



Fall-Nr.: B 2007/138
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 18.12.2007
Entscheiddatum: 18.12.2007

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2007

Öffentliches Beschaffungsrecht, Art. 38 Abs. 1 VöB (sGS 841.11).

Uebersteigen die Angebote für einen Totalunternehmerauftrag den bewilligten Kostenvoranschlag um über zehn Prozent und in einzelnen Kostenarten sogar um rund 23 bzw. 68 Prozent, so liegt ein wichtiger Grund für den Abbruch des Verfahrens vor (Verwaltungsgericht, B 2007/138).

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

A. AG, B. AG und C. AG,

Beschwerdeführerinnen,

alle vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. D.

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Hochbauamt, Lämmli brunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,



St.Galler Gerichte

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen;

Kantonsspital St. Gallen, Erweiterung Haus 24,

Totalunternehmermandat, Abbruch des Verfahrens

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Das Baudepartement des Kantons St. Gallen, Hochbauamt, schrieb im Amtsblatt des Kantons St. Gallen vom 12. März 2007 ein Totalunternehmermandat (ab Ausführung) für die Erstellung einer dreigeschossigen Anbaute an das Haus 24 des Kantonsspitals St. Gallen zur Unterbringung der neuen Zentralsterilisation und der Kantonsapotheke aus. Als Eingabetermin wurde der 24. Mai 2007 festgelegt. Der Kantonsrat hatte für dieses Vorhaben einen Kredit von Fr. 15'253'000.-- bewilligt. Davon entfielen Fr. 13'592'000.-- auf wertvermehrnde Aufwendungen.

Innert der Eingabefrist reichten drei Unternehmungen ein Angebot ein, nämlich die A. AG mit einem Angebot von Fr. 19'100'000.--, die B. AG mit einem solchen von Fr. 18'004'952.-- und die C. AG mit einem solchen von Fr. 17'420'440.-- (jeweils inkl. MWSt).

Mit Verfügung vom 6. August 2007 brach das Baudepartement das Submissionsverfahren ab. Es hielt fest, im Rahmen des offenen Verfahrens seien nur drei Angebote eingegangen, welche bedeutend teurer als erwartet seien und den Rahmen der bereit gestellten Mittel massiv sprengten. Alle Angebote führten zu nominalen Mehrkosten von rund 3 bis 4,5 Mio. Franken gegenüber dem Kostenvoranschlag des Planerteams. Selbst unter Abzug der theoretischen Teuerung ab der Basis des Kostenvoranschlags im Betrag von rund Fr. 640'000.-- verblieben nach wie vor Mehrkosten von über 2 Mio. Franken gegenüber dem günstigsten Angebot. Dieser Umstand sei für den Auftraggeber schlicht unzumutbar und stelle einen wichtigen Grund für den Abbruch des Verfahrens dar. Die Analyse der Angebote und der Vergleich mit dem Kostenvoranschlag zeigten, dass bei einer "konventionellen" Ausführung über Einzelleistungsaufträge und bei Uebernahme des "GU-Risikos" durch



den Auftraggeber wesentliche Einsparungen erwartet werden könnten. Bei Einzelaufträgen könnten Einsparmöglichkeiten effektiver und wirkungsvoller realisiert werden. Teuerungsbedingte Mehrkosten würden transparenter; sie könnten durch beschaffungsmässige Konkurrenz unter den einzelnen Marktteilnehmern besser im Griff gehalten werden. In Würdigung der geleisteten Arbeit, jedoch ohne Verpflichtung und ohne Präjudiz, werde jedem Anbieter neben der Rückerstattung des einbezahlten Unkostenbeitrags eine freiwillige Leistungsentschädigung von Fr. 4'000.-- ausbezahlt.

B./ Mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 17. August 2007 erhoben die A. AG, die B. AG und die C. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Verfügung vom 6. August 2007 betreffend Abbruch des Verfahrens sei aufzuheben und das Baudepartement sei zu verpflichten, das Submissionsverfahren weiterzuführen, eventualiter sei den Beschwerdeführerinnen eine Schadenersatzforderung von je Fr. 60'000.-- zuzusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. In verfahrensmässiger Hinsicht beantragten die Beschwerdeführerinnen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei ihnen Einsicht in sämtliche Verfahrensakten zu gewähren. Zur Begründung wurde im wesentlichen vorgebracht, es lägen keine wichtigen Gründe für einen Abbruch des Verfahrens vor. Die Begründung des Abbruchs sei unzutreffend und der Verfahrensabbruch sei Ausdruck eines treuwidrigen Verhaltens der Vergabebehörde. Diese habe in den Ausschreibungsunterlagen nachweislich sehr bewusst und spezifisch eine Totalunternehmer-Ausführung gewählt und ausgeschrieben. Den Zuschlagskriterien lasse sich denn auch entnehmen, dass die Vorinstanz über die besondere Arbeitsweise von Totalunternehmen Bescheid wisse, habe sie doch den Preis mit 45 Prozent gewichtet, wovon 40 Prozent für das Totalunternehmerangebot mit Kostendach und 5 Prozent für eine Minderkostenpartizipation. Die Vorinstanz sei im Rahmen der Ausschreibung also nachweislich davon ausgegangen, dass der Totalunternehmer eine ökonomischere Variante im Vergleich zu einer Ausschreibung von Einzelleistungen darstelle. Dies ergebe sich auch aus dem Werkvertrag, aus dem hervorgehe, dass die Vorinstanz ein transparentes Vorgehen geplant habe. Sie habe eine offene Abrechnung mit Kostendach geplant. Das heisse nichts anderes, als dass ein Bauherr über die Einzelleistungen volle Transparenz erhalte, was wiederum die Totalunternehmungsanbieter wüssten und in ihre Kalkulation einfliessen lassen würden. Der Bauherr verfüge dafür über die sichere Garantie, dass das Kostendach nicht



überschritten werde. Wenn die Vorinstanz in der Abbruchverfügung nun argumentiere, als habe sie erst im Nachhinein Elementarkenntnisse zur Arbeitsweise von Generalunternehmern bzw. Totalunternehmern erworben, widerspreche dies eigenem Handeln und Schreiben sowie Treu und Glauben. Nach Rechtsprechung und Literatur liege ein wichtiger Grund für den Abbruch des Verfahrens dann vor, wenn dieser für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar gewesen sei und objektiv so schwer wiege, dass die Weiterführung des Verfahrens dem Auftraggeber nicht zugemutet werden könne. Ein solcher wichtiger Grund fehle, wenn sich der Auftraggeber bei der Schätzung des Auftragswertes verkalkuliert und mit tieferen Angeboten gerechnet habe und wenn lediglich zu erwarten sei, dass bei einer Neuausschreibung tiefere Angebote eingereicht würden. Strengere Anforderungen an einen Verfahrensabbruch bestünden bei Kostenüberschreitungen insbesondere dann, wenn die höheren Kosten bei realistischer Einschätzung voraussehbar gewesen wären. Die Vorinstanz breche das Verfahren nun aber gerade nicht ab, weil sie das Bauvorhaben redimensionieren oder gar nicht realisieren wolle, sondern mit der Begründung, dass das unveränderte Vorhaben mit Einzelleistungsträgern billiger käme und deshalb auf diese Weise neu ausgeschrieben werde. Ganz abgesehen davon, dass diese summarische Begründung für die Beschwerdeführerinnen geradezu geschäftsschädigend sei, sei sie falsch und nicht substantiiert. Die Beschwerdeführerinnen hätten deshalb zum Schluss kommen müssen, dass nicht die Höhe der Generalunternehmerangebote problematisch sei, sondern der Kostenvoranschlag des Planerteams, der zumindest nicht realistisch bzw. mit Bezug auf den eingeholten Kredit beim Kantonsrat und die dort angestrebte Einhaltung der Kreditlimite wohl deutlich zu optimistisch gewesen sei.

Das Baudepartement beantragte in seiner Vernehmlassung vom 27. August 2007, das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Beschwerde seien abzuweisen. Zur Begründung macht die Vorinstanz im wesentlichen geltend, die F. Architekturbüro AG habe im Auftrag des Hochbauamts einen detaillierten Kostenvoranschlag erstellt. Nach diesem beliefen sich die Baukosten auf Fr. 15'253'000.--. Dieser Betrag sei den Beschwerdeführerinnen bekannt gewesen. Dabei seien sie auch ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass in diesem Betrag sämtliche bisher notwendigen Vorbereitungsarbeiten, die Bauherren-Leistungen und die Projektierungsleistungen der Stufe 1 enthalten seien. Mit der Ausschreibung als



Totalunternehmermandat habe man einen Zeitgewinn erhofft. Dabei sei jedoch nicht davon ausgegangen worden, dass dadurch gegenüber einer Ausschreibung der einzelnen Arbeitsgattungen auch Kosten gespart werden könnten. Innert der Eingabefrist seien nur die drei Angebote der Beschwerdeführerinnen eingegangen. Nach der Korrektur von Rechnungsfehlern beliefen sich diese auf Fr. 17'350'618.-- (C. AG), Fr. 18'007'794.-- (B. AG) und Fr. 19'047'900.-- (A. AG). Um einen aussagekräftigen Kostenvergleich vorzunehmen, müsse von dem vom Kantonsrat gesprochenen Kredit von Fr. 15'253'000.-- der bereits aufgebrauchte Projektierungskredit von Fr. 850'000.-- abgezogen werden, was Fr. 14'403'000.-- ergebe. In den Angebotspreisen der Beschwerdeführerinnen seien auch Kosten für die Ausstattung (BKP 9) enthalten, die zu Vergleichszwecken ebenfalls abzuziehen seien. Somit betrage das günstigste Angebot Fr. 16'900'635.-- und liege rund 16 Prozent über dem Kostenvoranschlag. Selbst unter Berücksichtigung der bis 1. April 2007 auflaufenden Teuerung bzw. der bis Bauabschluss voraussichtlich aufgelaufenen Teuerung übersteige das günstigste Angebot den Kostenvoranschlag noch um rund 11 bzw. 10 Prozent. Der Kostenvergleich zwischen dem Kostenvoranschlag und den Angeboten zeige, dass die Hauptabweichungen die Arbeitsgattungen Baumeisterarbeiten, Elektroanlagen, Heizung, Lüftung, Kälte, Dampf, MSR und Honorare betreffen. Die lediglich drei eingereichten Offerten mit einer Preisdifferenz von 10 Prozent böten keinerlei Anlass, an der Richtigkeit der sorgfältigen und aufwendigen Berechnung des Kostenvoranschlags zu zweifeln. Dabei sei darauf hinzuweisen, dass im Kostenvoranschlag im BKP 59 eine Reserve von Fr. 500'000.-- für Unvorhergesehenes und Diverses eingerechnet sei. Bei einer Ausschreibung der einzelnen Arbeitsgattungen durch das Hochbauamt könne infolge der zu erwartenden grösseren Anzahl eingehender Offerten und des daraus resultierenden verstärkten Wettbewerbs realistischere Einsparungen gegenüber den nur drei eingegangenen Totalunternehmerofferten gerechnet werden. Die Anbieter wüssten sehr wohl, dass keine Preisverhandlungen durchgeführt werden dürften, weshalb sie von Anfang an tiefe Angebote einreichen würden. Ausserdem sei zu berücksichtigen, dass in den von den Beschwerdeführerinnen angebotenen Kostendächern auch das Risiko der Totalunternehmer und die Teuerung einkalkuliert worden seien, ohne dass darüber Transparenz bestehe. Zusammenfassend bestehe ein ausgewiesenes öffentliches Interesse, das Projekt durch die Ausschreibung der einzelnen



Arbeitsgattungen im Vergleich zu den eingegangenen Totalunternehmerofferten günstiger realisieren zu können. Bezüglich des Schutzes des Vertrauens der Beschwerdeführerinnen sei zu berücksichtigen, dass diesen der zur Verfügung stehende Kredit und dessen grobe Zusammensetzung bekannt gewesen seien. Sie hätten daher damit rechnen müssen, dass ihre unter Berücksichtigung der Teuerung mindestens 10 Prozent über dem Kostenvoranschlag liegenden Angebote nicht berücksichtigt werden könnten, weshalb sie sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen könnten. Die deutliche Ueber-schreitung des Kostenvoranschlags um mindestens 10 Prozent und die geringe Anzahl der eingegangenen Angebote seien für das Hochbauamt bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar gewesen.

Mit Verfügung vom 29. August 2007 wies der Präsident des Verwaltungsgerichts das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab. Er hielt fest, nach der Rechtsprechung sei bei einem rechtswidrigen Verfahrensabbruch in der Regel ein entsprechender Feststellungsentscheid zu treffen und gegebenenfalls Schadenersatz zuzusprechen, da es im allgemeinen nicht sachgerecht sei, die Vergabebehörde zur Weiterführung des abgebrochenen Vergabeverfahrens zu verpflichten, selbst wenn sie nicht definitiv auf das Projekt verzichte, sondern dieses in einer geänderten Form realisieren wolle, und weil es einer Vergabebehörde mit Blick auf die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel und die unternehmerische Freiheit, die ihr im Zusammenhang mit der Bestimmung des Auftragsgegenstandes zukomme, grundsätzlich möglich sein müsse, ein Projekt nach erfolgter Ausschreibung abzuändern, weshalb die Aufhebung einer rechtswidrigen Abbruchverfügung mit der Verpflichtung der Vergabebehörde zur Weiterführung des Verfahrens in der Regel ausser Betracht falle.

Die Beschwerdeführerinnen nahmen innert wiederholt erstreckter Frist mit Eingabe vom 4. Oktober 2007 zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung. Sie beantragen, es sei festzustellen, dass die Verfügung betreffend Abbruch des Verfahrens vom 6. August 2007 rechtswidrig erfolgt sei, und sie seien für ihre Aufwendungen zur Erarbeitung einer Offerte mit je Fr. 60'000.-- inkl. MWSt zu entschädigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.



St.Galler Gerichte

Die weiteren von den Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge gemachten Ausführungen werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Die Vorinstanz teilte mit Schreiben vom 9. November 2007 in sachgemässer Anwendung von Art. 37 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) mit, dass die Architekturarbeiten und die HLKS-Ingenieurarbeiten im Amtsblatt vom 5. November 2007 ausgeschrieben worden seien.

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). Angefochten ist der Abbruch eines Submissionsverfahrens. Nach Art. 38 Abs. 2 VöB werden Abbruch und Wiederholung des Verfahrens den Anbietern durch Verfügung mitgeteilt und im offenen sowie im selektiven Verfahren nach Art. 17 VöB veröffentlicht. Die Beschwerdeführerinnen sind zur Anfechtung des Verfahrensabbruchs 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 17. August 2007 wurde rechtzeitig eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 5 Abs. 1 EGöB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Nachdem das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 29. August 2007 abgewiesen worden war, war es zulässig, das Rechtsbegehren dahingehend zu ändern, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Abbruchverfügung beantragt und Schadenersatz gefordert wurde. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Rechtmässigkeit des von der Vorinstanz am 6. August 2007 verfügten Verfahrensabbruchs.

2.1. Gemäss Art. 13 lit. i IVöB dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen



zulassen. Diese Regelung steht im Einklang mit Art. XIII Abs. 4 lit. b des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422), wonach eine Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschliessen kann, einen Auftrag nicht zu vergeben (vgl. ferner Art. 30 der Verordnung des Bundes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11). Dementsprechend sieht Art. 38 Abs. 1 VöB die Möglichkeit eines Verfahrensabbruchs nur aus wichtigen Gründen vor. Diese Beschränkung dient einerseits dem Schutz des Wettbewerbs, indem ein Verfahren nicht abgebrochen werden darf, nur weil sich aufgrund der eingegangenen Angebote abzeichnet, dass die Vergabe an einen unerwünschten Anbieter erfolgen müsste (vgl. H. Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBI 2000, S. 248). Andererseits kann eine Vergabestelle mit dem Abbruch des Verfahrens auch das Ziel verfolgen, die Beschaffung günstiger oder unter veränderten Voraussetzungen zu realisieren. Ein derart motivierter Verfahrensabbruch läuft der Verwirklichung der Zielsetzungen des Vergaberechts, der wettbewerbsorientierten Vergabe öffentlicher Aufträge und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 1 IVöB), nicht zuwider, sondern dient im Gegenteil deren Verwirklichung. Allerdings ist auch in diesem Fall dem Schutz des Vertrauens der Anbieter Rechnung zu tragen, die gestützt auf die Ausschreibung des Beschaffungsvorhabens Aufwendungen getätigt haben und sich infolge des Abbruchs um die Chance, den Auftrag zu erhalten, geprellt sehen. Der Private, der sich in guten Treuen auf das Verhalten der staatlichen Behörden verlassen und gestützt darauf Dispositionen getätigt hat, darf zufolge seines Vertrauens keinen Nachteil erleiden. Durch die Eröffnung eines Vergabeverfahrens stellt die beschaffende Behörde den Abschluss eines Vertrages - wenn auch nicht einem bestimmten Anbieter, so doch im Grundsatz - in Aussicht. Verzichtet sie in der Folge auf die Vergabe, nachdem die Anbieter im Vertrauen auf die Ausschreibung einen unter Umständen erheblichen Aufwand zur Ausarbeitung der Offerte getätigt und allenfalls noch weitere Dispositionen (z.B. Verzicht auf andere Aufträge) getroffen haben, wird dieses Vertrauen enttäuscht. Dies ist nur zulässig, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse den Abbruch rechtfertigt. Ferner gebietet der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben auch, dass das einen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigende öffentliche Interesse für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar war. Bei dieser Rechtslage kann offenbleiben, ob beim Abbruch



eines Vergabeverfahrens auch die aus Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 210) abgeleiteten vorvertraglichen Treuepflichten des Privatrechts zu beachten sind, zumal allfällige Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo ohnehin nicht im vorliegenden Verfahren zu beurteilen wären (GVP 2003 Nr. 39 mit Hinweisen auf Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 454 ff.; Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 382; VPB 2002 66/II Nr. 39 E. 2e; Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St. Gallen 2002, N 1 zu Art. 38 VöB; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB 2000.00403 vom 31. Januar 2001).

2.2. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der im Auftrag der Vorinstanz erstellte Kostenvoranschlag für das gesamte Bauvorhaben Kosten von Fr. 20'803'000.-- vorsah. Dieser Betrag umfasste auch Kosten für medizinische Einrichtungen und die Ausstattung von Fr. 5'550'000.--. Für Neubau und Sanierung der Gebäude wurden die Baukosten somit auf Fr. 15'253'000.-- veranschlagt. Auf wertvermehrende Aufwendungen entfallen davon Fr. 13'592'000.--. Dies entspricht der Höhe des vom Kantonsrat bewilligten Kredits. Vom gesamten Kredit von Fr. 15'253'000.-- ist der bereits aufgebrauchte Projektierungskredit von Fr. 850'000.-- abzurechnen, was noch einen Betrag von Fr. 14'403'000.-- ergibt.

Diesem Betrag sind die bereinigten Angebote der Beschwerdeführerinnen gegenüberzustellen. Bereinigt wurden die Angebote dahingehend, dass die Kosten für die Ausstattung (BKP 9) ebenfalls abgerechnet wurden. Unter Berücksichtigung dieses Abzugs beträgt das günstigste Angebot Fr. 16'900'635.-- und damit rund 16 Prozent mehr als der Kostenvoranschlag. Nach unbestrittener Darstellung der Vorinstanz übersteigt auch unter Berücksichtigung der bis 1. April 2007 aufgelaufenen Teuerung bzw. der bis Bauabschluss voraussichtlich auflaufenden Teuerung das günstigste Angebot den Kostenvoranschlag noch um rund 11 bzw. 10 Prozent.

2.3. In den gesetzlichen Vorschriften werden die Kriterien für das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinn von Art. 38 Abs. 1 VöB nicht näher festgelegt.

In der Rechtsprechung wurde das Vorliegen eines wichtigen Grundes verneint, als eine Gemeinde vom Abbruch des Verfahrens und der neuen Ausschreibung erhoffte, die



Arbeiten zu günstigeren Preisen vergeben zu können. Die Aussicht auf ein günstigeres Angebot stelle für sich allein keinen Grund dar, welcher den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens rechtfertigen würde (Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 14. Juli 1999, in: BR 2/2001, S. 71). Demgegenüber wird das Vorliegen eines wichtigen Grundes bejaht, wenn der Kreis der Anbieter keinen Wettbewerb gewährleistet und es dadurch der Vergabebehörde verunmöglicht wird, gute Arbeit zu einem möglichst günstigen Preis zu erhalten (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 19. November 1998, in: BR 2/2000, S. 59). Sodann wurde in der Rechtsprechung auch der Umstand, dass das günstigste Angebot um mehr als 25 bzw. um ca. 30 Prozent über der Kostenschätzung der Vergabebehörde lag, als wichtiger Grund für den Abbruch eines Verfahrens qualifiziert (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 391 f. mit Hinweisen; K. Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl., Zürich 2004, S. 450 mit Hinweisen). Die erwähnten Kostenüberschreitungen wurden aber nicht als fixe Limiten qualifiziert, bei deren Unterschreitung ein wichtiger Grund nicht gegeben sei.

2.4. Zu prüfen ist im folgenden, ob die Vorinstanz zu Recht einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 38 Abs. 1 VöB angenommen hat.

2.4.1. Im vorliegenden Fall erfolgte die Ausschreibung unbestrittenermassen nicht mit dem Ziel einer Marktsondierung. Die Vorinstanz entschied sich für ein Totalunternehmermandat, weil sie sich dadurch nach eigenen Angaben einen Zeitgewinn erhoffte. Den Verfahrensabbruch begründete sie damit, dass die eingereichten Angebote den bewilligten Kostenvoranschlag deutlich überstiegen und davon ausgegangen werden könne, dass mittels Einzelaufträgen das Vorhaben preisgünstiger realisiert werden könne.

2.4.2. Der genehmigte Kostenvoranschlag ist für die Vergabebehörde von zentraler Bedeutung. Der vom Kantonsrat beschlossene Kredit bildet die von der politischen Behörde bewilligte Obergrenze für die Investitionskosten. Hätte die Vorinstanz den Zuschlag auf der Grundlage der eingereichten Angebote erteilt, hätte sie bereits vor der Inangriffnahme des Projekts einen Nachtragskredit einholen müssen. Der Kantonsrat wäre in seiner Entscheidung, diesen zu bewilligen, frei gewesen. Ob ein Begehren um Bewilligung eines Nachtragskredits bei der vorliegenden Sachlage überhaupt



irgendwelche Erfolgsaussichten gehabt hätte, erscheint fraglich, kann aber dahingestellt bleiben.

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Kostenvoranschlag sei nicht marktkonform und nicht prospektiv gewesen. Ihnen war die Einsicht in den detaillierten Kostenvoranschlag verweigert worden. In der verfahrensleitenden Verfügung vom 29. August 2007 wurde dies damit begründet, dass nach der ständigen Praxis die Einsicht in detaillierte Preisvergleiche von Kostenvoranschlag und Angeboten zu verweigern sei, da das schützenswerte Interesse derjenigen Unternehmen überwiege, die für den Kostenvoranschlag Offerten machen würden. Den Beschwerdeführerinnen sei aber Einsicht in die Aufstellung über den Kostenvoranschlag und den Vergleich der Angebote zu gewähren, da die Zusammenstellung des Kostenvoranschlags auch in der Botschaft der Regierung aufgeführt gewesen sei. In der zur Einsicht zugestellten Vergleichsübersicht der einzelnen Baukostenplan-Positionen (act. 11.2) wurden die Hauptabweichungen zwischen dem Kostenvoranschlag und dem günstigsten Anbieter einzeln aufgeführt. Aus dieser Zusammenstellung ist ersichtlich, bei welchen Kostenarten die hauptsächlichen Abweichungen bestanden. Insbesondere wurde die erhebliche Abweichung von Fr. 1'217'665.-- bei den Honoraren und von Fr. 737'846.-- beim Bereich Heizung, Lüftung, Kälte, Dampf, MSR hingewiesen.

Die Vorinstanz war nicht gehalten, Einsicht in den detaillierten Kostenvoranschlag zu gewähren. Die Beschwerdeführerinnen legen im übrigen nicht näher dar, welches besonders wettbewerbsarme Positionen und Lieferbereiche wären, welche eine Akteneinsicht mit teilweiser Abdeckung der übrigen Teile des Kostenvoranschlags gerechtfertigt hätten.

2.4.3. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, es hätte angesichts der über dem Kostenvoranschlag liegenden Offerten entweder ein Zusatzkredit eingeholt werden, das Vorhaben massiv reduziert und mit den gleichen Anbietern neu ausgeschrieben oder ganz darauf verzichtet werden müssen. Diese Rüge greift zu kurz. Sie verkennt die rechtliche und politische Bedeutung des Kantonsratsbeschlusses. Dieser beruhte auf einem detaillierten Vorprojekt mit Kostenvoranschlag, das sich auf Richtofferten und Kostenschätzungen für die einzelnen Arbeitsgattungen stützt. Diese Unterlagen wurden von der Vorinstanz unter Beizug eines aussenstehenden Architekturunternehmens



erstellt. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Kostenvoranschlag fehlerhaft ist oder im Hinblick auf das Unterschreiten der Limite für das obligatorische Finanzreferendum (vgl. Art. 6 des Gesetzes über Referendum und Initiative, sGS 125.1) unvollständig ist. Die Verwaltung hatte aufgrund der vorliegenden Sachlage sämtliche Möglichkeiten in Betracht zu ziehen, das Bauvorhaben unverändert auszuführen und gleichzeitig innerhalb des bewilligten Kostenvoranschlags zu bleiben. Sie hatte daher auch zu prüfen, ob ein Abbruch des Verfahrens vorgenommen werden kann. Es ist der ausführenden Behörde nicht zuzumuten, vor der Prüfung sämtlicher entsprechender Optionen einen Zusatzkredit oder eine Redimensionierung des Vorhabens in die Wege zu leiten.

2.4.4. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Realisierung des Projekts mittels Einzelleistungsaufträgen kostengünstiger ausfallen wird als die Ausführung mittels eines Totalunternehmerauftrags. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies und machen geltend, die summarische Begründung der Vorinstanz sei für sie geradezu geschäftsschädigend. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Die Vorinstanz hielt fest, dass die über dem Kostenvoranschlag liegenden Angebotspreise nicht zuletzt auch auf die derzeitige Wirtschaftslage zurückzuführen seien. Die Analyse der Angebote und der Vergleich mit dem Kostenvoranschlag zeigten, dass bei einer Ausführung über Einzelleistungsaufträge und bei Uebernahme des "GU-Risikos" durch den Auftraggeber wesentliche Einsparungen erwartet werden könnten. Bei Einzelaufträgen könnten Einsparmöglichkeiten effektiver und in finanziell wirkungsvollere Weise realisiert werden. Teuerungsbedingte Mehrkosten würden transparent; sie könnten durch beschaffungsmässige Konkurrenz unter den einzelnen Marktteilnehmern besser im Griff gehalten werden. Es ist nicht einzusehen, was an dieser Begründung fehlerhaft oder geschäftsschädigend sein sollte. Da die Vorinstanz den Kostenvoranschlag aufgrund von Kostenschätzungen und Richtofferten für Einzelleistungsaufträge erstellte, durfte sie davon ausgehen, dass sie mittels konventioneller Ausführung des Projekts eher Gewähr hat, den Kostenvoranschlag einzuhalten.

Die Vorinstanz führt im einzelnen aus, bei welchen Arbeitsgattungen die wesentlichen Abweichungen zwischen Kostenvoranschlag und den Angeboten der Beschwerdeführerinnen bestehen. Es sind dies die Arbeitsgattungen Baumeisterarbeiten (Abweichung zwischen Kostenvoranschlag und preisgünstigstem



St.Galler Gerichte

Anbieter Fr. 272'197.--), Elektroanlagen (Abweichung Fr. 149'577.--), Heizung, Lüftung, Kälte, Dampf, MSR (Abweichung Fr. 737'846.--) sowie Honorare (Abweichung Fr. 1'217'665.--). Die Vorinstanz kann aufgrund ihrer Erfahrung gute Gründe anführen, dass die Realisierung des Vorhabens mittels Einzelleistungsaufträgen kostengünstiger realisiert werden kann bzw. entsprechende Aussichten bestehen. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen einwenden, erscheint nicht stichhaltig. Insbesondere ist es nicht zwingend, dass die Preise sämtlicher Arbeitsgattungen auch in Zukunft weiter ansteigen werden. Die Beschwerdeführerinnen halten selber fest, dass die Wirtschaftslage im Bausektor zurzeit "markant höhere Preise mit sich bringt". Eine weitere Steigerung ist jedenfalls nicht zwingend.

Die Abweichung des günstigsten Anbieters gegenüber dem Kostenvoranschlag beim Bereich Heizung, Lüftung, Kälte, Dampf, MSR beträgt rund 23 Prozent, bei den Honoraren sogar rund 68 Prozent (Kostenvoranschlag Fr. 1'779'700.--, Abweichung Fr. 1'217'665.--, vgl. vorinst. act. 11.2). Diese Umstände werden von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten. Solche Abweichungen liegen im Bereich der von der Praxis als wichtigen Fall für einen Abbruch anerkannten Preisdifferenzen. Bei den Honoraren liegt die Abweichung sogar markant höher. Weichen einzelne Kostenarten derart stark von einem Kostenvoranschlag ab, so ist die Annahme eines wichtigen Falles als Grund für den Abbruch eines Verfahrens selbst dann gerechtfertigt, wenn die Abweichung bezüglich des gesamten Kostenvoranschlags geringer ist.

Im weiteren trifft es zwar zu, dass Generalunternehmer und Totalunternehmer mit Anbietern Preisverhandlungen führen und Abgebotsrunden durchführen können, was der Vorinstanz aufgrund der Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts untersagt ist. Dies bedeutet allerdings nicht zwingend, dass das Ausschreiben von einzelnen Leistungen zu höheren Preisen führt. Die Vorinstanz kann mit guten Gründen davon ausgehen, dass Anbieter im Wissen um das Verbot von Abgebotsrunden und Verhandlungen bei ihren Angeboten knapper kalkulieren als bei Ausschreibungen Privater, bei denen sie damit rechnen, dass Abgebotsrunden durchgeführt werden. Auch ist es nicht zwingend, dass bei der Vergabe von Einzelaufträgen massive Verzögerungen eintreten. Zwar entfällt eine gewisse Kostensicherheit, die dem Totalunternehmerangebot innewohnt. Für diese ist allerdings ein entsprechender Aufwand zu veranschlagen, welcher bei der Vergabe von Einzelaufträgen nicht anfällt.



Unter anderem gründet darauf die Erwartung der Vorinstanz, das Vorhaben mittels Einzelaufträgen kostengünstiger realisieren zu können.

Die Tatsache, dass die Koordinations- und Planungsleistungen nicht durch den Totalunternehmer, sondern durch die Vergabebehörde selber erfolgen, führt ebenfalls zu einer gewichtigen Reduktion der entsprechenden Kosten. Die Vorinstanz entschied sich für eine Ausschreibung eines Totalunternehmermandats, weil sie sich dadurch einen Zeitgewinn erhoffte. Aufgrund dieses Zeitgewinns wurden höhere Angebote bis zu einem gewissen Grad in Kauf genommen. Nachdem die Angebote den Kostenvoranschlag massiv überschreiten, war es zulässig, den Zeitgewinn geringer zu gewichten, um den bewilligten Kostenrahmen einhalten zu können.

Die Behauptung in der Beschwerde, aus den Ausschreibungsunterlagen sei ersichtlich, dass von einem Totalunternehmermandat ein Preisvorteil gegenüber Einzelaufträgen erhofft worden sei, ist nicht nachvollziehbar. Unbestrittenermassen fallen bei einem Totalunternehmerauftrag gegenüber einer Realisierung mittels Einzelaufträgen zusätzliche Kosten für Planung und Ausführung an, welche zulasten des bewilligten Kredits gehen. Damit wurde für den erhofften Zeitgewinn ein Mehraufwand in Kauf genommen.

2.4.5. Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es sei angesichts des von der Vorinstanz selbst gewählten Vorgehens mit offener Abrechnung und festem Kostendach eine ins Leere zielende Behauptung, dass Einzelleistungsvergaben transparenter seien. Eine solche Behauptung machte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aber nicht. Sie hielt lediglich fest, teuerungsbedingte Mehrkosten würden transparenter; sie könnten durch beschaffungsmässige Konkurrenz unter den einzelnen Marktteilnehmern besser im Griff gehalten werden. Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hätte zwar bei einem Totalunternehmermandat auch volle Transparenz über die Einzelleistungen erhalten. Sie hätte aber keine Möglichkeit gehabt, die Konkurrenz unter den Anbietern auszunutzen.

2.4.6. Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, die Vergabe an einen Totalunternehmer erfolge nicht nur aus reinen Preisüberlegungen, sondern auch, um



Risiken und Koordinationsaufgaben auf den Totalunternehmer zu übertragen, die dieser dem Bauherrn abnehme. Würden diese Aufgaben durch die Bauherrschaft oder einen Bauherrenvertreter selbst wahrgenommen, so führe dies zwar zu einer Kostenumlagerung, nicht aber dazu, dass die Kosten entfallen. Diese Ausführungen sind grundsätzlich zutreffend. Wenn solche Aufgaben aber von der Vorinstanz selber wahrgenommen werden, welche über die entsprechenden personellen und betrieblichen Ressourcen verfügt, so sind die entsprechenden Aufwendungen nicht zu Marktpreisen auszuweisen.

2.4.7. Unzutreffend ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz halte in ihrer Stellungnahme fest, das Projekt solle in geänderter Form realisiert werden. Dies könne nur so verstanden werden, dass der Leistungsumfang gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung reduziert werden solle. Die Vorinstanz hält lediglich fest, auch in Fällen, in denen die Vergabebehörde zwar nicht definitiv auf das Projekt verzichte, sondern dieses in einer geänderten Form realisieren wolle, erweise sich die Verpflichtung der Vergabebehörde zur Weiterführung des abgebrochenen Vergabeverfahrens regelmässig als nicht sachgerecht. Jene Ausführungen beziehen sich auf den Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und nehmen Bezug auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, wonach eine Vergabebehörde in der Regel nicht gezwungen wird, ein Projekt umzusetzen, an dem sie nicht mehr festhalten will. Hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen Grundes für den Abbruch des Verfahrens sind die entsprechenden Ausführungen in der vorinstanzlichen Vernehmlassung aber irrelevant. Dasselbe gilt für den Hinweis auf die unternehmerische Freiheit der Vorinstanz. Auch diese Ausführungen beziehen sich lediglich auf die Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

2.4.8. Fehl geht schliesslich auch der Einwand, die Vorinstanz habe gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Die Beschwerdeführerinnen wussten um die Bedeutung eines Kostenvoranschlags und um die Höhe eines vom Kantonsrat bewilligten Kredits. Bei grossen Bauvorhaben der öffentlichen Hand führen erhebliche Kreditüberschreitungen häufig zu politischen Auseinandersetzungen. Die Verwaltungen sind daher auch unter diesem Aspekt, nicht nur aufgrund der rechtlichen Verpflichtung, bestrebt, Kostenvoranschläge einzuhalten. Wenn Anbieter unter solchen Umständen



Offerten einreichen, welche über 10 Prozent höher liegen als der bewilligte Kredit, so müssen sie damit rechnen, dass die zuständige Behörde ein Verfahren abbricht.

2.4.9. Aus der Entrichtung einer freiwilligen Entschädigung von Fr. 4'000.-- durch die Vorinstanz für das eingereichte Angebot können die Beschwerdeführerinnen nichts zugunsten ihres Rechtsstandpunkts ableiten. Diese Zahlung wurde ausdrücklich ohne Rechtspflicht und ohne präjudizielle Bedeutung vorgesehen. Eine rechtliche Grundlage für die Zahlung besteht allerdings nicht. Nach Art. 4 Abs. 1 EGöB haftet der Auftraggeber dem Anbieter für Schaden, den er durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Die Haftung ist auf die Aufwendungen beschränkt, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind. Für Zahlungen im Zusammenhang mit rechtmässigen Verfügungen besteht keine Rechtsgrundlage. Die Zahlung ist aber nicht angefochten, weshalb darauf nicht näher einzutreten ist.

2.4.10. Die geringe Zahl der eingegangenen Offerten und die erhebliche Ueberschreitung des Kostenvoranschlags um über 10 Prozent bzw. über 1 Mio. Franken bildeten vorliegend einen wichtigen Grund, das Verfahren in der ausgeschriebenen Form nicht weiterzuführen. Die Vorinstanz durfte davon ausgehen, dass die Realisierung des Projekts mittels Einzelleistungsaufträgen kostengünstiger zu stehen kommt, zumal bei einem solchen Verfahren erhebliche Honoraraufwendungen wegfallen. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, sie seien unfair behandelt worden und fühlten sich ausgenützt, ja geradezu verunglimpft, ist unbegründet. Die Beschwerdeführerinnen wussten um die erhebliche Ueberschreitung des bewilligten Kredits, weshalb nicht von einem Verstoss gegen Treu und Glauben gesprochen werden kann. Zusammenfassend gelangt daher das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 38 Abs. 1 VöB angenommen hat und der Abbruch des Verfahrens rechtmässig ist.

Dementsprechend ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung abzuweisen. Damit erweisen sich auch die Schadenersatzbegehren als unbegründet.



3. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag aufzuerlegen. Eine Entscheidegebühr von Fr. 15'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 in Verbindung mit Ziff. 303 lit. b des Gerichtskostentarifs, sGS 941.12). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.-- ist anzurechnen.

Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98bis VRP).

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerden werden abgewiesen.
- 2./ Die Schadenersatzbegehren werden abgewiesen.
- 3./ Die amtlichen Kosten von Fr. 15'000.-- bezahlen die Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.-- wird angerechnet.
- 4./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerinnen (durch Rechtsanwältin D.)
- die Vorinstanz



am:

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.