



Fall-Nr.: B 2010/224, B 2010/225
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 12.02.2020
Entscheiddatum: 26.01.2011

Urteil Verwaltungsgericht, 26. 01. 2011

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 34 Abs. 1 und 2 VöB (sGS 841.11). Bei einer Strassensanierung wurden die Arbeiten sowohl vom Kanton (Tiefbauamt) als auch von der Gemeinde vergeben. Die Ausschreibung erfolgte durch den Kanton und enthielt keine Hinweise auf eine Vergabe durch die Gemeinde. Diese vergab einzelne Arbeitsgattungen, wobei sie den Zuschlag mit dem engen Sachzusammenhang mit dem vom Kanton vergebenen Auftrag begründete und soweit ersichtlich keine spezifischen Zuschlagskriterien gewichtete. Das Verwaltungsgericht hob die Zuschläge auf und wies die Angelegenheit zur neuen Ausschreibung und Entscheidung an das Tiefbauamt und an die Gemeinde zurück (Verwaltungsgericht, B 2010/224 und B 2010/225, zwei separate Urteile).

Urteil vom 26. Januar 2011

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder,
Dr. B. Heer,
lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

ARGE Haagerstrasse Gams, Bernhard Frei AG und Vetsch Bau AG, c/o Bernhard Frei AG, Lugwiesstrasse 19, 9443 Widnau,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Emil Nisple, Oberer Graben 26, 9000 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Tiefbauamt, Lämmli Brunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

und

ARGE Haagerstrasse Gams, c/o Hugo Dietsche AG, Salezerstrasse, 9469 Haag
(Rheintal),

Beschwerdegegnerin,

betreffend

**öffentliches Beschaffungswesen; Kantonsstrasse Nr. 13, Sanierung
Haagerstrasse, Tiefbau- und Belagsarbeiten**

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Das Baudepartement des Kantons St. Gallen, Tiefbauamt, schrieb im Amtsblatt Nr. 25 vom 21. Juni 2010 das Projekt "Kantonsstrasse Nr. 13, Gams, Sanierung Haagerstrasse" im offenen Verfahren aus. Insgesamt reichten fünf Unternehmungen bzw. Arbeitsgemeinschaften ein Angebot ein. Nach dem Leistungsverzeichnis umfasste das Projekt vier Aufträge, nämlich die Strassensanierung (Auftrag 1), die Meteorwasserleitung der Gemeinde (Auftrag 2), die Elektroanlagen (Auftrag 3) sowie die Hydrantenleitung (Auftrag 4). Die Offertsummen der eingereichten Angebote betragen zwischen Fr. 1'846'329.50 und Fr. 2'423'532.35 für die gesamten Leistungen, d.h. für alle vier Aufträge. Für die Arbeitsgattung "Belagssanierung, Werkleitungsbau" (Auftrag 1) betragen die Offertsummen zwischen Fr. 1'326'959.95 und Fr. 1'813'184.30. In den Ausschreibungsunterlagen wurden als Zuschlagskriterien der Preis mit einer Gewichtung von 50 %, die Erfahrung mit einer Gewichtung von 25 % und die Termine mit einer Gewichtung von 15 % sowie die Qualität mit einer Gewichtung von 10 % vermerkt.



St.Galler Gerichte

Mit Verfügung vom 31. August 2010 vergab das Baudepartement den Zuschlag für die Strassensanierung (Auftrag 1) zum Preis von Fr. 1'445'165.90 der ARGE Haagerstrasse Gams, bestehend aus der Hugo Dietsche AG, der Toldo AG, der Implenia Bau AG und der W. Kressig AG. Zur Begründung wurde angeführt, das Angebot weise den zweittiefsten Preis auf. Es habe mit den eingereichten Referenzen von Projekten in vergleichbarem Umfang und dem Angebot einer Kaltmischfundationsschicht (KMF) die höchstmögliche Punktzahl erreicht. Bezüglich Qualität habe die Anbieterin ein umfassendes Konzept und einen kompletten technischen Bericht eingereicht, und mit dem detaillierten Bauprogramm sei beim Kriterium Termine die maximale Punktzahl erreicht worden. Die Zuschlagsverfügung wurde vom Tiefbauamt am 6. September 2010 versandt.

Mit Beschluss vom 6. September 2010 vergab der Gemeinderat Gams die Baumeisterarbeiten für die Meteorwasserleitung (Auftrag 2) und die Hydrantennetzerneuerung (Auftrag 4) in Anlehnung an den Zuschlag des kantonalen Tiefbauamts ebenfalls der ARGE Haagerstrasse Gams, Hugo Dietsche AG/Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG. Diese Verfügung wurde am 7. September 2010 versandt. Die Rohrlegearbeiten für die erste Etappe der Hydrantennetzerneuerung wurden zum Preis von Fr. 190'973.30 der Arbeitsgemeinschaft Dürr Haustechnik AG/W. Büchel AG, vergeben.

B./ Mit Eingabe vom 16. September 2010 erhob die ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG gegen die Zuschlagsverfügungen des Baudepartements vom 31. August 2010 und des Gemeinderates Gams vom 6. September 2010 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragte, die Verfügungen seien aufzuheben und die Aufträge seien ihr zu vergeben, eventuell seien die Verfügungen aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanzen zurückzuweisen; ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Sodann beantragte die Beschwerdeführerin, die Beschwerdeverfahren gegen die beiden Verfügungen des Baudepartements und des Gemeinderates Gams seien zu vereinen. Die Beschwerdeführerin rügte im wesentlichen die Begründung der Verfügungen und die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Erfahrung".



St.Galler Gerichte

Die Beschwerdegegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 21. September 2010, ohne einen förmlichen Antrag zu stellen.

Das Baudepartement beantragte in seiner Vernehmlassung vom 22. September 2010, das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die Beschwerde sei abzuweisen.

Mit Verfügung vom 23. September 2010 wies der Präsident des Verwaltungsgerichts das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Verfügung des Baudepartements vom 31. August 2010 ab. Der Beschwerde gegen die Verfügung des Gemeinderates Gams vom 6. September 2010 erteilte er mit gleichentags ergangener Verfügung die aufschiebende Wirkung. Dem Antrag auf Vereinigung der Beschwerden gab er nicht statt. Zur Begründung hielt er fest, es hätten unterschiedliche Behörden den Zuschlag erteilt, und es handle sich um verschiedene Aufträge, wobei nicht ersichtlich sei, ob bei den streitigen Zuschlägen dieselben Aspekte eine ausschlaggebende Rolle gespielt hätten.

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 8. Oktober 2010 zur vorinstanzlichen Vernehmlassung Stellung. Sie beantragte, die angefochtene Submissionsverfügung des Baudepartements sei aufzuheben und der Auftrag sei ihr zu vergeben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Baudepartement nahm mit Eingabe vom 26. Oktober 2010 zur Vernehmlassung der Beschwerdeführerin Stellung und hielt an seinem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Die Beschwerdeführerin äusserte sich zu dieser Vernehmlassung nicht mehr.

