



Juristische Mitteilungen 1999 / III

Inhalt

Neue Publikation:

23. St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1998	2
---	---

Öffentliches Beschaffungswesen:

24. Hinweise auf Produkte	4
25. Angebotsänderungen	5
26. Verbot von Verhandlungen mit einzelnen Anbietern	7
27. Folgen der Unvollständigkeit von Offertunterlagen	9
28. Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen	11
29. Beschränkte Anfechtbarkeit der direkten Einladung	13
30. Ungewöhnlich niedrige Angebote	15
31. Gewichtung der Zuschlagskriterien	17
32. Begründung von Verfügungen des Auftraggebers	19
33. Anforderungen an die Beschwerde	21
34. Umfang der Haftung des Auftraggebers	23

Baurecht:

35. Unzulässigkeit eines Reitbetriebs in der Wohnzone	24
---	----

Verwaltungsverfahrenswesen:

36. Subsidiarität der aufsichtsrechtlichen Anzeige	26
--	----

Impressum

Herausgeber: Baudepartement des Kantons St.Gallen
Verantwortung: Rechtsabteilung
Kontaktperson: Alex Keller
Direktwahl: 071 229 43 58
Fax: 071 229 39 60
SMTP: alex.keller@bd-gsekr.sg.ch

23

Neue Publikation:

St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1998

Die GVP 1998 ist erschienen. Sie enthält einige Entscheide von grundsätzlicher Bedeutung, auf die hier verwiesen werden kann:

Öffentliches Beschaffungswesen:

Art. 5 Abs. 1 VöB: Es verstösst gegen das Diskriminierungsverbot, wenn der Submittent die in der Ausschreibung gemäss Art. 8 VöB festgelegten Eignungskriterien nachträglich gegenüber einzelnen Anbietern ändert (GVP 1998 Nr. 33).

Planungsrecht:

Art. 58 BauG: An den Wald grenzende Flächen sind in der Zonenordnung differenziert zu beurteilen (GVP 1998 Nr. 80).

Baurecht:

Art. 77 BauG und Art. 77bis BauG: Bei der Anfechtung einer Ausnahmegewilligung ist der Nachbar zur Einsprache legitimiert, ohne für jede Rüge ein Rechtsschutzinteresse darzutun (GVP 1998 Nr. 27).

Art. 78 Abs. 2 lit. f BauG: Dient eine Stützmauer der Sicherung einer Aufschüttung, so ist sie ungeachtet ihrer Höhe baubewilligungspflichtig. Der Böschungswinkel der Aufschüttung ist nicht vom Fuss der Mauer aus zu messen, sondern von der Oberkante (GVP 1998 Nr. 28).

Art. 78 Abs. 2 lit. l BauG: Langfristig abgestellte Wohnwagen, die nicht zum Aufenthalt von Personen oder dem Lagern von Sachen dienen, gelten als Anlage und sind - soweit die Abstellfläche nicht bewilligt ist - bewilligungspflichtig (GVP 1998 Nr. 81).

Art. 88 BauG: Baubewilligungen erlöschen, wenn die Bauarbeiten nicht innerhalb der Gültigkeitsdauer in Angriff genommen und ohne wesentlichen Unterbruch zu Ende geführt werden (GVP 1998 Nr. 82).

Strassenrecht:

Art. 108 Abs. 2 StrG: Ausnahmegewilligungen zur Unterschreitung des Strassenabstands dürfen nur bei Vorliegen einer Ausnahmesituation erteilt werden (GVP 1998 Nr. 83).

Verwaltungsverfahrenrecht:

- Art. 84 Abs. 2 GerG: Bei Überweisung eines Kostenvorschusses mittels Bankauftrag ist die Zahlungsfrist eingehalten, wenn der Datenträger seitens der Bank spätestens am letzten Tag der Frist der Post übergeben wird und das nächstmögliche Fälligkeitsdatum eingesetzt ist (GVP 1998 Nr. 58).
- Art. 18 Abs. 1 VRP: Bei einer formell rechtswidrigen Nutzungsänderung ist der Erlass eines Nutzungsverbots als vorsorgliche Massnahme nur zulässig, wenn sich dieses als verhältnismässig erweist (GVP 1998 Nr. 86).
- Art. 45 Abs. 1 VRP: Die behördliche Aufforderung zur Einreichung einer Baubewilligung (richtig: eines Baugesuchs) ist keine anfechtbare Verfügung (GVP 1998 Nr. 9).
- Art. 45 Abs. 1 VRP: Auf ein Rechtsmittel kann nur eingetreten werden, wenn sich der Rechtsmittelkläger am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt hat (GVP 1998 Nr. 87).
- Art. 59bis Abs. 2 lit. a Ziff. 1 VRP: Eine aufsichtsrechtliche Weisung des Baudepartementes an eine Gemeinde, worin diese zum Erlass und zur Eröffnung einer baurechtlichen Wiederherstellungsverfügung angehalten wird, ist nicht mit Beschwerde anfechtbar (GVP 1998 Nr. 8).
- Art. 98 VRP: Kriterien für die Zusprechung und Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung (GVP 1998 Nr. 88).

Die GVP kann *schriftlich* bei der Staatskanzlei, Drucksachenverkauf, Regierungsgebäude, Postfach, 9001 St.Gallen (Fax 071/229 39 55) bestellt werden und kostet Fr. 30.-- zuzüglich Versandkosten von Fr. 4.--.

24

Öffentliches Beschaffungswesen:

~~Gleichbehandlung der Anbieter: Hinweis auf bestimmte Produkte in den Ausschreibungsunterlagen~~
Hinweise auf Produkte

Art. 5 VöB: Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung
Art. 20 VöB: Ausschreibungsunterlagen (technische Anforderungen)

Hinweise auf bestimmte Produkte in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen verstossen grundsätzlich gegen das Gebot der Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Diskriminierung.

Nach Art. 5 Abs. 1 VöB werden Anbieter gleich behandelt und nicht diskriminiert. Diesem Grundsatz müssen auch die technischen Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen (Art. 20 lit. g VöB) genügen.

1. Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sind Richtschnur des gesamten öffentlichen Beschaffungswesens. Zusammenfassend bedeuten die Grundsätze, dass keinem Anbieter Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere Anbieter nicht gelten, und keinem Anbieter dürfen umgekehrt Vorteile gewährt werden, die anderen Anbietern nicht gewährt werden. Eine Abweichung von diesen Grundsätzen ist nur möglich, wenn kein Gegenrecht besteht und das eidgenössische Binnenmarktgesetz (SR 943.02) dies zulässt (Art. 5 Abs. 2 VöB; ~~Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 1 f. zu Art. 5 VöB~~).

2. Hinweise auf bestimmte Produkte usw.

Ausfluss der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ist unter anderem, dass Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder -namen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten in den Ausschreibungsunterlagen (Art. 20 lit. g VöB) nicht zulässig sind, es sei denn, es gebe keine hinreichend genaue und verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs. In diesen Fällen sind der Anforderung bzw. dem Hinweis die Worte "oder gleichwertig" anzufügen.

