



**Fall-Nr.:** B 2008/211, B 2008/227  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 14.02.2020  
**Entscheiddatum:** 24.03.2009

### **Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. März 2009**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 28 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Das öffentliche Interesse am Widerruf eines Zuschlags überwiegt das private Interesse einer Beschwerdeführerin, im Rechtsmittelverfahren gegen die Zuschlagsverfügung ihre Chance auf Erteilung des Zuschlags zu wahren, wenn ihre Eignung nicht nachgewiesen ist. Will die Auftraggeberin neue, in der Ausschreibung nicht aufgeführte Zuschlagskriterien prüfen, ist nach dem Widerruf des Zuschlags nicht nur die Eignung zu prüfen, sondern ist die Sache zur neuen Ausschreibung mit den zu prüfenden Kriterien an die Auftraggeberin zurückzuweisen (B 2008/211, 227).**

#### **Urteil vom 24. März 2009**

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

**R. Bau AG,,**

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. A.,

gegen

**Baudepartement des Kantons St. Gallen,**Tiefbauamt, Lämmlisbrunnenstrasse 54,  
9001 St. Gallen,



**Vorinstanz,**

und

**M. AG,**

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**öffentliches Beschaffungswesen; Kantonsstrasse Nr. 17,  
Amden; Zuschlag Steinschlagschutzverbauung Sitenwald und  
Widerruf des Zuschlags**

**hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ Das Baudepartement des Kantons St. Gallen schrieb im Amtsblatt Nr. 30 vom 21. Juli 2008 die Montage und den Bau von Steinschlagschutznetzen im Sitenwald/Amden im offenen Verfahren aus. In den Ausschreibungsunterlagen war festgehalten, dass als Zuschlagskriterium der Preis mit einer Gewichtung von 100 % berücksichtigt werde.

Insgesamt reichten fünf Unternehmen ein Angebot ein. Die Offertöffnung fand am 24. September 2008 statt. Die Angebote betragen zwischen Fr. 478'388.50 und Fr. 604'316.05. Das Baudepartement bewertete die Offerten in der Folge nicht nur nach dem Preis, sondern auch nach weiteren Kriterien (Erfahrung, Qualität, Termine). Dabei erzielte die M. AG 395 Punkte und die R. Bau AG 355 Punkte. Das Angebot der R. Bau AG war mit Fr. 478'388.50 das preisgünstigere als jenes der M. AG, welche für Fr. 486'903.75 offerierte.

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2008 vergab das Baudepartement den Zuschlag zum Preis von Fr. 486'903.75 der M. AG. Als Begründung wurde angeführt, das Angebot der M. AG liege 1,5 % über der preislich günstigsten Offerte. In bezug auf die Erfahrung/Qualität wurde festgehalten, die Baustelle sei äusserst anspruchsvoll. Die M.



## St.Galler Gerichte

AG sei dafür ausgewiesen und besitze die notwendige Erfahrung. Insgesamt erweise sich deren Angebot als das wirtschaftlich günstigste.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 12. November 2008 erhob die R. Bau AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Vergabeentscheid vom 30. Oktober 2008 sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass sie das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe und ihr deshalb der Zuschlag zu erteilen sei, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, eventualiter sei die Vorinstanz zur Bezahlung von Schadenersatz in gerichtlich festzulegender Höhe zu verurteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Vorinstanz hielt in ihrer Vernehmlassung vom 18. November 2008 fest, aufgrund einer nochmaligen Überprüfung sei festgestellt worden, dass die Zuschlagsverfügung vom 30. Oktober 2008 fehlerhaft sei. Die Bewertung der Angebote widerspreche dem in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterium (Preis 100 %). Die Zuschlagsverfügung werde deshalb widerrufen, womit das Beschwerdeverfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen werden könne. Nach dem Widerruf werde geprüft, ob die Beschwerdeführerin die in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Eignungskriterien erfülle, und es werde ihr zu diesem Zweck das rechtliche Gehör gewährt. Falls sich ergebe, dass die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien nicht erfülle, würde sie vom Verfahren ausgeschlossen und der Zuschlag entsprechend neu verfügt.

