



Fall-Nr.: B 2004/181
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 25.03.2005
Entscheiddatum: 25.03.2005

Entscheid Verwaltungsgericht vom 25.03.2005

Oeffentliches Beschaffungswesen. Art. 35 VöB (sGS 841.11). Die Mitteilung einer Arbeitsvergabe durch die mit der Offertprüfung beauftragte Unternehmung ist nichtig (Verwaltungsgericht, B 2004/181).

Anwesend: Vizepräsidentin Dr. E. Oesch-Frischkopf; Verwaltungsrichter

lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Ersatzrichter lic. iur. J. Diggelmann;
Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

Walter Kälin Holzbau AG, Grünenstrasse 6, 8640 Rapperswil,

Beschwerdeführerin,

gegen

Ortsgemeinde Schmerikon, Allmendstrasse 16, Postfach 137, 8716 Schmerikon,

Vorinstanz,

und

ARGE W. Kriech AG/Gebr. Wey, p. adr. W. Kriech AG, Allmendstrasse 15, 8716
Schmerikon,

Beschwerdegegnerin,



betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Neubau Bootshallen 3/6 Schmerikon, Holzbau-/
Dachdeckerarbeiten

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Ortsgemeinde Schmerikon beabsichtigt den Neubau der Bootshallen 3/6 in Schmerikon. Sie lud vier Unternehmungen ein, für die Holzbau- und Dachdeckerarbeiten ein Angebot einzureichen. Die Offertöffnung fand am 6. Oktober 2004 statt. Nachdem nur zwei Offerten mit Angeboten von netto Fr. 119'570.25 und Fr. 145'260.85 eingereicht worden waren, beschloss die Ortsgemeinde Schmerikon, zusätzliche Unternehmungen, u.a. die Walter Kälin Holzbau AG, Rapperswil, einzuladen. Die Unterlagen trugen den Titel "Submission (Einladungsverfahren)". In der Folge reichte auch die Walter Kälin Holzbau AG eine Offerte mit einem Angebot von Fr. 144'272.05 ein.

Am 5. November 2004 beschloss die Ortsgemeinde Schmerikon, den Auftrag zum Preis von Fr. 145'260.85 der ARGE W. Kriech AG/Gebr. Wey, Schmerikon, zu vergeben. Mit Schreiben der Staubli, Kurath & Partner AG, Ingenieurbüro SIA USIC, Zürich, vom 11. November 2004 wurden die Anbieter über die Arbeitsvergabe in Kenntnis gesetzt.

B./ Mit Eingabe vom 19. November 2004 erhob die Walter Kälin Holzbau AG, Rapperswil, Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, das Ausschreibungs- und Vergabeverfahren sowie das Offertöffnungsprotokoll und die Richtigkeit und Bewertung der Vergabekriterien seien zu prüfen. Zur Begründung wird vorgebracht, der Vergabepreis sei nicht bekannt gegeben worden, und es fehle eine Rechtsmittelbelehrung sowie eine Begründung der Vergabe.

Die Ortsgemeinde Schmerikon hält in ihrer Vernehmlassung vom 8. Dezember 2004 fest, die Offertstellung sei in einem Einladungsverfahren an ausgewählte Unternehmungen durchgeführt worden. Die Zuschlagskriterien seien bekannt gegeben worden. Bezüglich des offerierten Preises habe die Beschwerdeführerin auf Platz zwei gelegen. In der Bewertung aufgrund der bekannten Zuschlagskriterien sei sie jedoch



St.Galler Gerichte

hinter der ARGE W. Kriech AG/Gebr. Wey zurückgefallen. Ausschlaggebend sei die Erfahrung der Beschwerdeführerin auf dem Gebiet des Bootshallenbaus und deren Ortskenntnis.

Die ARGE W. Kriech AG/Gebr. Wey liess sich zur Beschwerde nicht vernehmen. In ihrer Stellungnahme vom 2. Januar 2005 zur vorinstanzlichen Beschwerdevernehmlassung hält die Beschwerdeführerin fest, die Bewertungskriterien seien willkürlich gewürdigt worden. Sie habe keine Auftragschancen gehabt, weil das günstigste Angebot einfach ausgeschlossen worden und sie so bewertet worden sei, dass sie knapp aus der Wertung gefallen sei.

Die Ortsgemeinde Schmerikon liess sich zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin nicht mehr vernehmen.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 lit. b des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGÖB). Die Ortsgemeinde Schmerikon ist nach Art. 1 Abs. 2 lit. c des Gemeindegesetzes (sGS 151.2) eine Gemeinde im Sinn von Art. 2 Abs. 1 lit. b EGÖB. Sie unterliegt damit den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen. Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 19. November 2004 wurde rechtzeitig innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen seit der Mitteilung über die Auftragsvergabe eingereicht (Art. 15 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVÖB). Im übrigen kann die Beschwerdeeingabe formal und inhaltlich als den gesetzlichen Anforderungen genügend betrachtet werden (Art. 15 Abs. 2 IVÖB in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten.



