden entsprechend dem bekannt gegebenen Verhältnis zwischen Qualität und Preis gewichtet. Auf der Basis der tatsächlich eingereichten Angebote haben sich damit die Preisunterschiede im gleichen Ausmass in der Bewertung niedergeschlagen wie die Qualitätsunterschiede. Dass dieses Vorgehen – nämlich eine Bewertung sowohl hinsichtlich des Preises als auch hinsichtlich der Qualität auf der Preis- und der Qualitätsspanne, wie sie sich aus den tatsächlich eingereichten Angeboten ergibt – die bekannt gegebenen Gewichtungen verfälschen würde, ist – jedenfalls bei summarischer Beurteilung – nicht erkennbar. Einen – von der Beschwerdeführerin zu Recht gerügten – Fehler in der Formel zur Berechnung der Note für den Preis hat die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren korrigiert. Auszugehen ist damit davon, dass das Angebot der Beschwerdeführerin eine Gesamtnote von 4,79, jenes der Beschwerdegegnerin eine Gesamtnote von 5,12 erzielte (vgl. act. 6, Beilage „korrigierte Auswertung“).

### **E. 3.2**

Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Gewichtsverhältnisse bei den Zuschlagskriterien – 40 Prozent für die „Kompetenzen“ bei den Qualitätskriterien, 60 Prozent für die Qualitätskriterien im Vergleich zur Gewichtung des Preises mit 40 Prozent – wendet, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie – was der auch von ihr im Vergabeverfahren zu beachtende Grundsatz des Verhaltens nach Treu und Glauben verlangt hätte – weder gegen die anfechtbare Ausschreibung ein Rechtsmittel eingereicht noch bei der Einreichung ihres Angebots Vorbehalte angebracht hat (vgl. VerwGE B 2003/230 vom 23. April 2004 E. 4b/bb, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch); GVP 2015 Nr. 41). Die konkreten Auswirkungen dieser Vorgaben hängen lediglich insofern von den tatsächlich eingereichten Angeboten ab, als diese Grundlage für die Ermittlung der Preis- und der Qualitätsspanne sind, und waren für die Bewerber dementsprechend vorhersehbar. Die Gewichtung des Preises und der Kompetenzen erscheinen im Übrigen mit Blick auf den der Vergabebehörde zukommenden erheblichen Ermessensspielraum ohnehin nicht als vergaberechtswidrig (vgl. zur Gewichtung des Preises BGE 143 II 533 E. 6.4).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Bewertung ihres Angebotes und jenes der Beschwerdegegnerin nach den Qualitätskriterien.

#### **E. 3.3.1**

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).

#### **E. 3.3.2**

Die Beschwerdeführerin beanstandet die mit der „kaum erkennbaren architektonischen Handschrift“ ihrer Referenzprojekte begründete tiefe Benotung ihres Angebots nach dem

