



Fall-Nr.: B 2014/61
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 16.09.2014
Entscheiddatum: 16.09.2014

Urteil Verwaltungsgericht, 16.09.2014

Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 34 Abs. 2 lit. b VöB. Wird die Preiskurve so flach gelegt, dass beim Preis die Bewertung mit weniger als der Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht fällt, wird die Gewichtung des Kriteriums unterlaufen. Art. 34 Abs. 1 lit. b und k VöB. Indem die Vergabebehörde alle Angebote hinsichtlich "Qualität" und "Erfahrung" trotz Unterschieden mit der maximalen Punktzahl bewertet hat, hat sie dem Umstand, dass es sich bei diesen Kriterien um Zuschlags- und nicht um Eignungskriterien handelt, zu wenig Rechnung getragen. Art. 34 Abs. 2 lit. l VöB. Die Umschreibung des Kriteriums in der Verordnung schliesst nicht aus, neben Lehrlingen auch Personen, die neben ihrer praktischen Tätigkeit eine Weiterbildung absolvieren, zu berücksichtigen. In der Ausschreibung wurde indessen konkret einzig nach der Zahl der Personen mit Fachausbildung (Berufslehre), der Hilfskräfte und der "Lehrlinge" gefragt. Art. 95 Abs. 1 VRP. Wird dem Antrag des Beschwerdeführers, es sei ihm der Zuschlag zu erteilen, nicht entsprochen, sondern die Angelegenheit entsprechend dem Eventualantrag zu neuem Entscheid an die Vergabebehörde zurückgewiesen, obsiegt der Beschwerdeführer lediglich teilweise (Verwaltungsgericht, B 2014/61).

Entscheid vom 16. September 2014

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder, Heer, Rufener, Bietenharder;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Frei & Partner AG Bauunternehmung, Flawilerstrasse 30, 9500 Wil,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Max Auer, Auer & Wittibschlager Rechtsanwälte und Notare, Obere Bahnhofstrasse 48, Postfach 1328, 9500 Wil SG,

gegen

Politische Gemeinde Oberbüren, vertreten durch den Gemeinderat, 9245 Oberbüren,

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. Kurt Steiner, Steiner Rechtsanwälte, Sonnenstrasse 5, Postfach 536, 9004 St. Gallen,

und

A. Bihler AG Bauunternehmung, Sandackerstrasse 10, 9245 Oberbüren,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Mehrzweckhalle Niederwil (Vergabe Baumeisterarbeiten)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Die Politische Gemeinde Oberbüren schrieb am 27. Januar 2014 die Baumeisterarbeiten zum Bau der Mehrzweckhalle Niederwil im offenen Verfahren aus. Als Zuschlagskriterien waren in den Unterlagen zur Ausschreibung Preis (50 Prozent), Qualität (25 Prozent), Erfahrung (15 Prozent), Termin und Ausbildung Berufsnachwuchs (je 5 Prozent) genannt. Innert der bis 18. Februar 2014 laufenden Eingabefrist gingen acht Angebote von acht Anbietern ein, darunter jenes der Frei & Partner AG für CHF 792'481.50. Die Politische Gemeinde Oberbüren erhöhte den Preis dieses Angebots um 16 Tonnen Armierung à CHF 1.40 je Kilogramm – sie waren mit CHF 0.10 je Kilogramm offeriert – auf CHF 816'564.38. Der Differenzbetrag von CHF 24'082.88 bewegt sich in der Grössenordnung der zusätzlichen Kosten von CHF 22'400 abzüglich



sieben Prozent Rabatt CHF 1'568 abzüglich zwei Prozent Skonto CHF 416.65 zuzüglich acht Prozent Mehrwertsteuer. Die Arbeiten vergab sie am 2. April 2014 zum Preis von CHF 808'014.60 an die A. Bihler AG.

