



Fall-Nr.:	B 2024/23
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	09.09.2024
Entscheiddatum:	01.07.2024

Entscheid Verwaltungsgericht, 01.07.2024

Öffentliches Beschaffungsrecht, Art. 34 Abs. 1, Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB. Das Angebot der Beschwerdegegnerin ist von einem Mitarbeiter unterzeichnet, der ge-mäss Handelsregister unbestrittenermassen nicht zu ihrer Alleinvertretung befugt ist. Soweit in der Abweichung von den im Handelsregister publizierten Vertretungsbefugnis-sen ein vergaberechtlicher Mangel erblickt werden sollte, ist er – jedenfalls soweit wie vorliegend die unterzeichnende Person grundsätzlich zur Unterschrift befugt ist – nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre heilbar. Die mit Einzelunterschrift für die Be-schwerdegegnerin zeichnende Verwaltungsratspräsidentin hat mit der Unterzeichnung der im Beschwerdeverfahren eingereichten Stellungnahmen vom 9. März, 22. April und 24. Mai 2024 klargestellt, dass sie von einer gültigen Einreichung des Angebots ausgehen will. Art. 56 Abs. 3 lit. a IVöB. Die Vorinstanz hat bei der Benotung der Angebote nach den Referenzen Unterschieden, die gemäss Ausschreibungsunterlagen für die Bewertung massgebend sein sollten, kei-ne Beachtung schenkt. Damit hat sie das Ermessen, auf das sie sich im Beschwerdever-fahren beruft, unterschritten. Art. 2 lit. c IVöB. Während die Beschwerdegegnerin in ihrem Angebot der Vergabebehörde das Feld in Ziffer 3.7 A – "Grundlagen der Submission" unausgefüllt liess, hat die Beschwerdeführerin zwar die verschiedenen Teilaspekte, die im Technischen Bericht zu behandeln waren, nicht in einem Dokument zusammengefasst und darauf verwiesen, aber im betreffenden Feld fünf Beilagen angeführt, denen je Angaben zu einzelnen Aspekten entnommen werden konnten. Der Vorinstanz war es damit – anders als beim Angebot der Beschwerdegegnerin – ohne grossen Aufwand möglich, die entsprechenden Beilagen zu konsultieren und mit Blick auf die Anforderungen an den Inhalt des Technischen Berichts zu würdigen. Dies schliesst es aus, die Angebote nach dem Kriterium des Technischen Berichts gleich zu bewerten. (Verwaltungsgericht, B 2024/23)

Entscheid vom 1. Juli 2024



St.Galler Gerichte

Besetzung

Abteilungspräsidentin Lendfers; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner; Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

A. __ AG,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Daniel Frischknecht, Gmünder Frischknecht & Partner, Bahnhofstrasse 7, 9630 Wattwil,

gegen

Politische Gemeinde Z. __,

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jürg Bereuter und/oder Rechtsanwältin lic. iur. Bigna Heim, Bratschi AG, Vadianstrasse 44, Postfach 262, 9001 St. Gallen,

B. __ AG,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Neubau C. __ (Sanitäranlagen BKP 250)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Die Politische Gemeinde Z. __ schrieb am 18. August 2023 die Sanitäranlagen (BKP 250) beim Neubau des C. __ im offenen Verfahren aus (<https://www.simap.ch>). Innert



St.Galler Gerichte

der Eingabefrist reichten zwei Anbieterinnen je ein Angebot ein (act. 7/8). Am 17. Januar 2024 erteilte der Stadtrat der Politischen Gemeinde Z.__ den Zuschlag der B.__ AG (<https://www.simap.ch>), deren Angebot 265 von maximal 300 gewichteten Punkten erzielt hatte (act. 7/7).

B.

Die A.__ AG (Beschwerdeführerin), deren Angebot 264 gewichtete Punkte erzielt hatte, erhob gegen den am 17. Januar 2024 publizierten Zuschlag mit Eingabe vom 6. Februar 2024 beim Verwaltungsgericht Beschwerde mit den Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen, eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Am 27. Februar 2024 hiess die verfahrensleitende Abteilungspräsidentin das Gesuch der Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, gut.

Der Stadtrat der Politischen Gemeinde Z.__ (Vorinstanz) hatte bereits in seiner Stellungnahme vom 16. Februar 2024 zum Gesuch um aufschiebende Wirkung die Abweisung der Beschwerde beantragt und verzichtete am 6. März 2024 auf eine Ergänzung. Die B.__ AG (Beschwerdegegnerin) beantragte mit Vernehmlassung vom 9. März 2024 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde.

Mit Stellungnahme vom 27. März 2024 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest. Gleichzeitig reichte sie eine Kostennote ein. Die Beschwerdegegnerin äusserte sich dazu am 22. April 2024, die Vorinstanz am 23. April 2024. Beide hielten an ihren Anträgen fest. Die Beschwerdeführerin antwortete darauf am 15. Mai 2024 und passte zudem ihre Honorarnote an. Am 30. Mai 2024 äusserte sich die Beschwerdegegnerin nochmals.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. *Eintreten*

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 52 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.51, IVöB). Das Angebot der Beschwerdeführerin blieb mit 264 von maximal 300 erzielbaren Punkten mit einem Punkt Rückstand hinter jenem der Beschwerdegegnerin zurück. Erweisen sich ihre Beanstandungen hinsichtlich der formellen Gültigkeit des Angebots der Beschwerdegegnerin und der Bewertung der Angebote ganz oder auch bloss



teilweise als begründet, hat sie reelle Chancen auf den Zuschlag. Sie ist deshalb zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 4 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen aus dem Jahr 2019, sGS 841.1, EGöB, Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP; dazu BGer 2C_35/2017 vom 5. April 2018 = Pra 107/2018 Nr. 130). Die Beschwerde gegen die am 17. Januar 2024 publizierte Zuschlagsverfügung wurde mit Eingabe vom 6. Februar 2024 rechtzeitig erhoben und erfüllt die inhaltlichen und formellen Voraussetzungen (Art. 56 Abs. 1 IVöB). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Ausgangslage

Die Beschwerdeführerin macht nach Einsichtnahme in die Akten geltend, das Angebot der Beschwerdegegnerin erfülle die formellen Voraussetzungen nicht und hätte ausgeschlossen oder beim Unterkriterium "Vollständigkeit der Unterlagen" mit null Punkten bewertet werden müssen (dazu nachfolgend Erwägung 3). Sodann beanstandet sie die Bewertung der Angebote nach verschiedenen Zuschlagskriterien (dazu nachfolgend Erwägung 4).

3. Formelle Gültigkeit des Angebots

3.1. Vorbringen

Die Beschwerdeführerin stellt fest, für die Beschwerdegegnerin sei gemäss Handelsregister einzig die Verwaltungsratspräsidentin einzelzeichnungsberechtigt. Sämtliche restlichen eingetragenen Personen verfügten über eine Kollektivzeichnungsberechtigung. Das Formular "Offerttitelblatt", die "Grundlagen zur Submission", die "Projektspezifischen Bedingungen und Vorschriften", die "Ergänzenden Bestimmungen zur SIA 118 (2013)" und der Nachweis der Teilnahmebedingungen seien einzig vom kollektivzeichnungsberechtigten D.____, das Formular "Selbstdeklaration" gar nicht unterzeichnet. Da keine von der Beschwerdegegnerin getätigte Unterschrift als rechtsgültig zu erachten sei und die mangelhaft unterzeichneten Unterlagen für die Beurteilung der Angebote wesentlich seien, wäre die Vorinstanz nach Auffassung der Beschwerdeführerin gehalten gewesen, sowohl den Ausschluss der Beschwerdegegnerin als auch die Unverbindlichkeit ihres Angebots zu prüfen, und hätte – soweit sie einen Ausschluss als unverhältnismässig erachtet hätte – das Angebot in der Rubrik "Vollständigkeit der Unterlagen" nicht mit der Höchstpunktzahl bewerten dürfen. Die massive Verletzung der Grundsätze der Gleichwertigkeit und Nichtdiskriminierung erwecke den Anschein der Bevorzugung der Beschwerdegegnerin durch die Vorinstanz, umso mehr, als letztere die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin bezüglich des Technischen Berichts mit null Punkten mit formellen Mängeln des Angebots begründe.



Die Beschwerdegegnerin führt dazu aus, der im Handelsregister als kollektivzeichnungs-berechtigt eingetragene Abteilungsleiter der Haustechnik sei von der bei der Fertigstellung und Einreichung abwesenden Präsidentin des Verwaltungsrats berechtigt worden, Offerte und Eingabe zu unterzeichnen. Das sei von der Vorinstanz auch entsprechend akzeptiert worden.

Dem hält die Beschwerdeführerin ihrerseits entgegen, bei Verhinderung der einzelzeichnungsberechtigten Präsidentin des Verwaltungsrats hätte das Angebot ohne weiteres durch den Abteilungsleiter Haustechnik und eine der weiteren vier im Handelsregister eingetragenen kollektivzeichnungs-berechtigten Personen rechtsgültig unterzeichnet werden können. Dieses offensichtliche Versäumnis lasse sich nicht durch eine nachträglich konstruierte – und bestrittene – angebliche Vollmachtserteilung beheben. Eine nachträgliche Validierung höhle die Submissionsvorgaben aus. Diese verböten es, eine fehlende Unterzeichnung nach Ablauf der Eingabefrist noch nachzureichen. Dasselbe müsse bei einer fehlenden Vollmacht gelten, damit die Anbieter nicht nach Offertöffnung über die Verbindlichkeit ihrer Offerten entscheiden könnten. Es müsse ein strikter Beweis über den Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht verlangt werden.

Die Beschwerdegegnerin weist dazu abschliessend darauf hin, aufgrund der Geschäftsposition sei die Kompetenz des Abteilungsleiters der Haustechnik in ihrem Unternehmen nicht in Frage zu stellen.

3.2. *Rechtliches*

Nach Art. 34 Abs. 1 IVöB müssen Angebote schriftlich, vollständig und fristgerecht gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eingereicht werden. Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB kann der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, wenn festgestellt wird, dass das Angebot einen wesentlichen Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht.