Die einzelnen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. a und Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte



Anbieterin zur Anfechtung des Zuschlags legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerdeschrift vom 16. September 2010 wurde rechtzeitig eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Auf die Beschwerde ist daher im Grundsatz einzutreten.

2. Nach Art. 41 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen. Nach Art. 41 Abs. 3 VöB wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Die Begründung enthält insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote.

2.1. Das Verwaltungsgericht hat die Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung in zahlreichen Urteilen umschrieben und seine Praxis wiederholt publiziert (vgl. statt vieler GVP 2000 Nr. 24 und 2006 Nr. 59; VerwGE B 2006/25 vom 12. April 2006 i.S. S. AG und B 2008/213 vom 21. April 2009 i.S. H. AG, publ. in: www.gerichte.sg.ch). Eine Begründung ist ungenügend, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Die Auftraggeberin muss in der Begründung einer Verfügung - zwar kurz, aber immerhin - darlegen, weshalb sie das Angebot einer bestimmten Unternehmung als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert. Die Anbieter müssen aufgrund der Verfügung bzw. deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert.

2.2. In der Begründung der Zuschlagsverfügung wurde dargelegt, inwiefern das Angebot der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der einzelnen Zuschlagskriterien bewertet wurde, und der Beschwerdeführerin wurde zudem die Bewertung der einzelnen Offerten bekanntgegeben. Die Vorinstanz begründete die maximale Bewertung des Kriteriums "Erfahrung" bei der Beschwerdegegnerin damit, dass diese mit den eingereichten Referenzen von Projekten in vergleichbarem Umfang und dem Angebot einer Kaltmischfundationsschicht (KMF) die höchstmögliche Punktzahl



erreicht habe. Damit wurden der Beschwerdeführerin die Gründe, weshalb das Angebot der Beschwerdegegnerin als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert wurde, in hinreichender Genauigkeit und Vollständigkeit mitgeteilt. Der Einwand der mangelhaften Begründung der Zuschlagsverfügung erweist sich daher als unbegründet. Daher ist auch nicht weiter auf die Vorbringen einzugehen, die Beschwerdeführerin habe nach Eröffnung der Zuschlagsverfügung nur oberflächliche Angaben erhalten und die Vorinstanz habe kein Angebot für ein erläuterndes Gespräch gemacht.

Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Stellungnahme vom 8. Oktober 2010 Akteneinsicht und verlangte einen lückenlosen Einblick in die Offertunterlagen der übrigen Bewerber. Der Beschwerdeführerin wurde aber im Rahmen der Verfahrensleitung keine Einsicht in das detaillierte Leistungsverzeichnis der Beschwerdegegnerin gewährt. Dies entspricht der ständigen Praxis des Verwaltungsgerichts (vgl. VerwGE B 2010/158 bzw. B 2010/165 vom 9. November 2010, beide publiziert: in: www.gerichte.sg.ch).

3. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st. gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht hingegen nicht befugt (vgl. statt vieler GVP 1999 Nr. 37 und 2006 Nr. 60).

3.1. Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Erfahrung sowie Sicherung des Ausbildungsstandes einer



St.Galler Gerichte

Berufsgattung. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben.

Dem Auftraggeber wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 58).

3.2. Die Vorinstanz hat als Zuschlagskriterien den Preis mit einer Gewichtung von 50 %, die Erfahrung mit einer Gewichtung von 25 %, die Termine mit einer Gewichtung von 15 % und die Qualität mit einer Gewichtung von 10 % festgelegt und sie in den Ausschreibungsunterlagen (S. 4) bekanntgegeben. In diesen wurde auch die Formel für die Preisbewertung bekanntgegeben, ebenso wurde bei den Zuschlagskriterien Erfahrung, Qualität und Termine vermerkt, auf welchen Schwerpunkt sich die Vorinstanz stützen würde. Hinsichtlich Termine wurde auf die Aussagekraft des Bauprogramms und bei der Qualität auf den technischen Bericht mit dem Beschrieb der Bauabläufe und auf das PQM-Konzept hingewiesen. Bei der Erfahrung wurde vermerkt, dass die Erfahrung/Referenzen der Unternehmung oder Arbeitsgemeinschaft mit 10 %, die Erfahrung/Referenzen des Bauführers mit 5 % und jene des Poliers mit 10 % gewichtet würden. Damit wurden die Zuschlagskriterien samt Unterkriterien im Sinn Art. 34 Abs. 3 VöB korrekt bekanntgegeben.

3.3. Das Angebot der Beschwerdegegnerin für den Auftrag 1 (Strassensanierung) wurde mit 381 Punkten und jenes der Beschwerdeführerin mit 362 Punkten bewertet, wobei die Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Preis aufgrund des günstigsten Angebotspreises von Fr. 1'326'959.95 das Maximum von 200 Punkten und die Beschwerdegegnerin aufgrund des Preises von Fr. 1'445'165.90 181 Punkte erzielte. Bei den Zuschlagskriterien Qualität und Termine wurden die Verfahrensbeteiligten mit der jeweiligen Maximalpunktzahl von 40 bzw. 60 identisch bewertet. Beim Zuschlagskriterium Erfahrung erzielte die Beschwerdegegnerin das Maximum von



St.Galler Gerichte

100 Punkten, während das Angebot der Beschwerdeführerin mit 62 Punkten bewertet wurde.

Gemäss der Tabelle über die Offertauswertung wurde das Kriterium Erfahrung bei der Beschwerdegegnerin bei sämtlichen Unterkriterien mit dem Maximum bewertet, was bedeutet, dass sowohl die Erfahrungen/Referenzen der Unternehmung bzw. Arbeitsgemeinschaft als auch jene des Bauführers und des Poliers mindestens drei Referenzobjekte mit ähnlichen Bauvorhaben umfassten. Bei der Beschwerdeführerin wurden beim Unterkriterium Erfahrung/Referenzen der Unternehmung oder Arbeitsgemeinschaft und des Bauführers zwei Referenzen mit ähnlichen Bauvorhaben und beim Polier eine Referenz mit einem ähnlichen Bauprojekt angenommen. Dies ergab die unterschiedliche Bewertung von 61 Punkten gegenüber deren 100 bei der Beschwerdegegnerin.

Die Vorinstanz begründete die unterschiedliche Bewertung damit, im Formular Eignungsprüfung sei zu den Referenzen festgehalten, dass vergleichbare Referenzobjekte der letzten Jahre mit Angabe einer Kontaktperson sowie des Ausführungsjahres anzugeben seien und dass es für die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte entscheidend gewesen sei, dass es sich um Arbeiten innerorts (Werkleitungen) unter Verkehr im Strassen- und Werkleitungsbau entweder mit einer Bausumme über 1 Mio. Franken oder mit Einbau einer KMF-Schicht handle. Aus der Ausschreibung im Amtsblatt und den Ausschreibungsunterlagen sei ersichtlich, dass der Einbau einer KMF-Schicht ein wesentlicher Bestandteil des Angebotes sei, der relativ heikel sei und eine genügende Erfahrung voraussetze.

