



Fall-Nr.: B 2011/155
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.12.2011
Entscheiddatum: 07.12.2011

Urteil Verwaltungsgericht, 07.12.2011

Öffentliches Beschaffungswesen. Der im Vergaberecht geltende Grundsatz der Transparenz verlangt, dass alle für die Zuschlagserteilung massgebenden Kriterien unter Einschluss ihrer Gewichtung und allfälliger Subkriterien in der Ausschreibung definiert werden. Konkret hat die Vergabebehörde diesen Grundsatz verletzt, indem sie erst mit dem Vergabeentscheid den Anbietern die Beurteilungskriterien bekanntgab, die einem Zuschlagskriterium zugrunde gelegt wurden. Der Vergabefehler führt hier zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung (Verwaltungsgericht, B 2011/155).

Anwesend: Vizepräsident lic.iur A. Linder; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Rufener,

Dr. S. Bietenharder-Künzle; Ersatzrichter lic.iur. D. Gmünder Perrig, Ersatzrichter Dr. W. Engeler; Gerichtsschreiber Dr. H. Fenners

In Sachen

H. Anger's Söhne GmbH, Gutenbergstrasse 33, DE-37235 Hessisch Lichtenau,

Beschwerdeführerin,

p. Adr. Torgler Treuhand AG, Poststrasse 4, Postfach, 9201 Gossau,

gegen



Politische Gemeinde St. Gallen, St. Galler Stadtwerke, St. Leonhard-Strasse 15,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

und

ITAG Tiefbohr GmbH, ITAG-Strasse, DE-29221 Celle,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Joachim Brauer, KSB Intax,
Hannoversche Strasse 57, DE-29221 Celle,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Geothermieprojekt St. Gallen, Bohrungen St. Gallen,
Erstellung von zwei Geothermiebohrungen für eine geothermische Dublette am
Standort Au, St. Gallen

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die St. Galler Stadtwerke planen ein Geothermieheizkraftwerk. Zu diesem Zweck schrieben sie im August 2010 einen Auftrag für zwei geothermische Tiefbohrungen im selektiven Verfahren aus. Insgesamt gingen neun Teilnahmegesuche ein. Davon erwiesen sich zwei Gesuche als verspätet, und weitere zwei Teilnehmer erfüllten ein Eignungskriterium nicht. Die entsprechenden Gesuche bzw. Teilnehmer wurden deshalb vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die anderen Teilnehmer wurden



St.Galler Gerichte

demgegenüber mit Verfügung vom 26. November 2010 zur Angebotsabgabe zugelassen.

Innert der Angebotsfrist bis 8. Juni 2011 gingen von den fünf präqualifizierten Teilnehmern sieben Angebote ein. Eine Bewerberin gab jedoch – entgegen der Vorgabe in den Vergabeunterlagen - ihre beiden Angebote in Euro ab, worauf diese vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden. Für die Vergabe wurden somit fünf Angebote mit Nettopreisen zwischen Fr. 11'162'899.44 und Fr. 14'751'077.01 berücksichtigt. Den Zuschlag erhielt schliesslich die ITAG Tiefbohr GmbH zu einem Preis von Fr. 13'876'723.56. Die Zuschlagsverfügung datiert vom 8. Juli 2011.

B./ Dagegen erhob die H. Anger's Söhne GmbH mit Eingabe vom 21. Juli 2011 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Verfügung vom 8. Juli 2011 sei aufzuheben; weiter beantragte sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Die St. Galler Stadtwerke liessen sich mit Eingabe vom 27. Juli 2011 vernehmen. Sie beantragten, es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, und die aufschiebende Wirkung sei nicht zu gewähren; eventualiter sei die Beschwerdeführerin anzuweisen, eine angemessene Sicherheitsleistung zu hinterlegen. Die berücksichtigte Anbieterin beantragte mit Eingabe vom 27. Juli 2011, der Antrag auf aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei zurückzuweisen; eventualiter sei diese nur gegen Sicherheitsleistung durch die Beschwerdeführerin zuzulassen.

Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 29. Juli 2011 die aufschiebende Wirkung, untersagte der Vorinstanz einstweilen den Vertragsabschluss, wies den Eventualantrag um Hinterlegung einer Sicherheit ab und lud die Beschwerdegegnerin ein, innert einer Frist bis 15. August 2011 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen.

Die Beschwerdegegnerin erstattete am 15. August 2011 ihre Beschwerdeantwort. Dabei liess sie die Abweisung der Beschwerde beantragen.