Eine juristische Person kann als solche die Offerte nicht unmittelbar selber unterschreiben; sie wird hierbei vielmehr durch natürliche Personen vertreten. Dabei kommen in erster Linie, aber nicht ausschliesslich, die im Handelsregister als unterschriftsberechtigt eingetragenen Personen in Betracht – je nach Eintragung mit Einzel- oder Kollektivunterschrift. Daneben können auch alle weiteren natürlichen Personen, die über eine gültige entsprechende Ermächtigung verfügen, für eine juristische Person wirksam handeln und mithin eine Submissionsofferte in zulässiger Weise unterzeichnen. Bei entsprechender interner Bevollmächtigung kann daher



insbesondere auch eine Person, die gemäss Handelsregistereintrag bloss über eine kollektiv auszuübende Unterschriftsberechtigung verfügt, zur gültigen Einzelunterschrift zulasten und zugunsten einer juristischen Person berechtigt sein; dasselbe gilt für ermächtigte Personen, die im Handelsregistereintrag überhaupt nicht vorkommen (vgl. M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1779).

Die Vergabestelle darf auf die vorhandene einzige Unterschrift einer für die Anbieterin gemäss Handelsregister kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigten Person vertrauen und muss keine zweite Unterschrift nachfordern (Präsidualverfügung B 2014/178 vom 19. September 2014 E. 2.2.1). Immerhin dann allerdings, wenn einem solchen Angebot der Zuschlag erteilt werden sollte, ist der Vergabestelle zur Nachforderung der entsprechenden Unterschrift zu raten (vgl. M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, 2016, Rz. 215, Anmerkung). Das Nachreichen der fehlenden Unterschrift wirkt sich auf das Preis-Leistungsverhältnis nicht aus, die Anbieterin geniesst keinen Wettbewerbsvorteil. Die Anbieterin kann diese fehlende Unterschrift rasch und ohne grossen Aufwand nachreichen, wobei das Angebot ansonsten inhaltlich unverändert bleiben muss. Ein sofortiger Ausschluss wäre daher überspitzt formalistisch (vgl. D. Kuonen, in: H.R. Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N 23 zu Art. 34 mit Hinweis auf eine abweichende Meinung im Schrifttum bezüglich der fehlenden Hauptunterschrift auf dem Angebot).

3.3. Würdigung

Das Angebot der Beschwerdegegnerin ist von einem Mitarbeiter unterzeichnet, der gemäss Handelsregister unbestrittenermassen nicht zu ihrer Alleinvertretung befugt ist. Die Vorinstanz hat offenkundig zur Frage der rechtsgültigen Unterzeichnung keine Abklärungen getroffen, sondern ist ohne Weiteres davon ausgegangen, das Angebot sei aus vergaberechtlicher Sicht rechtsgültig unterzeichnet. Soweit in der Abweichung von den im Handelsregister publizierten Vertretungsbefugnissen ein vergaberechtlicher Mangel erblickt werden sollte, ist er – jedenfalls soweit wie vorliegend die unterzeichnende Person grundsätzlich zur Unterschrift befugt ist – nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre heilbar.

Davon geht auch die Beschwerdeführerin aus. Sie ist allerdings gestützt auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden der Auffassung, die Anbieterin müsse strikt beweisen, dass die aus dem Handelsregister nicht hervorgehende Vollmacht im Zeitpunkt der Einreichung des Angebots vorgelegen habe, was ihr mit der blossen Behauptung der Verwaltungsratspräsidentin im Beschwerdeverfahren, dies sei der Fall gewesen, nicht gelinge. Dieser Auffassung steht die vergaberechtliche Bedeutung des Angebots entgegen. Eine nachträgliche explizite Ermächtigung führt zu keiner inhaltlichen Veränderung des Angebots. Wird im Rahmen der Bereinigung eine solche



Ermächtigung nicht erteilt, weil sich die Anbieterin nicht dem Angebot entsprechend binden will, entsteht ihr jedenfalls kein materieller Vorteil (vgl. zum Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2021/2022, 2023, Rz. 311 Anmerkung; zum denkbaren Missbrauchsfall M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, 2018, Rz. 226 Anmerkung; M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1774 ff.) und der Vergabestelle auch kein Nachteil. Der Mangel kann deshalb auch mit einer nachträglichen Genehmigung geheilt werden.

3.4. Zwischenergebnis

Die mit Einzelunterschrift für die Beschwerdegegnerin zeichnende Verwaltungsratspräsidentin hat jedenfalls mit der Unterzeichnung der im Beschwerdeverfahren eingereichten Stellungnahmen vom 9. März, 22. April und 24. Mai 2024 eindeutig klargestellt, dass sie von einer gültigen Einreichung des Angebots ausgehen will.

Da ein allfälliger vergaberechtlicher Mangel als geheilt zu betrachten ist, besteht kein Anlass, das Angebot der Beschwerdegegnerin vom Verfahren auszuschliessen. Hingegen fragt sich die Beschwerdeführerin zu Recht, ob ein formell zunächst mangelhaftes Angebot bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums der Vollständigkeit der Unterlagen mit der vollen Punktzahl bewertet werden darf. Einerseits weist der Umstand, dass die Unvollständigkeit nicht zum Ausschluss – das Kriterium ist als Zuschlagskriterium ausgestaltet – führen muss, darauf hin, dass der Mangel behoben werden können muss. Zum andern entspräche es nicht dem Zweck des Zuschlagskriteriums, wenn vollständig eingereichte Angebote gleich bewertet würden wie nachträglich verbesserte. Diese Frage kann indessen offenbleiben, wenn sich die Bewertung der Angebote aus anderen, von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründen als vergaberechtswidrig und sich ihr Angebot als das vorteilhaftere im Sinn von Art. 41 IVöB erweisen sollte.

4. Bewertungen

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde insbesondere die Bewertung der Angebote nach den Unterkriterien "Referenzen" (dazu nachfolgend Erwägung 4.1) und "Technischer Bericht" (dazu nachfolgend Erwägung 4.2) beanstandet.

4.1. "Referenzen"

4.1.1. Ausgangslage

Die Vorinstanz hat beide Angebote bezüglich der Referenzen mit der Note 3 bewertet. Sie hat sich dabei an den Auskünften der Referenzpersonen ausgerichtet. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen muss sich die Wertung der Referenzen auf deren Qualität



und deren Projektvergleichbarkeit mit dem Projekt C.____ in Bezug auf die Grösse, Komplexität und Aufgabenstellung des referenzierten Projekts beziehen (Formular Offerttitelblatt Seite 4, beispielsweise im Angebot der Beschwerdegegenerin, act. 7, Beilage 2 Register 1). Die Vorinstanz hat damit in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, nach welchen Kriterien sie ihr Ermessen auszuüben und die Referenzobjekte zu bewerten gedenkt.

4.1.2. *Rechtliches*

Nach Art. 56 Abs. 3 lit. a IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens gerügt werden. Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft wird gemäss Art. 56 Abs. 4 IVöB die Angemessenheit einer Verfügung. Daraus, dass die Bestimmung die Ermessensunterschreitung nicht ausdrücklich nennt, kann allerdings nicht abgeleitet werden, vergaberechtlich läge darin keine Rechtsverletzung. Gründe, weshalb vergaberechtlich die Ermessensunterschreitung als Unangemessenheit und entgegen der verwaltungsrechtlich gängigen Umschreibung nicht als qualifizierter Ermessensfehler zu behandeln ist, sind nicht ersichtlich. Vielmehr stellt die Korrektur von Ermessensunterschreitungen gleichermassen wie jene von Ermessensüberschreitungen die rechtsgleiche Behandlung der Rechtsunterworfenen – im Vergaberecht der Anbieterinnen und Anbieter – sicher (zur Bedeutung der Rechtsgleichheit vgl. auch unten Erwägung 4.2.2). Beschwerdegründe sind damit Rechtsverletzungen einschliesslich qualifizierter Ermessensfehler (vgl. dazu F.C. Roth, in: H.R. Trüeb [Hrsg.], a.a.O., N 19 zu Art. 56).

Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn eine Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür oder rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt. Ermessensüberschreitung liegt dagegen vor, wenn eine Behörde Ermessen walten lässt, wo ihr das Gesetz keines einräumt, oder wo sie statt von zwei zulässigen Lösungen eine dritte wählt. In diesem Zusammenhang ist auch die Ermessensunterschreitung bedeutsam, die darin besteht, dass die entscheidende Behörde sich als gebunden betrachtet, obschon sie nach Gesetz berechtigt wäre, nach Ermessen zu handeln, oder dass sie auf Ermessensausübung ganz oder teilweise von vornherein verzichtet (vgl. BGer 8C_655/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1, 9C_401/2023 vom 5. Januar 2024 E. 3.4.3, 1C_610/2019 vom 9. Dezember 2020 E. 4.5, 8C_139/2008 vom 22. November 2008 E. 2.1 je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).



4.1.3. Würdigung

Das ungefähre Auftragsvolumen bewegt sich bei den Referenzobjekten der Beschwerdegegnerin zwischen knapp 1 und 1.3 Millionen Franken. Die Referenzobjekte haben alle klassische Wohnüberbauungen zum Gegenstand. Die ungefähren Auftragsvolumina bei den Referenzobjekten der Beschwerdeführerin betragen demgegenüber 1.3 sowie 1.95 und 2.1 Millionen Franken. Das Projekt mit einem Auftragsvolumen von 1.95 Millionen Franken hatte zudem ein Alterszentrum zum Gegenstand. Damit liegen die Referenzobjekte der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Grösse, Komplexität und Aufgabenstellung insgesamt wesentlich näher beim Ausschreibungsgegenstand mit einem Auftragsvolumen von 3.4 Millionen Franken als jene der Beschwerdegegnerin. Hinzu kommt, dass die Auskunft bei einem Referenzobjekt der Beschwerdegegnerin hinsichtlich des Teilaspekts Erreichbarkeit und Präsenz nicht "gut", sondern lediglich "genügend" war.

Die Vorinstanz begründet die gleiche Bewertung der Referenzen in beiden Angeboten damit, alle Objekte seien nicht direkt vergleichbar mit dem Neubauprojekt eines Pflegezentrums mit 175 stationären Pflegeplätzen. Auch die angegebenen Bausummen zwischen knapp 1 und 2.1 Millionen Franken entsprächen nicht jener des Beschaffungsgegenstands mit rund 3.4 Millionen Franken. Bei diesen Überlegungen lässt die Vorinstanz ausser Acht, dass gemäss Beschreibung ihrer Bewertungsmethode auch die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte von Belang ist. Ihre Bewertungsmethode geht nicht davon aus, dass die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte entweder verneint oder bejaht wird und anschliessend allein die Qualität der Referenzauskünfte für die Benotung von Belang ist. Vielmehr hat die Vorinstanz in den Ausschreibungsunterlagen auch für das Ausmass der Vergleichbarkeit eine Abstufung vorgesehen.

Das Referenzobjekt der Beschwerdeführerin, welches ein Alterszentrum zum Gegenstand hat, beschlägt zwar keinen Neubau, sondern eine Sanierung und Erweiterung. Unabhängig davon, ob es sich um einen Neubau oder eine Sanierung und Erweiterung – die im Übrigen ebenfalls die Neuerstellung sanitärer Anlagen umfassen kann – handelt, unterscheiden sich die Ansprüche an die Gestaltung von Nasszellen in Alters- und Pflegeheimen in aller Regel von jenen von Wohnbauten, wie sie die Referenzobjekte der Beschwerdegegnerin zum Gegenstand haben. Die Beschwerdegegnerin macht ihrerseits geltend, auch eine ihrer Überbauungen habe Alterswohnungen beinhaltet. Dieses Projekt war allerdings nicht Gegenstand einer Referenzabfrage durch die Vorinstanz. Der Entscheid der Vorinstanz, zu dieser Referenz keine Auskunft einzuholen, ist angesichts des Auftragsvolumens von weniger als 0.5 Millionen Franken nachvollziehbar. Sodann macht die Beschwerdegegnerin geltend, die anderen Referenzobjekte beinhalteten Überbauungen mit Wohnungen im Stockwerkeigentum, bei denen die sanitären Installationen in den Nasszellen



bedeutend komplexer seien als die 170 zum Teil gleichen Bäder der Pflegezimmer. Allerdings hat auch die Beschwerdeführerin als Referenzobjekt eine Wohnüberbauung bezeichnet, welche die Installation der Sanitäranlagen in rund 100 Eigentums- und Mietwohnungen beinhaltete (Referenz C im Angebot der Beschwerdeführerin; act. 7, Beilage 3, Register 3). Schliesslich verweist die Beschwerdegegnerin auf die Sanierung des Kantonsspitals Glarus und des Sportzentrums linth-arena sgu. Diese Referenzobjekte hat sie allerdings in ihrem Angebot nicht angeführt (Referenzen im Angebot der Beschwerdegegnerin; act. 7, Beilage 2, Register 3). Angesichts des Grundsatzes der Unveränderbarkeit des Angebots, wie er sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ableitet (vgl. BGE 143 I 177 E. 2.5.1), können sie deshalb bei der Bewertung ihres Angebots von vornherein nicht berücksichtigt werden.

4.1.4. *Zwischenergebnis*

Wenn sich die Vorinstanz hinsichtlich der Bewertung der Referenzobjekte in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hat und anschliessend bei der Benotung der Angebote Unterschieden bei den genannten Kriterien überhaupt keine Beachtung schenkt und sich zur Begründung der gleichen Behandlung einzig auf das ihr zustehende Ermessen beruft, unterschreitet sie ebendieses Ermessen. Dementsprechend rechtfertigt sich eine Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin beim Unterkriterium "Referenzen" mit der Note 2 statt 3. Entsprechend dem Gewicht des Kriteriums von 19 Prozent resultieren damit 19 gewichtete Punkte weniger.

4.2. *"Technischer Bericht"*

4.2.1. *Ausgangslage*

Die Beschwerdeführerin macht im Ergebnis geltend, die Bewertung der beiden Angebote beim Unterkriterium des Technischen Berichts mit null Punkten verletze den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung der beiden Angebote. Die Vorinstanz hat sich in ihrer Stellungnahme vom 16. Februar 2024 im Wesentlichen auf das ihr zustehende Ermessen bei der Bewertung der Angebote berufen.

4.2.2. *Rechtliches*

Nach Art. 2 lit. c IVöB bezweckt die Vereinbarung die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter. Der Anspruch der Wettbewerbsteilnehmer auf Gleichbehandlung ergibt sich bereits aus der in Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) verfassungsrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit. Der Auftraggeberin ist es danach verwehrt, einzelne Anbieterinnen zu privilegieren oder zu benachteiligen (vgl. H.R. Trüeb, in H.R. Trüeb [Hrsg.], a.a.O., N 30 zu Art. 2). Das Gebot der Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer ergänzt das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot, (Art. 8 BV), welches verbietet, dass zwei gleiche



tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beziehungsweise zwei unterschiedliche Situationen ohne sachlichen Grund gleich beurteilt werden (vgl. BGer 2C_225/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 4.1). Es ist in allen Phasen des Vergabeverfahrens zu beachten (vgl. BGer 2C_848/2022 vom 27. März 2024 E. 5.3).

Angesichts des Grundsatzes, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln, hat die Vergabebehörde zu berücksichtigen, dass sie wie beim Preiskriterium auch bei den qualitativen Kriterien den Bewertungsspielraum grundsätzlich auszunutzen hat, damit die für die Zuschlagskriterien festgelegten Gewichtungen nicht verzerrt werden (vgl. GVP 2016 Nr. 38).

4.2.3. Würdigung

Die verfahrensleitende Abteilungspräsidentin hat am 27. Februar 2024 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen unter anderem mit der Begründung, bei summarischer Betrachtung wecke die gleiche Bewertung der beiden Angebote Zweifel an der Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter gemäss Art. 2 lit. c IVöB (vgl. dazu Präsidialverfügung vom 27. Februar 2024 E. 4.3).

Die Vorinstanz hat sich zur Hauptsache nicht mehr geäussert. Die Beschwerdegegnerin anerkennt in ihren Stellungnahmen vom 22. April 2024 und vom 30. Mai 2024 bezüglich des Technischen Berichts, kein eigentliches Aktenstück eingereicht zu haben. Zu den Punkten, zu denen sich der Bericht äussern müsse, nämlich Bauausführung, Arbeitsphasen, Arbeitsabläufe und Leistungen, verweist sie auf die Angaben im Formular "Selbstdeklaration" zu den Mitarbeitern, die klarstellten, dass sie die geforderten Leistungen problemlos erbringen könne, sowie auf das unternehmensbezogene Qualitätsmanagement gemäss den Beilagen 7 und 8 ihrer Offerte, welches die entsprechenden Sicherheitsanforderungen erfülle und aus denen sich die Schutzmassnahmen ergäben. Sodann habe sie mit ihrer Offerte die projektspezifischen Bedingungen und Vorschriften des Projekts anerkannt. Dies nochmals in einem speziellen Technischen Bericht zusammenzufassen, mache keinen Sinn.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben sich die Anforderungen an den Inhalt des Technischen Berichts einerseits aus der Beschreibung der Bewertungskriterien – Qualität der Analyse, welche inhaltlich das Verständnis der Aufgabe wiedergibt, und nach der Qualität und Relevanz der Risikoanalyse und der Lösungsansätze, die objektbezogen und nachvollziehbar formuliert sind (vgl. Formular Offerttitelblatt, Seite 4, beispielsweise im Angebot der Beschwerdegegnerin; act. 7, Beilage 2, Register 1) –



und andererseits aus der detaillierten Umschreibung der Aspekte, die er darlegen sollte (vgl. Ziff. 3.7 A – Grundlagen der Submission, Seite 11, beispielsweise im Angebot der Beschwerdegegnerin; act. 7, Beilage 2, Register 2). Bei den Unterlagen, welche das Angebot enthalten musste, war der Technische Bericht mit Bau- und Terminprogramm aufgeführt (vgl. Ziff. 3.2 A – Grundlagen der Submission, Seite 9, beispielsweise im Angebot der Beschwerdegegnerin; act. 7, Beilage 2, Register 1).

Zweck des Technischen Berichts war es damit, dass sich die Anbieterinnen in einem Dokument zu bestimmten Aspekten der Aufgabenerfüllung äussern. Das kann bedeuten, dass unter Umständen einzelne Teile und Angaben im Angebot wiederholt werden müssen. Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin unterscheiden sich diesbezüglich wesentlich. Zwar haben beide keinen Technischen Bericht im Sinn eines einheitlichen Dokuments eingereicht. Allerdings entbehrt das Angebot der Beschwerdegegnerin jeglichen Hinweises darauf, wo im Angebot die Angaben zu den in der Umschreibung des Technischen Berichts genannten Aspekten zu finden sind. Demgegenüber enthält das Angebot der Beschwerdeführerin immerhin Verweise auf fünf konkrete Beilagen der Offerte. Damit fehlt zwar auch ihrem Angebot ein Bericht in einem Dokument. Der an erster Stelle genannte Termin- und Ressourcenplan (Beilage 07 des Angebots; act. 7, Beilage 3, Register 4) enthält allerdings insbesondere Angaben zum Arbeitsbeginn (sechs Wochen nach Auftragserteilung, kleinere Arbeiten auch innert einer Woche möglich), zu den Vorlaufzeiten für die Werkplanung (Lieferung und Freigabe der Pläne für die Wasserzuleitung, der Einlagepläne, der Koordinationspläne, der Montagepläne und der Nasszellenpläne), zur chronologischen Gliederung der Arbeiten (Wasserzuleitung, Rohrmontage/Installationen, Vorwandelemente, Apparatemontage) samt geschätztem Zeitbedarf und geplantem Personaleinsatz, zu den Lieferzeiten und zu den Massnahmen bei Terminverzug. Auch mit den Angaben zu den Lieferanten (Beilage 16 des Angebots; act. 7, Beilage 3, Register 4) hat die Beschwerdeführerin – wie auch die Vorinstanz attestiert – einen Teil der inhaltlichen Anforderungen an den Technischen Bericht erfüllt.

4.2.4. Zwischenergebnis

Während die Beschwerdegegnerin in ihrem Angebot der Vergabebehörde das Feld in Ziffer 3.7 A – "Grundlagen der Submission" unausgefüllt liess, hat die Beschwerdeführerin zwar die verschiedenen Teilaspekte, die im Technischen Bericht zu behandeln waren, nicht in einem Dokument zusammengefasst und darauf verwiesen, aber im betreffenden Feld fünf Beilagen angeführt, denen je Angaben zu einzelnen Aspekten entnommen werden konnten. Der Vorinstanz war es damit – anders als beim Angebot der Beschwerdegegnerin – ohne grossen Aufwand möglich, die entsprechenden Beilagen zu konsultieren und mit Blick auf die Anforderungen an den



Inhalt des Technischen Berichts zu würdigen. Dies rechtfertigt es, das Angebot der Beschwerdeführerin beim Unterkriterium "Technischer Bericht" zumindest mit der Note 1 und damit entsprechend der Gewichtung des Kriteriums (mit fünf Prozent) mit fünf gewichteten Punkten zu bewerten.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Angebote nach dem Zuschlagskriterium "Qualität" rechtsungleich bewertet hat. Einerseits hat sie beim Unterkriterium "Referenzen" das Angebot der Beschwerdegegnerin gleichermassen wie jenes der Beschwerdeführerin mit der maximalen Punktzahl bewertet, obwohl zwei Referenzobjekte der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihrer Grösse deutlich näher beim Volumen des Ausschreibungsgegenstands liegen, eines davon hinsichtlich des Gegenstands sich mit dem Ausschreibungsgegenstand deckt und die Auskunft zu einer Referenz der Beschwerdegegnerin nicht in allen Teilaspekten gut lautete (dazu vorstehend Erwägung 4.1). Andererseits hat sie beim Unterkriterium "Technischer Bericht" den Umstand gänzlich unberücksichtigt gelassen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin wenn auch nicht einen Technischen Bericht im Sinn eines eigenständigen umfassenden Dokuments, so doch – anders als das Angebot der Beschwerdegegnerin – klare Verweise auf Beilagen des Angebots mit den entsprechenden Inhalten enthielt (dazu vorstehend Erwägung 4.2). Damit erzielt das Angebot der Beschwerdeführerin eine Gesamtpunktzahl von 269 (264 plus fünf gewichtete Punkte beim Kriterium "Technischer Bericht") gewichteten Punkten. Folglich erweist es sich gegenüber dem Angebot der Beschwerdegegnerin mit 246 (265 minus 19 gewichtete Punkte beim Kriterium "Referenzen") gewichteten Punkten als das vorteilhaftere.

Offenbleiben kann unter diesen Umständen, ob die Beschwerdeführerin zu Recht den Standpunkt vertritt, das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte wegen nicht rechtsgenügender Unterzeichnung wenn auch nicht ausgeschlossen, so doch zumindest beim Unterkriterium "Vollständigkeit der Unterlagen" nicht mit der vollen Punktzahl bewertet werden dürfen. Offenbleiben kann auch die von der Beschwerdeführerin im Hauptverfahren aufgeworfene Frage der Vollständigkeit des Angebots der Beschwerdegegnerin. Ebenfalls offenbleiben können unter diesen Umständen die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen zur Bewertung der Angebote nach dem Unterkriterium "Verfügbares Personal für den Auftrag" und zur Gesetzmässigkeit der Bereinigung des Angebots der Beschwerdegegnerin.

6. Ergebnis

Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 17. Januar 2024 ist aufzuheben. Gemäss den



vorstehenden Erwägungen erweist sich das Angebot der Beschwerdeführerin als das vorteilhaftere.

Da sich an der Ausschreibung vom 18. August 2023 lediglich zwei Anbieterinnen beteiligten, liegen keine weiteren Angebote vor, welche bei rechtsgleicher Bewertung allenfalls besser als jenes der Beschwerdeführerin zu bewerten wären. Die Verhältnisse sind hinreichend geklärt, so dass ohne Weiteres reformatorisch entschieden werden kann (vgl. auch BGE 146 II 276). Zwar ist die Verbindlichkeit der Angebote gemäss Ziffer 3.1 der Grundlagen der Submission auf sechs Monate beschränkt. Die Beschwerdeführerin, deren Angebot vom 25. September 2023 datiert, hat indessen auch nach Ablauf dieser Frist am Antrag vom 6. Februar 2024, es sei ihr der Zuschlag zu erteilen, in ihren Stellungnahmen vom 27. März 2024 und vom 15. Mai 2024 unverändert festgehalten.

Der Zuschlag ist deshalb ihrem Hauptantrag entsprechend der Beschwerdeführerin zu den Bedingungen ihres Angebots vom 25. September 2023 und unter Berücksichtigung des seit 1. Januar 2024 geltenden Mehrwertsteuersatzes von 8.1 Prozent, das heisst zum Preis von CHF 3'412'514.12 zu erteilen.

7. *Kosten und Entschädigungen*

7.1. *Kosten*

In Streitigkeiten sind die amtlichen Kosten gemäss Art. 95 Abs. 1 VRP nach Obsiegen und Unterliegen zu verlegen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin hängt die Kostenpflicht – vorbehältlich des Verursacherprinzips von Art. 95 Abs. 2 VRP, welches an Trölerei oder anderem ungehörigen Verhalten, an der Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften und an nachträglichem Vorbringen anknüpfen – nicht mit einem "Verschulden" zusammen.

Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin ist gutzuheissen. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin dringen mit ihren Anträgen nicht durch. Sie werden deshalb kostenpflichtig. Die amtlichen Kosten sind von der Vorinstanz, die überwiegend finanzielle Interessen verfolgt, und von der Beschwerdegegnerin, die im Hauptverfahren ebenfalls Anträge gestellt hat, je zur Hälfte zu tragen (Art. 95 Abs. 1 und 3 VRP). Sie haften solidarisch (Art. 96^{bis} VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 9'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12; die Kosten für die Zwischenverfügung über die aufschiebende Wirkung vom 27. Februar 2024 sind separat verlegt worden). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete und bei der Hauptsache verbliebene Kostenvorschuss von CHF 10'000 zurückzuerstatten.



7.2. Entschädigungen

Die obsiegende Beschwerdeführerin war im Beschwerdeverfahren berufsmässig vertreten und hat Anspruch auf die Entschädigung ihrer ausseramtlichen Kosten (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP). Das Honorar im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht beträgt gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung (sGS 963.75, HonO) pauschal CHF 1'500 bis CHF 15'000. Innerhalb dieses Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der notwendigen Bemühungen, der Schwierigkeit des Falls und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten bemessen (Art. 19 HonO). In Beschwerdeverfahren im öffentlichen Beschaffungswesen bewegt sich das Pauschalhonorar im Regelfall in der Grössenordnung zwischen CHF 3'500 und CHF 6'000.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat am 15. Mai 2024 eine Kostennote über ein Honorar von CHF 15'150 (60.6 Stunden zu CHF 250) zuzüglich pauschale Barauslagen von CHF 606 (vier Prozent von CHF 15'150) eingereicht. Wird das Honorar pauschal bemessen, richtet es sich nicht nach dem Zeitaufwand, wie er der Ermittlung des Honorars in der Kostennote des Beschwerdeführers zugrunde liegt (VerwGE B 2022/172 vom 20. Januar 2023 E. 3.3). Der in einer Kostennote geltend gemachte zeitliche Aufwand ist allenfalls ein Indiz für die Schwierigkeit des Falls. Für das Zwischenverfahren, in welchem ihrem Begehren, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, entsprochen wurde, wurde die Beschwerdeführerin für ihre Vertretungskosten mit CHF 1'872 (ohne Mehrwertsteuer) entschädigt. Im Hauptverfahren hat die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 27. März 2024 zur Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 9. März 2024 zusätzlich zu den bereits in der Beschwerde vom 6. Februar 2024 vorgebrachten Rügen die Frage der Gültigkeit und Vollständigkeit des beschwerdegegnerischen Angebots aufgeworfen. Sodann hat sie am 15. Mai 2024 auf die Äusserungen der Beschwerdegegnerin vom 22. April 2024 und der Vorinstanz vom 23. April 2024 geantwortet. Schliesslich hatte sie zu prüfen, ob sie sich auch zur weiteren, relativ umfangreichen, jedoch weitgehend redundanten Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 30. Mai 2024 noch äussern wollte.

Unter Berücksichtigung der dargelegten Umstände erscheint eine Entschädigung für das Hauptverfahren mit einem Honorar von pauschal CHF 8'000 zuzüglich pauschalen Barauslagen von CHF 320 (vier Prozent von CHF 8'000) als angemessen (Art. 19, Art. 22 Abs. 1 lit. b, Art. 28^{bis} der Honorarordnung, sGS 963.75). Die Mehrwertsteuer ist nicht zu entschädigen, da die Beschwerdeführerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und die ihr mit der Kostennote des Rechtsvertreters in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer als Vorsteuer abziehen kann (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem



Verwaltungsrechtspflegegesetz, 2004, S. 194). Kostenpflichtig sind einerseits die Vorinstanz, andererseits die Beschwerdegegnerin, die sich auch am Hauptverfahren beteiligt und die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt hat; dies je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit (Art. 98^{ter} VRP in Verbindung mit Art. 106 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, Hirt, a.a.O., S. 181).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung vom 17. Januar 2024 aufgehoben.

2.

Das Angebot der Beschwerdeführerin erhält zu einem Preis von CHF 3'412'514.12 (netto, inklusive 8.1 Prozent Mehrwertsteuer) den Zuschlag für die Sanitäranlagen (BKP 250) beim Neubau des Pflegezentrums C.__ in Z.__.

3.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin bezahlen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 9'000 je zur Hälfte. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 10'000 zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin entschädigen die Beschwerdeführerin für das Hauptverfahren mit insgesamt CHF 8'320 (ohne Mehrwertsteuer) je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit.