



Fall-Nr.: B 2005/38
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 20.06.2005
Entscheiddatum: 20.06.2005

Entscheid Verwaltungsgericht vom 20. Juni 2005

Oeffentliches Beschaffungswesen, Art. 33 Abs. 3 und Art. 41 Abs. 3 VöB (sGS 841.11). Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung, Heilung von formalen Mängeln im Beschwerdeverfahren. Obwohl Abgebotsrunden unzulässig sind, ist eine Anbieterin auf ihrem in einer solchen Runde gemachten Preis zu behaften, wenn sie sich darauf eingelassen hat. Ein Rabattangebot von 3 % in einer Abgebotsrunde ist als zusätzlicher Rabatt zu betrachten, wenn zuvor bereits 8 % Rabatt offeriert worden waren (Verwaltungsgericht, B 2005/38).

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

OWI Sargans AG, Pizolstrasse 28, 7320 Sargans,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Stephan Schärli, Oberdorfstrasse 6, 8887 Mels,

gegen

Oberstufenschulgemeinde Altstätten, vertreten durch den Schulrat, Bahnhofstrasse 5, 9450 Altstätten,

Vorinstanz,



St.Galler Gerichte

und

Opo Oeschger AG, Steinackerstrasse 68, 8302 Kloten,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Erweiterung Neubau "Wiesental", Altstätten,
Holzwerkstatt-Einrichtungen

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Oberstufenschulgemeinde Altstätten führte ein Einladungsverfahren für die Beschaffung der Holzwerkstatt-Einrichtungen bei der Erweiterung des Schulhauses "Wiesental" durch. Innert der angesetzten Frist gingen vier Angebote ein. Mit Verfügung vom 21. Februar 2005 vergab der Oberstufenschulrat den Auftrag zum Preis von Fr. 85'288.-- der Opo Oeschger AG, Kloten.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 4. März 2005 erhob die OWI Sargans AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, der Zuschlag sei aufzuheben, das Vergabeverfahren sei mit oder ohne verbindliche Anweisungen an die Auftraggeberin zurückzuweisen und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung wurde im wesentlichen vorgebracht, die Zuschlagsverfügung sei mangelhaft begründet. Ausserdem habe die Auftraggeberin das im Rahmen der Abgebotsrunde unterbreitete zusätzliche Rabattangebot fehlerhaft gewürdigt.

Mit Verfügung vom 15. März 2005 gewährte die Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Der Oberstufenschulrat Altstätten beantragte in seiner Vernehmlassung vom 30. März 2005, die Beschwerde sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Er macht im wesentlichen geltend, die Zuschlagsverfügung richte sich nach dem kantonalen Muster, und die notwendigen Inhalte seien bekannt gegeben worden.



Sodann seien sämtliche Mitbewerber bei der Abgebotsrunde gleich behandelt worden. Ausserdem sei es unzutreffend, dass das Rabattangebot der Beschwerdeführerin fehlerhaft interpretiert worden sei.

Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Vernehmlassung.

In ihren Stellungnahmen vom 13. April und 3. Mai 2005 hielten Beschwerdeführerin und Vorinstanz an ihren Anträgen fest.

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. 2 Abs. 1 lit. b und 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 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). Die Beschwerdeschrift vom 4. März 2005 entspricht zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 5 Abs. 1 EGöB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2./ a) Nach Art. 41 Abs. 3 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt 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.

Im vorliegenden Fall wurde in der Zuschlagsverfügung festgehalten, die Vergabe sei nach den in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien an das Unternehmen mit der höchsten, gewichteten Punktzahl erfolgt. Das Angebot der Beschwerdegegnerin habe den Zuschlag mit 100 gewichteten Punkten zu einem Preis



von Fr. 85'288.-- erhalten. Diese Begründung ist ungenügend. Es geht aus ihr nicht hervor, inwiefern das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. In der Begründung der Verfügung wurde die Bewertung der Zuschlagskriterien bei den einzelnen Anbietern nicht offen und nachvollziehbar dargelegt. Die Vorinstanz hätte der Zuschlagsverfügung zumindest den Offertvergleich beilegen müssen, damit sich die nicht berücksichtigten Anbieter über die Bewertung ihrer Angebote und jenes der berücksichtigten Unternehmung hätten Klarheit verschaffen können. Ohne diese Angaben war es nicht möglich, die Bewertung im einzelnen nachzuvollziehen und eine substantiierte Begründung gegen die Zuschlagsverfügung zu verfassen. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält, hat das Verwaltungsgericht bereits in einem seit längerem publizierten Entscheid (GVP 2000 Nr. 24) die Anforderungen umschrieben, die bei der Begründung eines Zuschlags zu beachten sind. Diese Anforderungen haben in die geltende Fassung von Art. 41 Abs. 3 VöB Eingang gefunden. Die Begründung der Zuschlagsverfügung entsprach im übrigen nicht dem Muster im Handbuch der Staatsverwaltung (K 14, S. 117). In jenem Musterformular ist genau vermerkt, inwiefern unterschiedliche Bewertungen zu begründen sind.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Zuschlagsverfügung mangelhaft begründet ist. Eine mangelhafte Begründung allein führt jedoch nicht ohne weiteres zu einem Schutz der Beschwerde, da eine Verletzung von Verfahrensvorschriften im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich geheilt werden kann. Die nachträgliche Heilung kommt aber nur ausnahmsweise in Frage; die erstinstanzliche Behörde darf nicht darauf vertrauen, dass von ihr begangene Verfahrensverletzungen nachträglich geheilt werden, ansonsten die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn verlieren (BGE 126 II 123 f.). Voraussetzung der Heilung im Rechtsmittelverfahren ist zunächst, dass das verweigerte rechtliche Gehör vom Betroffenen nachträglich voll wahrgenommen werden konnte, wenn ihm also die wesentlichen Tatsachen zur Kenntnis gebracht worden waren und er hierzu Stellung nehmen konnte (VerwGE vom 24. Februar 2000 i.S. F.H. mit Hinweisen; BGE 124 II 138). Die Vorinstanz legte in ihrer Vernehmlassung die Gründe dar, welche zur unterschiedlichen Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin gegenüber jener der Beschwerdegegnerin führten. Der Beschwerdeführerin wurde im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Möglichkeit eingeräumt, zur Vernehmlassung



der Vorinstanz und damit auch zu dem mit der Vernehmlassung eingereichten detaillierten Offertvergleich Stellung zu nehmen. Sie war somit in der Lage, den sich aus ihrer Sicht ergebenden Rechtsstandpunkt im Verfahren vor Verwaltungsgericht umfassend vorzutragen. Eine Heilung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren setzt sodann voraus, dass der zweiten Instanz in der betreffenden Rechtsfrage die gleiche bzw. nicht eine engere Kognition zusteht wie der Erstinstanz und dass dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwächst (BGE 126 I 72 und 126 II 124; 124 II 138, je mit Hinweisen). Betrifft die Gehörsverweigerung eine Rechtsfrage, so genügt es zur Heilung, wenn die Rechtsmittelinstanz eine uneingeschränkte Rechtsprüfung vornehmen kann (BGE 116 Ia 96 f.). Sodann darf es sich nicht um eine besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs handeln (BGE 126 I 2; 126 V 132, je mit Hinweisen). Da diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Verfahrensmangel der unzureichenden Verfügungsbegründung als geheilt gelten.

b) Die Vorinstanz führte eine sogenannte Abgebotsrunde durch. Sie unterbreitete den Anbietern am 16. Dezember 2004 eine Zusammenstellung mit den Nettopreisen sämtlicher Angebote, wobei die Namen der anderen Anbieter nicht bekannt gegeben wurden. Innerhalb eines Tages konnten die Anbieter ein neues Preisangebot machen bzw. Rabatt oder/und Skonto neu offerieren. Für die Beschwerdeführerin war ersichtlich, dass sie die preisgünstigste Anbieterin war. Sie vermerkte im Abgebotsformular unter der Rubrik "neuer Rabatt total" 3 %. Die Vorinstanz ging in der Folge davon aus, dass dieser Rabatt an die Stelle des vorher offerierten Rabatts von 8 Prozent trat, während ihn die Beschwerdeführerin als zusätzlich gewährten Rabatt verstanden haben will.

Art. 33 Abs. 3 VöB bestimmt, dass Abgebote, ausgenommen im freihändigen Verfahren, nicht zulässig sind. Vorliegend wurde nicht ein freihändiges Verfahren, sondern ein Einladungsverfahren gemäss Art. 19bis VöB durchgeführt. Die Einladung zu einem Abgebot war daher unzulässig.

Abgebote wurden unter der Geltung der früheren Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (nGS 33-50) als zulässig erachtet. Art. 33 Abs. 1 VöB bestimmt, dass Verhandlungen geführt werden können, soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarung



ausgeschlossen sind. Preisverhandlungen bzw. Abgebotsrunden wurden als Verhandlungen im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert. Das Verwaltungsgericht hat dazu entschieden, dass ein Anbieter, der vorbehaltlos auf eine Abgebotsrunde eingetreten ist, in der Beschwerde gegen den Zuschlag die Unzulässigkeit der Abgebotsrunde nicht mehr rügen kann (GVP 2001 Nr. 20). Im Nachtrag vom 8. Oktober 2002 zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (nGS 37-99) wurde im neu eingefügten Art. 33 Abs. 3 die Unzulässigkeit von Abgebotsrunden, ausgenommen im freihändigen Verfahren, verankert. Die neue Verordnung macht somit eine Unterscheidung zwischen Verhandlungen im allgemeinen, welche grundsätzlich zulässig sind, und unzulässigen Preisverhandlungen (vgl. Handbuch öffentliches Beschaffungswesen der Staatsverwaltung, K 9 S. 10).

Die Beschwerdeführerin rügt nicht die Unzulässigkeit der Abgebotsrunde, sondern beanstandet im wesentlichen, ihr Abgebot sei fehlerhaft gewürdigt worden. Obwohl eine Abgebotsrunde aufgrund der neuen gesetzlichen Ordnung unzulässig ist, darf es einem Anbieter nicht zum Nachteil gereichen, wenn er sich darauf einlässt. Da sich im vorliegenden Fall die Verfahrensbeteiligten auf die Abgebotsrunde eingelassen haben, sind sie auf ihren entsprechenden Angeboten zu behaften. Dies entspricht der Praxis, wonach beim vorbehaltlosen Eingehen auf eine nicht angekündigte Abgebotsrunde der Betroffene deren Unzulässigkeit nicht mehr rügen kann (vgl. GVP 2001 Nr. 20).

Das bereinigte Angebot der Beschwerdeführerin betrug Fr. 86'055.40 abzüglich 8 % Rabatt, ohne Skonto, also Fr. 79'171.--. Das Angebot der Beschwerdegegnerin betrug Fr. 86'255.05 abzüglich 3 % Rabatt und 2 % Skonto, also Fr. 81'994.05. Im Abgebot offerierte die Beschwerdeführerin 3 % Rabatt, die Beschwerdegegnerin 5 % Rabatt und 3 % Skonto. Das Abgebot der Beschwerdeführerin kann nach Treu und Glauben nur dahingehend verstanden werden, dass es sich um einen zusätzlichen Rabatt handelte. Es wäre widersinnig, in einer Abgebotsrunde als preislich bestplatzierte Anbieterin einen dermassen verringerten Rabatt zu offerieren, der dazu führen würde, dass das neue bzw. letzte Angebot deutlich über dem preislich zweitplatzierten zu liegen käme. Soweit die Vorinstanz einwendet, dies widerspreche den allgemeinen Gepflogenheiten im Baugewerbe, kann ihr nicht gefolgt werden. Bei dieser resultierenden Differenz musste die mit dem Vergabeverfahren beauftragte



St.Galler Gerichte

Unternehmung davon ausgehen, dass es sich bei dem von der Beschwerdeführerin vermerkten Rabatt um eine zusätzliche Preisreduktion handelt.

Sowohl beim ursprünglichen Angebot als auch bei Berücksichtigung der Abgebote (bei jenem der Beschwerdegegnerin veranschlagte die Vorinstanz übrigens nur 2 % anstatt der offerierten 3 % Skonto) erweist sich nach dem Gesagten das Angebot der Beschwerdeführerin als das preisgünstigste. Da das Angebot der Beschwerdeführerin ausserdem bei sämtlichen übrigen Zuschlagskriterien gleich bewertet wurde wie jenes der Beschwerdegegnerin, ist es als das wirtschaftlich günstigste im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VöB zu betrachten. Folglich ist ihr der Zuschlag zu erteilen, und zwar zum ursprünglichen Preis abzüglich eines Rabatts von 8 % und eines zusätzlichen Rabatts von 3 % und unter Berücksichtigung der unbestrittenen Abzüge sowie der

Mehrwertsteuer.

Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und die Zuschlagsverfügung vom 21. Februar 2005 aufzuheben. Der Zuschlag ist gestützt auf Art. 18 Abs. 1 IVöB der Beschwerdeführerin zum Preis gemäss den vorstehenden Erwägungen zu vergeben und die Angelegenheit zum Vertragsschluss an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies entspricht einer Gutheissung der Beschwerde.

3./ Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von Fr. 2'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf die Erhebung der amtlichen Kosten ist nicht zu verzichten, da die Vorinstanz die Begründungspflicht missachtet hat (Art. 95 Abs. 2 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine aus-seramtliche Entschädigung (Art. 98bis und Art. 98 Abs. 1 VRP). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO).



St.Galler Gerichte

Eine Entschädigung von Fr. 1'500.-- zuzügl. MWSt ist angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. c HonO).

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung vom 21. Februar 2005 aufgehoben.

2./ Der Zuschlag wird zum Preis im Sinne der Erwägungen der Beschwerdeführerin erteilt und die Angelegenheit zum Vertragsschluss an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- bezahlt die Vorinstanz. Auf die Erhebung wird nicht verzichtet. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zurückerstattet.

4./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'500.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt

lic. iur. Stephan Schärli, 8887 Mels)

- die Vorinstanz

- die Beschwerdegegnerin

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



am: