



Fall-Nr.: B 2007/221
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 30.04.2008
Entscheiddatum: 30.04.2008

Urteil Verwaltungsgericht, 30.04.2008

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 27 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Da der Zuschlag an eine Unternehmervariante erteilt wurde, die den in den Submissionsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen nicht entsprach und deshalb nicht als gleichwertig gelten konnte, war die Zuschlagsverfügung als rechtswidrig aufzuheben. Aufgrund weiterer Mängel bei der Bewertung der Angebote wurde die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vergabebehörde zurückgewiesen (Verwaltungsgericht, B 2007/221).

2007/221

Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 27 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Da der Zuschlag an eine Unternehmervariante erteilt wurde, die den in den Submissionsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen nicht entsprach und deshalb nicht als gleichwertig gelten konnte, war die Zuschlagsverfügung als rechtswidrig aufzuheben. Aufgrund weiterer Mängel bei der Bewertung der Angebote wurde die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vergabebehörde zurückgewiesen (Verwaltungsgericht, B 2007/221).

Urteil vom 30. April 2008



Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf,
lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Gerichtsschreiberin Dr. R. Hirt

In Sachen

BHKW Energie-Service AG, St. Gallerstrasse 11, 9300 Wittenbach,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Remi Kaufmann,
Marktgasse 20, 9000 St. Gallen,

gegen

Abwasserverband Niederbüren, Gossauerstrasse 5, 9246 Niederbüren,

Vorinstanz,

und

IWK Integrierte Wärme und Kraft AG, Schlosstalstrasse 210, 8408 Winterthur,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Lukas Küng,
Grundacher 5, Postfach 1250, 6061 Sarnen 1,

betreffend



öffentliches Beschaffungswesen; Ausbau ARA Niederbüren, Lieferung, Montage und Inbetriebnahme der maschinellen Ausrüstung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Der Abwasserverband Niederbüren vergab am 10. Dezember 2007 (versandt am 14. Dezember 2007) den Zuschlag für die im Einladungsverfahren ausgeschriebene Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Blockheizkraftwerks (abgekürzt BHKW) zur Verwertung des Faulgases der Kläranlage Niederbüren an die Firma IWK Integrierte Wärme und Kraft AG, Winterthur.

B./ Mit Eingabe vom 21. Dezember 2007 erhob die Mitbewerberin BHKW Energie-Service AG, Kronbühl, beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 10. Dezember 2007 und beantragte, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Ziff. 1), die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben (Ziff. 2) und der Zuschlag sei der BHKW Energie-Service AG zu erteilen (Ziff. 3); unter Kosten- und Entschädigungsfolge (Ziff. 4). Zur Begründung brachte die BHKW Energie-Service AG im wesentlichen vor, dass der Abwasserverband Niederbüren den Zuschlag an eine Variante vergeben habe, welche die in den Submissionsunterlagen festgehaltenen Vorgaben bezüglich des zulässigen Brennstoffverbrauchs nicht einhalte. Im Anhang 1 "Offert-Spezifikation ARA Niederbüren, Erweiterung BHKW Anlage" auf S. 1/5 sei den Anbietern vorgeschrieben worden, dass der Brennstoffverbrauch des anzubietenden BHKW zwischen 100 und 160 Kilowatt (abgekürzt kW) oder 15 und 25 Normkubikmeter Faulgas pro Stunde (abgekürzt Nm³/h) liegen. Es sei nun aber ein BHKW ausgewählt worden, das einen Brennstoffverbrauch von 271 kW bzw. von 43 Nm³/h aufweise. Zudem sei in den Submissionsunterlagen verlangt worden, dass die voraussichtlich anfallende Gasmenge von durchschnittlich 370 Kubikmeter pro Tag (abgekürzt m³/d) und maximal 458 m³/d durch ein BHKW verwertet werden soll, das "rund um die Uhr" in Betrieb ist. Das von der IWK Integrierte Wärme und Kraft AG angebotene Produkt würde jedoch für die Verwertung der maximalen Faulgasmenge lediglich 10,5 Stunden benötigen.



Der Abwasserverband Niederbüren beantragte in der Vernehmlassung vom 28. Dezember 2007, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu verweigern und der Zuschlag als rechtskräftig anzuerkennen sei, die Verfahrenskosten seien zudem der BHKW Energie-Service AG aufzuerlegen. Zur Begründung wurde im wesentlichen geltend gemacht, dass die IWK Integrierte Wärme und Kraft AG lediglich von ihrem Recht auf Einreichung einer Unternehmervariante Gebrauch gemacht habe. Sie habe neben der Basisvariante mit dem vorgegebenen Leistungsbereich auch eine Variante mit grösserer Leistung angeboten. Dieses Angebot sei damit mindestens gleichwertig bzw. besser gewesen. Der Zweck einer Unternehmervariante liege gerade darin, dem Auftraggeber ein Angebot zu offerieren, das für ihn das wirtschaftlich günstigere sei. Zudem wird vorgebracht, dass in den Submissionsunterlagen festgehalten worden sei, dass bei einer geringeren Gasproduktion das BHKW abgestellt würde. Damit sei auch klar darauf hingewiesen worden, dass ein Abschalten des BHKW zulässig sei und der Dauerbetrieb kein Musskriterium darstelle. Die Unternehmervariante sei eindeutig das wirtschaftlich günstigste Angebot gewesen, weshalb sich die Zuschlagserteilung als rechtmässig erweise.

Mit Schreiben vom 3. Januar 2008 schloss sich die IWK Integrierte Wärme und Kraft AG den Anträgen des Abwasserverbandes Niederbüren sowie dessen Begründung an.

Am 7. Januar 2008 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Der Abwasserverbund Niederbüren sowie die IWK Integrierte Wärme und Kraft AG wurden zudem aufgefordert, bis zum 18. Januar 2008 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Die amtlichen Kosten in der Höhe von Fr. 750.-- sowie die ausseramtliche Entschädigung an die BHKW Energie-Service AG in der Höhe von Fr. 750.-- wurden dem Abwasserverband Niederbüren überbunden.

Der Abwasserverband Niederbüren liess am 18. Januar 2008 verlauten, dass er weiterhin an seinen Anträgen festhalte, und verwies zur Begründung auf die Vernehmlassung vom 28. Dezember 2007. Die IWK Integrierte Wärme und Kraft AG verzichtete gleichentags auf eine detaillierte Stellungnahme und schloss sich vollumfänglich den Rechtsbegehren und der Begründung des Abwasserverbandes Niederbüren an.



St.Galler Gerichte

Die BHKW Energie-Service AG nahm am 7. Februar 2008 zu den Ausführungen des Abwasserverbandes Niederbüren sowie der IWK Integrierte Wärme und Kraft AG Stellung. Dabei wird insbesondere vorgebracht, dass die Unternehmervariante der IWK Integrierte Wärme und Kraft AG vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen und der Offertvergleich in bezug auf die Kriterien "Leistungsfähigkeit und Termin" sowie "Kosten" fehlerhaft sei. Auch deshalb sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und der Zuschlag an die BHKW Energie-Service AG zu vergeben.

Mit Schreiben vom 20. Februar 2008 nahm der Abwasserverband Niederbüren zu verschiedenen Einzelpunkten der Ausführungen der BHKW Energie-Service AG Stellung. Es wurde insbesondere bestritten, dass die Berechnungen im Offertvergleich nicht korrekt erfolgt seien. Die von der BHKW Energie-Service AG vorgenommenen Rentabilitätsberechnungen werden zudem als falsch zurück gewiesen, weil verschiedene Kostenfaktoren des von ihr angebotenen BHKW nicht berücksichtigt worden seien und entgegen der Auffassung der Anbieterin die vom BHKW produzierte Wärme nicht genutzt werden könne.

Die IWK Integrierte Wärme und Kraft AG verzichtete mit Schreiben vom 25. Februar 2008 auf eine weitere Stellungnahme.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGÖB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde gegen den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 21. Dezember 2007 sowie die Ergänzung vom 7. Februar 2008 entsprechen zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVÖB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.



2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st. gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht hingegen nicht befugt. Im Streitfall bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht den Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren hat, wenn diese beim Zuschlag von sachlichen und vernünftigen Überlegungen ausging, die im Einklang mit Sinn und Zweck des Gesetzes stehen (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 60 E. 2b mit Hinweisen).

2.1. Art. 27 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) bestimmt, dass der Anbieter zusätzlich zum verlangten Angebot Varianten oder Teilangebote einreichen kann. Varianten und Teilangebote haben die zwingenden Vorschriften der Ausschreibung zu beachten. Insbesondere muss die Variante im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung technisch gleichwertig sein. Vorauszusetzen ist eine funktionale Gleichwertigkeit mit den technischen Anforderungen an die Grundofferte und damit auch die Einhaltung der vorgegebenen Minimalstandards (Galli/Moser/Land/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 469). Die Beweislast für die technische Äquivalenz einer Variante sowie dafür, dass eine Variante alle in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Bedingungen und Auflagen erfüllt, liegt beim Anbieter. In der Regel nicht zu berücksichtigen sind Varianten, die nicht der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung dienen, sondern eine Reduktion bzw. Ausweitung des Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zum Gegenstand haben. Gelangt der Auftraggeber zum Schluss, dass die in den Submissionsunterlagen beschriebenen Anforderungen zu verändern sind, muss sämtlichen Anbietern die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Angebote entsprechend dem veränderten Leistungskatalog zu ergänzen (Galli/Moser/Land/Clerc, a.a.O., Rz. 479). Dies folgt bereits aus der Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieter



sowie aus der in Art. 21 Abs. 2 VöB festgehaltenen Verpflichtung, wichtige Auskünfte allen Anbietern gleichzeitig mitzuteilen.

2.2. In Ziff. 0.11 der Submissionsunterlagen wird festgehalten, dass die Anbieter in Ergänzung zu den in den Submissionsunterlagen aufgeführten Leistungen eigene, mindestens gleichwertige Vorschläge offerieren können. Auch für die Unternehmervarianten haben die gesamten Submissionsunterlagen Gültigkeit (Ziff. 0.11 Abs. 3). In Ziff. 2 der Ausschreibungsunterlagen ist ein detaillierter Katalog an leistungsbezogenen Bestimmungen aufgeführt, die einen Bestandteil des Rahmenwerkvertrages (Ziff. 1 der Ausschreibungsunterlagen, Art. 2) bilden. In Ziff. 2.2.1 der leistungsbezogenen Bestimmungen wird unter dem Titel "Auslegungsgrundlagen" auf die Offertspezifikationen als zusätzliche Quelle für übrige Auslegungsdaten verwiesen. Auf Seite 1/5 der Offertspezifikationen wird sowohl der optimale (130 kW bzw. 20 Nm³/h) als auch der zulässige Brennstoffverbrauch (100-160 kW bzw. 15-25 Nm³/h) des anzubietenden BHKW festgelegt. Im Offertvergleich wurden die verschiedenen Angebote anhand der in der Offertspezifikation verlangten Daten einander gegenüber gestellt, wobei der zulässige Brennstoffverbrauch bei sämtlichen Angeboten in der Vergleichstabelle aufgeführt wurde. Diese technischen Sollvorgaben korrespondieren zudem mit der von der Vorinstanz in den Submissionsunterlagen geäusserten Absicht, das neue BHKW rund um die Uhr zu betreiben. Sollte es zu einem Gasüberschuss kommen, der vom neu installierten BHKW nicht verwertet werden könnte, würde gemäss den Ausführungen in Ziff. 2.2.5 der Unterlagen das alte BHKW zugeschaltet. Bei geringerer Gasproduktion würde dagegen die Leistung reduziert oder das BHKW abgeschaltet. Das Aggregat sollte deshalb für einen Dauerbetrieb ausgelegt sein, wobei aber auch ein unterbrochener Betrieb mit wenigen Schaltungen pro 24 h möglich sein sollte (Ziff. 2.3.2 und 2.3.3). Gemäss Datenblatt (Ziff. 2.2.3) ging die Vorinstanz davon aus, dass dem BHKW im Durchschnitt 370 m³/d, maximal aber 458 m³/d Gas zur Verfügung stehen wird. Der von der Vorinstanz genannte zulässige Bereich des Brennstoffverbrauchs führt bei der von ihr angegebenen durchschnittlichen Brennstoffmenge pro Tag zu einer Betriebszeit zwischen 14 und 24 Stunden. Die Zielvorgabe eines Dauerbetriebs korrespondiert damit mit den technischen Spezifikationen hinsichtlich des Brennstoffverbrauchs. Auch wenn der Dauerbetrieb in den Submissionsunterlagen nicht als zwingende Voraussetzung, sondern als Zielvorgabe formuliert war, mussten die Anbieter aufgrund



der in den Unterlagen festgehaltenen technischen Daten, die auf diese Zielvorgabe ausgerichtet waren, davon ausgehen, dass lediglich solche BHKW anzubieten sind, die innerhalb des von der Vorinstanz umschriebenen Leistungsbereichs liegen.

2.3. Es ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Unternehmervariante ein BHKW angeboten hat, das einen Brennstoffverbrauch von 271 kW bzw. 42 Nm³/h aufweist und damit deutlich über dem in den Submissionsunterlagen festgelegten maximalen Brennstoffverbrauch von 160 kW bzw. 25 Nm³/h liegt. Die Laufzeit dieses BHKW beträgt bei der von der Vorinstanz angegebenen durchschnittlichen Faulgasmenge von 370 m³/d lediglich 8,8 Stunden täglich. Da ein BHKW mit einer grösseren Leistung in aller Regel auch einen höheren Wirkungsgrad im Bereich der elektrisch nutzbaren Energie aufweist, kann mit diesem BHKW eine grössere Menge Strom produziert werden als mit den Angeboten der anderen Anbieter, was sich deutlich im Offertvergleich niederschlug. Die Offerte eines BHKW, dessen Brennstoffverbrauch 68% über dem gemäss Submissionsunterlagen zulässigen Verbrauch liegt, führt zu einer Ausweitung des von der Vorinstanz angeforderten Leistungsinhalts. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann deshalb das von der Beschwerdegegnerin mit der Unternehmervariante angebotene BHKW nicht als gleichwertig oder gar als besser als die Standardvariante bezeichnet werden. Auch eine Unternehmervariante hat technische Minimalstandards, die an den Beschaffungsgegenstand gestellt werden, zu erfüllen. Andernfalls ist eine Bewertung der verschiedenen Offerten nach einheitlichen Kriterien nicht möglich bzw. führt zu einer direkten oder indirekten Ungleichbehandlung der Angebote, die sich an die vorgegebenen Standards halten. Dies wird auch aus dem vorliegenden Offertvergleich deutlich. Aufgrund des höheren Wirkungsgrades und der kürzeren Betriebszeit kann mit dem von der Beschwerdegegnerin angebotenen leistungsstarken BHKW gegenüber den Angeboten der Konkurrenten eine höhere Rentabilität erzielt werden. Der Rentabilitätsvorteil war denn auch der ausschlaggebende Grund für die gute Bewertung des Angebots und die erfolgte Zuschlagserteilung.

2.4. Aus der vorstehenden Erwägung folgt, dass der Zuschlag an ein Angebot erteilt wurde, das die in den Submissionsunterlagen festgehaltenen technischen Anforderungen nicht erfüllt und deshalb nicht als gleichwertig gelten kann. Die Zuschlagsverfügung vom 10./14. Dezember 2007 ist deshalb als rechtswidrig



aufzuheben. Gemäss Art. 18 Abs. 1 IVöB kann das Verwaltungsgericht bei Aufhebung der Zuschlagsverfügung entweder in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Vorinstanz mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen. Die vom Verwaltungsgericht zu treffende Entscheidung hat einerseits das Bestreben des Beschaffungsrechts, auf einen wirksamen Wettbewerb sowie auf eine wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel hinzuwirken, andererseits das berechnete Vertrauen der Anbieter auf die ordentliche Durchführung des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.

2.4.1. Die Beschwerdeführerin verlangt, dass der Zuschlag an ihr Angebot zu erteilen sei.

In der Regel entscheidet das Verwaltungsgericht kassatorisch und weist die Sache zur Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Reformatorisch entscheiden könnte das Verwaltungsgericht, wenn für die Zuschlagserteilung nur noch die Beschwerdeführerin in Frage kommt. Auch wenn die Unternehmervariante der Beschwerdegegnerin im Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden durfte und das Angebot der Beschwerdeführerin den zweiten Rang im Offertvergleich belegt hat, kann vorliegend der Zuschlag nicht direkt der Beschwerdeführerin erteilt werden. Der von der Vorinstanz durchgeführte Offertvergleich weist, wie im folgenden zu zeigen ist, verschiedene Mängel auf, weshalb das Verwaltungsgericht nicht ohne weiteres auf diesen Vergleich abstellen kann.

2.4.2. Als Ausfluss des Gleichbehandlungsgebotes schreibt Art. 31 Abs. 1 VöB vor, dass der Auftraggeber die eingegangenen Angebote nach einheitlichen Kriterien zu prüfen hat. Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben. Dem Auftraggeber wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist



einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 58 E. 2a).

2.4.2.1. In den Ausschreibungsunterlagen wurden folgende Kriterien genannt: "Kosten" (40%), "Erfahrung/Referenzen" (25%), "Leistungsfähigkeit/Termin" (15%), "Qualität" (10%), "Kundendienst" (10%). Für die Bewertung der fünf eingegangenen Angebote teilte die Vorinstanz jedem Angebot pro Zuschlagskriterium jeweils einen Bewertungsfaktor (BWF) im Wertbereich von 0 bis 1 zu. Jenes Angebot, das am besten den Vorgaben entsprach, erhielt den BWF 1. Der BWF der übrigen Angebote wurde jeweils linear gekürzt. Dieser BWF pro Zuschlagskriterium und Angebot wurde anschliessend mit den in den Zuschlagsunterlagen angegebenen Gewichtungsfaktoren der Zuschlagskriterien multipliziert. Von den maximal möglichen 100% erhielt die Unternehmervariante der Beschwerdegegnerin 97.5% und das Angebot der Beschwerdeführerin 89.3%.

2.4.2.2. Die Vorinstanz hat in Ziff. 2.3.6 der Submissionsunterlagen ausgeführt, dass der Offertvergleich auf Basis der Jahreskosten geführt werde. Neben der Verzinsung und Amortisation der Investitionen würden auch die Betriebskosten und Betriebsmittel berücksichtigt. Jenes Angebot, das mit der garantierten Betriebsdauer die tiefsten Jahreskosten bzw. die niedrigsten spezifischen Produktionskosten (Rp./kWh_{el}) aufweise, erhalte den Zuschlag.

Aus dem Offertvergleich ergibt sich, dass die Vorinstanz die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Kosten" anhand des erwarteten Betriebsertrages der verschiedenen Angebote vorgenommen hat. Ausgehend von einem Gasanfall von 435 m³/d wurden die mit den angebotenen BHKW produzierbare elektrische Energie pro Jahr berechnet und mit der Einspeisvergütung von 0.25 Fr./kWh multipliziert. Von diesem jährlichen Ertrag wurden die abdiskontierten jährlichen Investitions- und Servicekosten in Abzug gebracht und dadurch der Betriebsertrag ermittelt.



Der von der Vorinstanz verglichene Betriebsertrag ist nicht mit den von ihr in den Submissionsunterlagen als Vergleichsgrundlage angegebenen Kennzahlen identisch. Der neu durchzuführende Offertvergleich hat deshalb auf Grundlage der Jahreskosten bzw. der spezifischen Produktionskosten zu erfolgen. Zudem hätte die Vorinstanz nicht von einem Gasanfall in Höhe von 435 m³/d ausgehen dürfen. Vielmehr wäre auf den in den Submissionsunterlagen angegebenen durchschnittlichen Gasanfall in Höhe von 370 m³/d abzustellen gewesen. Die Vorinstanz hat in ihrer Stellungnahme vom 20. Februar 2008 ausgeführt, dass die genaue Klärgasmenge bisher nicht gemessen worden und deshalb eine Diskussion über die für die Berechnungen massgebende Klärgasmenge müssig sei. Die Vorinstanz hat in Ziff. 2.2.3 der Submissionsunterlagen sowohl einen Mittel- als auch einen Maximalwert an verfügbarem Faulgas pro Tag angegeben. Die Anbieter mussten ihren Angeboten diese Angaben zu Grunde legen, weshalb diese Daten auch beim Vergleich der Offerten heranzuziehen sind, wenn eine Ungleichbehandlung jener Anbieter, die sich an die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen gehalten haben, vermieden werden soll. Es ist dabei unerheblich, ob es sich bei den angegebenen Faulgasmengen um Schätzungen oder Messungen handelte. Sowohl für die durchzuführende Kostenberechnung als auch für die Rentabilitätsberechnung ist demnach auf die in den Unterlagen ausgewiesene durchschnittliche Faulgasmenge pro Tag abzustellen.

2.4.2.3. Für die Bewertung des Kriteriums "Leistungsfähigkeit und Termine" hat die Vorinstanz das Bauprogramm, das Inventar sowie die Belegschaft und die Organisation der Anbieter verglichen. Unterschiede zwischen den Angeboten ergaben sich einzig hinsichtlich der Anzahl Mitarbeiter. Im Offertvergleich wurde festgehalten, dass die Beschwerdeführerin über vier Mitarbeiter verfüge, wovon zwei in der betroffenen Abteilung tätig seien. Das Servicepersonal setze sich aus zwei Mitarbeitern plus fünf externen Mitarbeitern zusammen.

Aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Leistungsverzeichnis geht hervor, dass sie entgegen den Ausführungen der Vorinstanz über zehn Mitarbeiter verfügt, die in der betroffenen Abteilung arbeiten. Diese Angaben wurden im Beschwerdeverfahren zusätzlich belegt. Das Servicepersonal besteht aus drei Mitarbeitern plus zwei externen Mitarbeitern. Die vorliegende Bewertung der Angebote durch die Vorinstanz ist deshalb in diesem Punkt nicht nachvollziehbar. Im erneut vorzunehmenden Offertvergleich ist



die Bewertung des Kriteriums "Leistungsfähigkeit und Termine" zu berichtigen oder zusätzlich zu begründen.

2.4.2.4. In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vorinstanz als weiteres Zuschlagskriterium die "Qualität" aufgeführt. Im Offertenvergleich wurde dieses Kriterium ersetzt durch das Kriterium "Energie". Dabei wurde ausgehend von einem erwarteten Gasanfall von $435 \text{ m}^3/\text{d}$ die von den BHKW pro Jahr produzierte elektrische Energie ermittelt und dieser Wert mit der Einspeisvergütung von 0.25 Fr./kWh multipliziert.

Das von der Vorinstanz in den Ausschreibungsunterlagen genannte Kriterium der "Qualität" ist mit dem im Offertvergleich angewendeten Kriterium der "Energie" nicht identisch. Die Qualität eines Angebots bemisst sich da die Vorinstanz dieses Kriterium in den Submissionsunterlagen nicht weiter konkretisiert hat nach den gestellten Anforderungen, welche sich aus dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis sowie aus den weiteren Elementen der Offerte ergeben. Das Kriterium der "Energie" beinhaltet demgegenüber keine umfassende Beurteilung der Angebote auf Basis der eingereichten Leistungsverzeichnisse, sondern beschränkt die Bewertung der angebotenen BHKW auf einen Vergleich der durch sie in einem Jahr mit der angefallenen Faulgasmenge produzierten kWh. Faktisch reduziert sich die Bewertung damit auf eine Gegenüberstellung der Anlagen hinsichtlich ihrer Wirkungsgrade für die Gewinnung nutzbarer elektrischer Energie. Weitere Qualitätsmerkmale bleiben dabei unberücksichtigt.

Einmal bekannt gegebene Zuschlagskriterien sind innerhalb eines laufenden Submissionsverfahrens verbindlich (vgl. Galli/Moser/Land/Clerc, a.a.O., Rz. 528). Gründe, die vorliegend ausnahmsweise ein Abweichen von den in den Unterlagen publizierten Zuschlagskriterien rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Das Abändern des Zuschlagskriteriums "Qualität" in das Kriterium "Energie" stellt eine Verletzung von Art. 34 Abs. 3 VöB dar. Zudem ist festzuhalten, dass die Vorinstanz auch bei der Berechnung der Energieproduktion unzulässigerweise auf einen höheren als den von ihr in den Submissionsunterlagen als Durchschnitt deklarierten Gasanfall abgestellt hat. Im erneut durchzuführenden Offertvergleich ist von einem durchschnittlichen Gasanfall in Höhe von $370 \text{ m}^3/\text{d}$ auszugehen und ein umfassender



St.Galler Gerichte

Vergleich der Qualitäts- und Leistungsmerkmale der angebotenen BHKW durchzuführen.

2.5. Aus dem Gesagten folgt, dass die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist und diese unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen einen erneuten Vergabeentscheid zu fällen hat. Dabei sind – vorbehältlich der unzulässigen Unternehmervariante - die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen; für die übrigen Anbieter ist die Zuschlagsverfügung vom 10. Dezember 2007 in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Streitsache unter Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 10. Dezember 2007 an die Vorinstanz zur Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

3./ Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten der Vorinstanz (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.-- (exkl. Kosten für die Verfügung vom 7. Januar 2008) ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich zu entschädigen (Art. 98bis VRP). Ihr Vertreter hat keine Honorarnote eingereicht, weshalb das Honorar nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (zuzügl. MWST) ist angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO in Verbindung mit Art. 19 HonO).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung vom 10. Dezember 2007 aufgehoben. Die Streitsache wird im Sinne der Erwägungen zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.



St.Galler Gerichte

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 3'000.-- (exkl. Zwischenverfügung vom 7. Januar 2008) werden der Vorinstanz auferlegt; auf ihre Erhebung wird nicht verzichtet. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren (exkl. Zwischenverfügung vom 7. Januar 2008) mit Fr. 3'000.-- zuzüglich MWST ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt
Dr. Remi Kaufmann, 9000 St. Gallen)

- die Vorinstanz

- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt
lic. iur. Lukas Küng, 6061 Sarnen)

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.