Zutreffend ist, dass der Einbau einer KMF im Amtsblatt wie auch in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vermerkt war. Der Hinweis auf die besondere Belagsart in der Ausschreibung im Amtsblatt wies darauf hin, dass es sich dabei aus der Sicht der Vorinstanz um einen wesentlichen Teil des Auftrags handelte, unabhängig vom finanziellen Anteil am gesamten Auftrag.

Auch im Leistungsverzeichnis wurde detailliert auf die KMF-Belagsarbeit hingewiesen. Dabei wurde vermerkt, dass die Produkteigenschaften mit Probemischungen nachgewiesen werden müssen und dass diese sowie die notwendigen



Laboruntersuchungen inkl. Probeentnahmen für die Rezepte in die Einheitspreise einzurechnen seien. Im Leistungsverzeichnis wurden dazu verschiedene technische Einzelheiten vorgegeben (S. 64 und 65). Die Hinweise auf den Nachweis der Produkteigenschaften und von Laboruntersuchungen lassen erkennen, dass es sich um eine Belagsarbeit handelt, welche unmittelbar während des Einbaus überprüft werden muss. Unter diesen Umständen ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz bei der Beurteilung der Referenzen und der Erfahrung dem Aspekt der Erfahrung im Einbringen von Kaltmischfundationsbelägen grosses Gewicht beimisst. Insbesondere ist im Hinweis auf die KMF-Belagsarbeiten nicht nur ein vager Hinweis zu erblicken, wie in der Beschwerde geltend gemacht wird. Auch kann die Gewichtung dieses Aspekts nicht als neues Eignungs- oder Zuschlagskriterium betrachtet werden. Der Einbau von KMF-Belägen war wesentlicher Teil der ausgeschriebenen Leistungen, worauf klar hingewiesen wurde. Wenn Referenzen bzw. Erfahrungen in Bezug auf die konkreten Leistungen gewichtet werden, ist dies naheliegend. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Leistung wertmässig nur einen relativ geringen Teil des gesamten Auftrags umfasste. Die Vorinstanz war nicht gehalten, all jene Aspekte in den Ausschreibungsunterlagen genau aufzuführen, auf die sie im Rahmen der Offertprüfung besonderes Gewicht legt. Es ist hinreichend, in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen anzuführen, ob die Referenzen bzw. die Erfahrung schwergewichtig mittels Beurteilung von bereits ausgeführten Objekten oder anhand der konkreten Erfahrung des eingesetzten Personals gewichtet wird. Im übrigen hält die Beschwerdeführerin selber fest, dass es sich bei einem KMF-Belag um ein noch wenig erprobtes Verfahren handelt, was ebenfalls einen sachlichen Grund darstellt, diesem Aspekt bei der Gewichtung der Erfahrung bzw. der Referenzen grosses Gewicht beizumessen.

Die Beschwerdegegnerin hat für sämtliche Partner der Arbeitsgemeinschaft Referenzlisten sowie Aufstellungen über das verantwortliche Personal mit der entsprechenden Zuordnung der Referenzobjekte eingereicht. Insbesondere geht aus diesen hervor, dass die Toldo Strassen- und Tiefbau AG als Mitglied der Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdegegnerin verschiedene Objekte mit dem Einbau eines KMF-Belags ausführte. Einzig von der ARGE-Partnerin Kressig AG sind keine entsprechenden Unterlagen vorhanden.



Ebenso sind bei der Beschwerdeführerin ausführliche Angaben über die verantwortlichen Personen sowie deren Referenzobjekte in den Offerten enthalten. Zutreffend ist aber, dass die Beschwerdeführerin keine spezifischen Referenzobjekte mit Elementen eines KMF-Einbaus angab. Dass die Unternehmen der Beschwerdeführerin und deren Personal allgemein im Bereich Strassenbau/Werkleitungsbau versiert und erfahren sind und in anderen Vergabeverfahren sehr gut bewertet wurden, wurde von der Vorinstanz nicht bestritten oder in Frage gestellt. Ebenso ist es zulässig, bei der Bewertung von Referenzen auf Vergleichsobjekte abzustellen, die volumen- oder wertmässig eine ähnliche Grösse aufweisen wie die ausgeschriebene Leistung. Darin ist keine Diskriminierung kleinerer Betriebe zu erblicken. Solche Differenzierungen sind vielmehr sachlich gerechtfertigt und geboten.

3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gewichtung des Kriteriums Erfahrung/Referenzen nicht als Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens qualifiziert werden kann. Daraus folgt, dass die Bewertung der Offerte in diesem Streitpunkt nicht zu beanstanden ist.

3.5. Im vorliegenden Fall waren die Aufträge 1 bis 4 in den Ausschreibungsunterlagen gemeinsam aufgeführt und in einem gemeinsamen Leistungsverzeichnis vermerkt. In den Ausschreibungsunterlagen wurde nirgends darauf hingewiesen, dass die Aufträge getrennt vergeben werden können. Insbesondere wurde auch nirgends darauf hingewiesen, dass nur der Auftrag 1 von der kantonalen Behörde und die Aufträge 2, 3 und 4 von der Gemeinde Gams vergeben werden. Sämtliche Anbieterinnen haben das Leistungsverzeichnis vollständig ausgefüllt und eine Offerte für sämtliche vier Teilaufträge eingereicht. Das Baudepartement nahm im Beschwerdeverfahren betreffend Auftrag 1 ausschliesslich zu seiner eigenen Vergabe Stellung. Den Akten des Baudepartements ist zwar zu entnehmen, dass die Offertsummen der eingereichten Angebote für die verschiedenen Aufträge aufgeteilt wurden und die Anteile für den Auftrag 1 der kantonalen Behörde und jene für die Aufträge 2 - 4 der Gemeinde Gams zugeordnet wurden. Es wurden aber für sämtliche vier Aufträge dieselben Zuschlagskriterien vermerkt. Wie diese hinsichtlich der Aufträge 2 und 4 gewertet wurden, ergibt sich aus den vorliegenden Akten nicht, weder aus jenen des Baudepartements noch aus jenen des Gemeinderats Gams. Dieser ging offenbar davon aus, dass sämtliche Arbeiten ein und derselben Unternehmung bzw.



St.Galler Gerichte

Arbeitsgemeinschaft vergeben werden müssen, weshalb er sich an den Vergabeentscheid des Baudepartements anlehnte. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass eine technische Notwendigkeit zur Vergabe an eine einzelne Unternehmung besteht. Wie es sich damit verhält, kann das Verwaltungsgericht aufgrund der vorliegenden Akten nicht beurteilen. Jedenfalls enthalten die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen nicht den geringsten Anhaltspunkt, dass die Aufträge aufgeteilt und die Aufträge 2 bis 4 von der Gemeinde Gams vergeben werden. Der Umstand, dass sämtliche Aufträge in ein und demselben Leistungsverzeichnis aufgeführt waren und die Anbieterinnen für sämtliche Aufträge ein Angebot einreichen mussten (jedenfalls wurden Angebote nur für einzelne Aufträge nicht ausdrücklich zugelassen), deutet darauf hin, dass die Aufträge gesamthaft vergeben werden sollten. In diesem Fall ist aber eine Aufteilung der Zuständigkeit auf das Baudepartement und den Gemeinderat nicht nachvollziehbar.

Die Prüfung der Offerten, soweit sie die Aufträge 2 und 4 betreffen, ist nicht nachvollziehbar. Es liegen keine Bewertungsunterlagen vor, weder solche der Gemeinde noch solche des Baudepartements. Falls die Aufträge gesamthaft zu vergeben waren, hätten die Offerten von ein und derselben Behörde oder vom Baudepartement und dem Gemeinderat gemeinsam nach einheitlichen Kriterien gewertet werden müssen, wie dies in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde und von den Anbieterinnen nach Treu und Glauben erwartet werden durfte. Die Offertprüfung bzw. Bewertung durch das Baudepartement ist lediglich in bezug auf den Auftrag 1 für die Strassensanierung nachvollziehbar und sachgerecht. Dabei sind im Beschwerdeverfahren namentlich die Erfahrung bzw. die Referenzen im Bereich eines spezifisch strassenbautechnischen Elementes umstritten, nämlich der Gewichtung der Erfahrung im Bereich Kaltmischfundation. Inwiefern dieser Aspekt bei den Aufträgen 2 und 4 überhaupt relevant ist, lässt sich den vorliegenden Akten nicht entnehmen. Falls die Vergabe der Aufträge 2 bis 4 in Anlehnung an den Auftrag 1 hätte vergeben werden sollen, so hätte dies in der Ausschreibung klar bekannt gemacht werden müssen.

Eine Anlehnung der Vergabe der Gemeinde an jene des Baudepartements mag zwar nachvollziehbar erscheinen, genügt aber den in der Ausschreibung bekanntgegebenen Bedingungen und Zuschlagskriterien nicht. Entweder sind die Aufträge zu trennen und die Offerten getrennt zu prüfen und zu vergeben, oder es ist eine gemeinsame



Auftragsvergabe vorzunehmen, wobei sämtliche Teilbereiche der Offerte nach den dafür vorgesehenen Kriterien geprüft werden müssen und eine einheitliche Vergabe vorgenommen werden muss. Auch ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien die Aufteilung in einen kantonalen Teil und in einen Anteil der Gemeinde erfolgte. Es kommt hinzu, dass eine Trennung der Aufträge offenbar doch möglich ist; jedenfalls wurde der Auftrag 3 vom Gemeinderat Gams noch nicht vergeben.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Begründung des Zuschlags für die Aufträge 2 und 4 nicht nachvollziehbar ist bzw. im Widerspruch zu den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien steht. Aufgrund der vorliegenden Akten ist nicht ersichtlich, weshalb das Angebot der Beschwerdegegnerin für die Auftragsteile 2 bis 4 das wirtschaftlich günstigste ist. Damit ist die Zuschlagsverfügung des Gemeinderates Gams vom 6. September 2010 bezüglich der Aufträge 2 und 4 aufzuheben (vgl. Urteil B 2010/225).

3.6. Der Beschwerde gegen den Zuschlag für den Auftrag 1 wurde keine aufschiebende Wirkung erteilt. Eine Mitteilung nach Art. 37 Abs. 2 VöB über die Vergabe des Auftrags 1 wurde bisher dem Verwaltungsgericht nicht übermittelt. Somit ist davon auszugehen, dass jener Vertrag noch nicht abgeschlossen wurde.

Da aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich ist, ob die Aufträge zwingend gemeinsam zu vergeben sind oder aufgeteilt werden können, ist auch die Zuschlagsverfügung des Baudepartementes aufzuheben, obwohl sich die Bewertung hinsichtlich des Auftrags 1 soweit ersichtlich nicht als fehlerhaft erweist. Allerdings ist offen, ob eine gemeinsame Vergabe zwingend ist. Muss dies bejaht werden, stellt sich die Frage, ob eine Aufteilung auf verschiedene Vergabebehörden zulässig und wie die einzelnen Teilaufträge zu bewerten sind. Anhand der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen erweist sich jedenfalls eine Aufteilung der Aufträge ohne differenzierte Bewertung als unzulässig. Entweder können die Aufträge nach Massgabe der unterschiedlichen Leistungen separat vergeben werden, oder es ist in der Ausschreibung darauf hinzuweisen, dass und aus welchen Gründen die Aufträge von verschiedenen Behörden zu vergeben und die Aufträge 2 bis 4 zwingend derselben Anbieterin zuzuschlagen sind, die den Auftrag 1 erhält.



Daraus folgt, dass die Zuschlagsverfügung vom 31. August 2010 aufzuheben ist. Die zuständige Behörde bzw. die zuständigen Behörden haben die Ausschreibung im Sinne der Erwägungen zu ergänzen. In der Ausschreibung im Amtsblatt wurde ausschliesslich das Baudepartement als Vergabebehörde angeführt. Dass auch der Gemeinderat Gams mitwirkt, war nicht ersichtlich. Die Mitwirkung zweier Behörden stellt somit eine Ergänzung der im Amtsblatt publizierten Ausschreibung dar, weshalb diese den Verfahrensbeteiligten als anfechtbare Verfügung zu eröffnen ist. Diese Ergänzung hat sich aber auf die Verfahrensbeteiligten zu beschränken. Diesen gegenüber ist transparent darzulegen, ob und weshalb die Aufträge bzw. die vier Teilaufträge gemeinsam oder separat vergeben werden und ob von unterschiedlichen Behörden bzw. allenfalls gemeinsam vom Baudepartement und vom Gemeinderat Gams darüber entschieden wird. Das Baudepartement bzw. allenfalls das Baudepartement und der Gemeinderat Gams gemeinsam haben den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zu geben, geänderte Offerten einzureichen. Diese sind nach den bekanntgegebenen oder neu bekanntzugebenden Kriterien neu zu prüfen, und es ist ein neuer Entscheid über den Zuschlag bzw. allenfalls über die Zuschläge für die einzelnen Teilaufträge zu fällen.

4. Dieser Ausgang des Verfahrens entspricht einem Schutz der Beschwerde. Dementsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten der Vorinstanz. Die Beschwerdegegnerin hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt bzw. keinen förmlichen Antrag gestellt. Daher sind die Kosten dem Staat aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Auf die Erhebung ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Eine Gebühr von Fr. 8'000.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12).

Die Gebühr der Verfügung vom 23. September 2010 von Fr. 1'000.-- wurde der Beschwerdeführerin auferlegt. Diese Kostenaufgabe ist aufzuheben, da der Vertrag noch nicht abgeschlossen wurde. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- zuzügl. MWSt ist



angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung vom 31. August 2010 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur Ergänzung der Ausschreibung und zur neuen Beurteilung und Entscheidung über die Offerten der Verfahrensbeteiligten im Sinne der Erwägungen an das Baudepartement zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten von Fr. 8'000.-- trägt der Staat; auf die Erhebung wird verzichtet. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

4./ Der Staat hat die Beschwerdeführerin mit Fr. 2'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic.iur. Emil Nisple, 9000 St. Gallen)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin
- die Politische Gemeinde Gams

am:



Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

B 2010/225

Urteil vom 26. Januar 2011

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

ARGE Haagerstrasse Gams, Bernhard Frei AG und Vetsch Bau AG, c/o Bernhard Frei AG, Lugwiesstrasse 19, 9443 Widnau,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Emil Nisple, Oberer Graben 26, 9000 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde Gams, vertreten durch den Gemeinderat, 9473 Gams,

Vorinstanz,

und

ARGE Haagerstrasse Gams, c/o Hugo Dietsche AG, Salezerstrasse, 9469 Haag (Rheintal),



St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Kantonsstrasse Nr. 13, Sanierung Haagerstrasse, Hydrantenleitung und Meteorwasserleitung,

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Das Baudepartement des Kantons St. Gallen, Tiefbauamt, schrieb im Amtsblatt Nr. 25 vom 21. Juni 2010 das Projekt "Kantonsstrasse Nr. 13, Gams, Sanierung Haagerstrasse" im offenen Verfahren aus. Insgesamt reichten fünf Unternehmungen bzw. Arbeitsgemeinschaften ein Angebot ein. Nach dem Leistungsverzeichnis umfasste das Projekt vier Aufträge, nämlich die Strassensanierung (Auftrag 1), die Meteorwasserleitung der Gemeinde (Auftrag 2), die Elektroanlagen (Auftrag 3) sowie die Hydrantenleitung (Auftrag 4). Die Offertsummen der eingereichten Angebote betragen zwischen Fr. 1'846'329.50 und Fr. 2'423'532.35 für die gesamten Leistungen, d.h. für alle vier Aufträge. In den Ausschreibungsunterlagen wurden als Zuschlagskriterien der Preis mit einer Gewichtung von 50 %, die Erfahrung mit einer Gewichtung von 25 % und die Termine mit einer Gewichtung von 15 % sowie die Qualität mit einer Gewichtung von 10 % vermerkt.

Mit Verfügung vom 31. August 2010 vergab das Baudepartement den Zuschlag für die Strassensanierung (Auftrag 1) zum Preis von Fr. 1'445'165.90 der ARGE Haagerstrasse Gams, bestehend aus der Hugo Dietsche AG, der Toldo AG, der Implenia Bau AG und der W. Kressig AG. Zur Begründung wurde angeführt, das Angebot weise den zweittiefsten Preis auf. Es habe mit den eingereichten Referenzen von Projekten in vergleichbarem Umfang und dem Angebot einer Kaltmischfundationsschicht (KMF) die höchstmögliche Punktzahl erreicht. Bezüglich Qualität habe die Anbieterin ein umfassendes Konzept und einen kompletten technischen Bericht eingereicht, und mit dem detaillierten Bauprogramm sei beim Kriterium Termine die maximale Punktzahl erreicht worden. Die Zuschlagsverfügung wurde vom Tiefbauamt am 6. September 2010 versandt.



St.Galler Gerichte

Mit Beschluss vom 6. September 2010 vergab der Gemeinderat Gams die Arbeiten für die Meteorwasserleitung (Auftrag 2) und die Hydrantennetzerneuerung (Auftrag 4) in Anlehnung an den Zuschlag des kantonalen Tiefbauamts ebenfalls der ARGE Hugo Dietsche AG/Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG, und zwar zum Preis von Fr. 458'396.90. Diese Verfügung wurde am 7. September 2010 versandt. In seinem Beschluss hielt der Gemeinderat Gams fest, die Kostenverteilung für die Meteorwasserleitung müsse nochmals mit dem Kanton verhandelt werden. Die Rohrlegearbeiten für die erste Etappe der Hydrantennetzerneuerung vergab der Gemeinderat zum Preis von Fr. 190'973.30 der Arbeitsgemeinschaft Dürr Haustechnik AG/W. Büchel AG.

B./ Mit Eingabe vom 16. September 2010 erhob die ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG gegen die Zuschlagsverfügungen des Baudepartements vom 31. August 2010 und des Gemeinderates Gams vom 6. September 2010 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragte, die Verfügungen seien aufzuheben und die Aufträge seien ihr zu vergeben, eventuell seien die Verfügungen aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanzen zurückzuweisen; ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Sodann beantragte die Beschwerdeführerin, die Beschwerdeverfahren gegen die beiden Verfügungen des Baudepartements und des Gemeinderates Gams seien zu vereinen. Die Beschwerdeführerin rügte im wesentlichen die Begründung der Verfügungen und die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Erfahrung".

Das Verwaltungsgericht forderte die Politische Gemeinde Gams am 17. September 2010 auf, bis 22. September 2010 eine Vernehmlassung zum Begehren um aufschiebende Wirkung sowie die Akten einzureichen. Innert der angesetzten Frist wurde keine Vernehmlassung eingereicht. Auch wurden keine Akten überwiesen.

Mit Verfügung vom 23. September 2010 wies der Präsident des Verwaltungsgerichts das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Verfügung des Baudepartements vom 31. August 2010 ab. Der Beschwerde gegen die Verfügung des Gemeinderates Gams vom 6. September 2010 erteilte er mit gleichentags ergangener Verfügung die aufschiebende Wirkung. Ausserdem gab er



St.Galler Gerichte

dem Antrag auf Vereinigung der Beschwerden nicht statt. Zur Begründung hielt er fest, es hätten unterschiedliche Behörden den Zuschlag erteilt, und es handle sich um verschiedene Aufträge, wobei nicht ersichtlich sei, ob bei den streitigen Zuschlägen dieselben Aspekte eine ausschlaggebende Rolle gespielt hätten.

Mit Schreiben vom 23. September 2010 übermittelte der Gemeinderat Gams seinen Beschluss vom 6. September 2010 und hielt fest, er habe aufgrund des Bauablaufs keine eigene Vergabe in Betracht ziehen können, da die Arbeiten zu eng miteinander verknüpft seien, so dass die Werkleitungen und Strassen zwingend durch die gleiche Unternehmung auszuführen seien. Der Gemeinderat habe sich in seinem Entscheid an die Vergabe der Regierung (richtig: des Baudepartements) gehalten.

Am 6. Oktober 2010 äusserte sich der Gemeinderat Gams materiell zur Beschwerde. Er hält fest, dass er sich in seinem Vergabeentscheid an den Entscheid der Regierung (richtig: des Baudepartements) angelehnt habe, weil eine Vergabe der Aufträge 2 und 4 an eine andere Unternehmung als diejenige, welche den Hauptauftrag (Auftrag 1) ausführe, nicht sachgemäss erscheine und eine Vergabe der Aufträge für die Werkleitungen an einen anderen Mitbewerber dazu geführt hätte, dass im schlechtesten Fall sechs verschiedene Tiefbauunternehmungen an der Sanierung dieses Strassenteilstücks beteiligt gewesen wären. Eine solche Konstellation sei aus Erfahrung des beteiligten Ingenieurbüros RKL AG praktisch nicht zu überwachen, und eine saubere Kostenaufteilung auf verschiedene Beauftragte wäre in der Praxis schlicht unmöglich. Der Gemeinderat habe bereits vor der Vergabe durch die kantonale Behörde eine Absichtserklärung zuhanden des Strassenkreisinspektorats Buchs abgegeben, sich an die Vergabe des Kantons anzulehnen, da eine Vergabe an verschiedene Tiefbauunternehmungen nicht in Frage kommen könne. Der Gemeinderat stellte in der Folge den Antrag, die Beschwerde gegen den Vergabeentscheid sei unter Kostenfolge abzuweisen und Ziff. 3 der Verfügung vom 23. September 2010 sei aufzuheben, da für den Gemeinderat Gams nicht ersichtlich sei, aus welchem Grund die Beschwerdeführerin mit Fr. 1'000.-- ausseramtlich zu entschädigen sei.

Die Beschwerdegegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 7. Oktober 2010, ohne einen förmlichen Antrag zu stellen. Sie hält fest, die Werkleitungen (Aufträge 2-4) seien eng



St.Galler Gerichte

mit den Strassenbauarbeiten (Auftrag 1) verknüpft und eine separate Ausführung wäre mit erheblichen Nachteilen verbunden.

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 27. Oktober 2010 zur vorinstanzlichen Vernehmlassung Stellung. Sie beantragte, die angefochtene Submissionsverfügung in Sachen Hydrantennetzerneuerung und Meteorwasserleitung sei aufzuheben und der Auftrag sei ihr zu vergeben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Anfechtung des Zuschlags legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerdeschrift vom 16. September 2010 wurde rechtzeitig eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Nach Art. 41 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen. Nach Art. 41 Abs. 3 VöB wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Die Begründung enthält insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote.

Das Verwaltungsgericht hat die Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung in zahlreichen Urteilen umschrieben und seine Praxis wiederholt publiziert (vgl. statt vieler GVP 2000 Nr. 24 und 2006 Nr. 59; VerwGE B 2006/25 vom



12. April 2006 i.S. S. AG und B 2008/213 vom 21. April 2009 i.S. H. AG, publ. in: www.gerichte.sg.ch). Eine Begründung ist ungenügend, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Die Auftraggeberin muss in der Begründung einer Verfügung - zwar kurz, aber immerhin - darlegen, weshalb sie das Angebot einer bestimmten Unternehmung als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert. Die Anbieter müssen aufgrund der Verfügung bzw. deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert.

Die Vorinstanz hielt in der Begründung ihrer Verfügung im wesentlichen fest, die Angebote seien geprüft worden und jenes der Beschwerdegegnerin erweise sich das wirtschaftlich günstigste. Die Gesamtbeurteilung des kantonalen Tiefbauamtes gelte als integrierender Bestandteil dieser Verfügung. Ob diese Begründung hinreichend ist, kann offen bleiben. Immerhin wurden die Verfahrensbeteiligten im Rahmen der Vergabe des Baudepartements über die Bewertung der einzelnen Angebote in Kenntnis gesetzt, und die Anbieterinnen konnten anhand der Begründung die Verfügung sachgerecht anfechten.

Die Vorinstanz erhebt in ihrer Vernehmlassung Einwendungen gegen die Fristansetzung zum Begehren um aufschiebende Wirkung. Nach Art. 42 VöB hat der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen (inkl. Sonn- und Feiertagen) nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entscheiden. Die vorliegende Beschwerde ging am 17. September 2010 beim Verwaltungsgericht ein. Gleichentags wurde die verfahrensleitende Verfügung vom 17. September 2010 per Fax und per eingeschriebener Post der Vorinstanz und den Verfahrensbeteiligten versandt. Die zehntägige Frist dauerte bis 27. September 2010 (Montag). Die Fristansetzung bis 22. September 2010, Eingang 14.00 Uhr, für die Einreichung der Vernehmlassung war somit hinreichend bemessen. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin hatten damit viereinhalb Tage Zeit, um eine Vernehmlassung einzureichen. In der Praxis zum öffentlichen Beschaffungsrecht sind Fristansetzungen per Fax im Zwischenverfahren über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung üblich. Dieses Vorgehen wurde bisher nie beanstandet. Die angesetzte Frist wurde ausdrücklich als nicht erstreckbar bezeichnet, und es wurde darauf hingewiesen, dass eine Übermittlung von Eingaben per Fax zulässig ist. Ohne dieses Vorgehen könnte die gesetzlich



vorgeschriebene zehntägige Frist für den Entscheid über ein Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht eingehalten werden. Die Einwendungen der Vorinstanz sind daher unbegründet. Diese verkennt übrigens, dass es vorliegend nicht ausschlaggebend ist, ob Fristansetzungen per Fax rechtmässig sind. Die verfahrensleitende Verfügung vom 17. September 2010 wurde auch per Post versandt. Die Zustellung per Fax dient der Vororientierung und ermöglicht den Beteiligten, unverzüglich die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.

3. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st. gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht hingegen nicht befugt (vgl. statt vieler GVP 1999 Nr. 37 und 2006 Nr. 60).

3.1. Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Erfahrung sowie Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben.

Dem Auftraggeber wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist



weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 58).

3.2. In den Ausschreibungsunterlagen (S. 4) wurden als Zuschlagskriterien der Preis mit einer Gewichtung von 50 %, die Erfahrung mit einer Gewichtung von 25 %, die Termine mit einer Gewichtung von 15 % und die Qualität mit einer Gewichtung von 10 % festgelegt. Auch wurde die Formel für die Preisbewertung bekanntgegeben, ebenso wurde bei den Zuschlagskriterien Erfahrung, Qualität und Termine vermerkt, auf welche Schwerpunkte sich die Vorinstanz stützen würde. Hinsichtlich Termine wurde auf die Aussagekraft des Bauprogramms und bei der Qualität auf den technischen Bericht mit dem Beschrieb der Bauabläufe und auf das PQM-Konzept hingewiesen. Bei der Erfahrung wurde vermerkt, dass die Erfahrung/Referenzen der Unternehmung oder Arbeitsgemeinschaft mit 10 %, die Erfahrung/Referenzen des Bauführers mit 5 % und jene des Poliers mit 10 % gewichtet würden. Damit wurden die Zuschlagskriterien samt Unterkriterien im Sinn Art. 34 Abs. 3 VöB korrekt bekanntgegeben.

3.3. In den Ausschreibungsunterlagen (S. 3) wurden vier verschiedene Aufträge vermerkt, nämlich die Strassensanierung (Auftrag 1), die Meteorwasserleitung Gemeinde (Auftrag 2), die Elektroanlagen (Auftrag 3) und die Hydrantenleitung (Auftrag 4). Im Leistungsverzeichnis waren diese Aufträge gemeinsam aufgeführt, und sie wurden als einheitliches Angebot ausgestaltet. Bei der Offertprüfung wurde eine Trennung vorgenommen. Das Baudepartement schied die Teilsummen für den Auftrag 1 (Strassensanierung) aus und wies die Aufträge 2 bis 4 separat aus. Die Strassensanierung wurde offenbar als kantonale Angelegenheit betrachtet, während die übrigen Aufträge als solche der Politischen Gemeinde Gams eingestuft wurden. Die Offertsummen für die Strassensanierung beliefen sich auf Fr. 1'326'959.95 bis Fr. 1'813'184.30. Die Offertsummen für die Meteorwasserleitung, die Elektroanlagen und das Hydrantennetz betrugen zwischen Fr. 519'369.60 und Fr. 658'874.55.

Der Gemeinderat Gams hielt in seinem Beschluss fest, das Strassenkreisinspektorat Buchs plane die Sanierung der Haagerstrasse. Die Arbeiten seien gesamthaft im offenen Verfahren ausgeschrieben worden. Dabei sei der Anteil Strassenbau der mit Abstand grösste Betrag mit über 1 Mio. Franken Vergabesumme. Eine Aufteilung der



St.Galler Gerichte

Arbeitsgattung Werkleitung sei nicht möglich, weshalb sich der Gemeinderat bei der Vergabe der Arbeiten an den Entscheid der Regierung (gemeint: des Baudepartements) anzulehnen habe. Der Antrag des Strassenkreisinspektorats laute auf eine Vergabe an die ARGE Dietsche/Toldo/Implenia/Kressig.

Der Gemeinderat hatte Kenntnis von der Offertprüfung und von der Bewertung der Offerten durch die kantonalen Organe, insbesondere auch von der Gesamtpunktzahl der Offerten der Verfahrensbeteiligten. Er hielt fest, er lehne sich bei der Vergabe an den Entscheid der kantonalen Behörde an und vergebe die Arbeiten ebenfalls an die ARGE Dietsche/Toldo/Implenia/Kressig. Für die Vergabe der Rohrlegearbeiten sei er hingegen alleine zuständig. Der Gemeinderat beschloss, die Baumeisterarbeiten (Grabarbeiten) für die Meteorwasserleitung (Auftrag 2) und die Hydrantennetzerneuerung (Auftrag 4) in Anlehnung an den Kanton zu den offerierten Preisen ebenfalls an die ARGE Hugo Dietsche AG/Toldo AG/ Implenia Bau AG/W. Kressig AG zu vergeben. Die Rohrlegearbeiten wurden zum offerierten Preis von Fr. 190'973.30 der Arbeitsgemeinschaft Dürr Haustechnik AG/W. Büchel AG vergeben. Hinsichtlich der Meteorwasserleitung hielt der Gemeinderat fest, die Kostenverteilung müsse nochmals mit dem Kanton verhandelt werden. Diese Kosten seien nicht im Voranschlag 2010 enthalten.

3.4. Im vorliegenden Fall waren die Aufträge 1 bis 4 in den Ausschreibungsunterlagen gemeinsam aufgeführt und in einem gemeinsamen Leistungsverzeichnis vermerkt. In den Ausschreibungsunterlagen wurde nirgends darauf hingewiesen, dass die Aufträge getrennt vergeben werden. Insbesondere wurde auch nirgends darauf hingewiesen, dass nur der Auftrag 1 von der kantonalen Behörde und die Aufträge 2, 3 und 4 von der Gemeinde Gams vergeben werden. Auch die Leistungsverzeichnisse der Aufträge 2 bis 4 wurden von der kantonalen Behörde erstellt, und es war ausdrücklich vermerkt, dass die Offerteingaben dem Baudepartement einzureichen waren. Sämtliche Anbieterinnen haben das Leistungsverzeichnis vollständig ausgefüllt und eine Offerte für sämtliche vier Teilaufträge eingereicht. Das Baudepartement nahm im Beschwerdeverfahren betreffend Auftrag 1 ausschliesslich zu seiner eigenen Vergabe Stellung. Den Akten des Baudepartements ist zwar zu entnehmen, dass die Offertsummen der eingereichten Angebote für die verschiedenen Aufträge aufgeteilt wurden und die Anteile für den Auftrag 1 dem Kanton St. Gallen und jene für die Aufträge 2 - 4 der Gemeinde Gams



St.Galler Gerichte

zugeordnet wurden. Es wurden aber für sämtliche vier Aufträge dieselben Zuschlagskriterien vermerkt. Wie diese hinsichtlich der Aufträge 2 und 4 gewertet wurden, ergibt sich aus den vorliegenden Akten nicht, weder aus jenen des Baudepartements noch aus jenen des Gemeinderats Gams. Dieser ging offenbar davon aus, dass sämtliche Arbeiten ein und derselben Unternehmung bzw. Arbeitsgemeinschaft vergeben werden müssen, weshalb er sich an den Vergabeentscheid des Baudepartements anlehnte. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies. Wie es sich damit verhält, kann das Verwaltungsgericht nicht beurteilen. Jedenfalls enthalten die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen nicht den geringsten Anhaltspunkt, dass die Aufträge aufgeteilt und die Aufträge 2 bis 4 von der Gemeinde Gams vergeben werden. Der Umstand, dass sämtliche Aufträge in ein und demselben Leistungsverzeichnis aufgeführt waren und die Anbieterinnen für sämtliche Aufträge ein Angebot einreichen mussten (jedenfalls wurden Angebote nur für einzelne Aufträge nicht ausdrücklich zugelassen), deutet darauf hin, dass die Aufträge gesamthaft vergeben werden sollten. In diesem Fall ist aber eine Aufteilung der Zuständigkeit auf das Baudepartement und den Gemeinderat nicht nachvollziehbar.

Die Prüfung der Offerten, soweit sie die Aufträge 2 und 4 betreffen, ist nicht nachvollziehbar. Es liegen keine Bewertungsunterlagen vor, weder solche der Gemeinde noch solche des Baudepartements. Falls die Aufträge gesamthaft zu vergeben waren, hätten die Offerten von ein und derselben Behörde oder vom Baudepartement und dem Gemeinderat gemeinsam nach einheitlichen Kriterien gewertet werden müssen, wie dies in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde und von den Anbieterinnen nach Treu und Glauben erwartet werden durfte. Die Offertprüfung durch das Baudepartement ist lediglich in bezug auf den Auftrag 1 für die Strassensanierung nachvollziehbar und sachgerecht. Dabei sind im Beschwerdeverfahren namentlich die Erfahrung bzw. die Referenzen im Bereich eines spezifisch strassenbautechnischen Elementes umstritten, nämlich der Gewichtung der Erfahrung im Bereich Kaltmischfundation. Inwiefern dieser Aspekt bei den Aufträgen 2 und 4 überhaupt relevant ist, lässt sich den vorliegenden Akten nicht entnehmen. Falls die Vergabe der Aufträge 2 bis 4 in Anlehnung an den Auftrag 1 hätte vergeben werden sollen, so hätte dies in der Ausschreibung klar bekannt gemacht werden müssen.



