



**Fall-Nr.:** B 2010/37  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 15.04.2010  
**Entscheiddatum:** 15.04.2010

### **Urteil des Verwaltungsgerichts vom 15. April 2010**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 34 Abs. 1 VöB (sGS 841.11).**

**Ausschlussgründe können nicht im Beschwerdeverfahren erstmals geprüft werden; fehlerhafte Bewertung eines Angebotes, da fälschlicherweise die Beschäftigung einer Person in einem Lehrverhältnis angenommen und Referenzen einer andern Unternehmung berücksichtigt wurden; Rückweisung zur Prüfung von Ausschlussgründen und neuen Bewertung (Verwaltungsgericht, B 2010/37).**

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

---

In Sachen

Sima Bau AG, Hohenemserstrasse 76, 9444 Diepoldsau,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Thomas Hubatka, Tiefenackerstrasse 49, Postfach 240, 9450 Altstätten,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmlisbrunnenstrasse 54, 9001 St. Gallen,



## St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

und

HAFFA Coating GmbH, Gartenstrasse 98, 3307 Brunnenthal,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Kantonale Psychiatrische Klinik St. Pirminsberg, Pfäfers; Neubau Zentrum für Alterspsychiatrie, Bodenbeläge aus Kunststoff und fugenlose Wandbeläge

### **hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ Das Baudepartement des Kantons St. Gallen schrieb die Arbeitsgattungen BKP 281.2 und 282.0, Bodenbeläge aus Kunststoff und fugenlose Wandbeläge, für den Neubau des Zentrums für Alterspsychiatrie der Kantonalen Psychiatrischen Klinik St. Pirminsberg im offenen Verfahren aus. Innert der Eingabefrist gingen insgesamt elf Angebote von zehn Anbietern ein. Davon waren zwei Angebote Unternehmervarianten. Die bereinigten Nettopreise betragen zwischen Fr. 265'762.25 und Fr. 604'494.20. Mit Verfügung vom 22. Januar 2010 vergab das Baudepartement den Zuschlag zum Preis von Fr. 265'762.25 der HAFFA Coating GmbH, Brunnenthal.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 2. Februar 2010 erhob die Sima Bau AG, Diepoldsau, Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Verfügung des Baudepartements vom 22. Januar 2010 sei aufzuheben und es sei - unter Ausschluss



der Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren - die Vergabe an die Beschwerdeführerin zum Preis von Fr. 280'217.40 anzuordnen, eventualiter sei die Verfügung vom 22. Januar 2010 aufzuheben und die Vergabe - ohne Ausschluss der Beschwerdegegnerin - an die Beschwerdeführerin zum Preis von Fr. 280'217.40 anzuordnen, subeventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neu beurteilung zurückzuweisen, ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz, eventualiter zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Zur Begründung wird im wesentlichen vorgebracht, es bestehe ein starkes Indiz für eine Falschangabe im Formular Eignungsprüfung durch die Beschwerdegegnerin. Diese sei zudem erst am 14. Juli 2009 als GmbH gegründet worden. Die beiden Gesellschafter seien vormals einzige Verwaltungsräte der HAFFA Sportplatzbau AG gewesen, welche den gleichen Zweck verfolgt habe und am 24. Juni 2009 in Konkurs gefallen sei. Die beiden Gesellschafter seien offenbar daran, in der bisherigen Branche eine neue Firma aufzubauen. Die Beschwerdegegnerin habe im Formular Eignungsprüfung angegeben, sie bilde einen Lehrling aus. Gemäss Bestätigung des Amtes für Berufsbildung des Kantons Solothurn sei sie aber nicht als Lehrbetrieb registriert. Zudem habe die Beschwerdegegnerin möglicherweise Referenzobjekte der sich in Konkurs befindlichen HAFFA Sportplatzbau AG angegeben. Dies wäre unzulässig und würde eine weitere Falschangabe bedeuten.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 23. Februar 2010, von einer Rückweisung zur Neu beurteilung sei abzusehen, im übrigen werde auf eine Antragstellung verzichtet.