Am 16. August 2011 wurden der Beschwerdeführerin die Vernehmlassungen der Beschwerdegegnerin vom 15. August 2011 zugestellt. Gleichzeitig wurde ihr eine Frist



von vierzehn Tagen eingeräumt, um zu den in der Vernehmlassung allfällig vorgebrachten neuen tatsächlichen und rechtlichen Argumenten eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Die Beschwerdeführerin liess sich mit Eingabe vom 6. September 2011 ergänzend vernehmen. Die Vorinstanz erstattete am 8. September 2011 unaufgefordert eine Duplik. Am 7. Dezember 2011 liess die Beschwerdegegnerin (vorab per Fax) eine weitere Eingabe einreichen.

Die von den Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge gemachten Ausführungen werden, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. (...).

Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert. Fehl geht in diesem Zusammenhang der Einwand der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe kein schützenswertes Interesse an der Beschwerde, zumal es ihr selbst bei Erhalt der vollen Punktzahl bei der qualitativen und technischen Bewertung der Bohranlage nicht möglich sei, den ersten Rang zu erreichen. Das öffentliche Beschaffungsrecht enthält selbst keine Vorschrift über die Legitimation zur Beschwerde gegen eine Zuschlagsverfügung. Es kommt deshalb die allgemeine Regelung von Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP zum Tragen. Danach ist zur Beschwerdeerhebung berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung ein eigenes schützenswertes Interesse dartut. Ein solches Interesse liegt vor, wenn der Betroffene mehr als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seinen Interessen betroffen wird. Dies trifft schon dann zu, wenn ein Teilnehmer an einer Ausschreibung den Zuschlag nicht erhält. Für die Frage der Legitimation ist mithin nicht ausschlaggebend, ob eine realistische Chance besteht, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen (vgl. zum Ganzen GVP 2001, Nr. 18). Andernfalls müsste die Beschwerdeinstanz zunächst die Vergabe materiell überprüfen, um anschliessend



(nach festgestellter Rechtsverletzung einerseits sowie Chancenlosigkeit auf einen Zuschlag andererseits) dem jeweiligen Teilnehmer die Legitimation abzusprechen. Die Beschwerdelegitimation darf nicht von der Kausalität zwischen dem geltend gemachten Vergabefehler und dem Verfahrensausgang abhängen. Dies stellt eine beweisrechtliche Frage dar, welche zur materiellen Beurteilung gehört.

Auf die Beschwerde ist damit einzutreten.

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

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

2.1. Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerde zum einen vor, im Unterschied zu den Positionen 1.1. und 1.2. der Zuschlagskriterien seien für die Position 1.3., also für die qualitative und technische Bewertung der Geräteliste, vorgängig keine detaillierten Angaben gemacht worden, welche Anlagekomponenten hier bewertet würden. Zum anderen rügt sie (zumindest) sinngemäss, die Auswahl der letztlich bewerteten Komponenten erweise sich als nicht sachgemäss. Im Rahmen der Replik vom 6. September 2011 führt sie weiter aus, die preisliche Bewertung sei ebenfalls sachwidrig erfolgt. Damit ist sie nicht zu hören. Das Recht zur Replik beinhaltet nicht, darin Vorbringen nachzuschieben, die bereits in der Beschwerde getätigt werden



konnten. Hingegen muss es der Beschwerdeführerin mit Blick auf die im öffentlichen Beschaffungswesen kurz bemessenen Fristen möglich sein, ihre in der Beschwerdeschrift angeführten Argumente im Rahmen einer Stellungnahme zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und anderen Verfahrensbeteiligten zu verdeutlichen; zudem kann sie sich zu allfällig in den Beschwerdevernehmlassungen vorgetragene neuen Rechts- und Tatsachenbehauptungen äussern.

Die vorgenannten Grundsätze gelten (sinngemäss) auch für die Vorinstanz. Dementsprechend ist auf die Eingabe der Vorinstanz vom 8. September 2011 nur insoweit einzugehen, als sie sich darin zu neuen Vorbringen seitens der Beschwerdeführerin in der Replik äussert. Gleiches gilt im Übrigen für die zusätzliche Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 7. Dezember 2011.

2.2. Die von der Beschwerdeführerin bemängelte qualitative und technische Bewertung beruht auf einer Geräteliste, welche die fünf präqualifizierten Teilnehmer mit ihrem Angebot einzureichen hatten. Sie umfasst insgesamt 12 Seiten und enthält Angaben zur Bohranlage und –ausrüstung. Daraus wurden schliesslich gewisse Komponenten auf ihre Verfügbarkeit hin überprüft (1.3.1.); ausserdem hat die Vorinstanz die folgenden Anlagekomponenten (1.3.2.-1.3.10.) der verschiedenen Angebote miteinander verglichen: Hakenregellast, verfügbare Eingangsleistung Hebewerk, Leistung Kraftdrehknopf (Top Drive), verfügbare Eingangsleistung (gesamt) Spülpumpen, Gesamtvolumen Spülungssystem (aktives System), Anzahl Schüttelsiebe, Durchsetzkapazität Desander, Durchsetzkapazität Desilter, Verschraubmoment Torque Wrench. Die Beschwerdeführerin bezeichnet diese (ausschliesslich) quantitative Bewertung sowie die Auswahl der erwähnten Komponenten als sachwidrig und moniert sodann die unterbliebene Offenlegung der letztlich bewerteten Komponenten vor der Zuschlagserteilung.

2.3. Der Vergabebehörde kommt in der Auswahl der Zuschlagskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das öffentliche Beschaffungsrecht bezweckt nicht, die rechtsgeschäftlichen Handlungsfreiheiten ausser Kraft zu setzen, sondern es soll auch den öffentlichen Auftraggebern möglich sein, neben dem Inhalt und dem Umfang der nachgefragten Leistung auch die jeweiligen Qualitätsanforderungen frei zu bestimmen. Die Vergabebehörde hat ihr Ermessen jedoch pflichtgemäss zu betätigen. Dabei hat sie



St.Galler Gerichte

darauf zu achten, dass die gewählten Kriterien nicht sachfremd sind und sich nicht diskriminierend auswirken. Gleiches gilt für das Bewertungs- und Benotungssystem (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Nr. 544).

Eine pflichtwidrige Ermessensbetätigung kann der Vorinstanz jedenfalls bei der Auswahl der bewerteten Komponenten nicht vorgeworfen werden. Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzustimmen, dass vor allem Leistungsmerkmale in die Bewertung eingeflossen sind. Deswegen erweisen sich aber die gewählten Beurteilungselemente noch nicht als unhaltbar. Die Vorinstanz war nicht gehalten, bei der Auswahl der zu bewertenden Komponenten besonderen Wert auf möglichst moderne Anlagen zu legen. Sie konnte die jeweiligen Anforderungen vielmehr frei festlegen. Wenn sie es also für sachgerecht hielt, Grösse und Stärke einer Anlage stark zu gewichten, so liegt dies in ihrem Ermessen und ist demnach nicht zu beanstanden. Auf jeden Fall ist sie dabei nicht in Willkür verfallen. Seitens der Beschwerdeführerin wird im Übrigen nicht behauptet, die Zuschlagskriterien seien nicht in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet worden. Solches ist denn auch nicht erkennbar.

2.4. Nicht nachvollziehbar ist demgegenüber das Benotungssystem, das der Bewertung der zehn ausgewählten Anlagekomponenten gemäss Geräteliste (1.3.1.-1.3.10.) zu Grunde liegt. In Betracht fällt, dass jeweils das Angebot mit dem geringsten Wert einen Punkt und das Angebot mit dem höchsten Wert drei Punkte erhielt. Im Unterschied dazu wurde bei der Hakenausnahmelast (1.1), beim Top-Drive Drehmoment im Dauerbetrieb (1.2.) sowie beim Preis (2.1. und 2.2.) das schlechteste Angebot jeweils mit null Punkten bewertet, während das beste Angebot die höchste Punktezahl erhielt. Es fehlt somit an einer einheitlichen Vorgehensweise, und ein plausibler Grund dafür ist weder dargetan noch erkennbar.

2.5. Hinzu kommt, dass sich das Kriterium der "qualitativen und technischen Bewertung der Geräteliste" als (zu) wenig bestimmt erweist. Es verlangt geradezu nach einer näheren Umschreibung mittels Subkriterien. Die fünf präqualifizierten Teilnehmer erhielten mit den Vergabeunterlagen nur die Geräteliste ausgehändigt, welche sie dann mit ihrem Angebot einzureichen hatten. Daraus konnten sie nicht schliessen, welche



St.Galler Gerichte

Komponenten die Vorinstanz zu bewerten gedenke und wie diese gewichtet werden. Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich nur, dass für die technische und qualitative Bewertung der Geräteliste 30 Punkte vergeben werden. Ihre Aushändigung erfolgte zudem nicht in Form einer anfechtbaren Verfügung.

Der Beschwerdeführerin kann in diesem Zusammenhang auch nicht vorgeworfen werden, sie hätte sich mittels einer Rückfrage über die Anlagekomponenten, die bei diesem Zuschlagskriterium bewertet werden, ins Bild setzen können. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben wird zwar unter bestimmten Voraussetzungen eine Fragepflicht der Anbietenden bei unklaren Ausschreibungsunterlagen abgeleitet (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Nr. 229 und 419 ff.). Ob diese Voraussetzungen hier gegeben sind, kann offen bleiben. Die Vorinstanz räumt in ihrer Stellungnahme vom 8. September 2011 selbst ein, die relevanten Punkte hätten sich erst bei der Auswertung der Offerten gezeigt; es habe erst nach Vorliegen der Gerätelisten aller Anbieter abgeschätzt werden können, welche Anlagekomponenten überhaupt vergleichend bewertbar seien. Ständen aber die zu bewertenden Komponenten während der Frist zur Angebotseinreichung noch nicht fest, kann der Beschwerdeführerin auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie sich dannzumal nicht informiert, sondern sich ohne Rückfrage weiter auf das Verfahren eingelassen hat. Ein treuwidriges Verhalten seitens der Beschwerdeführerin ist nicht auszumachen. Aufgrund der Unkenntnis der bei der technischen und qualitativen Bewertung geforderten Anlagenkomponenten war es ihr nicht möglich, ihr Angebot danach auszurichten oder – infolge erkennbarer Chancenlosigkeit gegenüber den anderen Mitbewerbern – von der Abgabe eines Angebots abzusehen.

Die nachträgliche Konkretisierung der geforderten Anlagekomponenten birgt die Gefahr von Missbrauch und Mauscheleien. Für die letztlich nicht berücksichtigten Anbieter ist es zudem ungleich schwerer, den Nachweis zu erbringen, dass diskriminierende Komponenten in die Bewertung eingeflossen sind, als wenn diese von Beginn weg offen gelegt worden wären (vgl. dazu Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Nr. 243). Die erst nachträgliche Bekanntgabe der einzelnen Beurteilungskriterien genügt deshalb den Anforderungen nicht, welche an die Transparenz von Vergabeunterlagen gestellt werden. Daran ändert auch nichts, dass die entsprechenden Kriterien lediglich das Hauptkriterium konkretisieren und auch



nicht schon im Voraus ein Schema mit fester Gewichtung bestand (vgl. dazu BGE 2P. 111/2003, E. 2.1.1). Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe von Beurteilungselementen kann nicht davon abhängen, dass die Vergabebehörde solche schon vorgängig aufgestellt hat. Das Bedürfnis der Anbietenden nach Transparenz ist im einen wie im anderen Fall nicht geringer (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Nr. 628).

2.6. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Benotung der zehn Anlagekomponenten durch die Vorinstanz unter Position 1.3. (teilweise) nicht nachvollziehbar ist. Zudem ist ein Verstoß gegen das Transparenzgebot darin zu erblicken, dass die Beurteilungskriterien unter Position 1.3. nicht zum Voraus bekannt gegeben wurden. Es stellt sich die Frage, welche Folgen diese Vergabefehler zeitigen.

2.6.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich beim Gebot der Transparenz um eine Regel formeller Natur. Dies hat grundsätzlich die Aufhebung des Zuschlags zur Folge. Das Bundesgericht liess im Übrigen die Frage offen, ob von einer Aufhebung abgesehen werden kann, wenn die Verletzung des Transparenzgebots den Vergabeentscheid nicht zu beeinflussen vermag (BGE 2P.299/2000, E. 4). Zumindest bei gravierenden Verletzungen lehnte es das höchste Gericht ab, den Zuschlag aufrechtzuerhalten (BGE, a.a.O.).

2.6.2. Vorliegend gab die Vorinstanz den Anbietern erst mit dem Vergabeentscheid die Beurteilungskriterien bekannt, welche für die qualitative und quantitative Bewertung herangezogen wurden. Es mag zwar sein, dass der entsprechende Verstoß gegen das Transparenzgebot für sich allein nicht sonderlich schwer wiegt, waren doch die bewerteten Anlagekomponenten immerhin in der mit den Vergabeunterlagen abgegebenen Geräteliste enthalten. Problematisch erscheint jedoch, dass das Ergebnis der Vergabe (unter Umständen) anders ausgefallen wäre, wenn andere (ebenfalls sachgerechte) Komponenten aus der Geräteliste bewertet worden wären. Da sich zudem die Benotung der gewählten Komponenten als nicht nachvollziehbar erweist, rechtfertigt es sich, den Vergabeentscheid aufzuheben und die Streitsache zur erneuten Beurteilung und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. (...).



Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2011 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur neuen Beurteilung und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.--(inklusive Kosten der Zwischenverfügung vom 29. Juli 2011) werden je zur Hälfte der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 15'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin haben die Beschwerdeführerin unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 500.-- ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (p. Adr. Torgler Treuhand AG, Poststrasse 4, Postfach, 9201 Gossau)
- die Vorinstanz



St.Galler Gerichte

- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt Dr. Joachim Brauer, p. Adr. Rechtsanwälte.og42, Oberer Graben 42, 9001 St. Gallen)

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.