Mit Verfügung vom 19. November 2008 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde aufgrund des in Aussicht genommenen Widerrufs der Zuschlagsverfügung die aufschiebende Wirkung.

C./ Mit Verfügung vom 3. Dezember 2008 widerrief das Baudepartement die Zuschlagsverfügung vom 30. Oktober 2008. Als Begründung wurde angeführt, das wirtschaftlich günstigste Angebot müsse anhand der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Kriterien ermittelt werden. Die Bewertung widerspreche diesen. Die Zuschlagsverfügung erweise sich deshalb als rechtswidrig. Da eine nachträgliche Änderung der Kriterien nicht zulässig sei, wäre die Beschwerde der R. Bau AG gutzuheissen. Damit bestehe ein wichtiges öffentliches Interesse am Widerruf.



Ausserdem belaste dieser die M. AG nicht, weil anschliessend an den Widerruf die Angebote hinsichtlich der Kriterien neu zu beurteilen seien und daraufhin eine neue Zuschlagsverfügung zu erlassen sei.

D./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 18. Dezember 2008 erhob die R. Bau AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Verfügung vom 3. Dezember 2008 betreffend Widerruf des Zuschlags sei aufzuheben und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz. Zur Begründung wird im wesentlichen vorgebracht, ein Widerruf der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz nach Einreichen der Rechtsmittelerklärung sei nicht zulässig. Im weiteren fehle es auch an den Voraussetzungen des Widerrufs nach Art. 28 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, abgekürzt VRP). Letztlich erweise sich ein Widerruf auch als unverhältnismässig. Ein Ausschluss sei eine drastische Massnahme des Auftraggebers, die den Anbieter in seinen vitalen Interessen treffen könne. Es werde bestritten, dass die Zuschlagsverfügung überhaupt (noch) widerrufen werden könne. Damit wolle die Vorinstanz in der klaren Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit die Beschwerde gegenstandslos erklären und mithin das ordentliche Rechtsmittelverfahren zulasten der Beschwerdeführerin aushebeln. Die Eignung aller fünf Mitanbieter mit Einschluss der Beschwerdeführerin sei ausdrücklich bejaht worden. Nach den unveränderten Ausschreibungsbedingungen sei somit der Zuschlag nach den eigenen Kriterien der Vorinstanz an die Beschwerdeführerin zu erteilen. Auf die weiteren Vorbringen wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2008 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlags die aufschiebende Wirkung.

Das Baudepartement beantragte in seiner Vernehmlassung vom 9. Januar 2009, die Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlags sei abzuweisen, eventuell sei die Beschwerde gegen den Zuschlag insofern gutzuheissen, als die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 30. Oktober 2008 verlangt werde, die Beschwerde hingegen abzuweisen, soweit die Beschwerdeführerin die Feststellung beantrage, dass sie das wirtschaftlich günstigste Angebot offeriert habe und ihr deshalb der Zuschlag zu erteilen sei, sodann sei die Streitsache zur Neubeurteilung der Angebote der



## St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin und der M. AG, Matt, hinsichtlich der Eignungs- und Zuschlagskriterien an das Baudepartement zurückzuweisen.

Die M. AG hat sich an den Beschwerdeverfahren nicht beteiligt.

Die weiteren von der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz vorgebrachten Ausführungen werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

### **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).

1.1. Angefochten sind die Zuschlagsverfügung sowie die von der verfügenden Behörde erlassene Widerrufsverfügung, mit welcher der Zuschlag während des hängigen Beschwerdeverfahrens aufgehoben wurde. Zur Anfechtung des Zuschlags ist die Beschwerdeführerin uneingeschränkt legitimiert, da der Zuschlag einer Mitbewerberin vergeben wurde (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP).

1.2. Zu prüfen ist, ob die Legitimation der Beschwerdeführerin auch für die Anfechtung der Widerrufsverfügung gegeben ist.

Die Beschwerdeführerin begründet ihre Legitimation zur Beschwerde gegen den Widerruf damit, sie sei in ihrem aktuellen schutzwürdigen Rechtsschutzinteresse betroffen, da ihre Stellung im Vergabe- und im ersten Rechtsmittelverfahren verschlechtert werde. In formeller Hinsicht sei sie gezwungen, eine zusätzliche Beschwerde zu führen, da die Vorinstanz anerkenne, dass die Beschwerde gegen den Zuschlag gutzuheissen sei. In materieller Hinsicht anerkenne die Vorinstanz explizit die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung, womit der Zuschlag ihr zu erteilen sei. Die Vorinstanz versuche nun, mit dem Widerruf diese eindeutige Folge zu vereiteln. Auch sei sie in Kenntnis und Berücksichtigung der Erwägungen der Widerrufsverfügung beschwert.



Der Zuschlag wurde nicht der Beschwerdeführerin erteilt. Es ist daher fraglich, ob diese durch den Widerruf des Zuschlags beschwert ist. Ihre Argumentation, sie müsse eine weitere Beschwerde führen, damit ihrem Begehren um Erteilung des Zuschlags entsprochen werde, ist indessen nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin stellte bei der Anfechtung des Zuschlags u.a. das Begehren, der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Wird der Zuschlag widerrufen, stellt sich die Frage, ob das Beschwerdeverfahren wegen Wegfalls des Anfechtungsobjekts gänzlich gegenstandslos wird und damit auch der Antrag auf Erteilung des Zuschlags materiell nicht mehr behandelt werden kann. Zudem macht die Beschwerdeführerin geltend, im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag hätte ihr der Zuschlag erteilt werden müssen. Dies sei mit dem Widerruf verhindert worden. Im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag hatte sie einen Anspruch, dass dieser Antrag materiell geprüft wird. Da sie das preislich günstigste Angebot einreichte und in den Ausschreibungsunterlagen der Preis als einziges Zuschlagskriterium vermerkt war, hatte dieser Antrag gewisse Erfolgsaussichten. Unter den gegebenen Umständen kann ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an der Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlag anerkannt werden.

1.3. Im weiteren erfüllen die Beschwerdeeingaben zeitlich, formal und inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 17 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Auf die Beschwerden ist daher einzutreten.

1.4. Die beiden Beschwerden stehen in einem engen Sachzusammenhang. Erweist sich der Widerruf der Zuschlagsverfügung als rechtmässig, stellt sich die Frage, ob das Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag zufolge Wegfalls des Anfechtungsobjekts gegenstandslos ist (vgl. VerwGE vom 2. Dezember 2003 i.S. Ingenieurgemeinschaft H.).

Erweist sich der Widerruf hingegen als rechtswidrig, hätte es beim Bestand der Zuschlagsverfügung sein Bewenden, weshalb die Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung materiell zu behandeln wäre. Dies rechtfertigt die Behandlung beider Beschwerden in ein und demselben Entscheid.



2. Nach Art. 28 Abs. 1 VRP können Verfügungen durch die erlassende Behörde oder durch die Aufsichtsbehörde geändert oder aufgehoben werden, wenn der Widerruf die Betroffenen nicht belastet oder wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist.

2.1. Art. 28 Abs. 1 VRP ist grundsätzlich auf formell rechtskräftige Verfügungen anwendbar (vgl. GVP 2007 Nr. 68 und 1996 Nr. 58). Beim Widerruf einer formell rechtskräftigen Verfügung ist nach der gesetzlichen Bestimmung eine Interessenabwägung geboten, wenn der Widerruf den Betroffenen belastet.

Art. 28 Abs. 1 VRP wird aber auch auf Verfügungen angewendet, die formell noch nicht rechtskräftig sind, wobei die gesetzlichen Voraussetzungen grundsätzlich ebenfalls gelten (vgl. GVP 2003 Nr. 37 mit Hinweis; GVP 1990 Nr. 68; VerwGE vom 30. April 1986 i.S. B.E., zit. in GVP 1991 Nr. 43). In der Praxis wird insbesondere die Befugnis der Verwaltung anerkannt, eine Verfügung oder einen Entscheid während eines hängigen Rechtsmittelverfahrens zu widerrufen, um den Rechtsmittelkläger klaglos zu stellen (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 935). Diese Einschränkung des Devolutiveffekts dient der Vereinfachung des Verfahrens. Die Verwaltung soll die Möglichkeit haben, eine belastende Verfügung zu widerrufen, wenn dies dem Antrag in einem Rechtsmittelverfahren entspricht und sie das Begehren als gerechtfertigt erachtet (GVP 1970 Nr. 54). Nach der Praxis steht daher eine Beschwerde gegen den Zuschlag einem Widerruf desselben nicht grundsätzlich entgegen (GVP 2003 Nr. 37).

