



**Fall-Nr.:** B 2011/156  
**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 2011/156).**

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

Hekla Energy GmbH, Postfach 3342, DE-29233 Celle,

Beschwerdeführerin,

p. Adr. Handelskammer Deutschland-Schweiz, Frau Dr. Marion Hohmann-Viol,  
Tödistrasse 60, 8002 Zürich,

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 Hekla Energy GmbH mit Eingabe vom 21. Juli 2011 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem (sinngemässen) 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 wurde der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin zugestellt. Gleichzeitig wurde ihr eine Frist von vierzehn Tagen



eingräumt, um zu den in der Vernehmlassung allfällig vorgebrachten neuen tatsächlichen und rechtlichen Argumenten eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Die Beschwerdeführerin liess sich mit Eingabe vom 25. August 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 zudem als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert. Fehl geht in diesem Zusammenhang der Einwand der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin sei durch die angefochtene Zuschlagsverfügung nicht beschwert, weil sie ein ausschreibungswidriges Angebot abgegeben habe, welches auszuschliessen gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin hat den Skonto von 1% nicht erst nach Offertöffnung gewährt. Er war vielmehr schon im Eingabeformular aufgeführt und nur betragsmässig nicht angegeben. Zudem verlangte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. Juni 2011 eine schriftliche Bestätigung, das ursprünglich nur bis 30. September 2011 gültige Angebot bis zum 31. Dezember 2011 zu verlängern. Dies hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 17. Juni 2011 getan. Von daher hätte sich die Vorinstanz treuwidrig verhalten, wenn sie in der Folge das (in einem untergeordneten Punkt geänderte) Angebot der Beschwerdeführerin trotzdem von der Vergabe ausgeschlossen hätte.

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 vom 21. Juli 2011 vor, es seien ihr die Kriterien für die Bewertung von Position 1.3., also für die qualitative und technische Bewertung der Geräteliste, vorher nicht bekannt gewesen, und es sei die durch die Vorinstanz erfolgte Punktevergabe nicht nachvollziehbar. Weiter rügt sie, es seien unter Position 1.3. Komponenten doppelt und überdies wenig relevante Komponenten bewertet worden. Schliesslich erachtet sie die beim Preis angewandte lineare Interpolation als nicht gerechtfertigt.

Weitere Rügen erhebt die Beschwerdeführerin in der Replik vom 25. August 2011 nicht. Sie vertieft darin lediglich die in der Beschwerdeschrift angeführten Argumente. Dies erweist sich mit Blick auf die im öffentlichen Beschaffungswesen kurz bemessenen Fristen als zulässig. Ansonsten nahm die Beschwerdeführerin noch zu den in den Beschwerdevernehmlassungen vorgetragenen neuen Rechts- und Tatsachenbehauptungen Stellung. Dies will das Recht zur Replik gerade sicherstellen. Entgegen der Meinung der Vorinstanz ist daher die Replik der Beschwerdeführerin nicht aus dem Recht zu weisen.

2.2. Die von der Beschwerdeführerin bemängelte qualitative und technische Bewertung beruht auf einer Geräteliste, welche die fünf präqualifizierten Teilnehmer mit ihrem



## St.Galler Gerichte

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.) 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 quantitative Bewertung sowie die Auswahl der erwähnten Komponenten als sachwidrig und moniert sodann die unterbliebene Offenlegung der 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 darauf zu achten, dass die gewählten Kriterien nicht sachfremd sind und sich nicht diskriminierend auswirken (vgl. Galli/Moser/ Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Nr. 544).

Eine pflichtwidrige Ermessensbetätigung kann der Vorinstanz bei der Auswahl der bewerteten Komponenten nicht vorgeworfen werden. Es zeigt sich zwar, dass vor allem Leistungsmerkmale in die entsprechende 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 eine möglichst moderne Technik 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 zu beanstanden ist weiter, dass die Vorinstanz das günstigste Angebot mit der höchsten Punktzahl, das teuerste Angebot mit null Punkten benotet und dazwischen linear abgestuft hat. Auch bei der Preisbewertung kommt der Vergabebehörde ein weites Ermessen zu (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Nr. 553). Dieses Ermessen hat die Vorinstanz weder missbraucht noch überschritten.

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 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 jedoch 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 jedoch offen bleiben. Die Vorinstanz räumt in ihrer Stellungnahme vom 8. September 2011 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 dazumal 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.



## St.Galler Gerichte

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.



## St.Galler Gerichte

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. Handelskammer Deutschland-Schweiz, Frau Dr. Marion Hohmann-Viol, Tödistrasse 60, 8002 Zürich)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt Dr. Joachim Brauer, p. adr. Rechtsanwälte.og42, Oberer Graben 42, 9001 St. Gallen)

am:

Rechtsmittelbelehrung



## St.Galler Gerichte

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.