Weiterführender Hinweis:

- Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 1 f. zu Art. 5 VöB

Formatiert

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. B. AG vom 3. Dezember 1998, Erw. 2

Das Verwaltungsgericht hat eine in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Produktebezeichnung für Brandabschottungen als unzulässig bezeichnet. Der Zuschlag wurde allerdings nicht als rechtswidrig beurteilt und somit auch nicht aufgehoben, weil der Auftraggeber die Kriterien rechtsgleich anwendete und keine Anbieter ausschloss, die ein gleichwertiges Produkt angeboten hatten.

25

Öffentliches Beschaffungswesen:

~~Gleichbehandlung der Anbieter: Änderung der Angebote durch den Auftraggeber~~ Angebotsänderungen**Art. 5 VöB: Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung****Art. 31 VöB: Prüfung der Angebote****Art. 33 VöB: Verhandlungen**

Eine Bereinigung der Angebote im Sinn einer materiellen Änderung der Angebote sprengt den Rahmen der Berichtigung offensichtlicher Schreib- und Rechnungsfehler. Sie ist nur im Rahmen von Verhandlungen mit allen Anbietern möglich.

Im Rahmen der Offertprüfung kann sich ergeben, dass der Auftrag und damit auch die Offerten geändert werden müssen. Dies ist grundsätzlich möglich, allerdings müssen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung beachtet werden.

1. Prüfung der Angebote und Gleichbehandlung der Anbieter

Nach Art. 31 Abs. 1 VöB prüft der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien. Er korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler (Art. 31 Abs. 2 VöB). Sind Angaben eines Angebots unklar, kann er vom Anbieter Erläuterungen verlangen, die schriftlich festgehalten werden (Art. 31 Abs. 3 VöB).

Die Prüfung der Angebote nach einheitlichen Kriterien ist ein Ausfluss des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 5 VöB). Dieser steht zusammen mit dem Diskriminierungsverbot im Zentrum des öffentlichen Beschaffungsrechts (~~siehe JuMi 1999 / III / 23~~). Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt im Rahmen der Offertprüfung, dass die Angebote vergleichbar sind, weshalb der Auftraggeber gehalten ist, offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler zu korrigieren. Dazu gehören namentlich Additions- und Multiplikationsfehler, nicht aber solche bei den Einheitspreisen.

2. Änderung des Auftrags

Die VöB enthält keine Vorschriften über die Zulässigkeit materieller Änderungen von Offerten. Dies bedeutet indessen nicht, dass Änderungen nicht zulässig sind. Sollen Änderungen der Offerten aufgrund geänderter Vorgaben vorgenommen werden, muss dies im Rahmen von Verhandlungen nach Art. 33 VöB geschehen.

Verhandlungen sind zulässig, soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen sind (Art. 33 Abs. 1 VöB). Sie müssen unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Regeln mit allen Anbietern geführt werden. Das Ergebnis ist schriftlich festzuhalten (Art. 33 Abs. 2 VöB). Dies bedeutet im Wesentlichen, dass die geänderten Vorgaben allen Anbietern unterbreitet werden müssen, damit diese ihre Offerten den geänderten Vorgaben anpassen können.

Sind Verhandlungen nicht möglich, sei es aufgrund internationaler oder interkantonaler Vereinbarungen oder weil solche in der Ausschreibung nicht vorgesehen waren, muss das Verfahren bei Änderung der Vorgaben abgebrochen und wiederholt werden (Art. 38 VöB).

Weiterführende Hinweise:

- [Juristische Mitteilungen 1999](#) Nr. 24
- [Juristische Mitteilungen 1999](#) Nr. 26

Formatiert

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. ARGE G. AG und G. AG vom 1. Juli 1999, Erw. 2

Weil die Auftraggeberin die Vorgaben teilweise änderte und ohne Verhandlungen mit den Anbietern in den Offerten berücksichtigte, wurde die Beschwerde eines Anbieters gutgeheissen, der Zuschlag aufgehoben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Die Auftraggeberin wurde verpflichtet, den Anbietern die Änderungen nach Massgabe von Art. 33 VöB unter Wahrung der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung mitzuteilen und ihnen Gelegenheit zu geben, ihre Offerten aufgrund der veränderten Vorgaben anzupassen.

Weil in dem zu beurteilenden Fall Verhandlungen zulässig waren, nahm das Gericht keine Stellung zur Frage, wie vorzugehen ist, wenn Verhandlungen ausgeschlossen sind.

26

Öffentliches Beschaffungswesen:

Gleichbehandlung der Anbieter: Verbot von Verhandlungen mit einzelnen Anbietern

Art. 5 VöB: Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung
 Art. 33 VöB: Verhandlungen

Ein Auftraggeber verstösst gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Diskriminierung, wenn er Verhandlungen mit nur einem Anbieter führt.

Die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sind auch bei Verhandlungen zu beachten. Verhandlungen mit einzelnen Anbietern sind deshalb grundsätzlich verboten.

1. Verhandlungen

Verhandlungen mit den Anbietern sind möglich, wenn dies im Rahmen der Ausschreibung vorbehalten wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen sind (Art. 33 Abs. 1 VöB). Sie werden unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Grundsätzen geführt. Das Ergebnis wird schriftlich festgehalten (Art. 33 Abs. 2 VöB).

Verhandlungen im Sinn von Art. 33 Abs. 1 VöB können - obwohl Preisverhandlungen im Vordergrund stehen dürften (sog. Abgebotsrunden) - grundsätzlich alle Elemente einer Offerte umfassen. Ein ausdrückliches Verbot von Verhandlungen besteht zurzeit insoweit, als bei Aufträgen, die der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen unterstehen, Abgebotsrunden ausgeschlossen sind (Art. 11 lit. c IVöB). Weitergehende ausdrückliche Verbote bestehen zurzeit nicht (~~siehe aber Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 2 zu Art. 33 VöB~~).

2. Verstoss gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bei Verhandlungen

Verhandelt ein Auftraggeber nur mit einzelnen Anbietern, ohne dass er dies in der Ausschreibung so bekannt gegeben hat (~~siehe dazu Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 2 zu Art. 33 VöB~~), verstösst er gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung. Diskriminierend ist dabei nicht das nachträgliche Verhandeln, sondern der Umstand, dass nicht mit allen Anbietern verhandelt wird.

Weiterführende Hinweise:

- ~~Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 2 zu Art. 33 VöB~~
- Juristische Mitteilungen 1999 Nr. 34

Formatiert

Formatiert

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. K.S. AG vom 17. August 1999, Erw. 2

Weil erstens die Auftraggeberin Verhandlungen führte, obwohl dies in der Ausschreibung nicht vorgesehen war, zweitens diese Verhandlungen nur mit einer (einheimischen) Anbieterin geführt wurden, hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde einer nicht berücksichtigten Anbieterin gut.