Eine Anlehnung der Vergabe der Gemeinde an jene des Baudepartements mag zwar nachvollziehbar erscheinen, genügt aber den in der Ausschreibung bekanntgegebenen Bedingungen und Zuschlagskriterien nicht. Entweder sind die Aufträge zu trennen und die Offerten getrennt zu prüfen und zu vergeben, oder es ist eine gemeinsame Auftragsvergabe vorzunehmen, wobei sämtliche Teilbereiche der Offerte nach den dafür vorgesehenen Kriterien geprüft werden müssen und eine einheitliche Vergabe vorgenommen werden muss. Auch ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien die Aufteilung in einen kantonalen Teil und in einen Anteil der Gemeinde erfolgte. Es kommt hinzu, dass eine Trennung der Aufträge offenbar doch möglich ist; jedenfalls wurde der Auftrag 3 vom Gemeinderat Gams noch nicht vergeben.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Begründung des Zuschlags für die Aufträge 2 und 4 nicht nachvollziehbar ist bzw. im Widerspruch zu den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien steht. Aufgrund der vorliegenden Akten ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Angebot der Beschwerdegegnerin für die Aufträge 2 und 4 das wirtschaftlich günstigste ist. Damit ist die Zuschlagsverfügung des Gemeinderates Gams vom 6. September 2010 bezüglich der Aufträge 2 und 4 aufzuheben. Dies entspricht einer Gutheissung der Beschwerde.

3.5. Der Beschwerde gegen den Zuschlag für den Auftrag 1 wurde keine aufschiebende Wirkung erteilt. Eine Mitteilung nach Art. 37 Abs. 2 VöB über die Vergabe des Auftrags 1 wurde bisher dem Verwaltungsgericht nicht übermittelt. Somit ist davon auszugehen, dass jener Vertrag noch nicht abgeschlossen wurde.

Da aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich ist, ob die Aufträge zwingend gemeinsam zu vergeben sind oder aufgeteilt werden können, ist auch die Zuschlagsverfügung des Baudepartementes aufzuheben, obwohl sich die Bewertung hinsichtlich des Auftrags 1 soweit ersichtlich nicht als fehlerhaft erweist. Allerdings ist offen, ob eine gemeinsame Vergabe zwingend ist. Muss dies bejaht werden, stellt sich die Frage, ob eine Aufteilung auf verschiedene Vergabebehörden zulässig und wie die einzelnen Teilaufträge zu bewerten sind. Anhand der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen erweist sich jedenfalls eine Aufteilung der Aufträge ohne differenzierte Bewertung als unzulässig. Entweder können die Aufträge nach Massgabe



der unterschiedlichen Leistungen separat vergeben werden, oder es ist in der Ausschreibung darauf hinzuweisen, dass und aus welchen Gründen die Aufträge von verschiedenen Behörden zu vergeben und die Aufträge 2 bis 4 zwingend derselben Anbieterin zuzuschlagen sind, die den Auftrag 1 erhält.

Daraus folgt, dass die Zuschlagsverfügung vom 6. September 2010 aufzuheben ist. Die zuständige Behörde bzw. die zuständigen Behörden haben die Ausschreibung im Sinne der Erwägungen zu ergänzen. In der Ausschreibung im Amtsblatt wurde ausschliesslich das Baudepartement als Vergabebehörde angeführt. Dass auch der Gemeinderat Gams mitwirkt, war nicht ersichtlich. Die Mitwirkung zweier Behörden stellt somit eine Ergänzung der im Amtsblatt publizierten Ausschreibung dar, weshalb diese den Verfahrensbeteiligten als anfechtbare Verfügung zu eröffnen ist. Diese Ergänzung hat sich aber auf die Verfahrensbeteiligten zu beschränken. Diesen gegenüber ist transparent darzulegen, ob und weshalb die Aufträge bzw. die vier Teilaufträge gemeinsam oder separat vergeben werden und ob von unterschiedlichen Behörden bzw. allenfalls gemeinsam vom Baudepartement und vom Gemeinderat Gams darüber entschieden wird. Das Baudepartement bzw. allenfalls das Baudepartement und der Gemeinderat Gams gemeinsam haben den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zu geben, geänderte Offerten einzureichen. Diese sind nach den bekanntgegebenen oder neu bekanntzugebenden Kriterien neu zu prüfen, und es ist ein neuer Entscheid über den Zuschlag bzw. allenfalls über die Zuschläge für die einzelnen Teilaufträge zu fällen.

4. Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten der Vorinstanz. Die Beschwerdegegnerin hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt bzw. keinen förmlichen Antrag gestellt. Daher sind die Kosten der Politischen Gemeinde Gams aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Eine Gebühr von Fr. 4'000.-- ist angemessen (inkl. der Kosten der Verfügung vom 23. September 2010 von Fr. 1'000.--; Art. 13 Ziff. 611 Gerichtskostentarif sowie Art. 7 Ziff. 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- zurückzuerstatten.



St.Galler Gerichte

Die Vorinstanz wendet sich in ihrer Vernehmlassung gegen die Kostenaufgabe in der Verfügung vom 23. September 2010. Nachdem die Vorinstanz innert der angesetzten Frist weder eine Vernehmlassung zum Begehren um aufschiebende Wirkung eingereicht noch die Akten übermittelt hat, ist sie im Zwischenverfahren betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung als unterliegende Partei zu betrachten, womit sie kostenpflichtig wird (Art. 95 Abs. 1 VRP). Hinzu kommt, dass die verspätete Überweisung der Akten gegen Verfahrensbestimmungen (Art. 52 VRP) versties und eine Kostenaufgabe daher auch nach Art. 95 Abs. 2 VRP gerechtfertigt ist. Im übrigen ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen (E. 2, letzter Absatz). Dem Begehren der Vorinstanz um Widerruf von Ziff. 3 der Verfügung vom 23. September 2010 ist daher nicht stattzugeben.

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- zuzügl. MWSt ist angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

5./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung vom 6. September 2010 aufgehoben.

6./ Die Angelegenheit wird zur Ergänzung der Ausschreibung und zur neuen Beurteilung und Entscheidung über die Offerten der Verfahrensbeteiligten im Sinne der Erwägungen an die Politische Gemeinde Gams zurückgewiesen.

7./ Die amtlichen Kosten von Fr. 4'000.-- bezahlt die Politische Gemeinde Gams; auf die Erhebung wird nicht verzichtet. Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- zurückzuerstatten.

8./ Die Politische Gemeinde Gams hat die Beschwerdeführerin mit Fr. 2'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.



Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic.iur. Emil Nisple, 9000 St. Gallen)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin
- das Baudepartement des Kantons St. Gallen

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.