Wird ein Rechtsmittelkläger mit dem Widerruf der angefochtenen Verfügung nur teilweise klaglos gestellt, so bleibt das Rechtsmittelverfahren mit bezug auf den nicht widerrufenen Teil der Streitsache bestehen (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 1045).

Der Widerruf des Zuschlags wird zudem in Art. 15 Abs. 2 lit. e IVöB erwähnt. Dort ist aber lediglich statuiert, dass der Widerruf eine anfechtbare Verfügung ist. Aus der Praxis des Verwaltungsgerichts zum Ausschluss eines Anbieters aus dem Verfahren (GVP 2001 Nr. 19) lässt sich nicht die Schlussfolgerung ziehen, beim Widerruf des Zuschlags seien dieselben Grundsätze massgebend. Art. 12 Abs. 1 lit. a bis i der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB)



enthalten als *leges speciales* zu Art. 28 VRP eine nicht abschliessende Aufzählung von Gründen, die den Widerruf einer Zuschlagsverfügung rechtfertigen können. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien wird ausdrücklich als Ausschluss- bzw. Widerrufsgrund genannt (Art. 12 Abs. 1 lit. a VöB).

Wie erwähnt, gelten die Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 1 VRP auch dann, wenn die widerrufenen Verfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist (GVP 2003 Nr. 37). Interventionen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist sind aber nicht denselben strengen Voraussetzungen unterworfen, wie sie für den Widerruf formell rechtskräftiger Verfügungen gelten. Das Gebot der Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz haben bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft der Verfügung nicht die gleiche Bedeutung wie nach diesem Zeitpunkt. In der Regel darf die Behörde daher, ohne dass besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, auf eine unangefochtene Verfügung zurückkommen, solange die Rechtsmittelfrist nicht abgelaufen ist (vgl. BGE 121 II 276 f. mit Hinweisen).

2.2. Es ist im folgenden zu prüfen, ob der Widerruf des Zuschlags im Sinn von Art. 28 Abs. 1 VRP eine Belastung zur Folge hat und ob allfällige wichtige öffentliche Interessen diese Belastung überwiegen.

Eine Belastung der Beschwerdegegnerin fällt vorliegend ausser Betracht, da diese den Widerruf des Zuschlags nicht angefochten hat. Art. 12 Abs. 1 VöB sieht einen Widerruf des Zuschlags vor, wenn Ausschlussgründe in der Person des Anbieters vorliegen. Im Streitfall wurde aber der Widerruf nicht wegen solcher Gründe verfügt, sondern wegen eines fehlerhaften Zuschlags.

Zu prüfen ist daher, ob der Widerruf eine Belastung der Beschwerdeführerin zur Folge hat. Die Zuschlagsverfügung verschaffte der Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Erlangung des Zuschlags. Zwar wäre aufgrund der offenkundig fehlerhaften Interessenabwägung ihrem Antrag auf Aufhebung der Verfügung entsprochen worden. Da aber das Verwaltungsgericht in Beschwerden gegen Zuschlagsverfügungen in der Regel nicht reformatorisch entscheidet, wäre, falls der Zuschlag nicht widerrufen worden wäre, die Streitsache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung und Entscheidung zurückgewiesen worden. Damit hätte sich die Beschwerdeführerin in



## St.Galler Gerichte

derselben verfahrensrechtlichen Stellung befunden wie nach dem Widerruf des Zuschlags. Aus diesem Blickwinkel liesse sich der Widerruf als nicht belastende Verfügung betrachten. Allerdings war nach der Ausschreibung allein der Preis massgebend, weshalb die Beschwerdeführerin, welche das preislich tiefste Angebot einreichte, mit guten Gründen die Vergabe des Zuschlags beanspruchen durfte. Insoweit lässt sich der Widerruf des Anfechtungsobjekts als belastende Verfügung bezeichnen.

Die Vorinstanz hält fest, die Referenzen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin seien entgegen den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen nicht unter dem Titel der Eignung geprüft, sondern als Zuschlagskriterien bewertet worden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei eine Prüfung der Referenzen unter dem Titel Eignung noch nicht erfolgt, und die Eignung der Verfahrensbeteiligten aufgrund der mit den Angeboten eingereichten Referenzen sei noch nicht bejaht worden.

Die Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, auf dessen Organisation, das Personal und allgemein dessen Leistungsfähigkeit (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 347). Im vorliegenden Fall wurde verlangt, dass die Anbieter Kenntnisse im Montieren von Steinschlagschutznetzen und über gute Kenntnisse und ausreichend Erfahrung im Bohren von Ankern in Schutt, lockerem Untergrund und Fels verfügen. Diese Kenntnisse und Erfahrung waren durch zwei Referenzen ähnlicher Projekte auszuweisen.

Wenn für den Nachweis eines Eignungskriteriums eine Referenz verlangt wird, so bedeutet dies nicht, dass die Referenz als solche ein Eignungskriterium darstellt bzw. die Referenz nicht mehr als Zuschlagskriterium bewertet werden darf. Vorliegend wurde nicht eine Referenz als Eignungskriterium verlangt, sondern bestimmte Fähigkeiten und Erfahrungen, die mittels Referenzen nachzuweisen waren. Es ist nicht ersichtlich, wie die Eignungskriterien geprüft wurden. Aufgrund der Detailbeurteilung der Offerten wurden die Referenzen ausschliesslich als Zuschlagskriterien bewertet. Es widerspräche zudem einem zweckmässigen Vorgehen, Offerten ungeeigneter Anbieter



zu bewerten und die Eignungskriterien erst nach der Offertprüfung bzw. nach dem Zuschlag zu untersuchen.

Inwiefern die Eignung der Beschwerdeführerin in Frage gestellt werden kann, lässt sich den vorliegenden Akten aber nicht abschliessend entnehmen. Nach den eingereichten Unterlagen hat die Beschwerdeführerin verschiedene Steinschlagverbauungen mit Gitternetzen ausgeführt. Weshalb die Vorinstanz bei der Bewertung zum Schluss kam, die Beschwerdeführerin habe keine Erfahrungen/Referenzen mit ähnlichen Objekten, wird nicht näher ausgeführt. Über die Eignung der Beschwerdeführerin liegen also keine gesicherten Erkenntnisse vor. Es besteht indes ein erhebliches öffentliches Interesse, dass die streitigen Arbeiten nur von einem Anbieter ausgeführt werden, dessen Eignung zweifelsfrei nachgewiesen ist. Dabei fällt nicht nur das Gebot der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel in Betracht, sondern es sind auch Sicherheitsaspekte zu berücksichtigen, da das Bauvorhaben unmittelbar der Gefahrenabwehr für die Allgemeinheit dient.

Aufgrund des fehlenden Nachweises der Eignung überwiegt das öffentliche Interesse am Widerruf des Zuschlags das private Interesse der Beschwerdeführerin, im Rechtsmittelverfahren gegen die Zuschlagsverfügung ihre Chance auf Erteilung des Zuschlags zu wahren. Der Widerruf des Zuschlags lässt sich deshalb nicht als rechtswidrig qualifizieren.

2.3. Unbestritten ist, dass die der Zuschlagsverfügung zugrundeliegende Bewertung den in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Zuschlagskriterien widerspricht und eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien nicht zulässig ist.

Im Streitfall beabsichtigt die Vorinstanz, gegenüber den Ausschreibungsunterlagen weitere Zuschlagskriterien aufzustellen. Wie erwähnt, wurde der Preis in den Ausschreibungsunterlagen als einziges Zuschlagskriterium genannt. Geprüft wurden dann aber auch "Erfahrung/Qualität" sowie "Termine". Der Widerruf des Zuschlags bezweckt somit nicht nur, die Eignung der Beschwerdeführerin zu prüfen, sondern auch die Bewertung der Angebote nach zusätzlichen Zuschlagskriterien.



Dies lässt sich allein mit dem Widerruf des Zuschlags nicht erreichen. Wird lediglich der Zuschlag widerrufen, könnte zwar die Eignung der Beschwerdeführerin geprüft werden. Als Zuschlagskriterium könnte jedoch wiederum nur das in den Ausschreibungsunterlagen genannte Kriterium des Preises berücksichtigt werden. Um eine Offerprüfung nach zusätzlichen Kriterien vorzunehmen, ist die Sache nach dem Widerruf des Zuschlags zur neuen Ausschreibung des Bauvorhabens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Was die Vorinstanz letztlich bezweckt, lässt sich nur durch einen Abbruch und eine Wiederholung des Vergabeverfahrens umsetzen.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlags zwar abzuweisen ist. Damit fällt der Zuschlag dahin, und die Beschwerde gegen den Zuschlag ist als gegenstandslos abzuschreiben. Aufgrund des Widerrufs des Zuschlags ist die Sache an die Vorinstanz zur erneuten Ausschreibung zurückzuweisen. Ein Zuschlag an die Beschwerdeführerin kann nicht erfolgen, da deren Eignung angezweifelt wird und diese vom Verwaltungsgericht nicht überprüft werden kann.

2.4. Die Beschwerdeführerin stellte im Eventualbegehren in der Beschwerde gegen den Zuschlag den Antrag, die Vorinstanz sei zur Bezahlung von Schadenersatz nach Massgabe von Art. 4 EGöB in gerichtlich festzulegender Höhe an die Beschwerdeführerin zu verurteilen.

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.

Unbestrittenermassen war der Zuschlag rechtswidrig. Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsmittels gegen den Zuschlag wurde von der Vorinstanz verursacht. Da die Beschwerdeführerin aufgrund der notwendig gewordenen Wiederholung des Verfahrens keine Möglichkeit hat, im hängigen Verfahren den Zuschlag zu erlangen, ist ihr gestützt auf Art. 4 Abs. 1 EGöB Schadenersatz zuzusprechen.

Die Beschwerdeführerin hat den Schaden bzw. den Aufwand für die Offerstellung nicht näher beziffert. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf die



## St.Galler Gerichte

Wiederholung des Verfahrens ein Grossteil der Aufwendungen der Beschwerdeführerin nicht vergebens sein dürften, sondern zumindest teilweise auch Grundlage für eine erneute Offertstellung sein können. Der Schaden kann daher nicht genau beziffert werden und ist nach Ermessen festzusetzen. Ein Betrag von Fr. 6'000.-- erscheint angemessen. Der Schadenersatz für Aufwand im Vergabe- und Rechtsmittelverfahren ist nicht mehrwertsteuerpflichtig (GVP 2003 Nr. 39, nicht publ. Erw. 3 f mit Hinweis auf VerwGE vom 27. Februar 2003 i.S. J.M. GmbH).

Mit dem Widerruf des angefochtenen Zuschlags fiel das Anfechtungsobjekt im Beschwerdeverfahren weg. Die Beschwerde erweist sich damit als gegenstandslos. Die Beschwerde gegen den Widerruf der Zuschlagsverfügung ist abzuweisen. Die Angelegenheit ist zur neuen Ausschreibung und zur Durchführung des Vergabeverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Da die Vorinstanz den Widerruf und die Rückweisung verursacht hat, sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Staat aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 2 VRP). Eine Entscheidegebühr von Fr. 4'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat aufgrund des Verursacherprinzips Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 185). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt für beide Beschwerdeverfahren ist angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

### **zu Recht erkannt:**

1./ Die Beschwerde gegen den Zuschlag wird abgeschrieben.



## St.Galler Gerichte

2./ Die Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlags wird abgewiesen.

3./ Die Angelegenheit wird an die Vorinstanz zur neuen Ausschreibung und Durchführung des Vergabeverfahrens zurückgewiesen.

4./ Der Staat wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin Schadenersatz für das Vergabeverfahren im Betrag von Fr. 6'000.-- zu bezahlen.

5./ Die amtlichen Kosten von Fr. 4'000.-- trägt der Staat; auf die Erhebung wird verzichtet. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

6./ Der Staat hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V.      R.      W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. A.)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin

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.