Nicht einzutreten ist auf das Schadenersatzbegehren der Beschwerdeführerin. Ein Schadenersatzbegehren muss mit der Beschwerde gestellt werden (GVP 2001 Nr. 18). Die Beschwerdeführerin hat ihr Schadenersatzbegehren erst in der Vernehmlassung zur vorinstanzlichen Beschwerdeantwort gestellt. Es ist im übrigen nicht beziffert und begründet. Die Beschwerdeführerin beantragt lediglich, ihre Aufwendungen für die Erstellung des Angebotes seien zu entschädigen, legt aber nicht konkret dar, wie hoch diese sind.

2./ a) Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Ueberschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht gerügt 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 Beschaffungsverfügungen kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte (vgl. statt vieler GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

b) Art. 35 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) bestimmt, dass der Auftraggeber den Anbietern den Zuschlag durch Verfügung zu eröffnen hat.

Das Verwaltungsgericht hat die Mitteilung einer Arbeitsvergabe durch die mit der Offertprüfung beauftragte Unternehmung als nichtig qualifiziert (vgl. GVP 2003 Nr. 38). Es erwog, nach Lehre und Rechtsprechung sei die Verfügung ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt werde (vgl. statt vieler Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 854 mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall wurde die Arbeitsvergabe den Anbietern von der Staubli, Kurath & Partner AG, der von der Vorinstanz beauftragten Unternehmung, mitgeteilt. Das Schreiben ist auf deren Briefpapier verfasst und von den Organen der Ortsgemeinde nicht unterzeichnet. Darin wird ausgeführt, im Namen und im Auftrag der Ortsgemeinde



Schmerikon werde mitgeteilt, dass die streitigen Arbeiten der ARGE W. Kriech AG/ Gebr. Wey vergeben worden seien. Kennzeichnendes Merkmal einer Verfügung ist aber, dass sie als behördlicher Akt klar erkennbar ist. Sowohl eine öffentlich-rechtliche Körperschaft als auch ein Privater haben den Zuschlag in Form einer Verfügung im Sinn von Art. 35 VöB zu eröffnen. Entscheidend ist nicht, dass das zuständige Organ der Ortsgemeinde Schmerikon einen entsprechenden Beschluss gefasst hat. Ein solcher Beschluss bleibt bis zur förmlichen Mitteilung an die Betroffenen nicht wirksam. Erst mit der Mitteilung bzw. Eröffnung der Verfügung erhält diese rechtliche Wirkung. Aufgrund der Praxis des Verwaltungsgerichts ist daher der Zuschlag als nichtig zu qualifizieren. Dies entspricht einer Gutheissung der Beschwerde.

c) In aller Regel lässt es das Gericht bei einer Feststellung der Nichtigkeit bewenden. Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich aber, zu den in der Beschwerde erhobenen Rügen Stellung zu nehmen. Die Zuschlagsverfügung ist gemäss Art. 41 Abs. 1 VöB kurz zu begründen. Nur im freihändigen Verfahren muss der Zuschlag nicht begründet werden (Art. 41 Abs. 2 VöB). Im vorliegenden Fall wäre zwar eine freihändige Vergabe zulässig gewesen (vgl. Anhang 2 zur IVöB). Wenn aber die Submittentin das Einladungsverfahren wählt, hat sie die entsprechenden Formvorschriften zu beachten. Dazu gehört namentlich Art. 41 Abs. 3 VöB. Danach enthält die Begründung des Zuschlags 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 wiederholt umschrieben und diese Rechtsprechung veröffentlicht (GVP 2000 Nr. 24). Im übrigen ist eine Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 24 Abs. 1 lit. d VRR).

Zu Recht rügt daher die Beschwerdeführerin, der Vergabepreis bzw. die Preise des tiefsten und des höchsten Angebotes seien nicht bekannt gegeben worden, und es habe sowohl eine Begründung als auch eine Rechtsmittelbelehrung gefehlt. Berechtigt ist auch die Rüge, dass kein Offertöffnungsprotokoll erstellt wurde. Nach Art. 30 Abs. 3 VöB wird über die Offertöffnung ein Protokoll erstellt, welches verschiedene in der Verordnung ausdrücklich aufgeführte Angaben enthalten muss. Dieses Protokoll ist zu unterzeichnen, und nach dem Zuschlag ist den Anbietern auf Gesuch Einsicht zu gewähren (Art. 30 Abs. 4 VöB).



St.Galler Gerichte

Aufgrund der eingereichten Akten betrug das Angebot der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung von Rabatt und Mehrwertsteuer Fr. 144'272.05 (nicht Fr. 147'272.05, wie in der Beschwerde ausgeführt wird). Das Angebot der Beschwerdegegnerin betrug Fr. 145'260.85. Die Zuschlagskriterien und namentlich deren Bewertung waren in der Einladung angegeben worden (S. 3). Es wurde ausgeführt, dass die Kriterien "Technischer Bericht/Arbeitsablauf" sowie "Bauprogramm und Termine" mit maximal je 15 Punkten und das Kriterium "Referenzen von ähnlichen ausgeführten Arbeiten" mit maximal 10 Punkten bewertet würden, während der Preis mit maximal 60 Punkten bewertet werden sollte. Die Einladung ist diesbezüglich nicht zu beanstanden, und die entsprechenden Ausführungen in der Beschwerde bzw. in der Stellungnahme zur vorinstanzlichen Beschwerdeantwort sind nicht stichhaltig. In der Einladung befindet sich sogar ein Berechnungsbeispiel für die Gewichtung und Bewertung der Zuschlagskriterien.

Bei der Beurteilung der Offerten erhielt die Beschwerdeführerin 81 Punkte und die Beschwerdegegnerin 82 Punkte. Sowohl beim Kriterium "Technischer Bericht/Arbeitsablauf" wie auch beim Kriterium "Bauprogramm/Termine" wurden die Verfahrensbeteiligten mit 13 bzw. 10 Punkten gleich bewertet. Bei den Referenzen erhielt die Beschwerdeführerin 8 Punkte und die Beschwerdegegnerin 10 Punkte. Dagegen erhielt die Beschwerdeführerin beim Preis aufgrund ihres geringfügig besseren Angebots 50 Punkte und damit einen Punkt mehr als die Beschwerdegegnerin. Diese Bewertung ist aufgrund der vorliegenden Akten bei zwei Kriterien nicht nachvollziehbar. Dem Offertvergleich ist zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Angebot Vorbehalte bezüglich der Termine, für die Pläne/Detaillösungen, Terminverzögerungen und Arbeitsschutz angebracht hat, während die Beschwerdeführerin keine solchen Vorbehalte machte. Weshalb beide Verfahrensbeteiligten bei den Kriterien "Technischer Bericht/Arbeitsablauf" und "Bauprogramm/Termine" gleich bewertet wurden, geht aus den Akten und der Vernehmlassung der Vorinstanz nicht hervor. Da mit den Akten der Vorinstanz das Angebot der Beschwerdegegnerin nicht überwiesen wurde, ist im weiteren auch nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdegegnerin beim Kriterium Referenzen besser bewertet wurde als die Beschwerdeführerin. Die entsprechenden Feststellungen, die Beschwerdegegnerin könne auf eine gute Erfahrung mit Bauwerken über dem Wasser zurückgreifen, findet in den vorliegenden Akten jedenfalls keine Stütze. Inwiefern der



Zuschlag auch materiell mangelhaft ist, lässt sich unter diesen Umständen nicht abschliessend beurteilen.

Soweit jedoch die Beschwerdeführerin die Bewertung der dritten Anbieterin beanstandet, ist mangels Legitimation nicht darauf einzutreten, da die besagte Anbieterin nicht Beschwerde erhoben hat.

d) Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass der Zuschlag fehlerhaft eröffnet wurde und nichtig ist. Da die Beschwerdeführerin kein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt hat, wäre die Vorinstanz grundsätzlich befugt gewesen, den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen (Art. 37 Abs. 1 lit. b VöB). Ist eine Beschwerde ohne aufschiebende Wirkung hängig, hat die Auftraggeberin den Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mitzuteilen (Art. 37 Abs. 2 VöB). Eine solche Mitteilung ist bisher nicht erfolgt. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Vertragsschluss noch nicht erfolgt ist. Somit ist die Angelegenheit in Anwendung von Art. 18 Abs. 1 IVöB zur gehörigen Eröffnung als behördliche und hinreichend begründete und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Verfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei in der Begründung die unterschiedliche Bewertung der Angebote plausibel und nachvollziehbar darzulegen ist.

3./ Der Ausgang des Verfahrens entspricht einer Gutheissung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin beantragte zwar sinngemäss, der Auftrag sei ihr zu vergeben. Diesem Begehren wird nur insoweit entsprochen, als festgestellt wird, dass der Zuschlag nichtig ist. Entsprechend der ständigen Praxis hat sie damit aber dennoch als vollständig obsiegend zu gelten, auch wenn ihrem Begehren um Erteilung des Zuschlags nicht stattgegeben wird. Dementsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von Fr. 3'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 des Gerichtskostentarifs, sGS 941.12). Auf ihre Erhebung ist nicht zu verzichten, da das Vorgehen der Vorinstanz im klaren Widerspruch zu den gesetzlichen Formvorschriften und zur publizierten Praxis des Verwaltungsgerichts stand (Art. 95 Abs. 2 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zurückzuerstatten.



St.Galler Gerichte

Ausseramtliche Entschädigungen sind nicht zuzusprechen. Die Beschwerdeführerin hat keinen entsprechenden Antrag gestellt (Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 263 Abs. 3 des Zivilprozessgesetzes, sGS 961.2). Auf das Schadenersatzbegehren ist wie erwähnt nicht einzutreten (oben Erw. 1).

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

2./ Es wird festgestellt, dass der Zuschlag nichtig ist. Die Angelegenheit wird im Sinne der Erwägungen zur gehörigen Eröffnung des Zuschlags im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 3'000.-- bezahlt die Vorinstanz. Auf die Erhebung wird nicht verzichtet. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zurückerstattet.

4./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Die Vizepräsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin

am: