



**Fall-Nr.:** B 2004/64  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 06.07.2004  
**Entscheiddatum:** 06.07.2004

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 06.07.2004**

**Oeffentliches Beschaffungswesen, Art. 5 und Art. 34 VöB (sGS 841.11).  
Aenderung der Wettbewerbsbedingungen im Verlauf des Verfahrens  
(Verwaltungsgericht, B 2004/64).**

Anwesend: Präsident Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; -Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Haltinner-Schillig

---

In Sachen

Müller Dach AG, Neu Eck Platz, 8586 Riedt b. Erlen,

Beschwerdeführerin,

gegen

Politische Gemeinde St. Gallen, vertreten durch das Hochbauamt, Neugasse 1, 9004 St. Gallen,

Vorinstanz,

und

Abdichtungsbau Durrer GmbH, Splügenstrasse 31,

9008 St. Gallen,



## St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Neubau einer Eissportanlage im Lerchenfeld,  
Spengler- und Bedachungsarbeiten

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Am 14. April 2004 beschloss der Stadtrat St. Gallen, die Spengler- und Bedachungsarbeiten (BKP 222/224) im Zusammenhang mit dem Neubau einer Eissportanlage im Lerchenfeld der Abdichtungsbau Durrer GmbH, St. Gallen, zum Preis von Fr. 539'506.-- zu vergeben. Zur Begründung wurde ausgeführt, für die Vergabe seien Angebote mit bereinigten Nettopreisen von Fr. 539'219.-- bis Fr. 794'031.--, drei Unternehmervarianten von Fr. 572'095.-- bis Fr. 594'016.-- sowie ein Teilangebot von Fr. 98'356.-- berücksichtigt worden. Die Angebote seien entsprechend den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien - Angebot-Preis, Referenzobjekte, Termingarantie-Leistungskapazität und Konditionen auf Regieansätze - kontrolliert und beurteilt worden. Die Offertzusammenstellung ergebe, dass die Angebote der im ersten und im zweiten Rang stehenden Firmen gleichwertig seien. Hinsichtlich eigener Referenzen werde das Angebot der im zweiten Rang stehenden Abdichtungsbau Durrer GmbH als das wirtschaftlich günstigste betrachtet, weshalb es den Zuschlag erhalte. Am 16. April 2004 hat das Hochbauamt St. Gallen den Zuschlag eröffnet.

Am 23. April 2004 erhob die Müller Dach AG gegen diese Vergabe Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie stellte die Rechtsbegehren, der Zuschlag sei aufzuheben (lit a), die Vorinstanz sei anzuweisen, den Zuschlag ihr zu erteilen (lit. b), eventuell sei festzustellen, dass die Vergabe der BKP 222/224, Spengler- und Bedachungsarbeiten, rechtswidrig sei (lit. c), unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (lit. d). In prozessualer Hinsicht beantragte die Müller Dach AG, der Beschwerde sei die auf-schiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vorinstanz zu untersagen, die entsprechenden Verträge während der Dauer des Verfahrens abzuschliessen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, gemäss Offertöffnungsprotokoll habe sie in preislicher Hinsicht das günstigste Angebot unterbreitet. Nach den in der Ausschreibung



genannten Kriterien hätte der Zuschlag deshalb ihr erteilt werden müssen. Sodann könne sie sich nicht vorstellen, dass sich hinsichtlich der Referenzen eine schlechtere Klassierung gegenüber der Abdichtungsbau Durrer GmbH sachlich begründen lasse.

Am 3. Mai 2004 nahm die Vorinstanz Stellung und beantragte, dem Begehren, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sei nicht zu entsprechen. Am 5. Mai 2004 hat der Präsident des Verwaltungsgerichts das Gesuch abgewiesen. Er erwog insbesondere, die Argumentation der Vorinstanz sei aufgrund der eingereichten Akten nachvollziehbar. Die von der Beschwerdeführerin nachträglich eingereichten zusätzlichen Teile der Offerte würden bei den geänderten Positionen eine Differenz von Fr. 8'251.-- zum ursprünglichen Preis von Fr. 530'022.50 ergeben. Unter Berücksichtigung von Rabatt und Skonto führe dies zu einem Preis von 539'218.73 gegenüber demjenigen von Fr. 539'505.61, den die Beschwerdegegnerin offeriert habe bzw. zu einer Differenz von lediglich Fr. 287.--. Die Vorinstanz habe die Angebote deshalb als gleichwertig betrachten dürfen. Sodann würden keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht habe, als sie der Beschwerdegegnerin den Zuschlag aufgrund der Referenzen erteilt habe. Demzufolge erscheine die Beschwerde nicht hinreichend begründet.

Am 13. Mai 2004 liess sich die Müller Dach AG zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 3. Mai 2004 vernehmen und äusserte die Befürchtung, ein grober Irrtum oder aber eine bewusste Benachteiligung habe zur Vergabe der Arbeiten an die Abdichtungsbau Durrer GmbH geführt. Sie beantragte, die Vorinstanz habe die in ihrer Vernehmlassung angeführte Beurteilung der drei eingeholten Referenzobjekte in den letzten drei Jahren, den Vergleich bezüglich Termingarantie-Leistungskapazität und den Vergleich betreffend die Konditionen auf Regieansätze vorzulegen (lit. a), die Vorinstanz sei, falls sich die Gewichtung der Referenzen offensichtlich als irrtümlich falsch bzw. willkürlich herausstellen sollte, anzuweisen, den Zuschlag ihr zu erteilen (lit. b), eventuell sei festzustellen, dass die Vergabe BKP 222/224 Spengler- und Bedachungsarbeiten rechtswidrig sei (lit. c).

Am 26. Mai 2004 nahm die Vorinstanz zur Vernehmlassung der Müller Dach AG vom 13. Mai 2004 Stellung und am 9. Juni 2004 teilte sie mit, der Vertrag mit der Abdichtungsbau Durrer GmbH sei am 2. Juni 2004 abgeschlossen worden.



## St.Galler Gerichte

Auf die einzelnen Vorbringen der Beteiligten wird, soweit wesentlich, in den einzelnen Erwägungen eingegangen. Die Abdichtungsbau Durrer GmbH hat sich am Verfahren nicht beteiligt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Der Zuschlag ist eine durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 2 lit. e der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Die Müller Dach AG ist als Anbieterin, die nicht berücksichtigt worden ist, zur Beschwerde gegen den Zuschlag legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Sodann wurde die Beschwerdeschrift vom 23. April 2004 rechtzeitig innerhalb der gesetzlichen Beschwerdefrist von zehn Tagen eingereicht und entspricht inhaltlich und formal den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 IVöB sowie Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP).

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2./ Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, die in ihrer Vernehmlassung vom 3. Mai 2004 aufgeführte Beurteilung der drei Referenzobjekte, der Termingarantie- Leistungskapazität und der Konditionen auf Regieansätzen vorzulegen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet, dass rechtzeitig und formrichtig angebotene Beweismittel abzunehmen sind, es sei denn, diese betreffen eine nicht erhebliche Tatsache oder seien offensichtlich untauglich, über die streitige Tatsache Beweis zu erbringen (vgl. BGE 124 I 242 E. 2; 117 Ia 268 E. 4b).

Die Vorinstanz hat die Unterlagen betreffend die Bewertung der Zuschlagskriterien "drei vergleichbare Referenzobjekte in den letzten drei Jahren, Qualität, Ausführung, Sichtbeton", "Termingarantie-Leistungskapazität" und "Konditionen auf Regieansätze"



## St.Galler Gerichte

entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eingereicht.

3./ a) Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Ueberschreitung 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 zum öffentlichen Beschaffungswesen kann somit nur geprüft werden, ob die

Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht nicht befugt.

Aus Art. 16 IVöB leitet das Verwaltungsgericht sodann in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüft, sondern dass vom Beschwerdeführer im einzelnen darzulegen ist, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Der Beschwerdeführer muss in seiner Eingabe dartun, in welchen Punkten der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht und/oder inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Ueberschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet worden sind (vgl. GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

b) Ein wesentliches Ziel des Vergaberechts besteht in der Gewährleistung eines echten, fairen und offenen Wettbewerbs. Ein solcher Wettbewerb ist nur möglich, wenn für alle Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot (Art. 5 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) stehen deswegen im Zentrum des öffentlichen Beschaffungsrechts. Sie sind Richtschnur des öffentlichen Beschaffungswesens. Keinem Anbieter dürfen Nachteile auferlegt werden, die für andere Anbieter nicht gelten, und keinem Anbieter dürfen umgekehrt Vorteile gewährt werden, die anderen Anbietern nicht gewährt werden (vgl. GVP 1999 Nr. 34



mit Hinweis auf Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 402 f.).

c) 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 auf VerwGE vom 28. Januar 1999 i.S. D.K. AG). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Reihe von Kriterien, darunter Preis, Qualität und Erfahrung. Nach Art. 34 Abs. 3 VöB werden die Kriterien mit allfälligen Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt gegeben (vgl. auch GVP 2001 Nr. 21 mit Hinweisen). Die Gewichtung der Kriterien 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 eingreifen darf. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet werden. Diskriminierend ist es etwa, unter Berufung auf ökologische Gründe generell einheimische Anbieter zu bevorzugen, weil sie einen kürzeren Arbeitsweg haben (vgl. GVP 1999 Nr. 37; vgl. auch Handbuch öffentliches Beschaffungswesen der Staatsverwaltung, N 3 zu Art. 34 VöB, und Matthias Hauser, Umweltschutz als Zuschlagskriterium, in: BR 1/2003, S. 35 f. mit zahlreichen Hinweisen).

d) Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz folgende Zuschlagskriterien bekannt gegeben: "Angebot-Preis" (1); "Drei vergleichbare Referenzobjekte in den letzten drei Jahren, Qualität, Ausführung, Sichtbeton" (2); "Termingarantie-Leistungskapazität (Terminplan, Personal, Vorbereitungszeit)" (3); "Konditionen auf Regieansätze" (4). Sodann hat sie darauf hingewiesen, die Vergabe erfolge aufgrund des wirtschaftlich günstigsten Angebots unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien.

Unbestritten ist, dass die Preisdifferenz der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin lediglich Fr. 287.-- beträgt, und nicht Fr. 8'552.15, wie die Beschwerdeführerin aufgrund des Offertöffnungsprotokolls ursprünglich angenommen hatte. Sie stellt denn auch nicht mehr in Frage, dass die Vorinstanz ihr Angebot und



## St.Galler Gerichte

dasjenige der Beschwerdegegnerin in preislicher Hinsicht als gleichwertig betrachten durfte (vgl. dazu GVP 2002 Nr. 35). Zu prüfen ist somit, ob der Vorwurf der Beschwerdeführerin zutrifft, die Vorinstanz habe ihr Ermessen bezüglich der anderen Zuschlagskriterien überschritten bzw. missbraucht, insbesondere auch, weil sie den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin damit begründet hat, ihr Angebot erweise sich aufgrund der Referenzen als das wirtschaftlich günstigere als dasjenige der Beschwerdeführerin.

Aufgrund der Akten ergibt sich vorab, dass sich die Vorinstanz nicht an die Reihenfolge der Kriterien gehalten hat, wie sie mit der Ausschreibung bekannt gegeben worden ist. Das Kriterium 2 "Drei vergleichbare Referenzobjekte in den letzten drei Jahren, Qualität, Ausführung, Sichtbeton" entspricht nach der "Zusammenstellung der Offerten und Vergebungsantrag" am ehesten dem Kriterium 3 "(Qualität)", während das Kriterium 3 "Termingarantie-Leistungskapazität (Terminplan, Personal, Vorbereitungszeit)" in dieser Zusammenstellung als Kriterium 2 "(Termine)" aufgeführt wird. Die Zuschlagskriterien sind den Anbietern indessen zum Vor-aus in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekanntzugeben, und der Vergabebehörde ist es verboten, im Lauf des Submissionsverfahrens und nach Abgabe der Angebote die Zuschlagskriterien oder ihre relative Gewichtung zu ändern (vgl. Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 474 mit Hinweisen).

Sodann hat die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot sowohl eine Liste "Flachdach und Spengler" mit Objekten aus den Jahren 1998 bis 2002, als auch eine Liste von Objekten aus den Jahren 1997 - 2000 mit Ziegel- und Welleternitdächern aus den Jahren 1997 bis 2000 eingereicht. Demgegenüber hat die Beschwerdegegnerin ihrer Offerte wohl eine Liste von Objekten beigelegt, wo Flachdacharbeiten zur Diskussion standen, ohne indessen nähere Angaben über den Zeitpunkt der Ausführung zu machen. Aufgrund der Akten ist demzufolge nicht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdegegnerin unter dem Gesichtspunkt der Referenzen höher eingestuft hat als dasjenige der Beschwerdeführerin, zumal dieser Umstand, der für den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin entscheidend war, in der "Zusammenstellung der Offerten und Vergebungsauftrag" nicht zum Ausdruck kommt. Dort wird auf die Bewertung des in der Ausschreibung bekanntgegebenen



## St.Galler Gerichte

Zuschlagskriteriums "Drei vergleichbare Referenzobjekte in den letzten drei Jahren, Qualität, Ausführung, Sichtbeton" bei allen Anbietern gleichermassen verzichtet, was unzulässig ist. Was das Zuschlagskriterium "Termingarantie-Leistungskapazität (Terminplan, Personal, Vorbereitungszeit)" an betrifft, hat die Beschwerdeführerin sodann folgendes offeriert: Zeitbedarf rund 8 Arbeitswochen, Personaleinsatz 1-25 Mitarbeiter, keine Betriebsferien. Demgegenüber hat die Beschwerdegegnerin angegeben, sie benötige rund 15 Arbeitswochen bei einem Personaleinsatz von 3-5 Mitarbeitern. Obschon das Angebot der Beschwerdeführerin bezüglich dieses Zuschlagskriteriums offensichtlich besser ist als dasjenige der Beschwerdegegnerin - der Zuschlag wurde am 16. April 2004 eröffnet und die Vorinstanz hat den Ausführungstermin in den Ausschreibungsunterlagen mit Mai bis Juli 2004 angegeben -, ist sie, wie die Beschwerdegegnerin und alle anderen Anbieter, in der "Zusammenstellung der Offerten und Vergebungsantrag" mit 160 Punkten benotet worden.

Bezüglich des Zuschlagskriteriums "Konditionen auf Regieansätze" hat die Beschwerdeführerin sodann folgende Angaben gemacht: Vorarbeiter/Chefmonteur, gelernter Arbeiter/Monteur Fr. 70.-- pro Stunde, ungelernter Arbeiter/Hilfsmonteur Fr. 60.-- pro Stunde, Rabatt auf Regiearbeiten 5 %, Skonto auf Regiearbeiten 2 %. Demgegenüber hat die Beschwerdegegnerin folgendes offeriert: Vorarbeiter/Chefmonteur Fr. 98.50, gelernter Arbeiter/Monteur Fr. 85.50, ungelernter Arbeiter/Hilfsmonteur Fr. 75.--, Rabatt auf Regiearbeiten 5 %, Skonto auf Regiearbeiten 2 %. Es ergibt sich somit, dass die Beschwerdeführerin auch in dieser Hinsicht ein besseres Angebot gemacht hat, als die Beschwerdegegnerin. Diesem Umstand ist indessen nach der "Zusammenstellung der Offerten und Vergabeantrag" keine Rechnung getragen worden, indem dieses Zuschlagskriterium unzulässigerweise gar nicht gewichtet worden ist.

e) Aus dem Gesagten folgt, dass aufgrund der Akten nicht nachvollziehbar ist, warum die Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht haben soll. Vielmehr ergibt sich, dass das Verfahren unter Missachtung vergaberechtlicher Vorschriften abgewickelt worden ist, indem die Vorinstanz die Wettbewerbsbedingungen im Verlauf des Verfahrens in unzulässiger Weise geändert hat. Sie hat den Zuschlag aufgrund des Kriteriums "Angebot-Preis" erteilt, ohne im



übrigen die in der Ausschreibung bekanntgegebenen anderen Zuschlagskriterien ihrer Reihenfolge entsprechend zu gewichten. Demzufolge ist der Zuschlag als rechtswidrig zu qualifizieren. Weil die Vorinstanz den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin bereits abgeschlossen hat, hat ein Feststellungsentscheid über die Rechtswidrigkeit des Zuschlags zu ergehen (Art. 18 Abs. 2 IVöB).

Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht davon ausgeht, die Beschwerdegegnerin sei im Handelsregister des Kantons St. Gallen nicht eingetragen. Die Zweigniederlassung der Abdichtungsbau Durrer GmbH mit Sitz in Kerns ist dort vermerkt ([www.hrasg.ch](http://www.hrasg.ch)).

Nach Art. 4 Abs. 2 EGöB reicht der Anbieter dem Verwaltungsgericht das Schadenersatzbegehren mit der Beschwerde ein. Die Beschwerdeführerin hat kein Schadenersatzbegehren gestellt, weshalb darüber nicht zu befinden ist.

4./ Der Ausgang des Verfahrens entspricht einem Schutz der Beschwerde. Dementsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten der Vorinstanz (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 4'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 des Gerichtskostentarifs, sGS 941.12). Auf die Erhebung der Kosten ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Auf die Erhebung der der Beschwerdeführerin anteilmässig auferlegten Kosten von Fr. 375.-- für die Verfügung vom 5. Mai 2004 wird ebenfalls verzichtet (Art. 97 VRP). Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 4'000.-- zurückerstattet.

Die Beschwerdeführerin, welche nicht vertreten ist, hat Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Ein Betrag von Fr. 300.-- ist ange messen.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen, als festgestellt wird, dass der Zuschlag an die Abdichtungsbau Durrer GmbH rechtswidrig ist.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 4'000.-- werden der Politischen Gemeinde St. Gallen auferlegt. Auf die Erhebung wird verzichtet.



3./ Auf die Erhebung der der Beschwerdeführerin anteilmässig auferlegten Kosten von Fr. 375.-- für die Verfügung vom 5. Mai 2004 wird verzichtet. Der Beschwerde-führerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- zurückerstattet.

4./ Die politische Gemeinde St. Gallen hat die Beschwerde-führerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 300.-- ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin