



<b>Fall-Nr.:</b>	B 2018/124
<b>Stelle:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Rubrik:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Publikationsdatum:</b>	05.02.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	20.11.2018

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 20.11.2018**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 12 Abs. 1 lit. a VöB. Die Beschwerdegegnerin anerkennt, dass bei ihrem Referenzobjekt die Leittechnik durch eine Nebenunternehmerin geliefert wurde. Die Beschwerdeführerin macht deshalb zu Recht geltend, die Beschwerdegegnerin erfülle das Eignungskriterium nicht. Dieses war hinsichtlich der Rolle, welche der Anbieterin bei der Realisierung des Referenzprojekts zukommen musste, insoweit, als sie als Generalunternehmerin für die Lieferung sämtlicher wesentlicher Komponenten verantwortlich sein musste, klar und eindeutig formuliert. Allerdings trat auch die Beschwerdeführerin in ihrem Referenzprojekt nicht als Generalunternehmerin für die Lieferung von Turbine, Generator und Leittechnik auf. Sie war lediglich als Mitglied eines Konsortiums beteiligt. Dass sie die Federführung innehatte, macht sie nicht zur Generalunternehmerin. Die Frage, ob das Eignungskriterium – so wie es die Vorinstanz formuliert hat – mit Blick auf den Markt unrealistisch ist, kann mangels Kenntnis der weiteren eingereichten Offerten nicht beurteilt werden. Dass zwei in der Branche gut verankerte Anbieterinnen nicht in der Lage sind, die Anforderungen in einem strikten Sinn zu erfüllen, weckt immerhin entsprechende Zweifel. Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen, die Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz ins Vergabeverfahren zurückzuweisen (Verwaltungsgericht, B 2018/124).**

**Entscheid vom 20. November 2018**

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Zogg;  
Gerichtsschreiber Scherrer



## St.Galler Gerichte

Verfahrensbeteiligte

**ANDRITZ HYDRO AG**, Obernauerstrasse 4, 6010 Kriens,

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Beat Messerli, LL.M., Gesellschaftsstrasse 27, Postfach 6858, 3001 Bern,

gegen

**EW Schils AG**, Bergstrasse 33, 8890 Flums,

**Vorinstanz,**

und

**Geppert GmbH Hall in Tirol**, c/o Kloter Rechtsanwälte AG, Rietstrasse 50, 8702 Zollikon,

**Beschwerdegegnerin,**

vertreten durch lic. iur. Michael Kloter und/oder Herr lic. iur. Sabin Heuser, Kloter Rechtsanwälte AG, Rietstrasse 50, Postfach 326, 8702 Zollikon,

Gegenstand

**Erneuerung Kraftwerke an der Schils (Los 2 - Elektromechanik)**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.** Die EW Schils AG schrieb am 20. November 2017 die Elektromechanik zur Erneuerung der Kraftwerke an der Schils (Los 2) im offenen Verfahren aus (ABl 2017 S. 3440 ff.). In den Ausschreibungsunterlagen vom 15. November 2017 wurden die Zuschlagskriterien samt Gewichtung, nämlich Preis (30 Prozent), Energieproduktion (30 Prozent), Qualität Technik (20 Prozent) und Erfahrung Lieferant (20 Prozent),



bekanntgegeben (act. 2/7a Seite 7). Zum Nachweis der Eignung als „Unternehmer für die Lieferung der gesamten elektromechanischen Ausrüstung von Wasserkraftwerken“ waren mindestens drei Referenzen anzugeben, welche nicht älter als 15 Jahre sein sollten, deren Lieferung als Generalunternehmer mindestens Turbine (Pelton) und Generator mit einer Leistung von mindestens 10 Megawatt (MW) samt Leittechnik umfasste (act. 2/7a Seite 6). Am 1. Dezember 2017 wurden die Anforderungen insoweit angepasst, als sich bei im Übrigen unveränderten Voraussetzungen bei zwei der drei Referenzen die Leistung von über 10 Megawatt aus mehreren Maschinen mit einer Leistung von je mehr als 5 Megawatt ergeben durfte (act. 2/8 und 9 Seiten 6 f.). Innert der bis 15. März 2018 offenen Frist reichten fünf Anbieterinnen je ein Angebot ein. Mit Verfügung vom 1. Mai 2018 erteilte die EW Schils AG den Zuschlag der Geppert GmbH, Hall in Tirol (Österreich), Zweigniederlassung Zollikon/ZH, deren Angebot zum Preis von CHF 3'749'215 ohne Mehrwertsteuer 85,32 Prozent der maximal möglichen Punkte erzielt hatte.

**B.** Die ANDRITZ HYDRO AG (Beschwerdeführerin), deren Angebot zum Preis von CHF 4'284'000 82,31 Prozent der maximal möglichen Punkte erzielt und den zweiten Rang erreicht hatte, erhob gegen die mit A-Post am 4. Mai 2018 versandte Zuschlagsverfügung der EW Schils AG (Vorinstanz) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 17. Mai 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen, eventuell die Angelegenheit zur Erteilung des Zuschlags an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, bei den Referenzprojekten der Zuschlagsempfängerin sei die Leittechnik von einer Nebenunternehmerin erbracht worden. Ihr Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, hiess der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts mit Zwischenverfügung vom 31. Mai 2018 gut.

Die Vorinstanz ergänzte am 28. Juni 2018 ihre Vernehmlassung vom 29. Mai 2018 zum Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung und beantragte die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Vernehmlassung vom 29. Juni 2018, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die Beschwerde abzuweisen und der von der



Vorinstanz verfügte Zuschlag zu schützen. Zudem sei die Zwischenverfügung vom 31. Mai 2018 aufzuheben und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen. Die Beschwerdeführerin nahm zu den Vernehmlassungen am 13. August 2018 Stellung. In der Folge brachte die Beschwerdegegnerin am 4. September 2018 vor, die Beschwerdeführerin habe ihrerseits mit ihren Referenzen nicht nachgewiesen, für die jeweiligen Besteller als Generalunternehmer tätig gewesen zu sein. Gleichzeitig ersuchte sie erneut, es sei der Beschwerde die ihr erteilte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen. Zusammen mit ihrer Antwort vom 17. September 2018 reichte die Beschwerdeführerin dem Gericht Auszüge aus den Konsortialverträgen, insbesondere aus jenem zum Referenzprojekt, welches die Lieferung einer Maschine mit einer Leistung von über 10 MW zum Gegenstand hatte, ein.

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

### **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

1. Die Vorinstanz, bei der es sich um die hundertprozentige Tochtergesellschaft eines nicht unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehenden Sektorenunternehmens (vgl. [www.sak.ch](http://www.sak.ch), Über SAK/Unternehmen/Besitzverhältnisse; Kanton St. Gallen 83,3 Prozent, Kanton Appenzell-Ausserrhoden 14,2 Prozent, Kanton Appenzell-Innerrhoden 2,5 Prozent) im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 842.31, IVöB) handelt, hat den Auftrag, der Lieferungen im Wert von über CHF 3'700'000 umfasst, zu Recht im offenen Verfahren ausgeschrieben (vgl. Anhang 1 IVöB). Das Verwaltungsgericht ist deshalb zum Entscheid in der Sache zuständig (vgl. Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 811.1, EGöB). Die Beschwerdeführerin, welche den Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin beantragt und deren Angebot mit einem Rückstand von 3,01 Prozentpunkten den zweiten Rang erzielte, hat reelle Chancen auf den Zuschlag und ist damit zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde gegen die am Freitag, 4. Mai 2018 mit A-Post versandte und von der Beschwerdeführerin ihren eigenen, glaubwürdigen Angaben entsprechend am Montag, 7. Mai 2018 entgegengenommene vorinstanzliche Zuschlagsverfügung wurde



mit Eingabe vom 17. Mai 2018 rechtzeitig erhoben und erfüllt die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Auf die Beschwerde ist dementsprechend einzutreten.

**2.** Der Antrag der Beschwerdegegnerin vom 29. Juni 2018, erneut gestellt am 4. September 2018, es sei auf die der Beschwerde am 31. Mai 2018 erteilte aufschiebende Wirkung zurückzukommen, fällt mit dem Entscheid in der Hauptsache dahin. Im Übrigen käme der Beschwerdegegnerin gegenüber der Vorinstanz, welche am 31. August 2018 einzig um eine beförderliche Behandlung der Angelegenheit ersuchte, ohnehin kein Anspruch auf den Abschluss des Vertrags zu (vgl. BGE 129 I 410 E. 3.4). Offenbleiben kann damit auch, ob die Beschwerdegegnerin in ihrem Gesuch vom 4. September 2018 etwas vorbringt, das sie nicht bereits in einer Vernehmlassung zum Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung hätte geltend machen können (vgl. dazu BGer 2D\_31/2016 vom 2. Februar 2017).

### **3.**

**3.1.** Gemäss der – am 1. Dezember 2017 angepassten – Ausschreibung vom 20. November 2017 müssen die Anbieter – als Unternehmer für die Lieferung der gesamten elektromechanischen Ausrüstung von Wasserkraftwerken und Hersteller hydraulischer Maschinen – mindestens eine weniger als 15 Jahre alte Referenz für die Lieferung einer Peltonturbine und eines Generators mit einer Maschinenleistung von mehr als 10 MW samt der Leittechnik als Generalunternehmer nachweisen. Anbieter, welche die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllten oder falsche Auskünfte erteilten, sollten gemäss Ausschreibungsunterlagen von der Teilnahme ausgeschlossen werden (vgl. Ziffern 3.1 und 3.2 der Anweisungen zur Offertabgabe; act. 13/A3-2).

**3.2.** Eignungskriterien sind grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, d.h. dass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss die Folge sein muss, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre. Kann allerdings kein Anbieter die von der Vergabebehörde definierten Eignungskriterien erfüllen, ist dies ein Zeichen, dass die Anforderungen den Realitäten des Marktes nicht entsprechen; die Vergabebehörde kann alsdann unter Wahrung der Gleichbehandlung der Anbieter entweder das Verfahren abbrechen oder



auf strikte Respektierung der unangemessenen Anforderung verzichten. Auch Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) sieht ein gewisses Ermessen bei einem Ausschluss vor, indem sie als "kann-"Bestimmung formuliert ist. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten sich nicht mehr gewährleisten liesse. Ein Ausschluss wäre hingegen unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung untergeordneten Charakter hat und mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist (vgl. BGE 143 I 177 E. 2.3.1 mit zahlreichen Hinweisen).

**3.3.** Die Beschwerdegegnerin hat als Referenzobjekt das Kraftwerk "Tschar" angegeben, bei welchem sie die elektromechanische Ausrüstung unter anderem für eine Maschine mit einer Leistung von 10'147 kW lieferte (act. 13/B1, Register 2). Sie anerkennt, dass die Leittechnik durch die Siemens AG als Nebenunternehmerin geliefert wurde. Die Beschwerdeführerin macht deshalb zu Recht geltend, die Beschwerdegegnerin erfülle das Eignungskriterium nicht. Das Eignungskriterium war hinsichtlich der Rolle, welche der Anbieterin bei der Realisierung des Referenzprojekts zukommen musste, insoweit, als sie als Generalunternehmerin für die Lieferung sämtlicher wesentlicher Komponenten verantwortlich sein musste, klar und eindeutig formuliert. Es liegt deshalb nahe, dass potentielle Anbieter, welche auf eine strikte Handhabung des Eignungserfordernisses vertrauten, kein Angebot einreichten. Eine nachträgliche Lockerung ist deshalb grundsätzlich geeignet, das Gebot der Gleichbehandlung potentieller Anbieter zu verletzen.

Die Beschwerdeführerin ihrerseits hat als Referenzobjekt das Kraftwerk "Ackersand" angegeben, bei welchem sie Turbine und Generator mit einer Maschinenleistung von 14'900 kW und die Steuerungs- und Schutztechnik geliefert habe (act. 13/C1, Register 3). Aus den Auszügen zu den Werkverträgen, die sie zusammen mit der Eingabe vom 17. September 2018 einreichte, wird ersichtlich, dass sie im angegebenen Referenzprojekt "Ackersand", welches die Lieferung einer Maschine mit einer Leistung von über 10 MW zum Gegenstand hatte, ebenso wenig wie die Beschwerdegegnerin als Generalunternehmerin für die Lieferung von Turbine, Generator und Leittechnik aufgetreten ist. Sie war lediglich als Mitglied eines Konsortiums beteiligt. Dass sie



dabei die Federführung innehatte, macht sie indessen nicht zur Generalunternehmerin. Vielmehr beschränkten sich ihre Aufgaben als federführendes Unternehmen auf Vertretungs- und Koordinationsfunktionen und führten insbesondere nicht zur alleinigen Haftbarkeit bei Schadenersatzansprüchen des Kunden (act. 43).

Mithin ist davon auszugehen, dass weder die Beschwerdegegnerin noch die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Referenzprojekte das – in einem strikten Sinn verstandene – Eignungskriterium erfüllen. Die Frage, ob das Eignungskriterium – so wie es die Vorinstanz formuliert hat – mit Blick auf den Markt als unrealistisch erscheint, kann mangels Kenntnis der weiteren eingereichten Offerten nicht beurteilt werden. Dass zwei in der Branche gut verankerte Anbieterinnen nicht in der Lage sind, die Anforderungen in einem strikten Sinn zu erfüllen, weckt immerhin entsprechende Zweifel. Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, ob Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin ihre rechtliche Rolle in den Referenzprojekten zutreffend beschrieben haben.

**4.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 1. Mai 2018 aufzuheben ist. Die Angelegenheit ist an die Vorinstanz ins Vergabeverfahren zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird die Angebote – auch jene der weiteren nichtberücksichtigten Bewerberinnen, soweit diese an ihrem Angebot festhalten – unter dem Aspekt der Einhaltung der Eignungskriterien zu prüfen haben. Dabei wird insbesondere zu klären sein, ob unzutreffende, einen Ausschluss rechtfertigende Angaben zu den Referenzobjekten gemacht wurden und ob am Eignungskriterium mit Blick auf den Umstand, dass möglicherweise kein Anbieter als Generalunternehmer in einem Referenzprojekt alle drei Komponenten – Turbine, Generator und Leittechnik – geliefert hat, mangels Marktrealität nicht festgehalten werden kann. Die Vorinstanz wird anschliessend darüber zu befinden haben, ob sie bei der Beurteilung sämtlicher vorliegender Angebote das betreffende Eignungskriterium bei allen Anbieterinnen unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung grosszügiger handhaben oder aber das Verfahren gestützt auf Art. 13 Ingress und lit. i IVöB und Art. 38 VöB abrechnen und – mit adäquater Umschreibung der Anforderungen an die Referenzprojekte – wiederholen will.



5. Bei diesem Verfahrensausgang – die Beschwerdeangelegenheit ist mit ergebnisoffenem Ausgang zur weiteren Prüfung der Angebote im Sinn der Erwägungen und zu neuem Zuschlag an die Vorinstanz zurückzuweisen – sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 und Art. 96<sup>bis</sup> VRP; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen SZ/St. Gallen 2004, S. 98f.). Eine Entscheidgebühr – darin eingeschlossen die Kosten der Zwischenverfügung vom 31. Mai 2018 – von CHF 4'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 und 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr im Beschwerdeverfahren geleistete Kostenvorschuss von CHF 10'000 zurückzuerstatten.

Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben die Beschwerdeführerin – ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht – für das Beschwerdeverfahren je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit mit einem Pauschalhonorar von CHF 6'000 zuzüglich pauschalen Barauslagen von CHF 240 (vier Prozent von CHF 6'000) und 7,7 Mehrwertsteuer zu entschädigen (Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28<sup>bis</sup> Abs. 1 und Art. 29 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75; Hirt, a.a.O., S. 180 f.).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 1. Mai 2018 aufgehoben.
2. Die Angelegenheit wird zur weiteren Prüfung im Sinn der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin bezahlen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 4'000 je zur Hälfte. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr im Beschwerdeverfahren geleistete Kostenvorschuss von CHF 10'000 zurückerstattet.
4. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin entschädigen die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit mit insgesamt CHF 6'240 zuzüglich 7,7 Prozent Mehrwertsteuer.

# Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Zürn

Scherrer