Der Präsident des Verwaltungsgerichts gewährte der Beschwerde mit Verfügung vom 11. Februar 2010 die aufschiebende Wirkung.

Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, sich zur Vernehmlassung der Vorinstanz zu äussern. Dies tat sie mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 11. März 2010.

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

Die Beschwerdegegnerin hat sich am Verfahren nicht beteiligt.



### **Darüber wird in Erwägung gezogen:**

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. a des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). 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 2. Februar 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.

Im Hauptantrag stellt die Beschwerdeführerin das Rechtsbegehren, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und es sei - unter Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren - die Vergabe an sie anzuordnen. Der Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren ist aber nicht Gegenstand der angefochtenen Zuschlagsverfügung. Das Begehren, die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen, bewegt sich daher ausserhalb des im Anfechtungsobjekt enthaltenen Gegenstands. Der Ausschluss kann nicht im Beschwerdeverfahren erstmals geprüft und angeordnet werden.

Die Vorinstanz ist hingegen nicht gehalten, einen Antrag zu stellen, sie muss im Rechtsmittelverfahren lediglich die Akten überweisen (Art. 52 VRP).

2. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht das Angebot der Beschwerdegegnerin als das wirtschaftlich günstigste im Sinn von Art. 34 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) qualifiziert hat bzw. ob die Vorinstanz zu Unrecht Ausschlussgründe nicht geprüft hat.

2.1. 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).

2.2. 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, worunter Preis, Qualität, Termin und 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 bekanntzugeben.

2.3. Fest steht, dass die Beschwerdegegnerin im Formular Eignungsprüfung in der Rubrik "Lehrlinge" den Vermerk "1 Anlehre" machte. Unbestrittenermassen ist die Beschwerdegegnerin nicht als Lehrbetrieb registriert. Die Vorinstanz wendet dagegen ein, die Beschwerdegegnerin habe mit ihrem Vermerk nicht behauptet, sie sei als Lehrbetrieb registriert oder sie dürfe Lehrlinge ausbilden. Sie habe lediglich zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Person im Rahmen einer Anlehre beschäftige. Von einer Falschangabe könne damit keine Rede sein. Diese Ausführungen sind spitzfindig und unzutreffend. Der Abschluss einer Anlehre kennzeichnet in der Praxis einen eidgenössisch anerkannten Ausweis über eine berufliche Grundbildung (Art. 3 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Berufsbildung, sGS 231.1; Art. 3 der Berufsbildungsverordnung, sGS 231.11). Wer nicht als Lehrbetrieb registriert ist, ist auch nicht berechtigt, Lehrlinge oder Absolventen einer Anlehre auszubilden (Art. 20 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung, SR 412.10). Wer somit in einem Formular über die Eignungsprüfung in einem Submissionsverfahren angibt, eine Person im Rahmen einer Anlehre zu beschäftigen, gibt damit zum Ausdruck, dass er eine Person im Rahmen einer eidgenössisch anerkannten und geregelten Berufsausbildung beschäftigt. Unerheblich ist dabei, wie hoch das entsprechende Kriterium in der Ausschreibung gewichtet wird. Massgebend für das Vorliegen eines



Ausschlussgrundes ist die Tatsache, ob falsche Angaben gemacht wurden, nicht die Auswirkung der falschen Angaben auf die gesamte Bewertung eines Angebots.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerdegegnerin im Formular Eignungsprüfung eine falsche Angabe gemacht hat.

2.4. Fest steht weiter, dass die Beschwerdegegnerin Referenzangaben gemacht hat, welche der konkursiten HAFFA Sportplatzbau AG zuzurechnen sind. Zumindest die in der Aufstellung der Beschwerdegegnerin vermerkten Aufträge "Muri" und "Bern" aus den Jahren 2007 und 2008 können nicht von der erst am 14. Juli 2009 gegründeten Beschwerdegegnerin ausgeführt worden sein. Es stellt sich die Frage, inwiefern Referenzarbeiten, die von einer anderen Unternehmung ausgeführt wurden, bei der Bewertung eines Angebotes berücksichtigt werden dürfen. Im vorliegenden Fall wurde die konkursite Unternehmung von den Gesellschaftern der Beschwerdegegnerin geleitet. Das Verwaltungsgericht hatte sich bislang mit dieser Frage noch nie zu befassen. Einzig bei der Übernahme bzw. Rechtsnachfolge von Unternehmungen oder Unternehmensteilen hat sich diese Frage bereits gestellt (vgl. VerwGE B 2007/82 vom 19. September 2007 i.S. A. AG, in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). In einem anderen Urteil hat das Verwaltungsgericht den "Durchgriff" im Zusammenhang mit Ausschlussgründen von einer Unternehmung auf deren Rechtsvorgängerin verneint (VerwGE B 1999/62 vom 1. Juli 1999, nicht publiziert). Vorliegend verhält es sich anders. Bei neu gegründeten Unternehmungen können in der Regel nicht Referenzarbeiten anderer Unternehmungen in die Bewertung einbezogen werden. Wie es sich damit genau verhält, kann aber offen gelassen werden. Im Streitfall kommt nämlich hinzu, dass die Beschwerdegegnerin die Referenzobjekte, welche von der HAFFA Sportplatzbau AG ausgeführt wurden, unter ihrem eigenen Logo und ihrem eigenen Namen aufgeführt hat und keinen Hinweis machte, dass sie einer anderen Unternehmung zuzurechnen sind, wenn auch die leitenden Personen unter Umständen dieselben sind.

Unbehelflich ist der Einwand der Vorinstanz, dass die Personen in den verantwortlichen Organpositionen der Beschwerdegegnerin vollumfänglich identisch seien mit jenen der vormaligen HAFFA Sportplatzbau AG; diese zwischenzeitlich also lediglich ihre Form, ihr "juristisches Kleid" gewechselt habe. Diese Argumentation verkennt das Wesen des Konkurses. Die HAFFA Coating GmbH ist nicht Rechtsnachfolgerin der HAFFA



Sportplatzbau AG. Es verhält sich dabei anders als bei den vom Verwaltungsgericht in den erwähnten Urteilen behandelten Fällen. Vorliegend geht es nicht um eine neu gegründete Unternehmung, welche von den Organen einer Rechtsvorgängerin geleitet wird. Dies schliesst nicht aus, dass Referenzobjekte der konkursiten Gesellschaft berücksichtigt werden dürfen. Allerdings wären solche Umstände im Rahmen der Erfahrung einzelner massgebender Mitarbeiter zu berücksichtigen, nicht als Referenzobjekte einer neu gegründeten Unternehmung.

2.5. Die Vorinstanz hält fest, dass sie im Rahmen der Eignungsprüfung nicht sämtliche Anbieterinnen unter Generalverdacht stellt und grundsätzlich davon ausgeht, dass die gemachten Angaben richtig sind. Dies ist grundsätzlich sachgerecht, zeigt aber auch die Bedeutung, welche die Pflicht zu offenen und wahrheitsgetreuen Angaben hat. Es stellt sich daher die Frage, ob die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit den Referenzen ebenfalls eine falsche Angabe im Sinn von Art. 12 lit. b VöB gemacht hat. Da wie erwähnt mit dem Beschwerdeentscheid nicht über den Ausschluss befunden werden kann, muss diese Frage im Beschwerdeverfahren nicht abschliessend geprüft werden.

2.6. Die Offerte der Beschwerdeführerin betrug ursprünglich Fr. 299'034.70 (netto, inkl. MWSt) und jene der Beschwerdegegnerin Fr. 297'397.34. Am 9. Dezember 2009 holte die Vorinstanz eine revidierte Offerte mit geänderten Massen ein. Dies ergab ein Angebot der Beschwerdeführerin von Fr. 280'217.45 und ein solches der Beschwerdegegnerin von Fr. 263'901.95. Im Schlusssummenverzeichnis lautet der Betrag Fr. 265'762.25. Diese Änderung ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht durchwegs nachvollziehbar. Allerdings besteht kein Anhaltspunkt, dass bei der Veränderung der Masse und der Einholung und Beurteilung der Offerte für die revidierten Masse der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter verletzt wurde. Namentlich hatten die Verfahrensbeteiligten bei den nachträglich eingeholten geänderten Massen dieselbe Möglichkeit, ihre Kalkulation nochmals anzupassen. In diesem Punkt ist jedenfalls keine fehlerhafte Gewichtung und Bewertung zu erblicken.

