



**Fall-Nr.:** B 2010/220  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 13.02.2020  
**Entscheiddatum:** 26.01.2011

### **Urteil Verwaltungsgericht, 26.01.2011**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 34 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Wird der Personalbestand einer Anbieterin als Unterkriterium der Leistungsfähigkeit gewertet, so darf ein hoher Personalbestand nicht generell besser gewichtet werden als eine geringere Anzahl Mitarbeitende, wenn keine sachlichen Gründe bei dem zu vergebenden Auftrag bestehen (Verwaltungsgericht, B 2010/220).**

**Urteil vom 26. Januar 2011**

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder,  
Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber lic. iur.  
Th. Vögeli

---

In Sachen

**W. & B. AG,,**

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. A.

gegen

**Politische Gemeinde Gossau,** vertreten durch den Stadtrat, 9201 Gossau,

**Vorinstanz,**



## St.Galler Gerichte

dieser vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M.

sowie

**G. + W. Ingenieure AG,**

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**öffentliches Beschaffungswesen; Erschliessung Gebiet Moosburg (Westspange),  
Ingenieurarbeiten**

**hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ Die Politische Gemeinde Gossau schrieb im Amtsblatt Nr. 22 vom 31. Mai 2010 die Ingenieurarbeiten für die Erschliessung des Gebiets Moosburg im offenen Verfahren aus. In der Folge reichten insgesamt zehn Ingenieurunternehmungen bzw. -gemeinschaften Angebote zwischen Fr. 243'000.-- und Fr. 1'244'700.-- ein. Mit Verfügung vom 25. August 2010 vergab der Stadtrat Gossau den Zuschlag zum Preis von Fr. 430'164.-- der G. + W. Ingenieure AG, Flawil.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 13. September 2010 erhob die W. & B. AG, Gossau, Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Vergabeentscheid vom 25. August 2010 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot offeriert habe und es sei ihr daher der Zuschlag zu erteilen; ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz. Zur Begründung machte die Beschwerdeführerin im wesentlichen geltend, ihr Angebot sei bei den Zuschlagskriterien "Leistungsfähigkeit" sowie "Sicherung des Ausbildungsstandes" unsachgemäss und ermessensmissbräuchlich bewertet worden. Namentlich die Bewertung des Personalbestands bzw. der Anzahl Mitarbeiter nehme eine völlig überproportionale und damit unverhältnismässige Bedeutung ein.



## St.Galler Gerichte

Die Vorinstanz beantragte mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 17. September 2010, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Beschwerdegegnerin liess sich zum Begehren um aufschiebende Wirkung nicht vernehmen.

Mit Verfügung vom 21. September 2010 gewährte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Er erwog, die Beurteilung der Kapazität bzw. der Leistungsfähigkeit allein nach dem Mitarbeiterbestand erscheine unsachgemäss und diskriminierend, weil dadurch kleinere Unternehmen systematisch benachteiligt würden.

In ihrer Stellungnahme vom 12. Oktober 2010 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Hauptantrag fest.

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 26. Oktober 2010 vernehmen. Sie hielt ebenfalls an ihrem Rechtsbegehren gemäss ihrer Vernehmlassung vom 17. September 2010 fest.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Eingabe vom 29. Oktober 2010, die Beschwerde sei abzuweisen, eventuell sei die Sache an die Vergabeinstanz zur Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, subeventualiter zur Neuauswertung der Angebote, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Beschwerdeführerin wurde Gelegenheit gegeben, sich zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zu äussern. Dies tat sie mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 17. November 2010.

Die von den Verfahrensbeteiligten im einzelnen 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. 2 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin 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 Beschwerdeschrift vom 13. September 2010 wurde rechtzeitig eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Die Vorinstanz macht geltend, das Pflichtenheft sei Bestandteil der Ausschreibung gewesen. Soweit gerügt werde, die Unterkriterien seien ohne Gewichtung und daher mangelhaft aufgeführt worden, hätten diese Einwendungen gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen. Grundsätzlich trifft es zu, dass Einwendungen gegen die Ausschreibung nicht erst mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag vorgebracht werden können. Die Beschwerdeführerin macht allerdings nicht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf ein Unterkriterium Personalbestand abgestellt, sondern sie rügt, es sei zu Unrecht auf den Gesamtpersonalbestand als ausschlaggebendes Merkmal abgestellt worden. Diese Rüge ist zulässig.

Die Beschwerdegegnerin hat zum Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde keine Stellung genommen. Mit der Verfügung vom 21. September 2010 über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde die Beschwerdeführerin eingeladen, zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen. In der Folge wurden die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin eingeladen, sich zur Vernehmlassung der Beschwerdeführerin zu äussern. Darauf beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Die Eingabe der Beschwerdegegnerin ist rechtzeitig erfolgt und zulässig; in der Verfügung vom 14. September 2010 waren Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ausschliesslich aufgefordert worden, zum Begehren um aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen. Die Beschwerdegegnerin erhielt daher mit der Einladung zur Stellungnahme zur Vernehmlassung der Beschwerdeführerin erstmals Gelegenheit, sich materiell zur Beschwerde zu äussern.



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, Erfahrung sowie Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung. 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.

Dem Auftraggeber 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 (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 58).

3.2. Die Vorinstanz hat als Zuschlagskriterien den Angebotspreis mit einer Gewichtung von 45 %, die Leistungsfähigkeit mit einer Gewichtung von 20 %, die Qualität und die Erfahrung/ Referenzen mit einer Gewichtung von je 15 % sowie die Sicherung des Ausbildungsstandes mit einer Gewichtung von 5 % festgelegt und sie in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben.



Das Angebot der Beschwerdegegnerin wurde mit 368 Punkten und jenes der Beschwerdeführerin mit 362 Punkten bewertet. Bei den Kriterien Angebotspreis und Erfahrung/Referenzen wurden beide Anbieterinnen identisch bewertet. Abweichungen ergaben sich beim Kriterium Qualität, wo das Angebot der Beschwerdeführerin mit 76 Punkten und jenes der Beschwerdegegnerin mit 62 Punkten bewertet wurde, und beim Kriterium Leistungsfähigkeit, bei dem die Beschwerdeführerin mit 84 und die Beschwerdegegnerin mit 100 Punkten bewertet wurde. Dabei wurde das Unterkriterium Personalbestand bei der Beschwerdeführerin mit 24 und bei der Beschwerdegegnerin mit 40 Punkten bewertet, während die beiden anderen Unterkriterien gleich bewertet wurden. Eine weitere Abweichung ergab sich sodann beim Unterkriterium Engagement in Verbänden, bei dem die Beschwerdegegnerin 10 Punkte und die Beschwerdeführerin 6 Punkte erzielte.

3.3. Die Vorinstanz hielt im Rahmen der Offertprüfung fest, die Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen werde anhand der Unterkriterien Kapazität der Unternehmung aufgrund des Personalbestands, der Terminplanung für das Projekt und der Gewährleistung der Stellvertretung beurteilt. Der Personalbestand wurde in der Abstufung bis 5 Mitarbeiter, 5 bis 10, 10 bis 20, 20 bis 30 und über 30 Mitarbeiter gewertet. Die Vorinstanz erwog, bei der Beschwerdegegnerin sei mit 40 Personen mit Hochschulabschluss, 4 Technikern und 28 Bauzeichnern eine genügende Kapazität vorhanden. Die G.-Gruppe beschäftige rund 600 Personen, auf die ebenfalls zurückgegriffen werden könne. Für das eingesetzte Personal sei der erforderliche Stundenaufwand aufgezeigt. Anhand der Bewertungsskala ergebe dies die maximale Punktzahl von 40. Die Vorinstanz hielt zur Beschwerdeführerin fest, diese beschäftige 7 Personen mit Hochschulabschluss, 2 Techniker/Konstrukteure und 6 Zeichner. Dies ergebe 24 Punkte. In der Bewertungsmatrix wird festgehalten, die "Kapazität sollte gewährleistet sein". Für die personelle Kapazitätsgewährleistung sei der Personeneinsatz mit Zeitbedarf (Personalreservation fürs Projekt) aufgezeigt.

3.4. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Zuschlagskriterien Leistungsfähigkeit sowie Sicherung des Ausbildungsstandes seien unsachgemäss und ermessensmissbräuchlich bewertet worden. Insbesondere die Bewertung des reinen Personalbestands (Anzahl Mitarbeiter) nehme, entgegen der vorgängigen Bekanntgabe der Gewichtung dieses Kriteriums, eine völlig überproportionale und damit



unverhältnismässige Bedeutung ein. Zudem liege eine nachträglich vorgenommene und damit intransparente Gewichtung innerhalb des Zuschlagskriteriums Leistungsfähigkeit vor. Die unzureichende Bewertung der Anzahl Auszubildenden im Betrieb (beim Zuschlagskriterium Sicherung des Ausbildungsstandes) sei sodann in keiner Weise sachlich begründet.

Die Ausschreibungsunterlagen würden unter anderen die Leistungsfähigkeit mit einer Gewichtung von 20 % vermerken. Als Unterkriterien seien, allerdings ohne Gewichtung, der Personalbestand bzw. die Kapazitäten, die Termingewährleistung und die Stellvertretung der Verantwortlichen aufgeführt. Erst mit der nach der angefochtenen Verfügung eröffneten Kriterientabelle mit Bewertung werde die Gewichtung des Personalbestands ersichtlich. Hätte hingegen diese Bewertung bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung bestanden, hätte dieses Schema den Bewerbern zum voraus bekanntgegeben werden müssen. Aufgrund des Pflichtenhefts habe die Beschwerdeführerin nämlich davon ausgehen dürfen, dass vom Ingenieurbüro namentlich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Bonität, ausgeprägte Erfahrungen im Bau, auch von schwierigen Bauvorhaben, erwartet werde und dass es den terminlichen Anforderungen gerecht werde. Mit anderen Worten habe die wirtschaftliche und personelle Leistungsfähigkeit und Termintreue sichergestellt werden sollen. Indem nun die Vergabebehörde darüber hinaus (und überproportional) den nackten Personalbestand bewertet habe, habe sie nachträglich eine nicht sachgerechte Bewertung getroffen. Gemäss der angewandten Abstufung sei die Vergabebehörde für die Beschwerdeführerin offensichtlich von 15 Mitarbeitern ausgegangen, was 24 gewichtete Punkte gegenüber 40 gewichteten Punkten für die Beschwerdegegnerin ergeben habe. Diese massive Übergewichtung des reinen Personalbestands bzw. der Anzahl Mitarbeiter bevorteile einseitig und willkürlich grosse Ingenieurunternehmen. Damit widerspreche diese Bewertung eklatant dem Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgebot nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 VöB, indem kleinere Büros vorweg überdurchschnittlich unterbewertet würden, obschon dies mit der Qualität der Leistung sowie der Leistungsfähigkeit in keinem kausalen Zusammenhang stehe. Die Überbewertung des Personalbestands sei namentlich unsachgemäss in bezug auf das konkrete Projekt. Laut detailliertem Terminprogramm mit dem vorgesehenen Personaleinsatz von sechs Personen über die Bauzeit von 12,5 Monaten würden über die ganze Projektzeit maximal 6 Leute beschäftigt. In der



Spitzenbelastung seien maximal 3 Personen parallel beschäftigt. Die Zuschlagskriterien seien projektbezogen zu beurteilen. Letztlich sei auch die konkrete Abstufung zu gewichten. Im übrigen sei die Bewertung des Unterkriteriums "Anzahl Auszubildende im Betrieb" nicht nachvollziehbar.

3.5. Die Vorinstanz hält fest, auch die Unterkriterien seien beim Zuschlagskriterium Leistungsfähigkeit klar definiert und verständlich umschrieben. Dass die Leistungsfähigkeit anhand des Personalbestands, der Kapazitäten und der Terminplanung sowie der Gewährleistung von Stellvertretungen bei den verantwortlichen Personen beurteilt werde, sei einerseits nichts Aussergewöhnliches und liege andererseits auch im Ermessen der Vergabebehörde. Im übrigen hätte die Beschwerdeführerin die Ausschreibung anfechten müssen, wenn sie gegen die Zuschlagskriterien Einwendungen hätte erheben wollen. Das Unterkriterium Personalbestand nehme 40 % des Zuschlagskriteriums Leistungsfähigkeit in Anspruch. Von einer massiven Überbewertung des Personalbestands könne aufgrund dieser Gewichtung keine Rede sein. Im übrigen sei der Personalbestand durchaus geeignet, die Leistungsfähigkeit eines Bewerbers zu beurteilen. Es sei sachgerecht, das unterschiedliche Leistungsvermögen der Anbieterinnen in die Bewertung einfließen zu lassen. Der Leistungsumfang der Ingenieurarbeiten sei nicht unerheblich bzw. gerade in der heutigen Zeit handle es sich um ein grösseres Vorhaben. Bei Ingenieurarbeiten der genannten Grössenordnung sei wesentlich, dass genügend Personal vorhanden sei, um einen reibungslosen Ablauf zu gewährleisten. Dabei müsse auch ein allfälliger Ausfall von Personal (Krankheit, Unfall, Militärdienst, Kündigungen) bewältigt werden können. Nachdem die Auslastung bei Ingenieurbüros tendenziell eher gross sei und die Bewerber auch andere Aufträge zu erfüllen hätten, sei es sachgerecht, den Personalbestand (gewisse Personalreserven) in die Beurteilung einzubeziehen. Dies bevorzuge nicht grosse Ingenieurbüros, sondern sei Ausfluss der Vorgabe, dass - unter Berücksichtigung des Umfangs der zu offerierenden Leistungen - das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten solle.

Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Vernehmlassung fest, ein kleineres Ingenieurbüro wie die Beschwerdeführerin könne den Auftrag allein nicht - oder jedenfalls nicht kompetent - erfüllen. Dies heisse nicht, dass kleine Büros von solchen Aufträgen generell ausgeschlossen seien. Damit sie die Leistungen nicht nur anbieten, sondern



tatsächlich auch erfüllen könnten, müssten sie sich aber für solche Projekte zwingend zu Ingenieurgemeinschaften zusammenschliessen. Andernfalls seien sie weder fachlich noch von den personellen Ressourcen her in der Lage, das zu erbringen, was das Gemeinwesen erwarten dürfe.

3.6. In den Ausschreibungsunterlagen waren als Zuschlagskriterien wie erwähnt unter anderem die Leistungsfähigkeit mit einer Gewichtung von 20 % vermerkt, wobei als Unterkriterien der Personalbestand, die Kapazitäten/Termingewährleistung (Terminplan) und die Stellvertretung der Verantwortlichen vermerkt war, ohne dass für diese Unterkriterien eine besondere Gewichtung angegeben war.

Das Gebot der Nichtdiskriminierung nach Art. 5 Abs. 1 VöB verbietet, dass grössere Unternehmungen bzw. Unternehmungen mit grösserem Personalbestand für jegliche Aufträge generell als besser geeignet betrachtet werden als kleinere Unternehmungen bzw. Unternehmungen mit kleinerem Personalbestand. Wenn daher stets der gesamte Personalbestand eines Anbieters in die Gewichtung einbezogen würde, hätte dies zur Folge, dass Anbieter mit einem geringeren Personalbestand gegenüber Anbietern mit einem höheren Personalbestand generell benachteiligt würden, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund vorläge. Wenn aufgrund des konkreten Vorhabens nicht davon ausgegangen werden kann, dass die ausgeschriebenen Arbeiten nur von Unternehmungen ausgeführt werden können, welche eine gewisse Mindestzahl von Mitarbeitenden je Ausbildungsstufe beschäftigen, ist es daher geboten, nicht ausschliesslich die Anzahl der mitarbeitenden Personen zu gewichten, sondern die Struktur der personellen Zusammensetzung (vgl. VerwGE B 2003/96 vom 28. August 2003, nicht publiziert). Massgebend ist, ob eine Anbieterin über den für die Erfüllung des Auftrags vorhandenen Personalbestand verfügt (bzw. diese auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Auftrags gewährleisten kann).

Die Beschwerdegegnerin beschäftigt gemäss Offerte 40 Personen mit Hochschulabschluss, 4 Techniker/Konstrukteure, 28 Zeichner, 20 Lernende und andere Mitarbeitende, insgesamt 102 Personen. Die Beschwerdeführerin beschäftigt gemäss Offerte 7 Personen mit Hochschulabschluss, 2 Techniker/Konstrukteure, 6 Zeichner, 4 Lernende und eine weitere Person, insgesamt 20 Personen. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Verfahrensbeteiligten unrichtige Angaben zum



## St.Galler Gerichte

Personalbestand machten. Entsprechende Feststellungen machte die Vorinstanz bei der Offertprüfung jedenfalls nicht. Namentlich ergeben sich auch aus der Homepage der Beschwerdeführerin keine Indizien für unrichtige Angaben. Es ist zulässig, beim Personalbestand nicht nur die fachspezifischen Angestellten anzuführen, sondern die gesamte Belegschaft.

In der Offerte der Beschwerdegegnerin wurde vermerkt, die Angaben zum Personalbestand bezögen sich nur auf die G. + W. Ingenieure AG. Die G. Gruppe beschäftige insgesamt ca. 600 Mitarbeitende. Gemäss Organigramm und Handelsregistereintrag existieren im Rahmen der G. Gruppe u.a. eine G. + W. Ingenieure AG, Zürich und eine G. + W. Ingenieure AG, St. Gallen. Erstere hat eine Zweigniederlassung in Flawil. Eine G. + W. Ingenieure AG (mit einer Firma ohne Ortsangabe) ist im Organigramm nicht aufgeführt. Auf welche Gesellschaft sich die Angaben in der Offerte der Beschwerdegegnerin zum Personalbestand beziehen, namentlich ob der Personalbestand der Zweigniederlassung Flawil oder der G. + W. Ingenieure AG, Zürich vermerkt ist, geht aus der Offerte nicht zweifelsfrei hervor.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin die Eignung zur Erfüllung des Auftrags ausdrücklich attestiert. Sie ist im zweiten Rang der Bewertung plazierte. Der Einwand der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin wäre aufgrund der Betriebsgrösse gar nicht imstande, den Auftrag auszuführen, ist daher offensichtlich unzutreffend. Auf die entsprechenden Vorbringen ist nicht weiter einzugehen.

Die Beschwerdegegnerin hat in den Angaben über das Projektteam 3 Personen angeführt, nämlich den Projektleiter, der gleichzeitig als Teilprojektleiter Strassenbau/Kanalbau fungiert, den Projektleiter-Stellvertreter sowie einen Teilprojektleiter Versickerung/Hochwasserschutz. Weiter wurden die verschiedenen Spezialisten aus der G.-Gruppe genannt, die bei Bedarf ins Projektteam aufgenommen werden können.

Die Beschwerdeführerin hat im Projektteam 4 Personen bezeichnet, nämlich den Projektleiter, der gleichzeitig als Teilprojektleiter "Strassenbau/Kreisbau" fungiert, den Projektleiter-Stellvertreter, der gleichzeitig als Teilprojektleiter Entwässerungen fungiert sowie den Teilprojektleiter Werkleitungen. Ausserdem wurde eine



## St.Galler Gerichte

Landschaftsarchitektin als beizuziehende Spezialistin angegeben. Die weiteren beizuziehenden Spezialisten wurden mit dem Vermerk "noch offen" genannt.

Aufgrund der Art des Projekts sowie der Offertsummen kann im vorliegenden Fall nicht von einem überdurchschnittlich umfangreichen oder komplexen Ingenieurauftrag gesprochen werden. Das Projekt umfasst im wesentlichen die Erschliessung von Bauland, welche Strassen, Kanalisationen und Werkleitungen umfasst. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält, wird die Vorinstanz gemäss Projektausschreibung einen externen Verkehrsplaner sowie einen externen Geologen beiziehen. Aufgrund des Pflichtenhefts bestehen jedenfalls keine Anhaltspunkte, dass es sich vorliegend um ein Projekt mit überdurchschnittlich hohen oder aussergewöhnlichen Anforderungen hinsichtlich der Personalkapazität oder der Anforderungen an den Personalbestand handelt.

Entscheidend ist in erster Linie, ob eine Anbieterin imstande ist, mit ihrem Personalbestand den ausgeschriebenen Auftrag auszuführen. Die Vorinstanz hielt denn auch in der Bewertungsmatrix fest, dass bei der Beschwerdeführerin die Kapazität gewährleistet sein sollte. Es ist zweifellos sachgerecht, dass das unterschiedliche Leistungsvermögen in die Bewertung einfließen kann. Auch ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass genügend Personal vorhanden ist, um einen reibungslosen Ablauf zu gewährleisten, und dass ein allfälliger Ausfall von Personal bewältigt werden muss. Aufgrund des Personalbestands der Beschwerdeführerin bestehen aber keine Anhaltspunkte, dass diese nicht imstande ist, einen reibungslosen Ablauf zu gewährleisten, und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern ein allfälliger Ausfall von Personal nicht bewältigt werden könnte. Aufgrund des gesamten Personalbestands besteht weiter kein Grund zur Annahme, dass keine Personalreserven vorhanden sind bzw. die Stellvertretung bei unvorhergesehenen Absenzen nicht gewährleistet ist. Wenn bei einem Auftrag, wie er vorliegend vergeben wurde, der Gesamtpersonalbestand einer Unternehmung als eines der Hauptkriterien in die Gewichtung einbezogen und mit 40 % innerhalb des Kriteriums Leistungsfähigkeit gewichtet wird, so führt dies zu einer Diskriminierung kleinerer Unternehmen. Auch unter Berücksichtigung des Einbezugs von gewissen Personalreserven kann der Gesamtpersonalbestand im Hinblick auf den Umfang und die Art des auszuführenden Auftrags nicht als ausschlaggebendes Kriterium herangezogen werden, welches



generell eine schlechtere Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin rechtfertigt. Im vorliegenden Fall zeigt sich, dass sich die Projektteams der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin namentlich hinsichtlich Bestand und Zusammensetzung nicht wesentlich unterscheiden. Das Projektteam der Beschwerdeführerin weist sogar vier Personen auf, während jenes der Beschwerdegegnerin drei Personen zählt. Zudem ist wie erwähnt auch bei der Beschwerdeführerin eine hinreichende Personalreserve vorhanden.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass eine Bewertungsdifferenz von 16 Punkten beim Kriterium Personalbestand den Rahmen des Ermessens überschreitet und nicht auf sachlichen Gründen beruht.

3.7. Die Wertung des Kriteriums Sicherung des Ausbildungsstandes bezog sich bei beiden Anbieterinnen auf das Verhältnis Angestellte/Lehrlinge, wobei bei der Beschwerdegegnerin 72 Personen des Fachpersonals 20 Lehrlingen gegenübergestellt sind und bei der Beschwerdeführerin 15 Personen des Fachpersonals 4 Lehrlingen, was ein Verhältnis von 2,77 bzw. 2,66 und damit bei beiden Anbieterinnen eine identische Bewertung mit 1,8 bzw. gewichtet 9 Punkten ergab. Diese Gewichtung erscheint sachgerecht. Die Beschwerdeführerin ist denn auch in ihrer Stellungnahme nicht weiter darauf eingegangen.

3.8. Zusammenfassend ergibt sich, dass aufgrund der nicht nachvollziehbaren Bewertung beim Unterkriterium Personalbestand bzw. der entsprechenden Differenz von 16 Punkten und der geringen Differenz von lediglich 6 Punkten bei der gesamten Bewertung nicht ausgewiesen ist, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste ist. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen und die Zuschlagsverfügung des Stadtrats Gossau vom 25. August 2010 aufzuheben. Dies entspricht einer Gutheissung der Beschwerde.

3.9. Ein Zuschlag wird mit dem Beschwerdeentscheid nur in Ausnahmefällen angeordnet. Im Streitfall wurde zwar lediglich das Kriterium Leistungsfähigkeit angefochten. Allerdings bleibt offen, wie dieses im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen im Ergebnis neu zu beurteilen ist. Aufgrund der eingeschränkten Überprüfungsbefugnis rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall nicht, die Bewertung im



Beschwerdeentscheid selber vorzunehmen und reformatorisch über den Zuschlag zu entscheiden. Die Angelegenheit ist zur ergänzenden Bewertung im Sinne der Erwägungen und zur neuen Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei darf allerdings nicht die gesamte Bewertung in Wiedererwägung gezogen werden. Die Neubeurteilung hat sich auf die angefochtenen Kriterien zu beschränken. Deshalb kann entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin die Preisbewertung nicht mehr neu vorgenommen werden.

4. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 5'000.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- zurückzuerstatten.

Über Kosten und Entschädigung im Zwischenverfahren betr. Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde in der Verfügung vom 21. September 2010 entschieden. Dabei hat es sein Bewenden.

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Diese geht zulasten der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdeführerin hat eine Kostennote mit einem Honorar von Fr. 4'750.-- zuzügl. 4 % Barauslagen (Fr. 190.--) sowie MWSt eingereicht. Honorar und Barauslagen sind tarifkonform und angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b und Art. 28bis der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Für das Zwischenverfahren betr. aufschiebende Wirkung hat zwar die Vorinstanz eine Entschädigung gemäss der Verfügung vom 21. September 2010 zu leisten. Allerdings ist in der Kostennote der Beschwerdeführerin deren Eingabe vom 17. November 2010 nicht berücksichtigt. Damit erweist sich das Honorar für das Hauptverfahren gesamthaft als angemessen.

Da die zu entschädigende Beschwerdeführerin selber mehrwertsteuerpflichtig ist, kann sie die der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld abziehen, ohne dass ihr dadurch eine Mehrbelastung entsteht. Daher muss die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung nicht



zusätzlich berücksichtigt werden (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 194).

### **Demnach hat das Verwaltungsgericht**

#### **zu Recht erkannt:**

- 1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung des Stadtrats Gossau vom 25. August 2010 aufgehoben.
- 2./ Die Angelegenheit wird im Sinne der Erwägungen zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
- 3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der Beschwerdeführerin wird der Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- zurückerstattet.
- 4./ Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das Hauptverfahren mit Fr. 4'940.-- ausseramtlich zu entschädigen.
- 5./ Hinsichtlich Kosten und Entschädigung für das Zwischenverfahren betr. aufschiebende Wirkung hat es bei der Verfügung vom 21. September 2010 sein Bewenden.

V.      R.      W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

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