Da der Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin bereits geschlossen war, beschränkte sich das Urteil auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit und die Zusprechung von Schadenersatz im Umfang der Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren.

Nicht beantwortet werden musste die Frage, ob Verhandlungen mit einzelnen Anbietern zulässig sind, wenn dies in der Ausschreibung so bekannt gegeben wurde, etwa mit der Formulierung: "Verhandlungen mit den fünf preislich günstigsten Anbietern bleiben vorbehalten".

27

Öffentliches Beschaffungswesen:

Ausschluss vom Verfahren: Unvollständigkeit und mangelnde Eignung
Folgen der Unvollständigkeit von Offertunterlagen

Art. 12 VöB:

Ausschluss

Art. 28 VöB:

Einreichung (des Angebots bzw. des Antrags auf Teilnahme)

Füllt ein Anbieter eine Rubrik in den Offertunterlagen nicht aus, ~~wenach-worin~~ er sich zur Frage der Bereitschaft zur Abgabe einer Erfüllungsgarantie äussern muss, ist das Angebot bzw. der Antrag auf Teilnahme unvollständig und der Nachweis der Eignung gilt als nicht erbracht, weshalb ein Ausschluss zulässig ist.

Nach Art. 8 VöB legt der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung fest, welche Eignungskriterien der Anbieter erfüllen und welche Nachweise er erbringen muss. Bringt ein Anbieter die verlangten Nachweise nicht bei, stellt sich die Frage, ob er vom Verfahren auszuschliessen ist.

1. Eignungskriterien und Nachweis der Eignung - Erfüllungsgarantie

Nach Art. 8 VöB legt der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung fest, welche Eignungskriterien der Anbieter erfüllen und welche Nachweise er erbringen muss. Die Eignungsprüfung dient der Abklärung der Eignung der Anbieter nach objektiven, sachlichen und überprüfbareren Kriterien. Im Wesentlichen geht es bei der Eignungsprüfung somit um die Sicherstellung, dass die Anbieter, die sich um den Auftrag bewerben, diesen auch erfolgreich ausführen können.

Die Eignungskriterien beziehen sich grundsätzlich auf die finanzielle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Anbieters, und zwar sowohl in bezug auf die gesamte Geschäftstätigkeit als auch auf den konkreten Auftrag.

Der Anbieter kann dazu verhalten werden, bestimmte Nachweise einzureichen, die eine Überprüfung der Eignung ermöglichen. Hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit steht bei grossen Aufträgen und General- oder Totalunternehmervergaben die Erfüllungsgarantie im Vordergrund. Um den Aufwand des Anbieters so gering wie möglich zu halten, wird bei der Angebotsabgabe bzw. bei der Einreichung des Antrags auf Teilnahme (Art. 28 VöB) sinnvollerweise nur verlangt, dass der Anbieter im Sinn einer Selbstdeklaration angibt, ob und inwieweit er bereit ist, die Erfüllungsgarantie im Fall einer Zuschlagserteilung bzw. einer Zulassung zur Angebotsabgabe beizubringen. Füllt ein Anbieter die entsprechende Rubrik in den Ausschreibungsunterlagen nicht aus, stellt sich die Frage eines Ausschlusses nach Art. 12 VöB.

2. Ausschluss aufgrund einer fehlenden Selbstdeklaration

Nach Art. 28 Abs. 1 VöB reicht der Anbieter seinen Antrag auf Teilnahme und sein Angebot der in der Ausschreibung bezeichneten Stelle schriftlich, vollständig und fristgerecht ein. Füllt ein Anbieter die Rubrik "Selbstdeklaration betreffend Erfüllungsgarantie" in den Offertunterlagen nicht aus, verletzt er einerseits wesentliche Formvorschriften im Sinn von Art. 12 Abs. 1 lit. h VöB, indem das Angebot bzw. der Antrag auf Teilnahme unvollständig

ist, andererseits erfüllt er die Eignungskriterien nicht (Art. 12 Abs. 1 lit. a VöB), mithin ist ein Ausschluss zulässig, und zwar aus jedem der beiden Gründe.

Ein Ausschluss stellt eine belastende Verfügung dar (Art. 41 Abs. 1 lit. d VöB), weshalb dem betroffenen Anbieter vor dem Ausschluss das rechtliche Gehör zu gewähren ist.

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. Verfasser des Projekts "schlank" vom 18. Mai 1999, Erw. 2

Im Zusammenhang mit einem anonymen Gesamtleistungswettbewerb (Art. 39 Abs. 2 VöB), der im selektiven Verfahren ausgeschrieben wurde, verlangte der Auftraggeber, dass die Anbieter zusammen mit dem Antrag auf Teilnahme in einem Formular "Nachweis Anforderungen Teilnehmer" im Sinn einer Selbstdeklaration angeben mussten, ob sie bereit seien, eine Erfüllungsgarantie von 10 Prozent des Werkpreises abzugeben. Weil die Verfasser des Projekts "schlank" die Rubrik nicht ausfüllten, wurden sie (sowie zwei weitere Anbieter) vom Auftraggeber gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a und lit. h VöB vom Verfahren ausgeschlossen.

Die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde abgewiesen. Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass der Auftraggeber ausdrücklich darauf hingewiesen habe, die Angaben im Formular "Nachweis Anforderungen Teilnehmer" würden im Sinn einer Selbstdeklaration für die Prüfung der Eignung herangezogen. Die Abgabe einer Erklärung über die Beibringung einer Erfüllungsgarantie in der zweiten Stufe sei somit als Eignungskriterium ausgestaltet worden. Ferner habe der Auftraggeber festgehalten, dass nur lückenlos ausgefüllte Formulare als vollständiger Antrag auf Teilnahme entgegengenommen würden. Der Ausschluss erweise sich somit wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien und unvollständigen Antrags auf Teilnahme als rechtmässig.

28

Öffentliches Beschaffungswesen:

~~Ausschluss vom Verfahren: Verletzung von allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen~~
Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen

Art. 12 VöB: Ausschluss

Hält ein Anbieter die Mindestlohnvorschriften der allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge nicht ein, kann er vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Der Ausschluss von Anbietern vom Vergabeverfahren dient der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs. Im Vordergrund stehen dabei die Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz (Art. 10 f. VöB). Namentlich sollen Anbieter keine ungerechtfertigten Vorteile erlangen, indem sie sich bspw. nicht an die Arbeitsschutzbestimmungen oder die Arbeitsbedingungen halten, die für alle Anbieter Gültigkeit haben. Wird festgestellt, dass ein Anbieter Arbeitsschutzbestimmungen -oder Arbeitsbedingungen nicht einhält, stellt sich deshalb die Frage eines Ausschlusses.

1. Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen

Nach Art. 10 Abs. 1 VöB vergibt der Auftraggeber einen Auftrag nur an einen Anbieter, der als Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen der allgemeinverbindlichen Gesamt- und Normalarbeitsverträge gewährleistet. Bestehen keine allgemeinverbindlichen Gesamt- oder Normalarbeitsverträge, gelten die berufüblichen Bedingungen (Art. 10 Abs. 2 VöB).

Die Bestimmung richtet sich grundsätzlich an den Auftraggeber. Er hat sicherzustellen, dass der ausgewählte Anbieter die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen gewährleistet. Es ist deshalb zweckmässig, wenn sich der Auftraggeber im Sinn einer Selbstdeklaration von den Anbietern bestätigen lässt, dass diese die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen der allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge einhalten. Die Einhaltung muss zudem vertraglich vereinbart und im Fall von Total- oder Generalunternehmervergaben mit einer Konventionalstrafe abgesichert werden.

2. Ausschluss bei Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. d VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn dieser Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen nicht gewährleistet oder einhält. Ferner kann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wer sich beruflich Fehlverhalten hat und dies in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt wurde (Art. 12 Abs. 1 lit. i VöB).

Wesentlich ist in Bezug auf die Anwendung von Art. 12 Abs. 1 lit. d und i VöB, ob der Anbieter im Zeitpunkt der Vergabe die Durchführung eines fairen Wettbewerbs gewährleistet. Eine derartige Prognose kann bei bestrittenem Sachverhalt in der Regel erst nach Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens zuverlässig gestellt werden. Muss das Fehlverhalten

ten tatsächlich gerichtlich festgestellt werden, kann sich ein Anbieter bei einer späteren Vergabe allerdings nicht darauf berufen, die Verstösse hätten sich in der Vergangenheit ereignet. Ansonsten hätten es die Anbieter in der Hand, die Vorschriften über den Ausschluss mit einer Bestreitung des Sachverhalts und Rechtsmittelverfahren zu vereiteln. Auch wenn ein Verstoß in der Vergangenheit liegt, kann deshalb ein Ausschluss verfügt werden. Wiegt der Verstoß nicht schwer, ist in der Regel jedoch nur der Ausschluss von der einen, dannzumal in Frage stehenden Vergabe möglich. Ein Ausschluss für künftige Vergaben nach Art. 12 Abs. 2 VöB fällt ausser Betracht.

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. K.B. vom 18. Mai/10. Juni 1999, Erw. 2

Der Auftraggeber schloss einen Anbieter von einem Vergabeverfahren aus, nachdem er festgestellt hatte, dass der Anbieter aufgrund einer Verletzung von Mindestlohnvorschriften des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe von der Paritätischen Kommission verurteilt und der dagegen erhobene Rekurs vom zuständigen lokalen Schiedsgericht abgewiesen worden war.

Das Verwaltungsgericht erachtete den Ausschluss als zulässig, weil in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt worden sei, dass sich der Beschwerdeführer beruflich fehlverhalten habe (Art. 12 Abs. 1 lit. i VöB).

29

Öffentliches Beschaffungswesen:

Direkte Einladung: Inhalt und Anfechtbarkeit
Beschränkte Anfechtbarkeit der direkten Einladung**Art. 19 VöB: Inhalt (direkte Einladung)**
Art. 41 VöB: Anfechtbare Verfügungen**Eine nachträgliche Geltendmachung von Mängeln der direkten Einladung in einem Einladungsverfahren im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags widerspricht Treu und Glauben und ist daher unzulässig.**

Art. 41 Abs. 1 VöB legt fest, welche Anordnungen des Auftraggebers im Rahmen einer Beschaffung als Verfügung angefochten werden können. Die direkte Einladung nach Art. 19 Abs. 1 VöB im Rahmen eines Einladungsverfahrens nach Art. 15 und 25 VöB ist nicht erwähnt, weshalb sich die Frage stellt, ob und inwieweit eine Anfechtung möglich ist.

1. Inhalt der direkten Einladung im Einladungsverfahren - Eignungs- und Zuschlagskriterien

Art. 19 VöB schreibt den Mindestinhalt vor, den sowohl die Ausschreibung als auch die direkte Einladung enthalten müssen. Dies sind unter anderem die Eignungs- und die Zuschlagskriterien sowie allfällige besondere Gewichtungen, soweit keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben werden (Art. 19 Abs. 1 lit. e und f, Art. 34 Abs. 3 VöB). Dadurch soll der Anbieter beurteilen können, welche konkreten Eignungs- und Zuschlagskriterien er zu erfüllen hat. Es muss ihm möglich sein, entweder von einem Angebot abzusehen, wenn er die geforderten Kriterien nicht erfüllt, oder die entsprechenden Vorkehren zu treffen, die ihm die Erfüllung der Kriterien ermöglichen. Aus diesem Grund sind die Anbieter vor dem Zuschlag über die massgeblichen Kriterien zu orientieren.

2. Möglichkeit der Anfechtung

Im Gegensatz zur Ausschreibung des Auftrags im offenen oder im selektiven Verfahren ist die direkte Einladung im Einladungsverfahren (und im freihändigen Verfahren) keine anfechtbare Verfügung (Art. 41 Abs. 1 VöB e contrario), welche wegen Verletzung von Art. 19 VöB vor Erteilung des Zuschlags mit Beschwerde angefochten werden könnte (Art. 5 Abs. 2 EGöB). Diese unterschiedliche Behandlung ist aufgrund der Besonderheiten der beiden Verfahren sachlich durchaus gerechtfertigt. Die Ausschreibung wird im kantonalen Amtsblatt publiziert (Art. 17 Abs. 1 VöB) und richtet sich an einen unbestimmten Adressatenkreis, während die direkte Einladung einige wenige, genau bestimmte Anbieter zur Offertstellung auffordert. Erachtet der eingeladene Anbieter die gemachten Angaben des Auftraggebers als unvollständig und benötigt er zusätzliche Informationen, ist es ihm nach Massgabe des auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben durchaus zuzumuten, vom Auftraggeber die entsprechenden Informationen zu verlangen (Art. 21 VöB). Eine nachträgliche Geltendmachung von Mängeln der Einladung nach Art. 19 VöB im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags mit Beschwerde widerspricht Treu und Glauben und ist daher unzulässig.

3. Vorgehen bei einer mangelhaften direkten Einladung

Stellt ein eingeladener Anbieter fest, dass die direkte Einladung Mängel aufweist, muss er somit im Sinn von Art. 21 VöB vom Auftraggeber verlangen, dass diese Mängel behoben bzw. die erforderlichen Angaben nachgeliefert werden. Der Auftraggeber muss die Auskünfte seinerseits erteilen, soweit kein Anbieter dadurch bevorzugt wird (Art. 21 Abs. 1 VöB). Wichtige Auskünfte müssen dabei allen Anbietern gleichzeitig mitgeteilt werden (Art. 21 Abs. 2 VöB). Was wichtige Auskünfte sind, bemisst sich aus der Sicht des Anbieters. Wichtigkeit dürfte vorliegen, wenn die Auskunft einen Einfluss auf die Kalkulation des Anbieters hat (~~Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 3 zu Art. 21 VöB~~). Sie dürfte namentlich vorliegen, wenn Auskünfte über Eignungs- oder Zuschlagskriterien erteilt werden.