Zuschlagskriterium „Kompetenzen“. Das Beurteilungsmerkmal sei unzulässig, weil bei der Umsetzung eines bereits fertig entwickelten Bauprojekts der „schöpferisch-konzeptionelle Anteil der Leistungen ... stark reduziert“ sei. Zudem sei sie nach der Präqualifikationsphase, in welcher Büros mit einer „hohen Erfahrung in der Projektierung und Realisation vergleichbarer Projekte von hoher architektonischer Qualität“ selektioniert worden seien, zur Einreichung eines Angebots eingeladen worden. Zwar wurde die Beschwerdeführerin in der Präqualifikation diesbezüglich als geeignet beurteilt. Dies schliesst indessen nicht eine weitere Differenzierung hinsichtlich der Vergleichbarkeit der realisierten Referenzobjekte bei der Beurteilung der eingereichten Angebote aus. Gegenstand der Beurteilung ist – was die Beschwerdeführerin zu Recht erkennt – nicht die eigene Fähigkeit, eine architektonische Handschrift erkennen zu lassen, sondern die Erfahrung in der Umsetzung architektonisch als eigenständig erkannter Projekte und damit das Verständnis dafür, die architektonische Handschrift eines Projektes in den sich bei der Realisierung stellenden Detailfragen weiterführen zu können. Wie die eingereichten Referenzprojekte diesbezüglich zu beurteilen sind, liegt im – weitreichenden – Ermessen des zur Hälfte aus unabhängigen Fachexperten bestehenden Beurteilungsgremiums. Die Feststellung, die Referenzprojekte seien „nur bedingt“ mit der ausgeschriebenen Aufgabe vergleichbar, steht sodann nicht im Widerspruch zur Feststellung in der Präqualifikationsphase, die Beschwerdeführerin sei grundsätzlich geeignet, ein Angebot einzureichen. Die grundsätzliche Vergleichbarkeit schliesst auch nicht aus, die einzelnen Referenzprojekt nach der Präqualifikation detaillierter ins Verhältnis zur gestellten Aufgabe zu setzen und zum Schluss zu kommen, dass bei einer groben Betrachtung das – in der Tat hochgreifend formulierte – Eignungskriterium erfüllt ist, bei genauerem Hinsehen aber zwischen den Referenzprojekten Unterschiede hinsichtlich der architektonischen Qualität des umzusetzenden Projektes und damit hinsichtlich der Anforderungen an die Umsetzungsfähigkeit der Anbieter bestanden haben. Diesem Vorgehen steht die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche die Berücksichtigung einer Mehreignung im Rahmen des Zuschlags als zulässig erachtet (BGE 139 II 489 E. 2.1 und 2.2), nicht entgegen. Vorliegend fällt sodann – objektiv – ins Gewicht, dass die Referenzobjekte der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Bausummen – sie liegen zwischen 1 und 4,2 Millionen Franken – sich nicht in der Grössenordnung des umzusetzenden Projektes mit Baukosten gemäss Kostenvoranschlag von rund 9,5 Millionen Franken bewegen (act. 2/5 und 6/Register 5). Demgegenüber bewegen sich die Bausummen bei den Referenzobjekten der Beschwerdegegnerin zwischen rund 2 und 16 Millionen Franken (act. 6/Register 5). Dass die Referenzprojekte der Beschwerdeführerin mit 4,25 und jene der Beschwerdegegnerin mit 5,25 benotet wurden, erscheint jedenfalls bei der gebotenen summarischen Überprüfung nicht als vergaberechtswidrig.

### **E. 3.3.3**

Selbst wenn indessen die Kompetenzen der Beschwerdeführerin mit einer Viertelnote besser – 4,5 statt 4,25 – und jene der Beschwerdegegnerin mit einer Viertelnote weniger – 5 statt 5,25 – bewertet würden, erwiese sich das Angebot der Beschwerdegegnerin mit einer Gesamtnote von 5,02 im Vergleich zu jenem der Beschwerdeführerin mit einer Gesamtnote von 4,89 noch besser. Gleiches würde auch noch gelten, wenn das Angebot der Beschwerdeführerin bei den Kompetenzen mit einer Note von 4,75 bewertet würde. Es ergäbe sich dann für das Angebot der Beschwerdeführerin eine Gesamtnote von 4,99.

### **E. 3.4**

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 – sie macht lediglich in allgemeiner Weise geltend, das Verfahren dürfe nicht unnötig blockiert werden – 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.

#### **E. 4**

Der Beschwerdegegnerin ist eine Frist bis 16. Mai 2018 anzusetzen, um sich zur Beschwerde in der Sache vernehmen zu lassen. Der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, innert gleicher Frist gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 23. April 2018 zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

#### **E. 5**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidungsgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'200 zu verrechnen. CHF 4'200 verbleiben bei der Hauptsache. Die Beschwerdeführerin stellt ihre Anträge zwar unter Entschädigungsfolge, hat aber zufolge Unterliegens im Zwischenverfahren keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98 bis VRP). Die obsiegende Vorinstanz stellt keinen entsprechenden Antrag, hätte indessen als verfügende Behörde im Vergabeverfahren praxisgemäss ohnehin keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (Cavelti/ Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen SZ/St. Gallen 2004, S. 177). Die Beschwerdegegnerin hat sich am Zwischenverfahren nicht beteiligt. Der Abteilungspräsident verfügt: 1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. 2. Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, bis 16. Mai 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 23. April 2018 zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. 3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'000 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'200. CHF 4'200 verbleiben bei der Hauptsache. 4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt. Der Abteilungspräsident Zürn

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