



Fall-Nr.: B 2010/57
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.05.2010
Entscheiddatum: 11.05.2010

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 11. Mai 2010

öffentliches Beschaffungswesen, Art. 41 Abs. 1 und 3 und Art. 34 VöB (sGS 841.11). Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung; Heilung einer mangelhaften Begründung im Beschwerdeverfahren, Rechtmässigkeit der Bewertung der Angebote (Verwaltungsgericht, B 2010/57).

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

Manser Arnegg, Zweigniederlassung der Kibag Strassen- und Tiefbau,
Bischofszellerstrasse 311, 9212 Arnegg,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Werner Rechsteiner, Unterer Graben 1, 9001 St.
Gallen,

gegen

Politische Gemeinde Wartau, vertreten durch den Gemeinderat, 9478 Azmoos,



Vorinstanz,

und

ARGE L. Gantenbein & Co. AG/Werner Marty AG, Seidenbaum 7, 9477 Trübbach,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Sanierung Trüebbach,
Erstellung eines Geschieberückhaltebeckens, Bauarbeiten inkl. Strassenzufahrt

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Der Gemeinderat Wartau schrieb im Amtsblatt Nr. 52 vom 21. Dezember 2009 namens der Verwaltungskommission des Trüebbach-Perimeterunternehmens die Baumeisterarbeiten für die Erstellung einer Geschiebestausperre einschliesslich Zufahrtsstrasse im offenen Verfahren aus. Insgesamt reichten vier Unternehmungen bzw. Arbeitsgemeinschaften ein Angebot ein. Die bereinigten Offertpreise lagen zwischen Fr. 394'782.55 und Fr. 441'811.--. In den Ausschreibungsunterlagen wurden als Zuschlagskriterien der Preis mit einer Gewichtung von 70 %, die Erfahrung (Referenzen) mit einer Gewichtung von 15 %, die Qualität mit einer Gewichtung von 10 % sowie die Ausbildung (Sicherung des Ausbildungsstandes) mit einer Gewichtung von 5 % angegeben.

Mit Verfügung vom 10. Februar 2010 vergab der Gemeinderat Wartau den Zuschlag zum Preis von Fr. 440'387.30 der ARGE L. Gantenbein & Co. AG/Werner Marty AG, Trübbach. Zur Begründung wurde angeführt, das Angebot erreiche die höchste Punktzahl und erweise sich insgesamt als das wirtschaftlich günstigste. Die einzelnen



St.Galler Gerichte

Resultate seien der Beurteilungsmatrix zu entnehmen. Nach dieser erzielte das Angebot der Manser Arnegg 258 Punkte, während die Offerte der ARGE L. Gantenbein & Co. AG/Werner Marty AG mit 265 Punkten bewertet wurde.

B./ Die Manser Arnegg erhob mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 22. Februar 2010 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Zuschlagsverfügung vom 10. Februar 2010 sei aufzuheben, der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen, eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen, ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, subeventualiter sei bei Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung und Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen und die Politische Gemeinde Wartau zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz von Fr. 3'353.50 zu leisten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin im wesentlichen geltend, die Zuschlagsverfügung sei ungenügend begründet. Ausserdem sei der Zuschlag rechtswidrig. Die Vorinstanz habe bei der Gewichtung des Preises ein Zuschlagskriterium fehlerhaft angewendet und den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Sodann hätte sie beim Zuschlagskriterium "Erfahrung" die von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzen vollumfänglich berücksichtigen müssen. Auch sei die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Qualität" nicht nachvollziehbar. Dasselbe gelte hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Ausbildung".

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 25. Februar 2010, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen. Zum Begehren um aufschiebende Wirkung erhob sie keine Einwendungen. Sie hielt fest, der Auftrag sei vorbehältlich des Vertragsabschlusses vergeben worden.

Mit Verfügung vom 1. März 2010 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung und in die Akten, mit Ausnahme der Offerte der Beschwerdegegnerin, Einsicht zu nehmen. Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 22. März 2010.



Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Die Beschwerdegegnerin hat sich am Verfahren nicht beteiligt.

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 22. Februar 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. 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 und 2006 Nr. 59; VerwGE B 2006/25 vom 12. April 2006 i.S. S. AG und B 2008/213 vom 21. April 2009 i.S. H. AG, publ. in: 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 wird festgehalten, dass die Angebote entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien geprüft worden seien und das Angebot der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der verlangten Kriterien am besten bewertet worden sei, weshalb es das wirtschaftlich günstigste sei und den Zuschlag erhalte. Zudem wurde den Anbieterinnen die Bewertungsmatrix zugestellt. Insoweit enthält die Verfügung zwar in formaler Hinsicht eine Begründung. Diese erschöpft sich aber in der Mitteilung des Bewertungsergebnisses. Es fehlen zumindest stichwortartige Angaben, auf welche Tatsachen sich die Bewertung stützte bzw. weshalb das Angebot der Beschwerdegegnerin in den einzelnen Kriterien anders bzw. besser bewertet wurde als die übrigen Angebote. Somit konnte die Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren von den Einzelheiten der Bewertung und den Gründen des Zuschlags Kenntnis erlangen. 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. Auch wurde der Beschwerdeführerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die verlangte Akteneinsicht gewährt, wobei praxisgemäss in das Leistungsverzeichnis der konkurrierenden Unternehmen keine Einsicht gewährt wird.

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. In den Ausschreibungsunterlagen wurden als Zuschlagskriterien folgende Merkmale genannt: "Preis" mit einer Gewichtung von 70 %, "Erfahrung (Referenzen)" mit einer Gewichtung von 15 % und "Qualität" mit einer Gewichtung von 10 % sowie "Ausbildung" (Sicherung des Ausbildungsstandes) mit einer Gewichtung von 5 %. Diese Zuschlagskriterien wurden den Anbieterinnen mit den Ausschreibungsunterlagen zugestellt. Im Leistungsverzeichnis (S. 3, Ziff. 224.100.01) ist vermerkt, dass die Zuschlagskriterien dem Beilageblatt entnommen werden können. Die Anbieterinnen bestätigten, von sämtlichen Unterlagen Kenntnis zu haben. Im Beilageblatt wurde insbesondere auch die Gewichtung des Preises mit der entsprechenden Formel vermerkt. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die angewendete Formel führe zu einer unverhältnismässig geringen Gewichtung des Preises als wichtigstem Zuschlagskriterium, kann auf diese Rüge nicht mehr eingegangen werden. Die Beschwerdeführerin hat die Ausschreibungsunterlagen vorbehaltlos akzeptiert. Damit kann sie in der Beschwerde gegen den Zuschlag die Gewichtung des Preises nicht



mehr anfechten (vgl. GVP 2007 Nr. 43 E. 3.2. f. betr. verspätete Anfechtung einer Vorbefassung).

3.3. Das Formular "Eignungsprüfung" enthält auf S. 2 eine Rubrik "Technische Leistungsfähigkeit". Dort wurden Referenzobjekte mit Beschreibung der Anforderungen bezüglich Art, Umfang, Ausführungsjahr usw. sowie Angaben einer Kontaktperson verlangt. Ebenso wurden Referenzobjekte des Kaderpersonals (Bauführer, Polier) verlangt. Bei diesen Rubriken verwies die Beschwerdeführerin auf ihren technischen Bericht. In diesem wurden der Bauführer, der Polier sowie zwei Baumaschinenführer namentlich angegeben. Für den Bauführer wurden insgesamt sieben Referenzobjekte erwähnt. Weiter wurden unter Ziff. 7 acht Referenzobjekte der Unternehmung angegeben.

Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung fest, die Beschwerdeführerin habe keine Referenzobjekte für den Polier angegeben, sondern lediglich solche der Unternehmung und des Bauführers. Für die nicht beurteilbaren Referenzen des Poliers seien daher 0 Punkte und für die Referenzen der Unternehmung und des Bauführers je 1 Punkt vergeben worden. Demgegenüber habe die Beschwerdegegnerin eine Referenzliste eingereicht, auf der die beteiligten Kaderpersonen (Bauführer und Polier) bezeichnet seien, welche beim konkreten Bauvorhaben eingesetzt würden. Die Referenzen seien vollständig und mit dem vorliegenden Bauvorhaben bezüglich Art und Umfang vergleichbar. Die eingereichten Unterlagen hätten ermöglicht, die Erfahrung aller Beteiligten zu beurteilen und zu bewerten. Die Referenzen würden den gestellten Anforderungen genügen, was zur Maximalpunktzahl 3 geführt habe.

In der Referenzliste der Beschwerdegegnerin wurden Vermerke angebracht, aus denen hervorging, welche Referenzobjekte den einzelnen genannten Kaderpersonen zuzuordnen sind. Dabei wurden insbesondere auch Referenzen für den Polier angegeben. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin lediglich Referenzobjekte des Bauführers vermerkt hat, nicht aber solche des Poliers, kann gegenüber den Referenzangaben der Beschwerdegegnerin eine geringere Bewertung rechtfertigen. Bei dieser Sachlage kann es jedenfalls nicht als sachwidrig beurteilt werden, dass die Vorinstanz die Referenzen der Beschwerdegegnerin höher bewertet hat als jene der Beschwerdeführerin. Dass im Beschwerdeverfahren weitere Referenzen nachgereicht wurden, stellt die Richtigkeit



der Bewertung der Offerte nicht in Frage. Der Beschwerdeführerin wird auch nicht unterstellt, sie habe ungenügende Erfahrung im Bereich der Erstellung einer Geschiebestausperre. Auch kann die Tatsache, dass es sich bei den nicht berücksichtigten Anbietern um grössere Unternehmen handelt als die Beschwerdegegnerin bzw. die Unternehmen, die sich zur besagten Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen haben, nicht als Indiz für eine bessere Erfahrung angeführt werden. In diesem Punkt erweist sich daher die Beschwerde als unbegründet.

3.4. Beim Zuschlagskriterium "Qualität" wurde das Angebot der Beschwerdeführerin mit 1,5 Punkten bewertet, während jenes der Beschwerdegegnerin 3 Punkte erzielte (gewichtete Punkte 15/30). Die Vorinstanz hielt fest, sie habe in den Submissionsunterlagen vermerkt, welche Beilagen einzureichen waren, nämlich ein technischer Bericht, ein Bauprogramm, ein Konzept der Baustelleneinrichtung sowie das Formular Eignungsprüfung. Für das Zuschlagskriterium "Qualität" seien die Angaben im technischen Bericht, das Bauprogramm sowie das Konzept der Baustelleneinrichtung bewertet worden. Die Beschwerdeführerin habe im technischen Bericht neben einer Geräteliste zum Installationskonzept lediglich vermerkt, dass der Installationsplatz mit der Bauleitung und dem Grundeigentümer zusammen festgelegt werde. Ein Konzept fehle, weshalb dieser Aspekt mit 0 Punkten bewertet worden sei. Zudem weise das Bauprogramm der Beschwerdeführerin Bauarbeiten im Bachlauf während der Hochwasserperiode auf, was nicht durchführbar sei. In diesem Punkt sei das Programm mangelhaft und daher mit 0,5 Punkten bewertet worden. Dagegen seien die Baustellenorganisation sowie die Bezugsquellen und Lieferanten mit 1 Punkt bewertet worden. Demgegenüber erläutere die Beschwerdegegnerin im technischen Bericht, wie die Baustelle bedient werde und wie der Materialumschlag erfolge. Zusätzlich liege dem Angebot eine Skizze mit der vorgesehenen Installation bei. Sodann nehme das Bauprogramm Rücksicht auf die Hochwasserperiode. Damit seien die einzelnen Aspekte mit je einem Punkt bzw. das Kriterium mit 30 gewichteten Punkten bewertet worden.

Fest steht, dass ein Konzept der Baustelleneinrichtung verlangt wurde. Dessen Ausgestaltung oblag im wesentlichen den Anbieterinnen. Wohl wurde im Leistungsverzeichnis vermerkt, dass die Baustellenerschliessung nach dem Projekt des



Bauherrn zu erfolgen hat. Doch erweisen sich die Unterlagen der Beschwerdegegnerin als ausführlicher und detaillierter als die Angaben der Beschwerdeführerin. Sie lassen das System der Baustellenerschliessung erkennen, während die Beschwerdeführerin lediglich vermerkte, die Baustellenerschliessung werde zusammen mit der Bauleitung und dem Grundeigentümer festgelegt, und eine Aufstellung der Maschinen und Geräte angab. Im weiteren geht aus den Bauprogrammen hervor, dass die Beschwerdeführerin im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin keine Unterbrüche während der Hochwasserperiode vorgesehen hat.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Bewertung des Kriteriums "Qualität" sachgerecht ist und den Ermessensspielraum nicht überschreitet.

3.5. Beim Kriterium "Ausbildung" wurde das Angebot der Beschwerdeführerin mit 0,6 Punkten und jenes der Beschwerdegegnerin mit 3 Punkten bewertet (gewichtete Punkte 3/15). Die Beschwerdeführerin beschäftigt gemäss eigenen Angaben 56 Personen, wovon 2 Lehrlinge (Formular Eignungsprüfung S. 1). Demgegenüber beschäftigen die beiden Partner der Beschwerdegegnerin gesamthaft 83 Personen, wovon 10 Lehrlinge. In den Ausschreibungsunterlagen wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Ausbildung bzw. die Sicherung des Ausbildungsstandes massgebend sei. Bei dieser Sachlage war es zulässig, lediglich auf die Ausbildung bzw. die Zahl der Lehrverhältnisse abzustellen. Ausbildung ist nicht identisch mit Weiterbildung. Wohl hätte die Vorinstanz auch Aspekte der Weiterbildung der Belegschaft in die Bewertung einbeziehen können. Dies war aber nicht zwingend, und aufgrund der Ausschreibungsunterlagen mussten die Anbieterinnen davon ausgehen, dass die Berufsausbildung bzw. die Lehrlingsausbildung gewichtet wird. Damit kann auch diese Bewertung nicht als fehlerhaft qualifiziert werden.

3.6. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Gewichtung der Angebote sachgerecht ist und sich im Rahmen des Ermessensspielraums der Vergabebehörde bewegt. In materieller Hinsicht erweist sich daher der Zuschlag als rechtmässig. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen.

4. Bei Abweisung der Beschwerde sind die amtlichen Kosten grundsätzlich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Aufgrund der mangelhaften



St.Galler Gerichte

Begründung der Zuschlagsverfügung rechtfertigt es sich, die amtlichen Kosten zur Hälfte der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 2 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 5'000.-- ist angemessen (Art. 13, Ziff. 622 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Der geleistete Kostenvorschuss ist mit dem Kostenanteil der Beschwerdeführerin zu verrechnen und der Rest von Fr. 2'500.-- der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Auf die Erhebung des Anteils der Vorinstanz ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Bei einer hälftigen Kostenaufgabe werden im Beschwerdeverfahren keine ausseramtlichen Entschädigungen zugesprochen (Art. 98bis VRP; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 183). Damit hat es bei der Entschädigung gemäss Verfügung vom 1. März 2010 sein Bewenden.

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten von Fr. 5'000.-- werden je zur Hälfte der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz auferlegt. Der Kostenanteil der Beschwerdeführerin wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet und der Rest von Fr. 2'500.-- der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Auf die Erhebung des Kostenanteils der Vorinstanz wird nicht verzichtet.

3./ Ausseramtliche Kosten werden für das Verfahren in der Hauptsache nicht entschädigt.

V. R. W.



Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. Werner Rechsteiner, 9001 St. Gallen)
- 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.