



Fall-Nr.: B 2005/134
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 25.10.2005
Entscheiddatum: 25.10.2005

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2005

Oeffentliches Beschaffungswesen, Art. 5 Abs. 1, Art. 31 Abs. 1 und Art. 33 VöB (sGS 841.11). Es widerspricht dem Gleichbehandlungsgebot und dem Diskriminierungsverbot, wenn einem Anbieter der Zuschlag unter der Bedingung vergeben wird, dass er sein mangelhaftes, den ausgeschriebenen Mindestanforderungen in mehreren Punkten nicht genügendes Angebot nachbessert (Verwaltungsgericht, B 2005/134).

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

Handels- und Bürofachschule, Kniestrasse 31, 8640 Rapperswil,

Beschwerdeführerin,

gegen

Regierung des Kantons St. Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

und

Santis Training AG, Hohlstrasse 550, 8048 Zürich,

Beschwerdegegnerin,



St.Galler Gerichte

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; 10 PC-Kurse Internet/Outlook für erwerbslose Personen

in der RAV-Region Rapperswil

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ An ihrer Sitzung vom 5. Juli 2005 entschied die Regierung über verschiedene Aufträge für die Erteilung von PC-Kursen für erwerbslose Personen in den einzelnen RAV-Regionen des Kantons St. Gallen mit einem Volumen von maximal Fr. 9'012'900.--. Unter anderem wurden 10 PC-Kurse Internet/Outlook in der RAV-Region Rapperswil für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2006 mit Option auf 20 weitere Kurse zum Preis von Fr. 157'875.-- der Santis Training AG, Zürich, vergeben. Für diesen Auftrag waren insgesamt drei Angebote eingegangen. Das Angebot der Santis Training AG wurde mit 85 Punkten, dasjenige der Handels- und Bürofachschule, Rapperswil, mit 84 und dasjenige einer dritten Anbieterin mit 83 Punkten bewertet. In der Zuschlagsverfügung war als Auflage festgehalten, Bedingung für den Vertragsabschluss sei das Erreichen von je 20 Punkten in den Bereichen Kursanbieter/ Infrastruktur, Konzept und Kursleitung. Die Offerte der Santis Training AG habe in den Bereichen Konzept und Kursleitung die geforderten 20 Punkte nicht erreicht. Die Santis Training AG müsse deshalb bis spätestens 8. September 2005 die Offerte in diesen zwei Bereichen nachbessern. Falls die geforderten 20 Punkte pro Bereich nicht erzielt würden, erfolge kein Auftrag an die Santis Training AG. Die Zuschlagsverfügung wurde vom Amt für Arbeit am 7. Juli 2005 eröffnet.

B./ Mit Eingabe vom 15. Juli 2005 erhob die Handels- und Bürofachschule, Rapperswil, Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Verfügung vom 7. Juli 2005 sei aufzuheben, die Offerte der Santis Training AG sei neu zu bewerten und der Zuschlag sei an die Beschwerdeführerin zu erteilen, ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung wird im wesentlichen vorgebracht, von den Zuschlagskriterien sei die Qualität zu wenig gewichtet worden. Es seien keine Mindestanforderungen bezüglich der Qualitätskriterien aufgestellt worden. Sodann



St.Galler Gerichte

liege der Preis der Santis Training AG um 36,4 % tiefer als jener der Beschwerdeführerin und sei daher ungewöhnlich tief. Ausserdem seien verschiedene Zuschlagskriterien fehlerhaft gewichtet worden, insbesondere die Ausstattung und die Probelektion. Die Offerte der Santis Training AG sei zu hoch bewertet worden. Aufgrund der beantragten Korrektur verringere sich das Ergebnis der Santis Training AG auf 75 Punkte, weshalb der Zuschlag ohne weitere Auflagen der Beschwerdeführerin zu erteilen sei.

Mit Verfügung vom 22. Juli 2005 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Er erwog, ein Zuschlag unter der Bedingung der Nachbesserung der Offerte und des Erreichens einer gewissen Mindestpunktzahl bei einzelnen Zuschlagskriterien erscheine als schwerwiegender Verstoss gegen das Prinzip der Unveränderbarkeit des Angebots, weshalb die Beschwerde ohne Prüfung der anderen Rügen hinreichend begründet sei.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 4. August 2005, sämtliche Anträge der Beschwerdeführerin seien abzuweisen. Sie hält fest, sie werde bis zum 8. September 2005 die nötigen Punkte nachbessern. Die Beschwerdeführerin beantrage eine Aenderung der Zuschlagskriterien während der laufenden Ausschreibung, was unzulässig sei. Ihre Preise seien sehr scharf kalkuliert und erlaubten es dem Kanton, die bestmöglichen Ausbildungskurse zu einem günstigen Preis zu erhalten. Bei der Ausstattung der Kursräume sei ein Abzug von höchstens 0,5 Punkten gerechtfertigt. Auch sei ihre Probelektion mit 0,5 Punkten höher zu bewerten. Gesamthaft könne ihre Offerte mit 15 Punkten mehr und somit mit 100 Punkten bewertet werden.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 5. August 2005 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung macht sie geltend, es liege in ihrem Ermessen, bei gewissen Zuschlagskriterien Mindestanforderungen vorzuschreiben, solange die Auswahl auf sachlichen und vernünftigen Ueberlegungen beruhe. Die Ausschreibung beruhe auf der Ueberlegung, dass die Auswirkungen von Mängeln in einzelnen Qualitätskategorien durch entsprechende Auflagen in der Zuschlagsverfügung vermindert werden könnten. Ausgeschlossen würden nur diejenigen Angebote, die bei einer Gesamtbetrachtung klar ungenügend seien, d.h.



insgesamt nicht mindestens 80 Punkte erreichen würden. Im übrigen sei darauf hinzuweisen, dass das Fehlen von absoluten Mindestanforderungen hinsichtlich der Qualitätsaspekte schon aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich gewesen sei. Die Beschwerdeführerin wäre daher aufgrund von Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Ausschreibung anzufechten. Sodann sei der Zuschlag nicht lediglich bedingt erteilt worden. Nach der Ausschreibung erhalte ein Angebot, das bei den Kriterien Kursanbieter und Infrastruktur, Konzept und Kursleitung jeweils nicht 20 Punkte erreiche, den Zuschlag nur mit Auflagen. Entgegen der ungeschickten Formulierung in der angefochtenen Verfügung werde dem Anbieter also nicht die Möglichkeit eingeräumt, seine Offerte so zu verbessern, dass er den Zuschlag erhalte, sondern das Amt für Arbeit verfüge die notwendigen Auflagen, welche vom Kursanbieter vor Vertragsabschluss umgesetzt werden müssten. Sodann seien die Angebote der Santis Training AG zwar oft, aber nicht durchwegs die niedrigsten gewesen, weshalb keine Veranlassung bestanden habe, ein Dumpingangebot anzunehmen und die Teilnahmebedingungen zusätzlich zu überprüfen. Im übrigen seien die Einwände gegen die Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin unbegründet.

In ihrer Vernehmlassung vom 16. August 2005 hält die Beschwerdeführerin an ihrem Antrag fest, ebenso Vorinstanz und Beschwerdegegnerin in ihren Vernehmlassungen vom 29. August 2005.

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). 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 Beschwerdeschrift vom 15. Juli 2005 wurde rechtzeitig innerhalb der Frist von zehn Tagen eingereicht und kann formal und inhaltlich als den gesetzlichen Anforderungen genügend betrachtet werden (Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB; Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.



2./ 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 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 (GVP 1999 Nr. 37).

a) 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, Termin und Erfahrung.

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. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden.

b) Die Vorinstanz hat in der Ausschreibung als Voraussetzung für den Vertragsschluss unter anderem die Bewertung der Offerten in den Bereichen Kursanbieter/Infrastruktur, Konzept und Kursleitung mit mindestens 20 Punkten festgelegt. Die Beschwerdegegnerin erreichte in den Bereichen Konzept und Kursleitung lediglich 18 bzw. 16 Punkte und wurde von der Vorinstanz verpflichtet, bis spätestens 8. September 2005 ihre Offerte in diesen beiden Bereichen nachzubessern, andernfalls kein Auftrag erteilt würde.

c) Art. 5 Abs. 1 VöB bestimmt, dass Anbieter gleich behandelt und nicht diskriminiert werden.



St.Galler Gerichte

Art. 31 Abs. 1 VöB schreibt vor, dass der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien prüft. Offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler werden korrigiert (Art. 31 Abs. 2 VöB).

Verhandlungen können nach Art. 33 Abs. 1 VöB geführt werden, soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen sind. Sie werden gemäss Art. 33 Abs. 2 VöB unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Regeln geführt. Das Ergebnis wird schriftlich festgehalten.

Abgebote sind nicht zulässig, ausgenommen im freihändigen Verfahren (Art. 33 Abs. 3 VöB).

d) Im Vergaberecht gilt der Grundsatz, dass Offerten unveränderlich sind und nach der Abgabe weder von der Behörde noch vom Anbieter abgeändert werden dürfen (vgl. Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 339). Dieser Grundsatz kommt auch in der Bestimmung zum Ausdruck, wonach Offertkorrekturen auf offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler beschränkt sind. Die Vergabebehörde kann zwar bei unklaren Angaben Erläuterungen verlangen, welche schriftlich festgehalten werden müssen (Art. 31 Abs. 3 VöB). Das Gebot der Gleichbehandlung verlangt aber, dass die Offerten sämtlicher Anbieter grundsätzlich unverändert einander gegenübergestellt werden. Nur auf diese Weise hat der Anbieter mit der wirtschaftlich günstigsten Offerte die Möglichkeit, seine Vorteile wahrzunehmen und den Zuschlag zu erlangen. Sowohl bei Erläuterungen als auch bei Verhandlungen sind das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot zu beachten. Diese Grundsätze werden beispielsweise missachtet, wenn die Vergabebehörde nur einem einzelnen Anbieter die Möglichkeit gibt, seine Offerte an einem Unternehmengespräch zu erörtern (GVP 2002 Nr. 32). Noch gewichtiger ist der Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn einem Anbieter die Möglichkeit gegeben wird, sein Angebot nach Erteilung des Zuschlags nachzubessern. Das Gebot der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bedeutet unter anderem, dass grundsätzlich alle Anbieter, welche die Zuschlags- und Eignungskriterien erfüllen, in Verhandlungen einbezogen werden müssen (GVP 2002 Nr. 32 mit Hinweis). Wird einem Anbieter die Möglichkeit eingeräumt, im Falle eines ungenügend erfüllten



Zuschlagskriteriums seine Offerte nachzubessern, so werden dadurch die anderen Anbieter diskriminiert. Es ist nicht einzusehen, weshalb nur der Beschwerdegegnerin die Chance eingeräumt wurde, ihre ungenügende Offerte nachzubessern, nicht aber auch der Beschwerdeführerin ermöglicht wird, ihr Angebot nachzubessern. Nach der gesetzlichen Ordnung sind zwar nur Abgebotsrunden explizit verboten. Doch gerade dies zeigt die Diskriminierung, wenn einerseits Abgebote unzulässig sind, Nachbesserungen aber bei den übrigen Kriterien zugelassen werden und zudem auf einzelne Anbieter beschränkt bleiben.

Ein Anbieter hat unter den von der Regierung angewendeten Rahmenbedingungen die Chance, aufgrund eines in den übrigen Kriterien ungenügenden Angebotes einen tieferen Preis festzulegen und anschliessend die Mängel nach Erteilung des bedingten Zuschlages nachzubessern. Dies ist gegenüber einem Anbieter, der ein genügendes Angebot einreicht und unter Umständen genau aus diesem Grund einen höheren Preis ansetzt, sachlich nicht gerechtfertigt.

Die Vorinstanz wendet ein, der Zuschlag sei nicht unter Bedingungen erteilt worden. Dieses Argument ist aber unbehelflich. Der Vertragsschluss wurde unzweideutig davon abhängig gemacht, dass die Beschwerdegegnerin bis 8. September 2005 ihr Angebot nachbessert und in den beiden ungenügend erfüllten Kriterien die Mindestpunktzahl erreicht. Der Zuschlag ist die öffentlich-rechtliche Voraussetzung zum Vertragsschluss. Dieser wurde von einem künftigen Ereignis abhängig gemacht, welches die Beschwerdegegnerin beeinflussen konnte. Somit wurde eine Bedingung für den Vertragsschluss festgelegt. Von einer Auflage kann im vorliegenden Fall ohnehin nicht gesprochen werden. Die Vorinstanz hat keine konkreten Auflagen gemacht, in welchen einzelnen Punkten das Angebot der Beschwerdegegnerin zu verbessern ist, sondern sie hat lediglich angeordnet, dass vor Vertragsschluss die Mindestbewertung erfüllt sein muss.

Bereits in der Ausschreibung war festgehalten worden, dass Angebote, welche bei den Kriterien Kursanbieter und Infrastruktur, Konzept und Kursleitung nicht mindestens 20 Punkte erreichen, nur mit Auflagen berücksichtigt würden. Es fragt sich, ob dieser Teil der Ausschreibung mit Beschwerde hätte angefochten werden müssen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind Mängel in der Ausschreibung im



Rechtsmittel gegen diese zu rügen und können nicht erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag vorgebracht werden (VerwGE vom 24. Oktober 2002 i.S. T. AG). Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot sind jedoch Rechtsgrundsätze, welche die Behörde von Amtes wegen zu beachten hat. Die Behörde kann daher die Anbieter nicht mittels Zustimmung zu den Modalitäten des Ausschreibungsverfahrens verpflichten, einen rechtswidrigen Zuschlag zu akzeptieren bzw. auf das Recht zur Anfechtung des Zuschlags zu verzichten. Zudem handelt es sich vorliegend nicht nur um einen Mangel der Ausschreibung, sondern ebensosehr um einen fehlerhaften Zuschlag.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Zuschlag dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter und dem Diskriminierungsverbot widerspricht und somit Art. 5 VöB verletzt. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung der Regierung vom 5. Juli 2005 aufzuheben. Auf die übrigen Rügen der Beschwerdeführerin gegen die Bewertung der Offerten ist daher nicht weiter einzugehen.

e) Zu prüfen bleibt, ob die Angelegenheit zum neuen Entscheid über den Zuschlag an die Regierung zurückzuweisen ist oder ob das Verwaltungsgericht selbst über den Zuschlag entscheidet. Nach Art. 18 Abs. 1 IVöB kann die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen.

Das Verwaltungsgericht entscheidet nur ausnahmsweise über den Zuschlag und weist die Angelegenheit in der Regel an die Vorinstanz zurück. Diese hat im vorliegenden Fall darüber zu befinden, ob der Zuschlag zu vergeben oder die Leistung neu auszuschreiben ist.

3./ Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten des Staates (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 4'000.-- (mit Einschluss der Kosten der Verfügung vom 22. Juli 2005 von Fr. 750.--) ist angemessen (Ziff. 381 und 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf ihre Erhebung ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- zurückzuerstatten.



Ausseramtliche Entschädigungen sind mangels Antrags nicht zuzusprechen (Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 263 Abs. 3 des Zivilprozessgesetzes, sGS 961.2).

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Regierung vom 5. Juli 2005 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 4'000.-- trägt der Staat; auf die Erhebung wird verzichtet. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- zurückerstattet.

4./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin
- das Volkswirtschaftsdepartement