



Fall-Nr.: B 2006/73
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 08.06.2006
Entscheiddatum: 08.06.2006

Entscheid Verwaltungsgericht vom 8. Juni 2006

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 5 VöB (sGS 841.11). Einwendungen gegen die Art der ausgeschriebenen Leistung sind mit Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend zu machen und können nicht bei der Anfechtung des Zuschlags vorgebracht werden. Keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots, wenn bei der Offertprüfung eine marginale Aenderung der in der Ausschreibung vorgegebenen Leistung vorgenommen wird, um die Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen zu gewährleisten (Verwaltungsgericht B 2006/73).

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

Rey AG, Zürcherstrasse 187, 9014 St. Gallen,

Beschwerdeführerin,

gegen



St.Galler Gerichte

Schulgemeinde Abtwil-St. Josefen, Oberstufenzentrum Mühlizelg, Sonnenbergstrasse
15, 9030 Abtwil,

Vorinstanz,

und

H. Gschwend AG, Metallbau, Haldenstrasse 54, 9200 Gossau,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen, Erweiterung OZ Mühlizelg, Fenster in Metall und
Sonnenschutz

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Im Rahmen der Erweiterung und des Umbaus des Oberstufenzentrums Mühlizelg schrieb die Schulgemeinde Abtwil-St. Josefen im Amtsblatt Nr. 7 vom 13. Februar 2006 verschiedene Arbeiten aus, unter anderem die Position "Fenster in Aluminium und Fassadenverglasung Musik" (BKP 221.4). Innert der Eingabefrist gingen insgesamt sieben Offerten mit Angebotspreisen zwischen Fr. 283'136.65 und Fr. 420'014.70 ein. Mit Verfügung vom 4. April 2006 vergab die Schulgemeinde Abtwil-St. Josefen den Auftrag zum Preis von Fr. 283'136.65 an die H. Gschwend AG, Gossau.



B./ Gegen die am 6. April 2006 eröffnete Zuschlagsverfügung erhob die Rey AG, St. Gallen, mit Eingabe vom 13. April 2006 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und der Auftrag sei ihr gemäss Offerte zum Preis von Fr. 373'157.75 inkl. MWSt zu vergeben, eventuell sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und an die Beschwerdegegnerin (gemeint: an die Vorinstanz) mit verbindlichen Anordnungen zur Neuurteilung zurückzuweisen, und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz. Zur Begründung wurde im wesentlichen vorgebracht, das Angebot der Beschwerdegegnerin erfülle die in der Ausschreibung festgelegten bauphysikalischen Vorgaben bezüglich der Wärmedämmung nicht. Der Hersteller des von der Beschwerdegegnerin angebotenen Produkts bestätige, dass mit dem verwendeten Glas der geforderte K-Wert nicht erreicht werden könne. Ausserdem seien der Baukommission anlässlich einer Besprechung Zweifel an der Konstruktion der aussen laufenden Hebeschiebefenster geäussert worden. Sie, die Beschwerdeführerin, habe in ihrer Offerte einen Vorbehalt bezüglich dieser Konstruktion gemacht. Die Vorinstanz habe davon keine Kenntnis gehabt. Jene Konstruktion laufe jeglicher Vernunft zuwider und sei in einem öffentlichen Gebäude nicht anzuwenden.

Mit Verfügung vom 18. April 2006 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung, da die Zuschlagsverfügung nicht begründet war.

Die Schulgemeinde Abtwil-St. Josefen nahm mit Vernehmlassung vom 27. April 2006 zur Beschwerde Stellung, ohne einen förmlichen Antrag zu stellen. Sie hielt fest, sie habe die gkp-fassadentechnik AG als Fachplaner für Fassade und Fenster beigezogen. Der Fachplaner bestätige, dass der geforderte Wärmedämmwert erfüllt sei.

Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 27. April 2006, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Als Begründung verweist sie auf die Stellungnahme der gkp-fassadentechnik AG und hält fest, sie habe deren Ausführungen nichts mehr beizufügen.