2.7. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Bewertung des Kriteriums "Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung" fehlerhaft ist, da zu Unrecht von der Beschäftigung einer Person in einer Anlehre



ausgegangen wurde. Auch wurden der Beschwerdegegnerin zu Unrecht Referenzen einer anderen Unternehmung zugerechnet. Bei dieser Sachlage erweist sich die Bewertung der Angebote als fehlerhaft. Die Bewertung kann im Beschwerdeverfahren nicht nachgeholt werden, da aus den Akten die Gewichtung der Preise und die genaue Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien nicht ersichtlich sind. Die Zuschlagsverfügung enthält zwar eine Begründung, die den Anforderungen im Sinn von Art. 41 Abs. 3 VöB genügt, doch ist aufgrund der vorliegenden Akten die Bewertung nicht nachvollziehbar. Dies führt dazu, dass die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Angelegenheit gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP zur neuen Beurteilung und Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, und zwar zur Prüfung eines Ausschlusses der Beschwerdegegnerin sowie zur Gewichtung und Bewertung der Zuschlagskriterien.

3. Der Ausgang des Verfahrens entspricht, soweit darauf einzutreten ist, einer teilweisen Gutheissung der Beschwerde bzw. einer Gutheissung des Eventualantrags der Beschwerdeführerin. Ihrem Hauptantrag, ihr den Zuschlag zu vergeben, wird nicht stattgegeben. Sie obsiegt damit nicht vollumfänglich. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass sie mit ihrem Begehren um aufschiebende Wirkung durchgedrungen ist. Die Kostenregelung für dieses Zwischenverfahren wurde in der Verfügung vom 11. Februar 2010 in die Hauptsache verwiesen. Vorliegend rechtfertigt es sich, die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu einem Viertel der Beschwerdeführerin und zu drei Vierteln dem Staat aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Der Beschwerdegegnerin sind keine Kosten aufzuerlegen, da sie sich nicht am Verfahren beteiligt hat. Eine Entscheidegebühr von Fr. 5'000.-- ist angemessen (Art. 13, Ziff. 622 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Der Anteil der Beschwerdeführerin von Fr. 1'250.-- ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- zu verrechnen und der Restbetrag von Fr. 3'750.-- der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Auf die Erhebung des Anteils des Staates ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Bei einer Kostenaufgabe von einem Viertel hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine halbe ausseramtliche Entschädigung (Art. 98bis VRP; vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 183). Die Beschwerdeführerin hat eine Kostennote mit einem Honorar von Fr. 4'660.-- zuzügl. 4 % Barauslagen zuzügl. 7,6 % MWSt, insgesamt Fr. 5'214.70,



## St.Galler Gerichte

eingereicht. Diese ist tarifgemäss und angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Nach dem dargelegten Grundsatz ist die Hälfte dieses Betrags, Fr. 2'607.35, als ausseramtliche Entschädigung zulasten des Staates zuzusprechen.

Demnach hat das Verwaltungsgericht

### **zu Recht erkannt:**

1./ Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, und die Zuschlagsverfügung vom 22. Januar 2010 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur Prüfung des Ausschlusses der Beschwerdegegnerin und zur neuen Beurteilung und Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.-- werden zu einem Viertel der Beschwerdeführerin und zu drei Vierteln dem Staat auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- wird verrechnet und der Rest von Fr. 3'750.-- der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Auf die Erhebung des auf den Staat entfallenden Anteils wird verzichtet.

4./ Der Staat hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'607.35 (inkl. MWSt) ausseramtlich zu entschädigen.

V.      R.      W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:



Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Hubatka, 9450 Altstätten)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin

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.