Verzichtet der Anbieter darauf, vom Auftraggeber zusätzliche Auskünfte zu verlangen, ist es ihm verwehrt, dies in einem Beschwerdeverfahren betreffend den Zuschlag geltend zu machen.

Weiterführender Hinweis:

- ~~Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 3 zu Art. 21 VöB~~

Formatiert

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. S. vom 20. April 1999, Erw. 2

Das Verwaltungsgericht erachtete die Beschwerde eines nicht berücksichtigten Anbieters in Bezug auf die Rüge der Unvollständigkeit der direkten Einladung hinsichtlich der Eignungs- und Zuschlagskriterien als unzulässig, weil sich dieser während des Verfahrens nicht beim Auftraggeber erkundigt, insbesondere an der durchgeführten Begehung keine entsprechenden Fragen gestellt hatte.

30

Öffentliches Beschaffungswesen:

**Ungewöhnlich niedrige Angebote (Unterangebot):
Bedeutung Ungewöhnlich niedrige Angebote****Art. 32 VöB: Ungewöhnlich niedrige Angebote****Ein Ausschluss eines ungewöhnlich niedrigen Angebots ist nur zulässig, wenn es unlauter ist.**

In rezessiven Phasen der Konjunktur steht der Auftraggeber häufig der Situation gegenüber, dass Angebote mit sehr tiefen Preisen eingereicht werden. Es stellt sich in diesen Fällen immer wieder die Frage, ob Angebote bzw. Anbieter allein aufgrund des tiefen Preises ausgeschlossen werden können.

1. Ungewöhnlich niedrige Angebote (Unterangebot)

Die Gründe für einen sehr tiefen Preis eines Angebots im Vergleich zu anderen können vielfältig sein. Beispielsweise können sie Ausdruck eines starken Konkurrenzdrucks sein oder darauf beruhen, dass ein Anbieter einen Auftrag aus Prestige Gründen unbedingt ausführen möchte. Sie können aber auch daher rühren, dass ein Anbieter der Aufgabe nicht gewachsen ist oder durch Rechtsverletzungen oder Inkaufnahme von Rechtsverletzungen Vorteile erlangen will, die sich in einem tiefen Preis niederschlagen.

Art. 32 VöB sieht deshalb vor, dass der Auftraggeber bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten zusätzliche Unterlagen und Auskünfte verlangen kann, um Ursachen und Motive für die Unterbietung zu ergründen. Als zusätzliche Unterlagen fallen etwa Bestätigungen von Amtsstellen, Zahlungsbelege (bspw. bei der Frage, ob Sozialversicherungsbeiträge usw. bezahlt sind) oder Zertifikate und Fähigkeitsausweise in Betracht.

2. Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten

Ein ungewöhnlich niedriges Angebot, bei welchem die Selbstkosten des Anbieters voraussichtlich nicht gedeckt sind (sogenanntes Unterangebot), ist grundsätzlich zulässig. Der Zweck von Art. 32 VöB liegt nicht darin, Angebote vom Wettbewerb auszuschliessen, welche sich nicht an Verbandstarife oder Preisabsprachen halten. Ein Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten ist nur zulässig, wenn der Anbieter aufgrund der Unterbietung keine Gewähr für die Einhaltung der Teilnahmebedingungen (siehe insbesondere Art. 12 VöB) bietet oder die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen aus Steuer- und Abgabehinterziehungen. Stellt sich heraus, dass der Anbieter die Teilnahmebedingungen einhält und die Preisunterbietung lauter ist, muss das Angebot bzw. der Anbieter zugelassen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. ARGE B.+H. und F.W. vom 17. August 1999, Erw. 2

Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde eines nicht berücksichtigten Anbieters gegen eine Zuschlagsverfügung ab, weil weder erstellt noch ersichtlich war, inwiefern das wesentlich tiefere Angebot unlauter sei und auch keine Anhaltspunkte bestanden, welche die fachliche Qualifikation des berücksichtigten Anbieters in Frage gestellt hätten.

Das Gericht hielt dabei unter Verweis auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden fest, dass sich Preise von Verbandstarifen heute häufig ausserhalb der wirtschaftlichen Realität befänden und nurnmehr dem Wunschdenken der einzelnen Branchen entsprechen würden.

31

Öffentliches Beschaffungswesen:

Gewichtung der Zuschlagskriterien**Art. 34 VöB: Zuschlag****Die Kriterien für den Zuschlag sind zumindest in ihrer relativen Bedeutung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben.**

Die massgeblichen Zuschlagskriterien sind entweder in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (Art. 19 und 20 VöB). Seit längerer Zeit wurde in der Lehre diskutiert, ob die Gewichtung bzw. ihre relative Bedeutung auch zu den massgeblichen Zuschlagskriterien gehören.

1. Zuschlag

Nach Art. 34 Abs. 1 VöB erfolgt der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird anhand von Unterkriterien ermittelt, die beispielhaft in Art. 34 Abs. 2 VöB aufgezählt sind. Der Katalog stellt indessen weder eine Reihenfolge noch eine Rangfolge dar. Ebenso ist es zulässig, Kriterien besonders zu gewichten oder vom Katalog nach Art. 34 Abs. 2 VöB abzuweichen, wobei dies in der Ausschreibung bekannt zu geben ist (Art. 34 Abs. 3 VöB).

2. Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Bedeutung

Die Zuschlagskriterien müssen entweder in der Ausschreibung bzw. der direkten Einladung (Art. 19 Abs. 1 lit. f VöB) oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden (Art. 20 lit. i VöB). In einem kürzlich ergangenen Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass die Auftraggeber aus Gründen der Transparenz alle Zuschlagskriterien, die sie bei der Bewertung der Angebote berücksichtigen wollen, zum Voraus und in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzählen müssen. Zumindest muss die relative Bedeutung, die jedem Kriterium beigemessen wird, bekannt gegeben werden. Würde dies nicht verlangt, wäre jede wirkliche Kontrolle der Bewertung der Kriterien durch den Auftraggeber ausgeschlossen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen schliesst sich dieser Rechtsprechung an, indem es (in einem obiter dictum) ausführt, dass zumindest die relative Bedeutung der einzelnen Kriterien bekannt gegeben werden muss. Der Auftraggeber muss somit künftig entweder die Kriterien in ihrer Reihenfolge oder mit der relativen Bedeutung (Gewichtung) aufführen. In Frage kommen etwa folgende Formulierungen:

Reihenfolge

Kriterien für den Zuschlag sind in folgender Reihenfolge:

1. Preis
2. Qualität
3. Erfahrung
4. Termin

Angabe der relativen Bedeutung (Gewichtung)

Die Zuschlagskriterien werden wie folgt gewichtet:

Preis	50 Prozent
Qualität	20 Prozent
Erfahrung	10 Prozent
Termin	20 Prozent

Weiterführender Hinweis:

- BGE 125 II 209 (Praxis 1999, S. 578 ff.)

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. S. AG vom 16. September 1999, Erw. 3

Das Verwaltungsgericht hat aus prozessökonomischen Gründen in einem Rückweisungsentscheid unter Verweis auf das Bundesgericht in einem obiter dictum ausgeführt, dass die Vorinstanz zumindest die relative Bedeutung, die sie den einzelnen Kriterien zuerkennt, hätte ersichtlich machen müssen.

32

Öffentliches Beschaffungswesen:

~~Verfügungen des Auftraggebers: Anforderungen an die Begründung von Verfügungen des Auftraggebers~~**Art. 41 VöB: Anfechtbare Verfügungen****Es ist nicht zulässig, im Rechtsmittelverfahren Gründe nachzuschieben, die in der angefochtenen Verfügung nicht enthalten waren.**

Im öffentlichen Beschaffungswesen besteht hinsichtlich der Begründung von Verfügungen eine Spezialregelung. Verlangt wird im Allgemeinen eine lediglich kurze Begründung (Art. 41 Abs. 2 VöB). Das Verwaltungsgericht äusserte sich in mehreren Entscheiden zur Frage, was darunter zu verstehen ist.

1. Die Begründung von Verfügungen im öffentlichen Beschaffungswesen

Art. 41 Abs. 1 VöB zählt diejenigen Anordnungen des Auftraggebers auf, die als Verfügungen mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden können. Der Katalog ist abschliessend (~~siehe dazu JuMi 1999 / III / 28~~).

In Abweichung von Art. 24 VPR legt Art. 41 Abs. 2 VöB fest, dass die Verfügungen lediglich kurz zu begründen sind. Kurz bedeutet, dass der Auftraggeber wenigstens summarisch und stichwortartig die Gründe für den Entscheid darlegt. Die Anbieter müssen sich allerdings auch hier Rechenschaft über die wesentlichen Gründe geben können, die zum Erlass der Verfügung geführt haben. Insbesondere muss der Anbieter durch die Verfügung in die Lage versetzt werden, die Tunlichkeit einer Beschwerdeerhebung abzuwägen. Dies ist nicht gewährleistet, wenn wesentliche Gründe erst im Rechtsmittelverfahren nachgeschoben werden.

Eine Spezialregelung besteht hinsichtlich der Begründung sodann erstens in Bezug auf den Zuschlag, indem der Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote in jedem Fall zur kurzen Begründung gehören (Art. 35 Abs. 1 VöB). Zweitens ist die Ausschreibung nach Art. 17 und 19 VöB überhaupt nicht zu begründen (Art. 41 Abs. 3 VöB). Schliesslich drittens kann der Anbieter bei Aufträgen, die der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen unterstehen, verlangen, dass ihm die Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt gegeben werden (Art. 35 Abs. 2 VöB; ~~siehe dazu Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 3 zu Art. 35 VöB~~).

2. Folgen einer mangelhaften Begründung

Werden wesentliche Gründe, die zum Entscheid geführt haben, im Entscheid selbst nicht erwähnt, werden diese in einem Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt. Ist die tatsächliche Begründung falsch, waren also mit anderen Worten andere als die angeführten Gründe für die Verfügung ausschlaggebend, ist die Begründungspflicht verletzt, was zur Aufhebung des Entscheids oder zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Entscheids führt.

Weiterführende Hinweise:

- [Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen \[Hrsg.\], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 3 zu Art. 35 VöB](#)
- GVP 1998 Nr. 33
- [Juristische Mitteilungen 1999 Nr. 29](#)

Formatiert

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. G. vom 17. Dezember 1998, Erw. 2 (GVP 1998 Nr. 33)
~~Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. ARGE G. AG und G. AG vom 1. Juli 1999, Erw. 2~~

Das Verwaltungsgericht hiess ~~im ersten Fall~~ die Beschwerde eines nicht berücksichtigten Anbieters gegen eine Verfügung über die Auswahl in einem selektiven Verfahren gut, weil die Auftraggeberin in der Verfügung als Grund für die Nichtzulassung zur Abgabe eines Angebots angab, dem Anbieter mangle es an der technischen Leistungsfähigkeit. In der Beschwerdevernehmlassung machte die Auftraggeberin geltend, der Grund liege nicht in der technischen Leistungsfähigkeit, sondern in der finanziellen. Weil aufgrund der Akten klar war, dass auch dieser Grund nicht stichhaltig sein konnte, verzichtete das Verwaltungsgericht auf eine Rückweisung zur erneuten Eröffnung und entschied in der Sache.

~~Im zweiten Fall beurteilte das Verwaltungsgericht eine Begründung als mangelhaft, weil die Verfügung über den Zuschlag einzig mit dem günstigsten Preis des berücksichtigten Angebots begründet wurde, obwohl die Offerte der nicht berücksichtigten Anbieterin zum Zeitpunkt der Offertöffnung wesentlich darunter lag. Die Auftraggeberin hätte in der Verfügung deshalb zumindest erläutern müssen, dass die eingereichten Angebote in mehreren Bereichen materiell geändert wurden.~~

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. ARGE G. AG und G. AG vom 1. Juli 1999, Erw. 2

~~Das Verwaltungsgericht beurteilte eine Begründung als mangelhaft, weil die Verfügung über den Zuschlag einzig mit dem günstigsten Preis des berücksichtigten Angebots begründet wurde, obwohl die Offerte der nicht berücksichtigten Anbieterin zum Zeitpunkt der Offertöffnung wesentlich darunter lag. Die Auftraggeberin hätte in der Verfügung deshalb zumindest erläutern müssen, dass die eingereichten Angebote in mehreren Bereichen materiell geändert wurden.~~

33

Öffentliches Beschaffungswesen:

~~Rechtsschutz und Haftung:~~ Anforderungen an die Beschwerde**Art. 15 IVöB: Beschwerderecht und Frist****Art. 16 IVöB: Beschwerdegründe**

Grundsätzlich ist die Beschwerde innert der gesetzlichen Beschwerdefrist von zehn Tagen vollständig einzureichen, eine nachträgliche Ergänzung ist nur in Ausnahmefällen zulässig.

Der Beschwerdeführer hat in der Beschwerdeschrift darzutun, inwiefern der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht und/oder inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden.

Das Verwaltungsgericht äusserte sich in einem grundsätzlichen Urteil zu den Anforderungen, die an Beschwerden im öffentlichen Beschaffungswesen gestellt werden.

1. Anforderungen an die Beschwerde

Nach Art. 5 Abs. 1 EGöB richtet sich der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen in jedem Fall nach der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (Art. 15 ff. IVöB).

Nach Art. 15 Abs. 2 IVöB sind Beschwerden schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen. Weil die Interkantonale Vereinbarung keine weiteren Bestimmungen über die formalen Anforderungen an eine Beschwerde enthält, kommen die Vorschriften des VRP zur Anwendung. Nach Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP muss eine Beschwerde einen Antrag, eine Darstellung des Sachverhalts und eine Begründung enthalten.

Im Antrag hat der Beschwerdeführer darzutun, inwiefern die angefochtene Verfügung aufzuheben und abzuändern ist bzw. was im einzelnen Inhalt des Beschwerdeentscheids sein soll. In der Begründung muss der Beschwerdeführer darlegen, inwiefern der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht und/oder inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (Art. 16 IVöB). Die Beschwerdeinstanz überprüft die Verfügung somit nicht von Amtes wegen auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten.

2. Mängel einer Beschwerde

Die allgemeine Regelung im st.gallischen Verwaltungsprozessrecht, wonach bei mangelhaften Beschwerden eine Nachfrist zur Ergänzung anzusetzen ist (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 und Art. 50 Abs. 2 VRP), gilt im öffentlichen Beschaffungswesen nicht (Art. 15 Abs. 2 IVöB). Eine von Amtes wegen vorzunehmende Aufforderung zur Ergänzung einer unvollständigen Beschwerde ist nicht vorgesehen. Die Verankerung einer

vergleichsweise kurzen Rechtsmittelfrist und die ausdrückliche Anordnung einer begründeten Beschwerde bedeuten, dass im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens innerhalb der gesetzlichen Frist eine vollständige Rechtsschrift einzureichen und eine nachträgliche Ergänzung nur in Ausnahmefällen zulässig ist. Namentlich wenn es dem Beschwerdeführer aufgrund der summarischen Begründung der Verfügungen im öffentlichen Beschaffungswesen (Art. 41 Abs. 2 und 3 VöB) oder aufgrund der Unkenntnis der Akten (Art. 6 VöB) nicht möglich ist, eine vollständige Beschwerdebegründung einzureichen, kann er ein Gesuch um Ansetzung einer Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerdeschrift nach Gewährung der Akteneinsicht stellen. Unterlässt er dies, riskiert er, dass die Beschwerdeinstanz aufgrund einer mangelhaften Beschwerdeschrift nicht auf die Beschwerde eintritt.

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. I. AG vom 10. Juni 1999, Erw. 1

Das Verwaltungsgericht trat auf die Beschwerde eines nicht berücksichtigten Anbieters nicht ein, weil in der Beschwerdeschrift ein bedingter Antrag gestellt wurde, der Antrag in der Replik ausserhalb des ursprünglichen Antrags lag und damit verspätet war und die Begründung im Sinn der Sachdarstellung und der Rüge der Rechtsverletzung ungenügend war.

34

Öffentliches Beschaffungswesen:

Rechtsschutz und Haftung: Umfang der Haftung des Auftraggebers**Art. 4 EGöB: Haftung**

Der Auftraggeber haftet nicht nur für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Offertstellung im engeren Sinn, sondern für alle Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren.

Stellt die Beschwerdeinstanz in einem Beschwerdeverfahren fest, dass die Verfügung des Auftraggebers rechtswidrig ist und ist der Vertrag bereits geschlossen, muss der Auftraggeber den Beschwerdeführer im Umfang der Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren entschädigen.

1. Umfang der Haftung im öffentlichen Beschaffungswesen

Nach Art. 4 Abs. 1 EGöB haftet der Auftraggeber dem Anbieter für Schaden, den er durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Die Haftung ist auf die Aufwendungen beschränkt, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind. Im Wesentlichen umfasst die Haftung somit das negative (Vertrags-) Interesse. Der Beschwerdeführer ist mit anderen Worten wirtschaftlich so zu stellen, als hätte er sich am Vergabeverfahren nicht beteiligt.

Die Schadenersatzpflicht nach Art. 4 Abs. 1 EGöB umfasst somit zunächst den Aufwand des Anbieters für die Erstellung der Offerte. Hinzu kommen allfällige Umtriebe im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Eröffnung der Verfügung und dergleichen sowie der Durchführung des Beschwerdeverfahrens einschliesslich des Aufwands des Anbieters im Rahmen der Bestellung und Instruktion des Rechtsanwalts. Ferner sind die ausseramtlichen Kosten des Beschwerdeführers zu ersetzen.

2. Schadenersatzbegehren

Das Schadenersatzbegehren ist dem Verwaltungsgericht zusammen mit der Beschwerde einzureichen (Art. 4 Abs. 2 EGöB). Soweit das Einführungsgesetz keine Bestimmungen enthält, richten sich Haftung und Verfahren nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (sGS 161.1).

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. K.S. AG vom 17. August 1999, Erw. 2

Das Verwaltungsgericht verpflichtete die Auftraggeberin zur Leistung eines Schadenersatzes im Umfang von Fr. 5'459.40 sowie zur Leistung einer ausseramtlichen Entschädigung für das Beschwerdeverfahren von Fr. 3'000.--. Der Schadenersatz setzte sich (ohne Anwaltshonorar) zusammen aus dem gesamten Aufwand einschliesslich der Umtriebe des Anbieters für das Vergabeverfahren sowie demjenigen für das Rechtsmittelverfahren einschliesslich der Umtriebe für die Instruktion des Rechtsanwalts.

35

Baurecht:

Unzulässigkeit eines Reitbetriebs in der Wohnzone**Art. 11 Abs. 1 BauG: Wohnzone**

Eine funktionale Betrachtungsweise der Zonenkonformität, wonach in der Wohnzone nur bestimmte Kategorien von Gewerbebetrieben zugelassen werden, entspricht den Zielen des Raumplanungsgesetzes.

Nach Art. 11 Abs. 1 BauG umfassen Wohnzonen Gebiete, die sich für Wohnzwecke und nicht-störende Gewerbebetriebe eignen; sie sollen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten.

1. Abstrakte Wirkung zonenbedingter Immissionsvorschriften

Ob ein Betrieb störend und daher in einer Wohnzone unzulässig ist, muss unabhängig von allfällig bestehenden örtlichen Immissionen geprüft werden. Es kommt dabei nicht darauf an, ob im konkreten Fall tatsächlich Immissionen verursacht werden oder nicht. Vielmehr ist auf durchschnittliche, objektivierte Bedingungen abzustellen. Zonenbedingte Immissionsvorschriften wirken in diesem Sinn abstrakt. Es genügt festzustellen, ob der Betrieb zu einer bestimmten Kategorie von Gewerbebetrieben gehört, die aufgrund der Erfahrung als nicht störend zu bezeichnen sind, oder zu einer immissionsstärkeren, in der Wohnzone unzulässigen Kategorie von Gewerbebetrieben, die erfahrungsgemäss zu den störenden Betrieben gehören.

2. Funktionale Betrachtung der Betriebskategorien

Eine funktionale Betrachtungsweise, wonach in der Wohnzone nur bestimmte Kategorien von Gewerbebetrieben zugelassen werden, ist nach Art. 4 Abs. 1 BV nicht zu beanstanden und entspricht den Zielen und dem Zweck des Raumplanungsgesetzes. Nicht störend sind vor allem jene Gewerbebetriebe, die der Befriedigung der täglichen Bedürfnisse dienen und keine Belästigung bewirken. Zu diesen Betrieben zählen insbesondere Bäckereien, Metzgereien, Spezereiläden, Schuhmacherwerkstätten, Coiffeurgeschäfte und dergleichen. Zu den immissionsstärkeren, mässig störenden und daher in einer Wohnzone nicht zulässigen Betrieben gehören dagegen Autoreparaturwerkstätten, Spenglereien, Kundenscheinereien, Druckereibetriebe usw.

3. Kriterien für die funktionale Betrachtung

Massgebend ist bei der Zuordnung zu einer bestimmten Betriebskategorie etwa die Art der Produkte oder Dienstleistungen, die Zahl der Beschäftigten, die eingesetzten Produktionsmittel, die baulichen und betrieblichen Bedürfnisse, die Anforderungen an die Infrastruktur, der angestrebte Umsatz, die räumliche Bedeutung und die Auswirkungen auf die Umwelt, soweit diese nicht vom Umweltschutzgesetz erfasst werden.

4. Funktionale Beurteilung eines Reitbetriebs

Ein Reitbetrieb kann nach der allgemeinen Erfahrung nicht als nicht störendes Gewerbe gelten, zumal mitunter Reitsportveranstaltungen mit Festwirtschaft durchgeführt werden. Sodann ist mit nicht unerheblichem Lastwagenverkehr zu rechnen (Futteranlieferung, Pferdetransporte). Für solche Nutzungen sieht das Baugesetz die Möglichkeit der Auscheidung von Intensiverholungszone vor. In Art. 18bis BauG werden Reithallen und gewerbliche Pferdestallungen sogar ausdrücklich erwähnt. Auch kann ein Reitbetrieb nicht als Gewerbe bezeichnet werden, welches tägliche Bedürfnisse befriedigt und keine Belästigung bewirkt. Gewerbliche Reitbetriebe sind deshalb in der Wohnzone nicht zonenkonform.

Ob die Immissionen, die im Zusammenhang mit dem Reitbetrieb zu erwarten sind, für sich allein genommen übermässig wären, kann daher offen bleiben.

Weiterführende Hinweise:

- BGE 117 Ib 147
- GVP 1981 Nr. 57, S. 112 mit Hinweisen
- GVP 1975 Nr. 33, S. 67 mit Hinweisen
- ZBl 84 [1983], 464 f.
- P. Dilger, Raumplanungsrecht der Schweiz, Zürich 1982, N 40 zu § 10, S. 239
- Juristische Mitteilungen 1999 Nr. 16

Entscheid des Baudepartementes vom 8. Juli 1999

Für einen in der Intensiverholungszone gelegenen Reitbetrieb mit einer Reithalle, einem Ausssenplatz und einer offenen Stallung war ein Baugesuch für die Erstellung einer Garagen- und Remisenbaute auf einer benachbarten, in der Wohnzone gelegenen Parzelle eingereicht worden. Die Baute sollte überwiegend dem Reitbetrieb dienen und war damit funktional diesem zuzurechnen. Der Reitbetrieb wurde vom Baudepartement als zonenfremd in Bezug auf die Wohnzone beurteilt. Deshalb war auch die streitige Baute als Teil des Reitbetriebs in der Wohnzone unzulässig.

36

Verwaltungsverfahrensrecht:

Subsidiarität der aufsichtsrechtlichen Anzeige**Art. 241 GG: Aufsichtsrechtliche Anzeige**

Sind zur Geltendmachung von behaupteten Verwaltungsfehlern formelle Rechtsmittel gegeben, steht das aufsichtsrechtliche Verfahren nicht zur Verfügung, soweit es lediglich privaten Interessen des Anzeigers dienen soll und keine öffentlichen Interessen auf dem Spiel stehen.

Nach Art. 241 Abs. 1 GG kann jedermann Mängel in der Führung der Verwaltung einer Gemeinde der Aufsichtsbehörde anzeigen. Diese bestätigt nach Art. 241 Abs. 2 GG den Empfang der Anzeige, prüft sie und trifft wenn nötig Massnahmen.

1. Subsidiarität der aufsichtsrechtlichen Anzeige

Mit der Anzeige können grundsätzlich sämtliche Tatsachen, die im Rahmen der Staatsaufsicht ein Einschreiten gegen die Behörde von Amtes wegen erfordern, der Aufsichtsinstanz zur Kenntnis gebracht werden. Wo andere rechtliche Möglichkeiten bestehen, um derartige Mängel zu beseitigen, ist von den aufsichtsrechtlichen Befugnissen nicht oder nur mit grösster Zurückhaltung Gebrauch zu machen. Insbesondere in jenen Fällen, in denen zur Geltendmachung von behaupteten Verwaltungsfehlern der Gemeinde formelle Rechtsmittel gegeben sind, steht das aufsichtsrechtliche Verfahren nach konstanter Praxis nicht zur Verfügung. Dies gilt jedenfalls, soweit das aufsichtsrechtliche Verfahren zur Durchsetzung lediglich privater Interessen des Anzeigers dienen soll und keine öffentlichen Interessen auf dem Spiel stehen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen erforderten. Aufsichtsrechtliches Einschreiten ist sodann nur zulässig, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind.

2. Voraussetzungen einer Rechtsverweigerungsbeschwerde

Wenn eine Behörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinaus verzögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre, wird das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung verletzt. Von Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann hingegen nicht schon dann die Rede sein, wenn eine Behörde eine Eingabe nicht sofort behandelt. Rechtsverzögerung ist nur gegeben, wenn sich die zuständige Behörde zwar bereit zeigt, den Entscheid zu fällen, ihn aber nicht binnen der Frist trifft, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände noch als angemessen erscheint.

Weiterführende Hinweise:

- GVP 1988 Nr. 91
- M. Imboden/R.A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II: Besonderer Teil, Basel und Stuttgart 1976, Nr. 145 B III, S. 1071
- U. Häfelin/G. Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, N 67 und N 435 f.
- Juristische Mitteilungen 1999 Nr. 22

Entscheid des Baudepartementes vom 19. Juli 1999

Für einen Disco-Gastronomiebetrieb waren ohne vorgängige Baubewilligung die Arbeiten für verschiedene Betriebserweiterungen in Angriff genommen worden. Auf den Hinweis einer Nachbarin erliess der Gemeinderat gleichentags eine Baueinstellungsverfügung und forderte ein Baugesuch ein. Unmittelbar anschliessend reichte die gleiche Nachbarin beim Baudepartement eine aufsichtsrechtliche Anzeige mit verschiedenen Anträgen ein.

Dieser Anzeige wurde keine Folge geleistet, weil die vorgebrachten Rügen (Untätigkeit und Rechtsverzögerung) Gegenstand einer Rechtsverweigerungsbeschwerde hätten sein müssen. Eine Rechtsverzögerung bestand nicht, weil der Gemeinderat die Sache umgehend an die Hand genommen hatte und davon ausgegangen werden konnte, dass er die Angelegenheit ohne Verzug weiterbearbeiten werde.