St.Galler Gerichte

Die Beschwerdeführerin liess sich mit Eingabe vom 8. Mai 2006 zu den Stellungnahmen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin vernehmen. Sie hält fest, die Stellungnahme der gkp-fassadentechnik AG entbehre jeder nachvollziehbaren Grundlage in bezug auf den Stand der Technik und Sicherheit eines öffentlichen Gebäudes. In der Stellungnahme der Vorinstanz werde nicht auf die Problematik von Unterhalt und Bedienung sowie Sicherheit der aussenliegenden Schiebeflügel Fenster eingegangen. Im übrigen seien zu den U-Wert-Berechnungen der Vorinstanz Vorbehalte anzubringen. Der im Devis geforderte Wert von höchstens 1,4 werde im günstigsten Fall mit Tricks, d.h. mit Abrunden sowie mit geringfügigen Modifikationen der Profile im Nachhinein nach der Vergabe erreicht. Bei den restlichen Fenstern würde der Wert 1,5 betragen. Die Beschwerdegegnerin als Anbieterin des besagten Produkts habe daher keine Kenntnis von einem modifizierten Profilsystem haben können. Es sei daher zu prüfen, ob allenfalls schon im Vorfeld der Ausschreibung der Beschwerdegegnerin Vorteile verschafft worden seien.

Mit Eingabe vom 19. Mai 2006 teilte die Vorinstanz mit, sie verzichte auf eine Stellungnahme zur Vernehmlassung der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdegegnerin liess sich innert der angesetzten Frist nicht mehr vernehmen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ a) 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 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 13. April 2006 entspricht zeitlich, 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 grundsätzlich einzutreten.

b) Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Eingabe vom 8. Mai 2006, die Frist für die Vernehmlassung sei bis 31. Mai 2006 zu erstrecken, damit sie eine Stellungnahme



St.Galler Gerichte

von Prof. Hugentobler, Fachhochschule für Fenster und Fassadentechnik, Horw, einreichen könne. Diesem Antrag ist nicht stattzugeben, da die Behauptungen der Beschwerdeführerin, welche diese mittels Expertise belegen will, im Streitfall nicht relevant sind (vgl. unten Erw. 2 c).

2./ a) Fest steht, dass der streitige Auftrag im offenen Verfahren ausgeschrieben wurde (vgl. Amtsblatt Nr. 7/2006). Die Bezeichnung des Verfahrens als Einladungsverfahren – ein solches wäre angesichts der Offertsumme unzulässig gewesen, vgl. Anhang zur VöB - in der Zuschlagsverfügung erfolgte somit versehentlich, was die Beschwerdeführerin anerkennt. Dieses Versehen ist aber im vorliegenden Fall bedeutungslos.

b) 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).

c) In den Ausschreibungsunterlagen waren die konstruktiven Einzelheiten der Hebeschiebetüren und des Fenstersystems festgelegt. In einer Anmerkung zur Offerte hielt die Beschwerdeführerin fest, die Machbarkeit sei mit den Lieferanten direkt abgeklärt worden und basiere auf dem neuesten Entwicklungsstand. Sie beschrieb die aus ihrer Sicht bestehenden Nachteile und hielt fest, wie ausgeschrieben seien die Schiebeflügel aussen laufend, und der Standflügel liege auf der Innenbahn. Das Brüstungsglas sei innen angeordnet, was auch eine Handhebel-Höhersetzung nach sich ziehe. Sie weise bei dieser Anordnung der Flügel auf eine erhöhte mögliche Verschmutzung und Vereisung der äusseren Laufbahn hin, die auch erschwert zu reinigen und zu unterhalten sei. Sie sei sich jedoch bewusst, weshalb diese Lösung angestrebt worden sei, da bei einer innenlaufenden Lösung die Handhebel punktuell in den Raum stünden und die Aussenansichtskontur mit dem Brüstungsglas leicht gestört



sei. Als Unternehmervariante schlug die Beschwerdeführerin einen Verzicht auf Handhebel und eine Motorisierung der Elemente vor.

Soweit in der Beschwerde die Konstruktionsart bemängelt wird, kann nicht mehr darauf eingetreten werden. Die Beschwerdeführerin hatte die Möglichkeit, die Ausschreibung mit Beschwerde anzufechten (Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB). In der Beschwerde gegen den Zuschlag können nur noch Mängel des Zuschlags gerügt werden, nicht aber Unzulänglichkeiten der ausgeschriebenen Leistung. In ihrer Offerte bestätigte die Beschwerdeführerin ausdrücklich die Machbarkeit des verlangten Systems. Die Wahl des Fenstersystems oblag der Vorinstanz. Falls die Beschwerdeführerin die verlangte Konstruktion als untauglich oder unzweckmässig betrachtete, hätte sie entweder die Ausschreibung anfechten, auf ein Angebot verzichten oder eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde der Vorinstanz richten können. Sie hält in der Beschwerde zwar fest, die Vorinstanz sei über die von ihr gemachten Vorbehalte nicht im Bild gewesen und habe im Anschluss an eine Besprechung nach dem Zuschlag die Ausführung von aussen laufenden Hebeschiebefenstern abgelehnt. Die Vorinstanz bestätigte dies in der Vernehmlassung allerdings nicht und ging gar nicht auf die Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen die konstruktiven Einzelheiten ein. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Da die Beschwerdeführerin selbst die Machbarkeit der Konstruktion aufgrund eigener Abklärungen als gegeben erachtete, ist auf ihre Einwendungen nicht weiter einzutreten.

d) Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot (Art. 5 VöB und Art. 11 Abs. 1 lit. a IVöB) stehen im Zentrum des öffentlichen Beschaffungsrechts. Sie sind Richtschnur des öffentlichen Beschaffungswesens und bedeuten, dass keinem Anbieter Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere Anbieter nicht gelten und dass keinem Anbieter ein Vorteil gewährt werden darf, der anderen Anbietern nicht gewährt wird (GVP 2002 Nr. 32 mit Hinweis auf GVP 1999 Nr. 34 und 1998 Nr. 33 sowie Galli/Lehmann/ Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz 402 f.). Als Ausfluss des Gleichbehandlungsgebots schreibt Art. 31 Abs. 1 VöB vor, dass der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien zu prüfen hat.



St.Galler Gerichte

In der Ausschreibung (Ziff. 1.4.7) wurde ein Wärmedämmwert (U-Wert) von höchstens 1,40 W/m²K gefordert, wobei dieser für das Glas höchstens 1,1 W/m²K, für die Schwingflügel höchstens 2,0 W/m²K und für das Hebe-Schiebe-Türsystem höchstens 2,4 W/m²K betragen darf.

In der von der Vorinstanz eingereichten Stellungnahme der gkp-fassadentechnik AG wird festgehalten, dass die Verarbeiter des verlangten Referenzprodukts, zu denen auch die Beschwerdegegnerin gehöre, bereits während der Submission mit dem Systemhersteller nach Lösungen gesucht hätten, wie die geforderten Werte erreicht werden könnten. Der Verantwortliche der Herstellerfirma habe im Vorfeld der Vergabe bestätigt, dass durch geringfügige Modifikationen der Profile mit Komponenten des Gesamtprogramms des Lieferanten eine Verbesserung der U-Werte der Profile möglich sei und somit die Vorgaben eingehalten würden. Aufgrund dieser Aussagen seien bei der Vergabe die Anforderungen an die Qualität im Angebot der Beschwerdegegnerin als erfüllt betrachtet worden. Die nachträglichen detaillierten Berechnungen hätten dies nun bestätigt.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass mit einer geringfügigen Modifikation der Profile die verlangten U-Werte vollumfänglich eingehalten werden können. Diese Modifikation beinhaltet keine Aenderung der in der Ausschreibung geforderten Leistung bzw. des geforderten Produkts. Dies wird auch von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Diese bezeichnet die Aenderung in ihrer Stellungnahme vom 8. Mai 2006 selbst als "marginal". Auch lässt sich die Bestimmung des U-Wertes nicht als fragwürdig qualifizieren. Im Prüfbericht vom 27. April 2006 wurde der Wert von 1,4 W/m²K ausdrücklich für Isolierglas mit thermisch optimiertem Glasabstandshalter bezeichnet. Die Bewertung kann daher nicht als fehlerhaft bzw. als ein mittels unzulässiger Abrundung erreichter Wert bezeichnet werden. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen das Angebot der Beschwerdegegnerin unter Berücksichtigung einer marginalen Aenderung als den Anforderungen der Ausschreibung genügend erachtete, so ist dies nicht als Missbrauch oder Ueberschreitung ihres Ermessensspielraums zu qualifizieren. Anhaltspunkte, dass die Beschwerdegegnerin bereits im Vorfeld des Zuschlags Informationen über eine solche Modifikationsvariante hatte oder anderweitig eine Ungleichbehandlung mit den anderen Anbietern erfolgte, bestehen aufgrund der Akten keine.



St.Galler Gerichte

Aus dem Gesagten folgt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin den Anforderungen der Ausschreibung entspricht und sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet erweist.

e) Wie erwähnt, prüft der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien (Art. 31 Abs. 1 VöB). Die Vorinstanz hat eine Offertzusammenstellung vorgenommen und einen Preisvergleich sowie eine Aufstellung der Zuschlagskriterien gemacht. In der Ausschreibung wurde festgehalten, dass Preis, Referenzen, Qualität und Erfahrung des Personals sowie Termine und Ausführungsdauer als Zuschlagskriterien massgebend seien. Eine Bewertung dieser Zuschlagskriterien wurde aber nicht vorgenommen bzw. findet sich in der Offertzusammenstellung nicht. Bei einzelnen Kriterien sind zwar gewisse Angaben stichwortartig vermerkt; eine Gewichtung und Beurteilung der einzelnen Entscheidungsgrundlagen fehlt jedoch. Auch im Protokoll der Sitzung der Projektkommission vom 4. April 2006 ist lediglich der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin vermerkt, während Ausführungen zu den Zuschlagskriterien fehlen.

Aus der Offertzusammenstellung ergibt sich immerhin, dass die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin bezüglich Referenzen, Qualität und Erfahrung des Personals sowie Termine und Ausführungsdauer keine erheblichen Differenzen aufweisen und offensichtlich als gleichwertig betrachtet wurden. Bei keinem der Kriterien wird ein Angebot gegenüber dem andern geringer qualifiziert. Nachdem der Preis in der Ausschreibung an erster Stelle vermerkt wurde und somit das grösste Gewicht hat, muss das Angebot der Beschwerdegegnerin mit Fr. 283.136.65 gegenüber jenem der Beschwerdeführerin mit Fr. 373'157.65 als wirtschaftlich günstiger qualifiziert werden. Daher ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3./ In der Hauptsache ist die Beschwerdeführerin unterlegen. Daher ist die kostenpflichtig (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 4'000.-- (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12) ist angemessen (inkl. Gebühr der Verfügung vom 18. April 2006 von Fr. 750.--). Der Beschwerdeführerin ist ein Anteil von Fr. 3'250.-- aufzuerlegen. Der Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- ist anzurechnen und der Rest von Fr. 750.-- der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Der auf die Verfügung vom 18.



St.Galler Gerichte

April 2006 entfallende Anteil von Fr. 750.-- trägt die Vorinstanz. Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten, da der Zuschlag mangelhaft begründet war (Art. 95 Abs. 2 und 3 VRP).

Ausseramtliche Entschädigungen sind nicht zuzusprechen. Die Beschwerdeführerin ist unterlegen (Art. 98bis VRP). Die Beschwerdegegnerin hat ein Begehren um Kostenersatz gestellt. Als nicht anwaltlich vertretene Verfahrensbeteiligte hat sie grundsätzlich einen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung. Sie hat jedoch in ihrer Vernehmlassung lediglich auf die Stellungnahme der gkp-fassadentechnik AG verwiesen und ausdrücklich festgehalten, sie habe dieser nichts beizufügen. Am zweiten Schriftenwechsel hat sie sich nicht beteiligt. Bei dieser Sachlage ist der Beschwerdegegnerin kein nennenswerter Aufwand erwachsen, der eine Umtriebsentschädigung rechtfertigt.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

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

2./ Von den amtlichen Kosten von Fr. 4'000.-- bezahlen die Beschwerdeführerin einen Anteil von Fr. 3'250.-- - unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 4'000.-- - und die Vorinstanz einen Anteil von Fr. 750.--. Auf die Erhebung wird nicht verzichtet. Der Beschwerdeführerin wird der Rest des Kostenvorschusses von Fr. 750.-- zurückerstattet.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin



- die Vorinstanz

- die Beschwerdegegnerin

am:

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 5 VöB (sGS 841.11). Einwendungen gegen die Art der ausgeschriebenen Leistung sind mit Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend zu machen und können nicht bei der Anfechtung des Zuschlags vorgebracht werden. Keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots, wenn bei der Offertprüfung eine marginale Änderung der in der Ausschreibung vorgegebenen Leistung vorgenommen wird, um die Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen zu gewährleisten (Verwaltungsgericht B 2006/73).

Urteil vom 8. Juni 2006

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



St.Galler Gerichte

Rey AG, Zürcherstrasse 187, 9014 St. Gallen,

Beschwerdeführerin,

gegen

Schulgemeinde Abtwil-St. Josefen, Oberstufenzentrum Mühlizelg, Sonnenbergstrasse
15, 9030 Abtwil,

Vorinstanz,

und

H. Gschwend AG, Metallbau, Haldenstrasse 54, 9200 Gossau,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen, Erweiterung OZ Mühlizelg, Fenster in Metall und
Sonnenschutz

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:



St.Galler Gerichte

A./ Im Rahmen der Erweiterung und des Umbaus des Oberstufenzentrums Mühlizelg schrieb die Schulgemeinde Abtwil-St. Josefen im Amtsblatt Nr. 7 vom 13. Februar 2006 verschiedene Arbeiten aus, unter anderem die Position "Fenster in Aluminium und Fassadenverglasung Musik" (BKP 221.4). Innerhalb der Eingabefrist gingen insgesamt sieben Offerten mit Angebotspreisen zwischen Fr. 283'136.65 und Fr. 420'014.70 ein. Mit Verfügung vom 4. April 2006 vergab die Schulgemeinde Abtwil-St. Josefen den Auftrag zum Preis von Fr. 283'136.65 an die H. Gschwend AG, Gossau.

B./ Gegen die am 6. April 2006 eröffnete Zuschlagsverfügung erhob die Rey AG, St. Gallen, mit Eingabe vom 13. April 2006 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und der Auftrag sei ihr gemäss Offerte zum Preis von Fr. 373'157.75 inkl. MWSt zu vergeben, eventuell sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und an die Beschwerdegegnerin (gemeint: an die Vorinstanz) mit verbindlichen Anordnungen zur Neuurteilung zurückzuweisen, und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz. Zur Begründung wurde im wesentlichen vorgebracht, das Angebot der Beschwerdegegnerin erfülle die in der Ausschreibung festgelegten bauphysikalischen Vorgaben bezüglich der Wärmedämmung nicht. Der Hersteller des von der Beschwerdegegnerin angebotenen Produkts bestätigte, dass mit dem verwendeten Glas der geforderte K-Wert nicht erreicht werden könne. Ausserdem seien der Baukommission anlässlich einer Besprechung Zweifel an der Konstruktion der aussen laufenden Hebeschiebefenster geäussert worden. Sie, die Beschwerdeführerin, habe in ihrer Offerte einen Vorbehalt bezüglich dieser Konstruktion gemacht. Die Vorinstanz habe davon keine Kenntnis gehabt. Jene Konstruktion laufe jeglicher Vernunft zuwider und sei in einem öffentlichen Gebäude nicht anzuwenden.

Mit Verfügung vom 18. April 2006 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung, da die Zuschlagsverfügung nicht begründet war.

Die Schulgemeinde Abtwil-St. Josefen nahm mit Vernehmlassung vom 27. April 2006 zur Beschwerde Stellung, ohne einen förmlichen Antrag zu stellen. Sie hielt fest, sie



St.Galler Gerichte

habe die gkp-fassadentechnik AG als Fachplaner für Fassade und Fenster beigezogen. Der Fachplaner bestätige, dass der geforderte Wärmedämmwert erfüllt sei.

Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 27. April 2006, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Als Begründung verweist sie auf die Stellungnahme der gkp-fassadentechnik AG und hält fest, sie habe deren Ausführungen nichts mehr beizufügen.

Die Beschwerdeführerin liess sich mit Eingabe vom 8. Mai 2006 zu den Stellungnahmen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin vernehmen. Sie hält fest, die Stellungnahme der gkp-fassadentechnik AG entbehre jeder nachvollziehbaren Grundlage in bezug auf den Stand der Technik und Sicherheit eines öffentlichen Gebäudes. In der Stellungnahme der Vorinstanz werde nicht auf die Problematik von Unterhalt und Bedienung sowie Sicherheit der aussenliegenden Schiebeflügel Fenster eingegangen. Im übrigen seien zu den U-Wert-Berechnungen der Vorinstanz Vorbehalte anzubringen. Der im Devis geforderte Wert von höchstens 1,4 werde im günstigsten Fall mit Tricks, d.h. mit Abrunden sowie mit geringfügigen Modifikationen der Profile im Nachhinein nach der Vergabe erreicht. Bei den restlichen Fenstern würde der Wert 1,5 betragen. Die Beschwerdegegnerin als Anbieterin des besagten Produkts habe daher keine Kenntnis von einem modifizierten Profilsystem haben können. Es sei daher zu prüfen, ob allenfalls schon im Vorfeld der Ausschreibung der Beschwerdegegnerin Vorteile verschafft worden seien.

Mit Eingabe vom 19. Mai 2006 teilte die Vorinstanz mit, sie verzichte auf eine Stellungnahme zur Vernehmlassung der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdegegnerin liess sich innert der angesetzten Frist nicht mehr vernehmen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ a) 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 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 13. April 2006 entspricht zeitlich, 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 grundsätzlich einzutreten.

b) Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Eingabe vom 8. Mai 2006, die Frist für die Vernehmlassung sei bis 31. Mai 2006 zu erstrecken, damit sie eine Stellungnahme von Prof. Hugentobler, Fachhochschule für Fenster und Fassadentechnik, Horw, einreichen könne. Diesem Antrag ist nicht stattzugeben, da die Behauptungen der Beschwerdeführerin, welche diese mittels Expertise belegen will, im Streitfall nicht relevant sind (vgl. unten Erw. 2 c).

2./ a) Fest steht, dass der streitige Auftrag im offenen Verfahren ausgeschrieben wurde (vgl. Amtsblatt Nr. 7/2006). Die Bezeichnung des Verfahrens als Einladungsverfahren – ein solches wäre angesichts der Offertsumme unzulässig gewesen, vgl. Anhang zur VöB - in der Zuschlagsverfügung erfolgte somit versehentlich, was die Beschwerdeführerin anerkennt. Dieses Versehen ist aber im vorliegenden Fall bedeutungslos.

b) 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).

c) In den Ausschreibungsunterlagen waren die konstruktiven Einzelheiten der Hebeschiebetüren und des Fen-stersystems festgelegt. In einer Anmerkung zur Offerte hielt die Beschwerdeführerin fest, die Machbarkeit sei mit den Lieferanten direkt abgeklärt worden und basiere auf dem neuesten Entwicklungsstand. Sie beschrieb die



aus ihrer Sicht bestehenden Nachteile und hielt fest, wie ausgeschrieben seien die Schiebeflügel aussen laufend, und der Standflügel liege auf der Innenbahn. Das Brüstungsglas sei innen angeordnet, was auch eine Handhebel-Höhersetzung nach sich ziehe. Sie weise bei dieser Anordnung der Flügel auf eine erhöhte mögliche Verschmutzung und Vereisung der äusseren Laufbahn hin, die auch erschwert zu reinigen und zu unterhalten sei. Sie sei sich jedoch bewusst, weshalb diese Lösung angestrebt worden sei, da bei einer innenlaufenden Lösung die Handhebel punktuell in den Raum stünden und die Aussenansichtskontur mit dem Brüstungsglas leicht gestört sei. Als Unternehmervariante schlug die Beschwerdeführerin einen Verzicht auf Handhebel und eine Motorisierung der Elemente vor.

Soweit in der Beschwerde die Konstruktionsart bemängelt wird, kann nicht mehr darauf eingetreten werden. Die Beschwerdeführerin hatte die Möglichkeit, die Ausschreibung mit Beschwerde anzufechten (Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB). In der Beschwerde gegen den Zuschlag können nur noch Mängel des Zuschlags gerügt werden, nicht aber Unzulänglichkeiten der ausgeschrieben Leistung. In ihrer Offerte bestätigte die Beschwerdeführerin ausdrücklich die Machbarkeit des verlangten Systems. Die Wahl des Fenstersystems oblag der Vorinstanz. Falls die Beschwerdeführerin die verlangte Konstruktion als untauglich oder unzweckmässig betrachtete, hätte sie entweder die Ausschreibung anfechten, auf ein Angebot verzichten oder eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde der Vorinstanz richten können. Sie hält in der Beschwerde zwar fest, die Vorinstanz sei über die von ihr gemachten Vorbehalte nicht im Bild gewesen und habe im Anschluss an eine Besprechung nach dem Zuschlag die Ausführung von aussen laufenden Hebeschiebefenstern abgelehnt. Die Vorinstanz bestätigte dies in der Vernehmlassung allerdings nicht und ging gar nicht auf die Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen die konstruktiven Einzelheiten ein. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Da die Beschwerdeführerin selbst die Machbarkeit der Konstruktion aufgrund eigener Abklärungen als gegeben erachtete, ist auf ihre Einwendungen nicht weiter einzutreten.

d) Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot (Art. 5 VöB und Art. 11 Abs. 1 lit. a IVöB) stehen im Zentrum des öffentlichen Beschaffungsrechts. Sie sind Richtschnur des öffentlichen Beschaffungswesens und bedeuten, dass keinem Anbieter Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere Anbieter nicht gelten und



dass keinem Anbieter ein Vorteil gewährt werden darf, der anderen Anbietern nicht gewährt wird (GVP 2002 Nr. 32 mit Hinweis auf GVP 1999 Nr. 34 und 1998 Nr. 33 sowie Galli/Lehmann/ Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz 402 f.). Als Ausfluss des Gleichbehandlungsgebots schreibt Art. 31 Abs. 1 VöB vor, dass der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien zu prüfen hat.

In der Ausschreibung (Ziff. 1.4.7) wurde ein Wärmedämmwert (U-Wert) von höchstens 1,40 W/m²K gefordert, wobei dieser für das Glas höchstens 1,1 W/m²K, für die Schwingflügel höchstens 2,0 W/m²K und für das Hebe-Schiebe-Türsystem höchstens 2,4 W/m²K betragen darf.

In der von der Vorinstanz eingereichten Stellungnahme der gkp-fassadentechnik AG wird festgehalten, dass die Verarbeiter des verlangten Referenzprodukts, zu denen auch die Beschwerdegegnerin gehöre, bereits während der Submission mit dem Systemhersteller nach Lösungen gesucht hätten, wie die geforderten Werte erreicht werden könnten. Der Verantwortliche der Herstellerfirma habe im Vorfeld der Vergabe bestätigt, dass durch geringfügige Modifikationen der Profile mit Komponenten des Gesamtprogramms des Lieferanten eine Verbesserung der U-Werte der Profile möglich sei und somit die Vorgaben eingehalten würden. Aufgrund dieser Aussagen seien bei der Vergabe die Anforderungen an die Qualität im Angebot der Beschwerdegegnerin als erfüllt betrachtet worden. Die nachträglichen detaillierten Berechnungen hätten dies nun bestätigt.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass mit einer geringfügigen Modifikation der Profile die verlangten U-Werte vollumfänglich eingehalten werden können. Diese Modifikation beinhaltet keine Aenderung der in der Ausschreibung geforderten Leistung bzw. des geforderten Produkts. Dies wird auch von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Diese bezeichnet die Aenderung in ihrer Stellungnahme vom 8. Mai 2006 selbst als "marginal". Auch lässt sich die Bestimmung des U-Wertes nicht als fragwürdig qualifizieren. Im Prüfbericht vom 27. April 2006 wurde der Wert von 1,4 W/m²K ausdrücklich für Isolierglas mit thermisch optimiertem Glasabstandshalter bezeichnet. Die Bewertung kann daher nicht als fehlerhaft bzw. als ein mittels unzulässiger Abrundung erreichter Wert bezeichnet werden. Wenn die Vorinstanz unter



St.Galler Gerichte

diesen Umständen das Angebot der Beschwerdegegnerin unter Berücksichtigung einer marginalen Aenderung als den Anforderungen der Ausschreibung genügend erachtete, so ist dies nicht als Missbrauch oder Ueberschreitung ihres Ermessensspielraums zu qualifizieren. Anhaltspunkte, dass die Beschwerdegegnerin bereits im Vorfeld des Zuschlags Informationen über eine solche Modifikationsvariante hatte oder anderweitig eine Ungleichbehandlung mit den anderen Anbietern erfolgte, bestehen aufgrund der Akten keine.

Aus dem Gesagten folgt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin den Anforderungen der Ausschreibung entspricht und sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet erweist.

e) Wie erwähnt, prüft der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien (Art. 31 Abs. 1 VöB). Die Vorinstanz hat eine Offertzusammenstellung vorgenommen und einen Preisvergleich sowie eine Aufstellung der Zuschlagskriterien gemacht. In der Ausschreibung wurde festgehalten, dass Preis, Referenzen, Qualität und Erfahrung des Personals sowie Termine und Ausführungsdauer als Zuschlagskriterien massgebend seien. Eine Bewertung dieser Zuschlagskriterien wurde aber nicht vorgenommen bzw. findet sich in der Offertzusammenstellung nicht. Bei einzelnen Kriterien sind zwar gewisse Angaben stichwortartig vermerkt; eine Gewichtung und Beurteilung der einzelnen Entscheidungsgrundlagen fehlt jedoch. Auch im Protokoll der Sitzung der Projektkommission vom 4. April 2006 ist lediglich der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin vermerkt, während Ausführungen zu den Zuschlagskriterien fehlen.

Aus der Offertzusammenstellung ergibt sich immerhin, dass die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin bezüglich Referenzen, Qualität und Erfahrung des Personals sowie Termine und Ausführungsdauer keine erheblichen Differenzen aufweisen und offensichtlich als gleichwertig betrachtet wurden. Bei keinem der Kriterien wird ein Angebot gegenüber dem andern geringer qualifiziert. Nachdem der Preis in der Ausschreibung an erster Stelle vermerkt wurde und somit das grösste Gewicht hat, muss das Angebot der Beschwerdegegnerin mit Fr. 283.136.65 gegenüber jenem der Beschwerdeführerin mit Fr. 373'157.65 als



wirtschaftlich günstiger qualifiziert werden. Daher ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3./ In der Hauptsache ist die Beschwerdeführerin unterlegen. Daher ist die kostenpflichtig (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 4'000.-- (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12) ist angemessen (inkl. Gebühr der Verfügung vom 18. April 2006 von Fr. 750.--). Der Beschwerdeführerin ist ein Anteil von Fr. 3'250.-- aufzuerlegen. Der Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- ist anzurechnen und der Rest von Fr. 750.-- der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Der auf die Verfügung vom 18. April 2006 entfallende Anteil von Fr. 750.-- trägt die Vorinstanz. Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten, da der Zuschlag mangelhaft begründet war (Art. 95 Abs. 2 und 3 VRP).

Ausseramtliche Entschädigungen sind nicht zuzusprechen. Die Beschwerdeführerin ist unterlegen (Art. 98bis VRP). Die Beschwerdegegnerin hat ein Begehren um Kostenersatz gestellt. Als nicht anwaltlich vertretene Verfahrensbeteiligte hat sie grundsätzlich einen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung. Sie hat jedoch in ihrer Vernehmlassung lediglich auf die Stellungnahme der gkp-fassadentech-nik AG verwiesen und ausdrücklich festgehalten, sie habe dieser nichts beizufügen. Am zweiten Schriftenwechsel hat sie sich nicht beteiligt. Bei dieser Sachlage ist der Beschwerdegegnerin kein nennenswerter Aufwand erwachsen, der eine Umtriebsentschädigung rechtfertigt.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

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

2./ Von den amtlichen Kosten von Fr. 4'000.-- bezahlen die Beschwerdeführerin einen Anteil von Fr. 3'250.-- - unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 4'000.-- - und die Vorinstanz einen Anteil von Fr. 750.--. Auf die Erhebung wird nicht verzichtet. Der Beschwerdeführerin wird der Rest des Kostenvorschusses von Fr. 750.-- zurückerstattet.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.



Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin

- die Vorinstanz

- die Beschwerdegegnerin

am: