



Fall-Nr.: B 2011/135
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 18.10.2011
Entscheiddatum: 18.10.2011

Urteil Verwaltungsgericht, 18.10.2011

Öffentliches Beschaffungswesen. Im Vergaberecht gilt der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung. Nachträgliche Leistungsänderungen erweisen sich deshalb grundsätzlich als unzulässig. Eine Ausnahme ist im konkreten Fall nicht gegeben (Verwaltungsgericht, B 2011/135).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder,
Dr. B. Heer,

lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. H. Fenners

In Sachen

Riget AG, Eichenstrasse 12, 8808 Pfäffikon SZ,

Beschwerdeführerin,

gegen

Politische Gemeinde Rapperswil-Jona, Liegenschaftenverwaltung, St. Gallerstrasse 40,
Postfach 2160, 8645 Jona,

Vorinstanz,

und



Bachmann Bedachungen, Curtibergstrasse 123, 8646 Wagen,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Schulanlage Wagen, Sanierung des Daches
Schulhaus und Mehrzweckhalle, Bedachungsarbeiten

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona führte zwecks Einholung von Angeboten für eine Dachsanierung der Mehrzweckhalle und des Schulhauses Wagen ein Einladungsverfahren durch. Innert der angesetzten Frist bis zum 20. April 2011 reichten zwei Anbieter eine Offerte ein. Da die beiden Anbieter nur die Bedachungsarbeiten ohne Gerüst offerierten, wurden sie von der Auftraggeberin aufgefordert, die eingereichte Offerte insoweit zu ergänzen. Die Offerten für das Gerüst gingen am 29. April 2011 und am 3. Mai 2011 ein. Mit Verfügung vom 14. Juni 2011 erteilte die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona den Zuschlag an die Bachmann Bedachungen, Wagen, zum Preis von Fr. 140'711.35.

B./ Mit Eingabe vom 15. Juni 2011 erhob die Riget AG, Pfäffikon SZ, Beschwerde beim Verwaltungsgericht unter anderem mit dem (sinngemässen) Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Ausschreibung nochmals durchzuführen.

In ihrer Vernehmlassung vom 14. Juli 2011 schliesst die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona auf Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Die Bachmann Bedachungen liess sich nicht vernehmen.



Mit Eingabe vom 5. August 2011 liess sich die Riget AG ergänzend vernehmen. Die Stellungnahme wurde am 8. August 2011 zur Kenntnisnahme an die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona weitergeleitet.

Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin sowie der Vorinstanz wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. (...).

2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit. a), sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (lit. b) gerügt werden. Aufgrund von Abs. 2 der gleichen Bestimmung kann hingegen Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden. Diese Regelung entspricht der Vorschrift von Art. 61 VRP.

Aus Art. 16 IVöB leitet das Verwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüfen muss, sondern die Beschwerdeführerin im Einzelnen darzulegen hat, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Die Beschwerdeführerin muss also dartun, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht oder Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (vgl. dazu GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, es sei in der Ausschreibung nicht vermerkt worden, dass eine Gesamtvergabe für Dach und Gerüst erfolge. Die Offerte für die Gerüstarbeiten sei mündlich und nach Ablauf der Angebotsfrist einverlangt worden.



St.Galler Gerichte

Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Ausschreibungsunterlagen würden die Gerüstarbeiten beinhalten. Es sei darin von "Fassadengerüste inklusive Aufzugslifte" die Rede.

3.1. Die Vorinstanz übersieht, dass in der Ausschreibung unter der Position 019.500 bauseitige Arbeiten und Installationen genannt werden und in der Unterposition 019.510 ausdrücklich von Fassadengerüst inklusive Aufzugslift die Rede ist. Unter bauseitigen Leistungen werden gemeinhin Leistungen verstanden, die von der Bauherrschaft erbracht oder zur Verfügung gestellt werden. Von daher trifft es nicht zu, dass die Anbieter aufgrund der Ausschreibungsunterlagen gehalten waren, die Kosten für das Gerüst in die Offerte aufzunehmen. Die ursprünglichen Offerten beinhalteten denn auch keine entsprechenden Kosten.

3.2 Die nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgte Aufforderung der Vorinstanz, die Offerte um die Gerüstarbeiten zu ergänzen, stellt damit eine Abweichung vom (ursprünglichen) Leistungsverzeichnis und damit eine Leistungsänderung dar. Zu prüfen ist, ob dieses Vorgehen zulässig ist.

3.2.1 Im Vergaberecht gilt - spiegelbildlich zum Grundsatz der Konformität und der Stabilität der Angebote - der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung. Danach hat die öffentliche Auftraggeberin die gewünschte Leistung in der Ausschreibung definitiv und verbindlich zu umschreiben und darf davon grundsätzlich nicht mehr abweichen. Gleiches gilt für die Eignungs- und Zuschlagskriterien. Dementsprechend dürfen einmal publizierte Kriterien nicht ausser Acht gelassen oder verändert und neue Kriterien nicht mehr hinzugefügt werden. Dies führt zu klaren und verlässlichen Spielregeln. Die Zulassung der Abänderung von Parametern der Ausschreibung während laufendem Vergabeverfahren bürge das Risiko von Intransparenz und Diskriminierungen von Anbietern in sich (zum Ganzen: Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Nr. 298 ff.).

3.2.2 Das Bundesgericht scheint das Abänderungsverbot der Ausschreibung konsequent zu handhaben. So hielt es in einem Abänderungsfall, in dem die Vergabeinstanz nach der Offertöffnung einseitig auf eine ausgeschriebene, wertmässig untergeordnete Position verzichtete, fest, das Leistungsverzeichnis bilde Teil der



Ausschreibungsunterlagen und sei (auch) für den Auftraggeber verbindlich. Eine nachträgliche Änderung des Leistungsverzeichnisses, etwa wie hier durch einseitigen Verzicht auf eine ausgeschriebene Position, sei deshalb grundsätzlich unzulässig. Das ergebe sich schon - auch ohne ausdrückliche Submissionsvorschrift – aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz des Vergabeverfahrens (BGE 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000, E. 4c).

3.2.3 Nach der (herrschenden) Lehre gilt der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung nicht uneingeschränkt. Sie unterscheidet zwischen wesentlichen und unwesentlichen Leistungsänderungen: Ist die Leistungsänderung wesentlich und sachlich begründet, muss die Auftraggeberin das Vergabeverfahren abbrechen und (gegebenenfalls) die Leistung erneut ausschreiben; erweist sich eine sachlich erforderliche Leistungsänderung demgegenüber als unwesentlich, ist sie bei Wahrung von Gleichbehandlung und Transparenz zulässig (Beyeler, a.a.O., Nr. 301, Stöckli, Vergaberecht und Bundesgericht, in: BR 1/2002, S. 9 ff.; vgl. auch Galli/Moser/Lang/ Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Nr. 507 ff.). Die unwesentliche Leistungsänderung kann sowohl vor als auch nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgen. Der zweitgenannte Fall setzt jedoch das Einverständnis aller Anbietenden voraus (Stöckli, a.a.O, S. 10; Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005, S. 786; Verwaltungsgericht VD, Urteil vom 4. Juli 2003, in: BR 2/2004, S. 70).

3.2.4 Im hier zu beurteilenden Fall wurde den Anbietern erst nach Ablauf der Angebotsfrist mündlich mitgeteilt, dass noch die Kosten für ein Gerüst in die Offerten für die Bedachungsarbeiten zu integrieren seien. Wie aus dem Offertöffnungsprotokoll zu schliessen ist, wirkte sich diese Leistungserweiterung spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen aus. So fiel jedenfalls die Gerüstofferte der Beschwerdeführerin beinahe sechs Mal höher aus als diejenige der Beschwerdegegnerin. Dies legt eine wesentliche Leistungsänderung nahe. Hinzu kommt, dass diejenigen Eingeladenen, welche innerhalb der Angebotsfrist auf die Einreichung einer Offerte verzichteten, sich womöglich anders entschieden hätten, wenn sie vom erweiterten Leistungsinhalt erfahren hätten. Selbst wenn aber die Leistungsänderung als unwesentlich zu qualifizieren wäre, setzte sie voraus, dass sie - wenn auch nicht unbedingt in Form geänderter Ausschreibungsunterlagen, so doch zumindest – schriftlich und mit den



erforderlichen Leistungsvorgaben mitgeteilt wird. Daran fehlt es hier. Ob die erhebliche Preisdifferenz bei den Gerüstofferten darin begründet liegt, kann hier dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall erweist sich ein solches Vorgehen als nicht zulässig, weil es mit den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz nicht vereinbar ist. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin gleichwohl ein Angebot für das Gerüst abgab. Der Mangel wurde dadurch nicht geheilt, denn die Beschwerdeführerin konnte sich erst nach Erhalt der Zuschlagsverfügung gegen die Leistungsänderung zur Wehr setzen.

3.3. Die nachträgliche Leistungsänderung durch die Vorinstanz stellt einen Verfahrensfehler dar. Dieser Fehler muss als erheblich eingestuft werden, war doch das Angebot der Beschwerdeführerin für die Bedachungsarbeiten allein wesentlich günstiger als dasjenige der Beschwerdegegnerin. Dies führt zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 14. Juni 2011. Die Angelegenheit wird zur nochmaligen Durchführung des Vergabeverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen. Es drängt sich dabei auf, die Ausschreibung bzw. das Leistungsverzeichnis um das Gerüst zu ergänzen.

4. (...).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung vom 14. Juni 2011 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur Ergänzung der Ausschreibung und zur Neuurteilung sowie zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.



St.Galler Gerichte

3./ Die amtlichen Kosten von Fr. 3'500.-- bezahlt die Vorinstanz. Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- zurückzuerstatten.

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin
- 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.