B. Die Frei & Partner AG (Beschwerdeführerin) erhob mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 14. April 2014 gegen die Zuschlagsverfügung des Gemeinderates der Politischen Gemeinde Oberbüren (Vorinstanz) vom 2. April 2014 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen, eventualiter die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das gleichzeitig gestellte Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, hiess der Präsident des Verwaltungsgerichts – nachdem die Vorinstanz die Abweisung des Gesuchs beantragt hatte – am 25. April 2014 gut und belies die Kosten der Verfügung, die unangefochten rechtskräftig wurde, bei der Hauptsache

Die A. Bihler AG (Beschwerdegegnerin) liess sich nicht vernehmen. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassungen vom 22. April 2014 und vom 9. Mai 2014 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Beschwerdeführerin hielt mit Stellungnahme vom 2. Juni 2014 an ihrem Rechtsbegehren fest. Die Vorinstanz äusserte sich dazu am 26. Juni 2014, die Beschwerdeführerin antwortete am 21. Juli 2014.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Die Beschwerdeführerin, die beim Zuschlag nicht berücksichtigt wurde, ist zur Beschwerde legitimiert; die Beschwerde wurde fristgerecht erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die



St.Galler Gerichte

Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP; Art 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, IVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin enthält die angefochtene Verfügung keine hinreichende Begründung. Weder seien die Kriterien, aufgrund derer der Zuschlag erfolgt sei, aufgeführt und begründet, noch lasse sich überhaupt ableiten, was für den Zuschlag letztlich ausschlaggebend gewesen sei.

Gemäss Art. 41 Abs. 3 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, 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. Nicht hinreichend ist eine Begründung dann, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Anbieter müssen aufgrund der Verfügung beziehungsweise deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert (vgl. VerwGE B 2011/98 vom 20. September 2011 E. 1.3.2 mit zahlreichen Hinweisen).

Die angefochtene Verfügung nennt den Preisrahmen, in welchem sich die acht eingegangenen Angebote bewegen. Der Zuschlag wird damit begründet, das berücksichtigte Angebot sei zwar lediglich das zweitbilligste und erreiche im Bereich "Sicherung der Ausbildung" nicht die höchstmögliche Bewertung, erfülle jedoch die Anforderungen an Qualität, Termin sowie Erfahrung und Organisation vollständig. Das Bewertungstableau lag der Verfügung nicht bei. Für die Beschwerdeführerin war damit aus der Verfügung weder ersichtlich, von welchem Preis die Vorinstanz bei ihrem Angebot ausging, noch wie ihr Angebot unter den übrigen Kriterien bewertet wurde. Unter diesen Umständen war ihr eine sachgerechte Begründung der Beschwerde allein aufgrund der Ausführungen in der Zuschlagsverfügung nicht möglich. Ob die Verletzung der Begründungspflicht zu heilen ist, kann offen bleiben, wenn die Zuschlagsverfügung aus materiellen Gründen ohnehin aufzuheben ist. Jedenfalls aber ist sie bei den Kostenfolgen zu berücksichtigen.



3. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, der von ihr offerierte Werklohn von CHF 792'481.50 sei verbindlich und liege unterhalb jenes der Zuschlagsempfängerin von CHF 808'014.60 und selbst unterhalb des von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung genannten billigsten Angebots von CHF 798'548.75. Sie liege also bereits beim Preis, der mit 50 Prozent gewichtet werde, vorn (dazu nachfolgend Erwägung 3.1). Die übrigen relevanten Zuschlagskriterien erfülle sie ganz gewiss in gleich guter Weise wie die Konkurrenten (dazu nachfolgend Erwägungen 3.2 und 3.3).

3.1. Zu klären ist, von welchem Preis die Vergabebehörde beim Angebot der Beschwerdeführerin auszugehen hat (dazu nachfolgend Erwägung 3.1.1). In der Folge fragt sich, ob das Angebot hätte ausgeschlossen werden dürfen (dazu nachfolgend Erwägung 3.1.2) und ob die gewählte Preiskurve der Gewichtung des Kriteriums mit 50 Prozent insbesondere mit Blick auf die Handhabung der weiteren Zuschlagskriterien gerecht wird (dazu nachfolgend Erwägung 3.1.3).

3.1.1. Dem Preis des Angebots der Beschwerdeführerin von CHF 792'481.50 liegen unter anderem Bewehrungen von 16 Tonnen mit einem Einheitspreis von CHF 0.10 je Kilogramm zugrunde (Positionen 511.253 und 254). Die Beschwerdeführerin ging davon aus, der Bau könne ohne diese Bewehrungen erstellt werden. Die Vorinstanz bezeichnet das Angebot als spekulativ zu ihrem Nachteil, weil diese Bewehrungen tatsächlich gebraucht und nicht zum unrealistisch tiefen Einheitspreis von CHF 0.10 je Kilogramm ausgeführt worden wären, und erhöhte den Einheitspreis nach telefonischer Rücksprache mit einem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin um – beabsichtigt hatte sie eine Erhöhung auf – CHF 1.40 je Kilogramm. Hätte sie das Angebot wie eingereicht akzeptiert, wären Diskussionen über Zusatzkosten vorprogrammiert gewesen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr Mitarbeiter habe telefonisch nicht das Angebot nachträglich angepasst, sondern einzig bestätigt, der tiefe Einheitspreis bei den fraglichen Bewehrungen sei kein Irrtum. Sie lasse sich den offerierten Preis in allen Belangen entgegen halten

Die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens bezweckt insbesondere die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter (vgl. Art. 1 Abs.



3 Ingress und lit. b IVöB). Das Gebot der Gleichbehandlung verbietet es grundsätzlich, dass die Vergabebehörde oder ein Submittent im Rahmen der Offertbereinigung ein Angebot ergänzt oder ändert. Vorbehalten bleibt die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern, wie offensichtlichen Schreib- und Rechnungsfehlern, welche der Auftraggeber gestützt auf Art. 31 Abs. 2 VöB korrigiert.

Beschwerdeführerin und Vorinstanz gehen übereinstimmend davon aus, dass das Angebot der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Einheitspreises der Bewehrungen in den Positionen 511.253 und 254 keine unbeabsichtigten Fehler enthält. Abgesehen davon, dass eine Zustimmung der Beschwerdeführerin zur Änderung des Angebots nicht aktenkundig ist – festgehalten wird einzig eine telefonische Rücksprache vom 14. März 2014 (act. 6/13b und 15) – und sich die – im Übrigen CHF 0.10 je Kilogramm zu hohe – Korrektur nicht im Detail nachvollziehen lässt, war eine solche Anpassung unter dem Aspekt der Gleichbehandlung nicht zulässig.

Die Vorinstanz hat die Erhöhung des Preises damit begründet, die Beschwerdeführerin hätte für die fraglichen Bewehrungen nachträglich Mehrkosten geltend gemacht. Da die umstrittenen Bewehrungspositionen nicht pauschal offeriert werden können, sondern eine in der Ausschreibung bezifferte Menge beschlagen, können höhere Kosten – soweit sie nicht mengenbedingt sind – nicht über Beststellungsänderungen gerechtfertigt werden. Offerten mit Spekulationspreisen sind vertragsrechtlich gültig; der Anbieter bindet sich auch mit Null- oder Platzhalterpreisen grundsätzlich, und es kommt auf dieser Basis ein gültiger Vertrag zustande. Weder ein öffentlicher Auftraggeber noch ein Anbieter können sich nach Vertragsschluss darauf berufen, der Vertrag sei anfechtbar infolge Irrtum, Täuschung oder Übervorteilung oder als sittenwidriger Vertrag gar nichtig (vgl. D. Lutz, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 295 mit Hinweisen). Angesichts dieser Rechtslage sind die Befürchtungen der Vorinstanz, es käme nach Projektausführung im Zusammenhang mit den Positionen 511.253 und 254 zu Nachforderungen der Beschwerdeführerin, unbegründet. Bei der weiteren Beurteilung des Angebots der Beschwerdeführerin ist dementsprechend von einem Preis von CHF 792'481.50 auszugehen. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet.



3.1.2. Die Vorinstanz macht geltend, statt das unvollständige Angebot der Beschwerdeführerin auszuschliessen, habe sie es vergleichbar gemacht. Gemäss Art. 12 Ingress und lit. a VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren unter anderem dann ausschliessen, wenn dieser insbesondere die Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a) oder wesentliche Formvorschriften des Vergabeverfahrens verletzt (lit. h). Die Beweislast liegt bei der Vergabebehörde (vgl. Lutz, a.a.O., S. 296)

Anbieter sind nicht verpflichtet, die wahren Kosten zu offerieren. Es steht ihnen auch frei, welche Marge sie berechnen. Der Unternehmer ist trotz definierter Kostengrundlage, die für ein Angebot gemäss Art. 62 ff. SIA Norm 118 die Basis bildet, frei, wie er die Einheitspreise kalkuliert (vgl. Lutz, a.a.O., S. 291). Deshalb ist ein ungewöhnlich niedriges Angebot nur dann mangels Eignung auszuschliessen, wenn Anlass besteht, an der Fähigkeit des Anbieters zur Auftragserfüllung zu den angebotenen Konditionen und damit an der grundsätzlichen Seriosität des Angebots zu zweifeln (vgl. Lutz, a.a.O., S. 295)

Offerten, die der Ausschreibung nicht entsprechen, können sodann ausgeschlossen werden, wenn Formvorschriften verletzt werden oder wenn deswegen das Angebot mit anderen Offerten nicht vergleichbar ist; von einem Ausschluss ist demgegenüber abzugehen, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (vgl. BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2). Nicht zulässig sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Umlagerungen von Einheitspreisen auf andere Positionen. Ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten werden und die auf diese Positionen anfallenden Materialkosten in eine Festpreisposition übertragen werden, widerspricht dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen. Denn bei einer solchen Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen gerade nicht von der Kostenersparnis (er profitiert hingegen, wenn Mehrmengen anfallen; vgl. Lutz, a.a.O., S. 296 f.). Ist aber eine erhebliche Mengenverminderung in der durch den Bieter abgepreisten Einheitspreisposition entgegen einer allfälligen Annahme des Bieters praktisch ausgeschlossen, so wäre es übertrieben und unverhältnismässig, die Offerte wegen des rein theoretischen Risikos eines Nachteils für den Auftraggeber auszuschliessen



(vgl. BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

Der von der Beschwerdeführerin offerierte Preis von CHF 792'481.50 liegt lediglich rund zwölf Prozent unter dem bereinigten Durchschnittspreis der übrigen sieben Angebote von CHF 901'247.38 (CHF 6'308'731.65 : 7; act. 6/12). Das Angebot der Beschwerdeführerin war damit nicht derart tief, dass daraus hätte geschlossen werden müssen, sie sei zur Ausführung der Arbeiten in der erforderlichen Qualität nicht geeignet. Vielmehr hat die Vorinstanz das Angebot hinsichtlich der Kriterien "Qualität" und "Erfahrung" mit der maximalen Punktzahl bewertet. Die Beschwerdeführerin kalkulierte bei den zwei Bewehrungspositionen 511.253 und 254 pro-memoria mit einem Einheitspreis von CHF 0.10 je Kilogramm. Insoweit kann das Angebot nicht als unvollständig bezeichnet werden. Mit Blick auf die weiteren Angebote bestehen auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin die Kosten der fraglichen Bewehrungen auf eine Globalposition umgelagert hat. Die dafür in erster Linie geeignete Position 100 (Baustelleneinrichtung) ist mit rund CHF 78'500 im Vergleich mit dem Angebot der berücksichtigten Bewerberin von rund CHF 69'500 zwar leicht höher, liegt indessen erheblich unter jener des zweitplatzierten Angebots mit rund CHF 141'500. Schliesslich begründete die Vorinstanz die Preiskorrektur ausdrücklich damit, bei der Bauausführung seien beide Bewehrungspositionen erforderlich. Sie hat deshalb das Angebot der Beschwerdeführerin im Ergebnis zu Recht nicht von der Bewertung ausgeschlossen.

3.1.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Preiskurve müsse die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte, das heisst den erwarteten prozentualen Abstand zwischen dem tiefsten und einem sehr hohen Preis, berücksichtigen. Die Vorinstanz macht geltend, selbst wenn vom offerierten Preis ausgegangen würde, bliebe die Beschwerdeführerin mit 96 hinter dem mit 98 Punkten bewerteten Angebot der Beschwerdegegnerin zurück.

Ein Kriterium für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ist gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. a VöB der Preis. Jedes Preisbewertungssystem muss dafür sorgen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums bei der konkreten Benotung auch tatsächlich zum Tragen kommt. Dies ist dann der Fall, wenn



die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt. Die Abstufung in der Benotung teurerer Objekte darf also nicht so gewählt werden, dass sich die Preisunterschiede nicht oder nur wenig auswirken würden, weil damit das Preiskriterium praktisch selbst dann umgangen würde, wenn ihm innerhalb der Zuschlagskriterien ein hohes Gewicht zugemessen wurde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 896 und 898). Eine flache Preiskurve ist nicht von vornherein unzulässig; sie kann aber in Kumulation mit einer äusserst schwachen Gewichtung des Preises zu unhaltbaren Ergebnissen führen (vgl. BGer 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4). Ob eine Punkteskala zweckmässig sei, bei welcher ein Angebot, das anderthalb Mal so teuer wie das billigste ist, immer noch die Hälfte der zu verteilenden Punkte erhält, hat das Bundesgericht offen gelassen (vgl. BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3). Bei der Festsetzung der Preiskurve besteht ein Beurteilungsspielraum, welcher der Rechtskontrolle unterliegt, bei dessen Überprüfung sich das Verwaltungsgericht aber eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (vgl. BGer 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 3.2).

Mit Blick auf die tatsächlich eingereichten Angebote erscheint die Preiskurve als unrealistisch flach (vgl. dazu bereits die Zwischenverfügung vom 25. April 2014). Selbst das teuerste Angebot wurde beim Kriterium des Preises noch mit 32 von 50 Punkten bewertet. Wird die Preiskurve so flach gelegt, dass beim Preis die Bewertung mit weniger als der Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht fällt, wird die Gewichtung des Kriteriums unterlaufen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE.2012.237 vom 18. Dezember 2012 E. 3.4). Bei einer Differenz von CHF 15'533.10 zwischen dem Angebot der berücksichtigten Bewerberin von CHF 808'014.60 und jenem der Beschwerdeführerin von CHF 792'481.50, entsprechend 1,96 Prozent des tieferen Angebots, führte die von der Vorinstanz gewählte Preiskurve zu einer Bewertungsdifferenz von einem von insgesamt maximal 50 Punkten beim Preiskriterium (zwei Prozent) beziehungsweise maximal 100 Punkten bei der Gesamtbewertung (ein Prozent; vgl. act. 6/18). Werden die 50 Punkte, welche für das Preiskriterium vergeben werden können, zwischen dem tiefsten Angebot von CHF 792'481.50 und dem höchsten von CHF 1'073'305.80 linear verteilt, ergäben sich für das Angebot der Beschwerdegegnerin 47,3 oder – gerundet – 47 Punkte. Die Bewertungsdifferenz hinsichtlich des Preiskriteriums würde sich deshalb von einem Punkt auf drei Punkte erhöhen. Auch wenn das Kriterium des Preises mit 50 Prozent



nicht sehr schwach gewichtet ist, fällt diese Differenz ins Gewicht, wenn – wie die Vorinstanz dies getan hat – die Zuschlagskriterien "Qualität", "Erfahrung" und "Termin" faktisch als Eignungskriterien gehandhabt werden, indem sämtlichen Bewerbern trotz Unterschieden in den Angeboten jeweils das Maximum von 25, 15 und fünf Punkten vergeben wurden (vgl. dazu auch unten Erwägungen 3.2 und 3.3).

3.2. Bei den Kriterien "Qualität" und "Erfahrung" wurden die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin je mit dem Maximum von 25 und 15 Punkten bewertet. Die Beschwerdeführerin macht geltend, wer beim Nachwuchs auf einen Lehrlingsanteil von über 40 Prozent komme, müsse sich unter den Kriterien "Qualität" und "Erfahrung" einen Abzug gefallen lassen. Bei der Beschwerdegegnerin sei je Kriterium mindestens ein Punkt abzuziehen. Diese hält entgegen, ihr Anteil an Lehrlingen betrage 33 Prozent. Dass bei solchen Verhältnissen Abzüge bei den Kriterien "Qualität" oder "Erfahrung" vorzunehmen seien, sei weder praxismässig noch nachvollziehbar.

Nach Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. I VöB darf die Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, insbesondere durch Lehrlingsausbildung, als Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden. Die Vorinstanz hat das Kriterium mit fünf Prozent in einem zulässigen Umfang gewichtet (vgl. dazu bereits die Zwischenverfügung vom 25. April 2014). Da das Kriterium an sich vergabefremd ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Titel vor Rz. 929 ff.), ist eine weitere indirekte Berücksichtigung – sei es positiv, sei es negativ – dieses Kriteriums jedenfalls in der vorliegenden Ausschreibung nicht gerechtfertigt. Die Kriterien "Qualität" und "Erfahrung" beurteilen sich vorab anhand der Referenzobjekte und der Lebensläufe der Schlüsselpersonen (vgl. Ausschreibung Ziffer 252 und act. 4 und 6). Bei beiden Kriterien wurde jedoch nicht nach der personellen Baustellenorganisation, bei welcher gegebenenfalls der Anteil von Lehrlingen von Bedeutung sein kann, gefragt.

Zu den Kriterien "Qualität" und "Erfahrung" (vgl. Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. b und k VöB) fällt allerdings auf, dass gemäss Ausschreibungsunterlagen Angaben zu drei mit dem Angebot vergleichbaren Referenzen gefordert sind. Die Beschwerdeführerin hat vier Referenzobjekte eingereicht, welche hinsichtlich Art und Umfang mit den



ausgeschriebenen Arbeiten weitgehend vergleichbar sind. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits listet demgegenüber vier Projekte auf, aus deren Beschreibungen nicht hervorgeht, inwieweit es sich dabei um Betonkonstruktionen handelt; zudem erreicht lediglich ein Objekt hinsichtlich der Bausumme die Dimensionen des ausgeschriebenen Objektes (act. 6-6/66). Das Angebot der Beschwerdegegnerin enthält – im Gegensatz zu jenem der Beschwerdeführerin – keine Angaben zu den Lebensläufen von Schlüsselpersonen ihres Unternehmens. Indem die Vorinstanz beide Angebote unter den Kriterien "Qualität" und "Erfahrung" ohne weitere Begründung mit dem Punktemaximum bewertet hat, hat sie dem Umstand, dass es sich um Zuschlags- und nicht um Eignungskriterien handelt, nicht ausreichend Rechnung getragen.

3.3. Beim Kriterium "Nachwuchs" hat die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdeführerin mit einem Punkt, jenes der Beschwerdegegnerin mit vier Punkten bewertet mit der Begründung, die Beschwerdegegnerin weise ein prozentuales Verhältnis von Lehrlingen zu Fachkräften von 33 Prozent, die Beschwerdeführerin ein solches von neun Prozent auf. Diese Bewertung sei mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach ein Verhältnis von zehn bis vierzig Prozent mit der maximalen, davon abweichende Verhältnisse mit einer tieferen Punktzahl zu bewerten seien, vereinbar. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist es willkürlich, nur die Lehrlinge, nicht aber auch sich in Ausbildung befindende, Pflichtpraktika absolvierende Personen, zu berücksichtigen.

Wie dargelegt, darf die Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, insbesondere durch Lehrlingsausbildung, als sozialpolitisches Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes berücksichtigt werden (Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. I VöB). Die Gewichtung mit fünf Prozent bewegt sich im zulässigen Rahmen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 929 ff.). Bei der konkreten Handhabung hat die Vorinstanz zu Recht nicht auf die absolute Zahl der Lehrlinge, sondern auf das Verhältnis zur Gesamtzahl der vom Anbieter beschäftigten Personen abgestellt (vgl. VerwGE B 2012/27 vom 3. Juli 2012 E. 3.2).

Die Vorinstanz hat bei der Handhabung des Zuschlagskriteriums Bandbreiten festgelegt und mit Abstufungen nach unten die maximale Punktzahl bei einem Lehrlingsanteil von 40 Prozent und mehr angesetzt. Die Abstufung und das Ansetzen



des Maximums bei einem Anteil von 40 Prozent sind zulässig (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 3.3.2). Ob ein noch höherer Anteil tiefer bewertet werden müsste ("Glockenkurve") kann offen bleiben, da kein Anbieter bei diesem Kriterium die maximale Punktzahl erreicht hat. Die Vorinstanz ist bei der Beschwerdeführerin von einem Lehrlingsanteil von neun Prozent (vier Lehrlinge und 47 andere Angestellte, davon 14 Hilfskräfte) und bei der Beschwerdegegnerin von 33 Prozent (drei Lehrlinge und neun andere Angestellte, davon 4 Hilfskräfte) ausgegangen. Diese Berechnung beanstandet die Beschwerdeführerin nicht. Dass die Vorinstanz nur Lehrlinge und nicht auch sich in Weiterbildung befindende Praktikanten berücksichtigt hat, ist sachgerecht. Zwar schliesst weder die Umschreibung des Kriteriums in der Verordnung ("Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung") noch jene in der Ausschreibung ("Ausbildung Berufsnachwuchs") die Berücksichtigung von Personen, die neben ihrer praktischen Tätigkeit eine Weiterbildung absolvieren, aus. Indessen wurde in der Ausschreibung konkret einzig nach der Zahl der Personen mit Fachausbildung (Berufslehre), der Hilfskräfte und der "Lehrlinge" gefragt (act. 2/3 zweitletzte Seite). Eine Bewertung der Angebote nach einem anderen Kriterium als der Zahl der Lehrlinge im Verhältnis zur Zahl der übrigen Angestellten war aufgrund der Ausschreibung deshalb nicht zulässig. Vielmehr hätte die Vorinstanz diesfalls den übrigen Bewerbern die Möglichkeit geben müssen, die entsprechenden zusätzlichen Angaben zu liefern. Mit der Beschränkung auf Lernende lässt sich das – vergabefremde – Kriterium im Übrigen einfach und klar handhaben. Welche neben einer beruflichen Weiterbildung ausgeübte praktische Tätigkeit als "Praktikum" ebenfalls noch und in welchem Umfang zu berücksichtigen wäre, würde schwierige Abgrenzungsfragen stellen und erschwerte eine transparente und praktikable Handhabung des Kriteriums erheblich.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz den von der Beschwerdeführerin offerierten Preis zu Unrecht korrigiert hat. Zudem hat sie eine aussergewöhnlich flache Preiskurve gewählt, so dass sich Preisunterschiede nur marginal auf die Punktzahl auswirkten. Zusammen mit der Handhabung der Kriterien von "Qualität" und "Erfahrung" als Eignungskriterien trotz Unterschieden in den Angeboten führte dies dazu, dass das zwar zulässige, aber an sich vergabefremde Kriterium der Sicherung des Ausbildungsstandes für den Zuschlag entscheidend wurde, was grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Die Bewertung beider Angebote mit der maximalen Punktzahl bei den Kriterien "Erfahrung" und "Qualität" erweist sich



jedoch mit Blick auf die Offertunterlagen und die diesbezüglich pauschale Begründung als nicht nachvollziehbar. Unter diesen Umständen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 2. April 2014 ist aufzuheben und die Angelegenheit zur Festlegung einer steileren Preiskurve und zur erneuten Prüfung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin – die weiteren nicht berücksichtigten Anbieter haben sich mit der Nichtberücksichtigung abgefunden und sind am Verfahren nicht mehr beteiligt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1397) – und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Bei diesem Ausgang des Hauptverfahrens – dem Begehren der Beschwerdeführerin, es sei ihr der Zuschlag zu erteilen, konnte nicht entsprochen werden, jedoch war die Zuschlagsverfügung ungenügend begründet – bezahlen die Beschwerdeführerin einen Viertel und die Politische Gemeinde Oberbüren – die Beschwerdegegnerin hat sich am Verfahren nicht beteiligt und insbesondere keine Anträge gestellt – drei Viertel der amtlichen Kosten des Hauptverfahrens (Art. 95 Abs. 1 VRP). Die Kosten des Zwischenverfahrens – der Beschwerde war entgegen dem vorinstanzlichen Antrag die aufschiebende Wirkung zu erteilen – trägt die Politische Gemeinde Oberbüren. Entscheidegebühren von CHF 1'000 für die Zwischenverfügung vom 25. April 2014 und von CHF 4'200 für den Entscheid in der Hauptsache sind angemessen (Art. 7 Ziffern 211 und 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung der Kosten bei der Politischen Gemeinde Oberbüren ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 109f.). Der von der Beschwerdeführerin zu tragende Anteil an der Entscheidegebühr für den Entscheid in der Hauptsache ist mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 5'200 zu verrechnen; CHF 4'150 sind ihr zurückzuerstatten.

Bei dieser Verlegung der amtlichen Kosten sind der Beschwerdeführerin die ausseramtlichen Kosten des Hauptverfahrens zur Hälfte und jene des Zwischenverfahrens vollständig zu entschädigen (Art. 98 und 98bis VRP; Hirt, a.a.O., S. 183). Mangels Honorarnote sind die Entschädigungen ermessensweise festzusetzen. Für das Zwischenverfahren sind CHF 1'500, für das Hauptverfahren CHF 3'000, davon die Hälfte, je inklusive Barauslagen ohne Mehrwertsteuer – die Beschwerdeführerin ist



mehrwertsteuerpflichtig – ausseramtlich zu entschädigen (vgl. Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 964.75; Hirt, a.a.O., S. 194). Kostenpflichtig ist die Politische Gemeinde Oberbüren.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

- 1.** Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 2. April 2014 aufgehoben.
- 2.** Die Angelegenheit wird zur neuen Beurteilung im Sinn der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
- 3.** Die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 bezahlt die Politische Gemeinde Oberbüren. Von den amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 4'200 bezahlen die Beschwerdeführerin einen Viertel und die Politische Gemeinde Oberbüren drei Viertel. Der Kostenanteil der Beschwerdeführerin wird mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 5'200 verrechnet; CHF 4'150 werden ihr zurückerstattet.
- 4.** Die Politische Gemeinde Oberbüren entschädigt die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit CHF 3'000 ohne Mehrwertsteuer

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer