



**Fall-Nr.:** B 2008/213  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 21.04.2009  
**Entscheiddatum:** 21.04.2009

### **Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. April 2009**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 41, 34, 27 VöB (sGS 841.11).**

**Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung. Heilung einer mangelhaften Begründung; Kostenfolge. Keine rechtswidrige Berücksichtigung der Etappierbarkeit eines Projekts als nicht in der Ausschreibung aufgeführtes Zuschlagskriterium. Keine Verpflichtung zur Berücksichtigung einer bestimmten Unternehmervariante (Verwaltungsgericht, B 2008/213).**

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

Halter AG, Hardturmstrasse 134, 8005 Zürich,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Thomas Mayer, Marktplatz 4, 9004 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde Wil, vertreten durch den Stadtrat, 9500 Wil,



## St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stefan Scherler, Zürcherstrasse 9, Postfach 1555,  
8640 Rapperswil,

und

Implenia Generalunternehmung AG, Falkensteinstrasse 54, 9000 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Elmar M. Jud, Oberer Graben 14, 9001 St. Gallen,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Totalunternehmerauftrag für die Gesamtsanierung  
und Erweiterung des Sportparks Bergholz

### **hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ Die Stadt Wil beabsichtigt die Gesamtsanierung und Erweiterung des Sportparks Bergholz. Es soll ein neues Fussballstadion, eine neue Eishalle und ein Eispark im Freien errichtet, das Freibad renoviert und teilweise neu gestaltet sowie ein Hallenbad mit Wellnessbereich erstellt werden. Ausserdem sind ein neuer Restaurationsbetrieb sowie Anpassungen und Ergänzungen bei der Infrastruktur vorgesehen, und die Aussenanlagen sollen neu gestaltet werden.

Das Stadtparlament Wil bewilligte am 27. September 2007 einen Kredit für die Durchführung einer Totalunternehmerausschreibung. Gleichzeitig legte es auf der Grundlage von ersten groben Kostenschätzungen fest, dass ein Kostendach von 46,7



## St.Galler Gerichte

Mio. Franken einzuhalten sei. Darin sollten auch die bauherrenseitigen Leistungen enthalten sein, so dass das Kostendach für die durch den Totalunternehmer zu erbringenden Leistungen tiefer liege. Der Stadtrat Wil schrieb den Totalunternehmerauftrag für die Gesamtsanierung und Erweiterung des Sportparks Bergholz im selektiven Verfahren aus. Am 5. März 2008 fällte er den Präqualifikationsentscheid und bestimmte fünf Anbieterinnen für die zweite Phase des Verfahrens. Am 6. März 2008 stellte er diesen Unternehmungen, unter anderem der Halter AG, Zürich, und der Implenja Generalunternehmung AG, St. Gallen, die Ausschreibungsunterlagen zu und hielt fest, die Offerten seien bis spätestens 18. Juli 2008 einzureichen.

In den Ausschreibungsunterlagen (S. 5, Ziff. 1.4) wurde festgehalten, dass das Kostendach auf der Grundlage von Erfahrungszahlen mit verschiedenen vergleichbaren Anlagen ermittelt worden sei. Im Rahmen der Erarbeitung des Raumprogramms sowie der technischen Vorgaben sei darauf geachtet worden, die Anforderungen so zu formulieren, dass das Kostendach eingehalten werden könne. Die Bauherrschaft sei überzeugt, dass der vorgegebene Kostenrahmen unter diesen Umständen realistisch sei. Falls der Anbieter aufgrund des konkret auszuarbeitenden Projekts mit verbindlichen Kosten zum Ergebnis komme, dass der vorgesehene Finanzrahmen für das Erbringen der ausgeschriebenen Leistungen nicht ausreichen sollte, seien trotzdem die Kosten für alle ausgeschriebenen Leistungen anzubieten. In diesem Fall habe der Anbieter jedoch zusätzlich Angaben zu machen, mit welchen von den Vorgaben abweichenden Minderleistungen (bezüglich der quantitativen Vorgaben insbesondere beim Raumprogramm oder bei den qualitativen Vorgaben gemäss dem funktionalen Beschrieb) welche Einsparungen zu erzielen wären, so dass der vorgesehene Finanzrahmen eingehalten werden könne. Im Rahmen der Beurteilung der Angebote würden allfällige in Kauf zu nehmende Minderleistungen gegen die entsprechenden Kosteneinsparungen abgewogen, so dass eine objektive Vergleichbarkeit der Angebote auch bei allfälligen Minderleistungen gewährleistet sei.

Am 14. April, 22. Mai und 19. Juni 2008 wurden Fragerunden mit den Anbietern durchgeführt. Fragen und Antworten wurden sämtlichen Anbietern zur Kenntnisnahme zugestellt.



## St.Galler Gerichte

Die Offertöffnung fand am 18. Juli 2008 statt. Die Unternehmen reichten Angebote zwischen Fr. 54'957'000.-- und Fr. 81'577'560.-- ein (Basisvariante inkl. MWSt). Das Angebot der Halter AG betrug Fr. 71'318'000.-- und jenes der Implenia Generalunternehmung AG Fr. 61'985'000.-- (gemäss Offertöffnungsprotokoll).

Die Halter AG führte zur Amtsvariante Minderpreisoptionen im Gesamtbetrag von Fr. 9'910'000.-- (exkl. MWSt) auf, wodurch sich ein Angebotspreis von Fr. 56'370'000.-- (exkl. MWSt) bzw. Fr. 60'654'000.-- (inkl. MWSt) ergab. Als Unternehmervariante offerierte sie einen Preis von Fr. 58'760'000.-- sowie Minderpreisoptionen von Fr. 9'460'000.-- (jeweils ohne MWSt) bzw. einen Angebotspreis von Fr. 53'046'800.-- inkl. MWSt. Zum Kostendach von 46,7 Mio. Franken hielt die Halter AG fest, um diese Limite einhalten zu können, wären weitere Leistungsreduktionen wie der Verzicht auf ganze Teilprojekte notwendig. Diese Kostenreduktionen könnten nur im Ansatz abgeschätzt werden, da hierfür eine weitere Projektierungsphase notwendig würde. Der Verzicht auf das Hockeystadion würde Minderkosten von ca. 9 Mio. Franken, der Verzicht auf die Tribünenanlage des Fussballstadions und auf den Ersatz des Aussenschwimmbeckens je 2 Mio. Franken erbringen.

Am 15. August 2008 teilte die Stadt Wil den Anbietern mit, aufgrund der Komplexität und Unterschiedlichkeit der Projekte nehme die Vorprüfung mehr Zeit als ursprünglich angenommen in Anspruch. Verschiedene Abklärungen müssten noch getroffen werden. Die am 25./26. August 2008 vorgesehene Jurierung werde auf 27./28. Oktober 2008 verschoben.

Am 27. August 2008 teilte die Stadt Wil den Anbietern mit, im Rahmen der Vorprüfungsarbeiten habe sich gezeigt, dass die Projekte bzw. einzelne Bestandteile von den jeweiligen Anbietern anlässlich eines Zwischentermins formell erläutert werden müssten, um die Vergleichbarkeit zu erlangen. Es handle sich nicht um Abgebotsverhandlungen. Die Anbieterbesprechungen würden am 29./30. September 2008 durchgeführt. Auf der Grundlage dieser Anbieterbesprechungen würden die Angebote in die Jurierung überführt, die neu auf den 27. und 28. Oktober 2008 festgesetzt worden sei. Den Anbietern werde die Möglichkeit eingeräumt, ihre Projekte am 27. Oktober 2008 dem Beurteilungsgremium zu präsentieren.



## St.Galler Gerichte

Am 11. September 2008 stellte die Auftraggeberin den Anbieterinnen einen Fragenkatalog zu. Die Anbieterbesprechung der Vorinstanz mit der Halter AG fand am 30. September 2008 statt. Die Anbieterin beantwortete die gestellten Fragen; über die Besprechung wurde ein Protokoll erstellt.

Am 1. Oktober 2008 ersuchte die Stadt Wil die Anbieterinnen, die Minderkosten aufzuführen, welche eine Erstellung verschiedener Funktionseinheiten zu einem späteren Zeitpunkt vorsähen, wobei die Minderkosten die Vorbereitung der funktionalen Einbindungen und die spätere Vernetzung der technischen Einrichtungen im Rahmen der Gesamtrealisation gemäss der Basisvariante zu berücksichtigen hätten. Als später zu realisierende Bauetappen hätten Teile von Hallenbad und Wellness, des Freibades sowie der Eishalle und des Eisparcours, des Fussballstadions und der Infrastruktur West bezeichnet werden sollen. Als zusätzliche Minderkostenpositionen wurden Angaben zu verschiedenen Optionen bei Hallenbad und Eishalle sowie Eisparcours erwartet. Die Auftraggeberin hielt fest, falls die Anbieterinnen im Rahmen einer Straffung der Raumflächen Minderkostenpositionen ausweisen könnten, ohne die Anforderungen des Raumprogramms, der Funktionalitäten und der Architektursprache zu beeinträchtigen, seien sie eingeladen, diese ebenfalls anzubieten und zu dokumentieren.

Am 21./22. Oktober 2008 reichten die Anbieterinnen ihre überarbeiteten Angebote für Projektvarianten gemäss den Anbieterbesprechungen ein. Diese sahen Minderpreise zwischen Fr. 3'130'000.-- und Fr. 4'691'360.-- vor. Bei der Halter AG betrug der Minderpreis Fr. 4'691'360.--, bei der Implenia Generalunternehmung AG Fr. 3'268'888.-- (gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 23. Oktober 2008).

Am 27. Oktober 2008 stellten die Anbieterinnen ihre Projekte dem Beurteilungsgremium vor. Dieses hielt in seinem Bericht vom 29. Oktober 2008 fest, bei der Prüfung der eingereichten Angebote habe sich gezeigt, dass diese zwischen 55 und 82 Mio. Franken lägen. Einsparungsmöglichkeiten seien zwar aufgezeigt worden. Indes sei das Kostendach von 46 Mio. Franken von keinem der fünf Totalunternehmen erreicht worden. Das Beurteilungsgremium habe keine der Unternehmervarianten berücksichtigt. Die Unternehmen seien eingeladen worden, eine Projektvariante aufgrund folgender Vorgaben einzureichen: vorläufiger Verzicht auf Rutschbahn,



## St.Galler Gerichte

Wellnessbereich nur im Rohbau, Verzicht auf freistehendes Ökonomiegebäude im Freibad, vorläufiger Verzicht auf Eisparcours, Verzicht auf Ausbau Buvetten, Verzicht auf Infrastruktur West sowie also Optionen die Isolationsabdeckung über Aussenschwimmbecken der definitive Verzicht auf die Erstellung eines Eisparcours. Mit Ausnahme einer Unternehmung hätten alle Anbieterinnen eine Projektvariante eingereicht.

Das Beurteilungsgremium vergab der Basisvariante der Halter AG 521,9 Punkte und jener der Implenia Generalunternehmung AG 650,8 Punkte. Die Projektvariante der Halter AG wurde mit 530,3 und jene der Implenia Generalunternehmung AG mit 679,0 Punkten bewertet. Aufgrund der Beurteilung stellte das Gremium dem Stadtrat den Antrag, dem Projekt der Implenia Generalunternehmung AG den Zuschlag zu erteilen.

Mit Verfügung vom 6. November 2008 beschloss der Stadtrat Wil, den Zuschlag der Projektvariante der Implenia Generalunternehmung AG, St. Gallen, zum Preis von Fr. 56'300'000.-- zu vergeben. Zur Begründung hielt der Stadtrat fest, die Angebote seien entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Kriterien beurteilt worden. Im gesamten Vergleich mit den weiteren präqualifizierten Anbietern erweise sich die Projektvariante der Implenia Generalunternehmung AG als das wirtschaftlich günstigste Angebot, weshalb es den Zuschlag erhalte.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 17. November 2008 erhob die Halter AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Zuschlagsverfügung des Stadtrats Wil vom 6. November 2008 sei aufzuheben und es sei die Vergabe an die Beschwerdeführerin gemäss dem Werkpreisangebot der Unternehmervariante vom 22. Oktober 2008 anzuordnen, eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und an die Vorinstanz mit verbindlichen Anordnungen zur Neuurteilung zurückzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Ausserdem beantragte die Beschwerdeführerin, es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Beschwerdeführerin rügte eine Verletzung der Begründungspflicht. Ausserdem machte sie geltend, die Auftraggeberin habe ihre Unternehmervariante zu Unrecht nicht berücksichtigt. In der Ausschreibung sei festgelegt worden, dass eine Unternehmervariante berücksichtigt werde, falls sie im Vergleich mit der Grundvariante preislich und funktionell als optimalere Lösung beurteilt wurde, womit sich die



## St.Galler Gerichte

Vorinstanz selber verpflichtet habe, auch Unternehmervarianten zu prüfen. Im weiteren habe die Vorinstanz die Etappierbarkeit als Zuschlagskriterium berücksichtigt. Es scheine bereits heute klar zu sein, dass das Projekt, das den Zuschlag erhalten habe, nicht in dieser Form und wohl auch nicht in einem Zug realisiert werde. Die Etappierbarkeit des Projekts sei aber in der Ausschreibung nicht enthalten gewesen und würde dessen Charakter erheblich verändern. Hiefür wäre eine Neuausschreibung notwendig gewesen.

Die Vorinstanz beantragte mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 24. November 2008, die aufschiebende Wirkung sei nicht zu erteilen und die Beschwerde sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 21. November 2008 ebenfalls, das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

Mit Verfügung vom 26. November 2008 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Er erwog, die Zuschlagsverfügung vom 6. November 2008 enthalte lediglich die Mitteilung, wonach die Angebote entsprechend den ausgeschriebenen Kriterien beurteilt worden seien und sich die Projektvariante der Beschwerdegegnerin als das wirtschaftlich günstigste Angebot erweise. Die mit dem Zuschlag versandte schriftliche Mitteilung des Stadtrates enthalte lediglich die ziffernmässige Bewertung der vier Zuschlagskriterien mit Angabe der Rangfolge im Vergleich mit den übrigen Angeboten, aber keine Darlegung der Gründe, weshalb Abweichungen von der Maximalpunktzahl gemacht bzw. andere Anbieterinnen besser bewertet worden seien. Auch aus der Vernehmlassung der Vorinstanz sei keine eingehende Motivierung der Bewertung ersichtlich. Die Zuschlagsverfügung leide somit an einem gewichtigen formellen Mangel, weshalb die Beschwerde bzw. die in der Beschwerde erhobene Rüge einer fehlenden Begründung hinreichend begründet erscheine.

In ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2008 hält die Vorinstanz an ihrem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, fest.



Auch die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2009 am Antrag, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, fest.

Die Beschwerdeführerin liess sich mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 20. Februar 2009 zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin vernehmen. Sie hielt ihren Antrag, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben, aufrecht. Am Begehren, es sei die Vergabe an sie anzuordnen, hielt sie allerdings nicht fest.

Die einzelnen von den Verfahrensbeteiligten vorgetragenen 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). Die Beschwerdeführerin ist zur Anfechtung des Zuschlags 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. November 2008 entspricht zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 17 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Nach Art. 41 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen. Nach Art. 41 Abs. 3 VöB wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Die Begründung enthält insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote.

2.1. Das Verwaltungsgericht hat die Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung in zahlreichen Urteilen umschrieben und seine Praxis wiederholt publiziert (vgl. statt vieler GVP 2000 Nr. 24, 2006 Nr. 59 und 2007 Nr. 43; VerwGE B 2006/25 vom 12. April 2006 i.S. S. AG, publ. in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Eine Begründung ist ungenügend, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei



das wirtschaftlich günstigste. Die Auftraggeberin muss in der Begründung einer Verfügung - zwar kurz, aber immerhin - darlegen, weshalb sie das Angebot einer bestimmten Unternehmung als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert. Die Anbieter müssen aufgrund der Verfügung bzw. deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert.

2.2. In der angefochtenen Zuschlagsverfügung wurde lediglich festgehalten, dass die Angebote entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien geprüft worden seien und die Projektvariante der Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot sei, weshalb es den Zuschlag erhalte. In den Begleitschreiben an die Anbieterinnen wurde die Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien und die Rangfolge im Vergleich der fünf Anbieterinnen bekannt gegeben. Insoweit enthält die Verfügung zwar in formaler Hinsicht eine Begründung. Diese erschöpft sich aber in der Mitteilung der Bewertungsergebnisse. Angaben, auf welche Tatsachen sich die Bewertung stützte, wurden aber nicht bekannt gegeben. Somit konnte die Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren von den Einzelheiten der Bewertung und den Gründen des Zuschlags Kenntnis erhalten. Die Zuschlagsverfügung ist somit mangels genügender Begründung formell fehlerhaft.

2.3. Im Rahmen des zweifachen Schriftenwechsels vor Verwaltungsgericht kann der Mangel der fehlenden Begründung indes geheilt worden. Von einer Aufhebung einer Zuschlagsverfügung und einer Rückweisung an die Vorinstanz wird deshalb in der Regel abgesehen, wenn der Mangel geheilt werden kann (vgl. VerwGE B 2007/133 vom 5. November 2007 i.S. S. AG, in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Die Verletzung der Begründungspflicht ist aber ungeachtet des Verfahrensausgangs in der Hauptsache bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 2 VRP).

Im übrigen wurde der Beschwerdeführerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die verlangte Akteneinsicht gewährt.

3. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden.



Dagegen kann Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st. gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht hingegen nicht befugt (vgl. statt vieler GVP 1999 Nr. 37 und 2006 Nr. 60).

3.1. Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Termin und Erfahrung. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben.

Der Auftraggeberin wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 58).

3.2. Als Zuschlagskriterien wurden in der Ausschreibung die Wirtschaftlichkeit, insbesondere die Höhe der Investitionskosten sowie die voraussichtlichen Betriebs- und Unterhaltskosten mit einem Gewicht von 40 %, die ortsbauliche Qualität, architektonische Gestaltung und betriebliche Funktionalität des Projekts mit einem Gewicht von 30 %, die Qualität der angebotenen Bauweisen und Konstruktionen sowie die materialtechnische und ökologische Qualität der angebotenen Materialien auf der Grundlage der einzureichenden Baubeschriebe sowie das verbindlich anzugebende Bauprogramm und die gesamte Bauzeit unter Berücksichtigung möglichst geringer Nutzungsunterbrüche für den Betrieb der Eishalle und des Fussballstadions mit je



## St.Galler Gerichte

15 % festgelegt. Beim Bauprogramm wurde festgehalten, es sei ein Terminplan einzureichen, in dem insbesondere die vorgesehene Etappierung für die Phase der Realisierung detaillierter dargestellt werde. Für die Bauherrschaft sei es wichtig, neben der gesamten Bauzeit auch die bei einer wirtschaftlichen und effizienten Bauweise zu erwartenden Nutzungsunterbrüche für den Betrieb der Eishalle und des Fussballstadions beurteilen zu können. Aus Sicht der Bauherrschaft sollten diese Nutzungsunterbrüche möglichst kurz und soweit als möglich ausserhalb der Spitzenbelegungszeiten der entsprechenden Anlageteile liegen.

3.3. Da die eingereichten Angebote sowie die Unternehmervarianten erheblich über dem Kostendach von 46,7 Mio. Franken lagen, lud die Vorinstanz die Anbieterinnen am 1. Oktober 2008 wie erwähnt ein, Projektvarianten aufgrund folgender Vorgaben einzureichen: Vorläufiger Verzicht auf Rutschbahn, Wellnessbereich nur im Rohbau erstellen, vorläufiger Verzicht auf freistehendes Oekonomiegebäude im Freibad und auf Eisparcours (aber Kältetechnik bereitgestellt), Verzicht auf Ausbau der Buvetten im Fussballstadion, Verzicht auf Infrastruktur West, Ausweisen von weiteren Minderkostenpositionen im Rahmen einer Straffung der Raumflächen, welche indes die Anforderungen des Raumprogramms, die Funktionalitäten und die Architektursprache nicht beeinträchtigen dürften.

Die Beschwerdeführerin reichte eine Projektvariante mit Investitionskosten von Fr. 66'628'072.-- ein, die Beschwerdegegnerin eine solche für Fr. 56'340'436.--. Diese erreichte 679 Punkte, während jene mit 530,3 Punkten bewertet wurde. Der Stadtrat hielt fest, für die Weiterbearbeitung der Projektvariante der Beschwerdegegnerin würden die Minderpositionen gemäss Verzicht auf Rutschbahn und Wellnessbereich nicht berücksichtigt, wodurch Mehrkosten entstünden. Demgegenüber solle auf den Eisparcours definitiv verzichtet werden.

Der Stadtrat hielt in seinem Beschluss vom 5./6. November 2008 fest, er erteile der Implenia General-unternehmung AG den Zuschlag auf der Basis der Projektvariante gemäss Vorgaben mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 zum Preis von Fr. 56'300'000.--. Weiter beauftragte er das Departement Bau, Umwelt und Verkehr, nach unbenütztem Ablauf der Beschwerdefrist Verhandlungen mit der Implenia Generalunternehmung AG zur Optimierung des Projekts durchzuführen, einen Werkvertragsentwurf auszuhandeln



und mit der Implenia Generalunternehmung AG die Entschädigung für die notwendige Überarbeitung des Projekts auszuhandeln und dem Stadtrat vorzulegen für den Fall, dass das Projekt nicht realisiert werde. In Ziff. 7 des Beschlusses hält der Stadtrat fest, im Rahmen der nach dem rechtskräftigen Zuschlag erfolgenden Verhandlungen mit der Implenia Generalunternehmung AG seien weitere Entscheide durch das Departement Bau, Umwelt und Verkehr zu prüfen und dem Stadtrat zu unterbreiten. Es seien dies namentlich: Etappierung, Contracting, Minergie.

3.4. Sowohl die Basisangebote als auch die Projektvarianten lagen erheblich über dem in der Ausschreibung vorgegebenen Kostendach von 46,7 Mio. Franken. Die Vorinstanz hat die Anbieterinnen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch bei einer Überschreitung des Kostendachs alle ausgeschriebenen Leistungen anzubieten seien, in diesem Fall jedoch zusätzlich Angaben zu machen seien, mit welchen von den Vorgaben abweichenden Minderleistungen welche Einsparungen zu erzielen wären, so dass der vorgesehene Finanzrahmen eingehalten werden könne. Im Rahmen der Beurteilung der Angebote würden allfällige in Kauf zu nehmende Minderleistungen gegen die entsprechenden Kosteneinsparungen abgewogen, so dass eine objektive Vergleichbarkeit der Angebote auch bei allfälligen Minderleistungen gewährleistet sei.

3.4.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, für die Vorinstanz sei der Fokus der Präsentation weder auf dem Basisangebot noch auf den dazu verlangten Einsparungsmöglichkeiten gelegen, sondern vielmehr einerseits auf der Unternehmervariante und andererseits auf der Möglichkeit, das Projekt in Etappen umzusetzen. Der Grund für diese Gewichtung sei ohne weiteres zu erkennen; das ursprünglich angegebene Kostendach habe sich als vollkommen unerreichbar erwiesen. Für die Vorinstanz seien somit jene Möglichkeiten der Projektumsetzung von besonderem Interesse, bei welchen sich Einsparungen erzielen lassen könnten. Dies sei zum einen die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin, die gegenüber der Basiseingabe deutlich günstiger gewesen wäre. Zum anderen hätten mit einer Etappierung des Projekts die gesamten anfallenden Kosten zeitlich verteilt werden können, so dass der deutlichen Überschreitung des Kostendaches die politische Spitze genommen worden wäre.



3.4.2. Die Vorinstanz hält dagegen, es sei unzutreffend, dass die Möglichkeit einer Etappierung als Zuschlagskriterium bewertet worden sei. Dies gehe auch aus der Bewertungsmatrix hervor. Auch sei unzutreffend, dass die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin im Rahmen der Evaluation nicht beachtet worden sei. Vielmehr habe sich bei der Prüfung der Angebote herausgestellt, dass die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin weder preislich noch funktionell die optimalere Lösung darstelle.

3.4.3. Fest steht, dass das ursprünglich vom Parlament vorgegebene Kostendach 46,7 Mio. Franken beträgt. Sowohl die Basis- als auch die Unternehmervarianten der Verfahrensbeteiligten lagen erheblich über dem bekannten Kostendach. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe sich in den Ausschreibungsunterlagen verpflichtet, Unternehmervarianten zu prüfen und, falls sich eine solche im Vergleich mit der Grundvariante preislich und funktionell als optimalere Lösung präsentiere, bei der Bewertung zu berücksichtigen.

Nach Art. 27 Abs. 2 VöB ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, Unternehmervarianten zu berücksichtigen. Vorbehalten bleiben abweichende Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen (Art. 27 Abs. 3 VöB).

Die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin wurde von der Vorinstanz eingehend geprüft. Dabei wurde namentlich die Unmöglichkeit der Minergie-Zertifizierung als problematisch eingestuft. Jedenfalls wurde die Unternehmervariante nicht als gleichwertig oder wirtschaftlich günstiger als die Basisvariante qualifiziert. Bei dieser Sachlage bestand auch keine Verpflichtung der Vorinstanz, den Zuschlag der Unternehmervariante der Beschwerdeführerin zu vergeben.

3.5. Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe als Zuschlagskriterium die Etappierbarkeit berücksichtigt, obwohl diese in der Ausschreibung nicht enthalten gewesen sei.

In der Einladung zur Ergänzung der Angebote vom 1. Oktober 2008 wurden verschiedene Projektteile aufgeführt, welche in einem späteren Zeitpunkt realisiert werden können. Ausserdem sollten die Minderkosten für verschiedene Optionen



## St.Galler Gerichte

angegeben werden. Sämtliche Anbieterinnen erhielten diese Einladung zur Ergänzung der Offerte. Bei der Vorstellung der Angebote wurden Fragen zur Etappierung gestellt. Der Beschwerdeführerin wurde namentlich die Frage gestellt, ob die Eishalle erst später gebaut werden könne. Auch bei der Präsentation der Offerte der Beschwerdegegnerin wurden analoge Fragen gestellt. Bei der Würdigung der Zuschlagskriterien wurde aber die Etappierbarkeit nicht gesondert berücksichtigt. Namentlich lässt sich aus der Beurteilung, wonach beim Projekt der Beschwerdegegnerin nach einzelnen Funktionseinheiten differenziert wird, nicht auf eine Anwendung eines nicht in der Ausschreibung enthaltenen Zuschlagskriteriums im Zusammenhang mit der Etappierbarkeit schliessen. Diese Beurteilung betraf die Plausibilität des Terminprogramms bzw. die Bauzeit. Beim Kriterium 4 "Bauprogramm und Bauzeit, Nutzungsunterbrüche" wurde das Angebot der Beschwerdeführerin mit 122 Punkten sogar besser bewertet als jenes der Beschwerdegegnerin, welches 110 Punkte erhielt.

Beim Zuschlagskriterium 3 "Qualität der Bauten und Anlagen, Konstruktionen, materialtechnische und ökologische Qualitäten" wurde das Angebot der Beschwerdeführerin mit 109,9 und jenes der Beschwerdegegnerin mit 95,3 Punkten bewertet. Auch bei diesem Kriterium lag das Angebot der Beschwerdeführerin vor jenem der Beschwerdegegnerin.

Beim Zuschlagskriterium 2 "Ortsbauliche Qualität, arch. Gestaltung, betriebl. Funktionalität" wurde das Angebot der Beschwerdeführerin mit 168,6 und jenes der Beschwerdegegnerin mit 203,7 Punkten bewertet. Dabei wurde vor allem die betriebliche Funktionalität bei der Beschwerdeführerin deutlich negativer bewertet als bei der Beschwerdegegnerin. Die negativen Aspekte wurden im Bericht des Beurteilungsgremiums detailliert aufgeführt.

Entscheidend für die schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin war der Preis, und zwar bezüglich der Investitionskosten. Während bei den Betriebs- und Unterhaltskosten das Angebot der Beschwerdeführerin mit 120,2 Punkten gegenüber jenem der Beschwerdegegnerin mit 128,1 Punkten nur unwesentlich tiefer bewertet wurde, erzielte die Beschwerdeführerin bei den Investitionskosten lediglich 9,6 Punkte gegenüber 141,9 Punkten der Beschwerdegegnerin.



## St.Galler Gerichte

Auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 20. Februar 2009 vermögen nicht darzutun, dass die Etappierbarkeit als weiteres Zuschlagskriterium berücksichtigt wurde. Die Bewertung der einzelnen Kriterien ist aufgrund des Beurteilungsberichts nachvollziehbar. Inwiefern bewusst oder unbewusst die Etappierungsmöglichkeit in Betracht gezogen wurde, ist nicht stichhaltig begründet. Demgegenüber ist aber klar, dass die Anbieterinnen in ihren Projektvarianten konkrete Einsparungsmöglichkeiten mit detaillierter Auflistung der Minderleistungen und Minderkosten aufzeigen mussten. Dies hat auch die Beschwerdeführerin in ihrer Projektvariante gemacht.

Fest steht, dass der Zuschlag einer Projektvariante erteilt wurde, welche mehr als 10 Mio. Franken bzw. mehr als 20 % über dem parlamentarisch genehmigten Kostendach liegt. Aufgrund des Stadtratsbeschlusses bzw. dessen Ziff. 7 ist es grundsätzlich möglich, dass nach dem Zuschlag bzw. nach der Rechtskraft des Zuschlags geprüft werden kann, ob das Vorhaben etappiert werden könnte. Anders würden die Bemerkungen, wonach Verhandlungen zur Optimierung des Projekts durchzuführen seien und das Departement weitere Entscheide zu prüfen bzw. dem Stadtrat zu unterbreiten habe namentlich in bezug auf Etappierung, Contracting und Minergie, keine vernünftige Bedeutung haben.

Nach der Praxis folgt aus dem Transparenzprinzip und dem Gebot der Publizität, dass bei nachträglicher Änderung des Beschaffungsgegenstands in einem wichtigen Punkt das laufende Vergabeverfahren unterbrochen bzw. neu begonnen werden muss, damit neue potentielle Anbieter die Möglichkeit haben, ein Angebot einzureichen, um den Zuschlag für die neue Beschaffung zu erhalten. Bei wesentlichen Projektänderungen ist die Vergabestelle verpflichtet, das Verfahren abubrechen und neu aufzulegen bzw. zu wiederholen. Als typische Fälle werden in diesem Zusammenhang Projektänderungen genannt, die sich im Auftragswert niederschlagen, so dass aufgrund des Schwellenwertes ein höherstufiges Verfahren zu wählen ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, 1. Bd., Rz 498 f. mit Hinweis).

Im vorliegenden Fall wurde den Anbieterinnen die Möglichkeit eingeräumt, einzelne Positionen bzw. Kosteneinsparungen durch Verzicht auf einzelne Positionen genau zu



beziffern und diesbezüglich ihre Angebote abzuändern. Die Anbieterinnen haben sich vorbehaltlos auf diese teilweise Änderung der ausgeschriebenen Leistungen eingelassen. Eine Rüge dieses Vorgehens ist in der Beschwerde gegen den Zuschlag nicht mehr zulässig, da er gegen Treu und Glauben verstossen würde.

3.6. Auffallend ist im vorliegenden Fall die erhebliche Diskrepanz zwischen dem Angebotspreis für die Projektvariante und dem vom Parlament vorgegebenen Kostenrahmen.

Dass eine mögliche Etappierung in Betracht gezogen wurde, ist offensichtlich. Auf diesen Punkt wurden die Anbieterinnen bei der Präsentation der Projekte angesprochen. Namentlich wurde ein Aufschub des Baus der Eishalle in Erwägung gezogen. Die Beschwerdeführerin hielt dazu fest, dies sei später mit der Fussballstehtribüne möglich. Auch wurde die Eishalle mit Eisparcours in den Basisangeboten als separate Einheit ausgewiesen. Bei der Projektvariante der Beschwerdeführerin betrug der Kostenanteil rund 20 Mio. Franken, bei der Beschwerdegegnerin rund 16,8 Mio. Franken. Bei der Präsentation der Projekte wurde offenbar auch seitens der Beschwerdeführerin der Kostenanteil auf rund 16,8 Mio. Franken beziffert. Damit besteht die Situation, dass das Gesamtprojekt aus zahlreichen Einzelelementen besteht, von denen auf bestimmte vorläufig oder endgültig verzichtet werden kann.

Um auf ein Kostenniveau von rund 46,7 Mio. Franken zu gelangen, sind jedenfalls erhebliche Abstriche erforderlich. Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass der Stadtrat ein anderes als das ausgeschriebene Projekt zum Gegenstand der Beschaffung machen will bzw. machen wird. Ohnehin verschafft der Zuschlag keinen Anspruch auf Abschluss des Werkvertrags; vorbehalten bleibt die Zustimmung des Parlaments und der Stimmbürgerschaft.

Selbst eine nur teilweise Realisierung des Projekts wäre im vorliegenden Fall nicht als Projektänderung zu bezeichnen, welche zwingend einen Abbruch des Verfahrens und eine neue Ausschreibung nach sich ziehen würde. Mit dem Angebot von Minderkostenoptionen mussten die Anbieterinnen rechnen, dass nur ein Teil des ursprünglich ausgeschriebenen Basisprojekts für die Vergabe massgebend sein kann.



Eine Neuausschreibung ohne einzelne Elemente hätte keine wesentlichen neuen Erkenntnisse gebracht. Namentlich hätte beispielsweise ein Verzicht auf die Ausschreibung der Eishalle an den Angeboten für die übrigen Elemente wenig geändert. Das Angebot der Beschwerdeführerin lag zudem preislich derart weit über jenem der Beschwerdegegnerin, dass es bei der Gewichtung der Angebote der beiden Verfahrensbeteiligten im gegenseitigen Vergleich ungeachtet des Verzichts auf einzelne Teile des Sportparks keine Verschiebung der Rangfolge gegeben hätte. Auch die Beschwerdeführerin bestätigte ausdrücklich, dass beispielsweise eine spätere Ausführung der Eishalle bei ihrer Projektvariante möglich ist. Werden die entsprechenden Kosten für einzelne Projektteile ausgeklammert, dann ändert sich die Bewertung nicht zugunsten der Beschwerdeführerin. Dies gilt auch für die übrigen Teile des Sportparks. Die Beschwerdeführerin hat sich vorbehaltlos auf eine allfällige Etappierung eingelassen.

3.7. Zusammenfassend kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz das Verfahren nicht zwingend abbrechen und das Vorhaben neu ausschreiben musste. Auch ist eine mögliche Änderung bzw. Redimensionierung des Projekts von der Ausschreibung bzw. den ergänzenden Vorgaben, denen sich die Verfahrensbeteiligten ohne Vorbehalt unterzogen haben, gedeckt. Der Zuschlag steht unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch Parlament und Stimmbürgerschaft. Soweit der Stadtrat in seinem Beschluss Verhandlungen in Aussicht stellte, kann es sich nicht um unzulässige Preisverhandlungen im Sinne von Art. 33 Abs. 3 VöB handeln. Verhandlungen sind ausschliesslich im Rahmen der von der Vorinstanz mit den Anbieterinnen erörterten Aspekte zulässig. Bei der Beurteilung und Gewichtung der Zuschlagskriterien hat die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum jedenfalls nicht überschritten oder missbraucht. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

4. Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens grundsätzlich zulasten der Beschwerdeführerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Aufgrund der mangelhaften Begründung hat die Vorinstanz einen Teil der amtlichen Kosten zu tragen (Art. 95 Abs. 2 VRP). Angemessen ist eine Kostenaufgabe von einem Viertel zulasten der Vorinstanz. Eine Entscheidgebühr von Fr. 30'000.-- (Ziff. 381 und 382 in Verbindung mit Ziff. 303 Gerichtskostentarif, sGS 941.12) ist gerechtfertigt. Der Anteil der Beschwerdeführerin ist mit dem Kostenvorschuss zu



## St.Galler Gerichte

verrechnen und der Rest von Fr. 7'500.-- zurückzuerstatten. Auf die Erhebung des Anteils der Vorinstanz von Fr. 7'500.-- (inkl. Kosten der Verfügung vom 26. November 2008) ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Die Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98bis VRP). Ihr Vertreter hat eine Honorarnote über Fr. 5'600.-- zuzügl. Barauslagen von Fr. 150.-- sowie MWSt, insgesamt Fr. 6'187.--, eingereicht. Dieses Honorar ist tarifgemäss und angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Die Beschwerdeführerin ist unterlegen, und die Vorinstanz hat als Gemeinwesen keinen Anspruch auf Kostenersatz (R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 176).

Die ausseramtliche Entschädigung der Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz für das Zwischenverfahren betr. aufschiebende Wirkung wurde in der Verfügung vom 26. November 2008 festgelegt.

Demnach hat das Verwaltungsgericht

### **zu Recht erkannt:**

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 30'000.-- werden zu drei Vierteln der Beschwerdeführerin und zu einem Viertel der Vorinstanz auferlegt; auf ihre Erhebung wird nicht verzichtet. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 30'000.-- wird verrechnet und der Beschwerdeführerin der Rest von Fr. 7'500.-- zurückerstattet.

3./ Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin mit Fr. 6'187.-- (inkl. MWSt) ausseramtlich zu entschädigen.



## St.Galler Gerichte

V.      R.      W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. ihr. Thomas Mayer, 9004 St. Gallen)
  
- die Vorinstanz (durch Rechtsanwalt Dr. Stefan Scherler, 8640 Rapperswil)
  
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt Dr. Elmar M. Jud, 9001 St. Gallen)

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.