



Fall-Nr.: B 2006/139
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 14.02.2020
Entscheiddatum: 19.10.2006

Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 19. Oktober 2006

Oeffentliches Beschaffungswesen, Art. 5, 34 Abs. 1 und 41 Abs. 3 VöB (sGS 841.11). Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung.

Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn wegen eines fehlenden Eignungskriteriums bei zwei Anbietern nur einer ausgeschlossen wird. Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung zur Neubeurteilung an die Vorinstanz aufgrund nicht hinreichend begründeter und nachvollziehbarer Bewertung einzelner Zuschlagskriterien (Verwaltungsgericht B 2006/139).

Urteil vom 19. Oktober 2006

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, lic. iur. A. Rufener; Ersatzrichter lic. iur. J. Diggelmann;
Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

Josef Muff AG, Bühlmoos 1, 5614 Sarmenstorf,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Markus Storchenegger, Rorschacher Strasse 107,
9000 St. Gallen,

gegen

Kraftwerke Unterterzen AG, c/o Elektrizitätswerk der Ortsgemeinde Murg,
Gemeindehaus, 8877 Murg,



Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. David Brunner, Hinterlauben 12, 9000 St. Gallen,

und

Montagen AG, Fährhüttenstrasse 13, 9477 Trübbach,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen;

Kraftwerk Büeli, Druckleitung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Kraftwerke Unterterzen AG schrieben im Amtsblatt Nr. 12 vom 20. März 2006 die Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung der gesamten Druckleitung im Zuge der Erneuerung des Kraftwerks Büeli im offenen Verfahren aus. Für die Eignungs- und Zuschlagskriterien wurde auf die Ausschreibungsunterlagen hingewiesen. Die Offertöffnung fand am 17. Mai 2006 statt. Insgesamt wurden vier Offerten mit Angeboten zwischen Fr. 2'079'553.50 und Fr. 2'945'115.20 eingereicht.

Die Kraftwerke Unterterzen AG vergab den Auftrag der Montagen AG, Trübbach. Sie stellte den Anbietern am 6. Juli 2006 den Vergabeentscheid zu. Der Montagen AG eröffnete sie, der Auftrag werde ihr zum Preis von Fr. 2'017'000.-- inkl. MWSt vergeben. Als Vorbehalt vermerkte sie, dass sich der Ausführungstermin wegen einer hängigen Einsprache der Pro Natura noch verschieben könnte und die Unternehmervarianten (Gussrohr statt GUP-Rohr [Korrosionsschutz]) vor Vertragsabschluss noch besprochen werden müssten. Der Josef Muff AG, Sarmensdorf, eröffnete sie mit einer gleichentags ergangenen, ebenfalls als Vergabeentscheid bezeichneten Verfügung, ihr Angebot werde als ungültig erklärt. Das Kriterium der ISO-Zertifizierung sei nicht erfüllt. Als fiktive Variante sei das Angebot



St.Galler Gerichte

ohne Präjudiz in den Wirtschaftlichkeitsvergleich einbezogen worden. Bei der Gesamtbetrachtung habe sich gezeigt, dass das Angebot der Josef Muff AG nicht das wirtschaftlich günstigste sei, weshalb der Auftrag an die Montagen AG vergeben worden sei.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 17. Juli 2006 erhob die Josef Muff AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Vergabeentscheid vom 6. Juli 2006 sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot offeriert habe und ihr daher der Zuschlag zu erteilen sei, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, eventualiter sei die Vorinstanz zur Bezahlung von Schadenersatz in gerichtlich festzulegender Höhe an die Beschwerdeführerin zu verurteilen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 21. Juli 2006 zum Gesuch um aufschiebende Wirkung, die Begehren der Beschwerdeführerin seien in allen Punkten abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

Auch die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 24. Juli 2006, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

Mit Verfügung vom 25. Juli 2006 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Er erwog, die Rechtsnatur der angefochtenen Vergabeverfügung sei unklar, da nicht genau ersichtlich sei, ob es sich um eine Ausschluss- oder um eine Zuschlagsverfügung handle. Da weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin ein nach ISO 14'001 zertifiziertes Qualitätsmanagementsystem aufwiesen, seien die Voraussetzungen für einen Ausschluss grundsätzlich bei beiden Anbieterinnen gegeben. Falls unterschiedliche Massstäbe zur Anwendung gelangt seien, käme dies einer rechtsungleichen Behandlung der Beschwerdeführerin gleich. Sodann sei aus den Akten und den Ausführungen der Vorinstanz nicht ersichtlich, in welchen Punkten und aus welchen Gründen das Angebot der Beschwerdeführerin qualitativ mangelhaft sei. Aufgrund der geringen Differenz von zwei Punkten bei der Gesamtbewertung der Zuschlagskriterien



St.Galler Gerichte

genüge eine nicht nachvollziehbare Bewertungsdifferenz von fünf Punkten, um die gesamte Bewertung als fragwürdig zu betrachten, weshalb die Beschwerde hinreichend begründet sei.

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 8. August 2006 zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin Stellung. Sie hält an ihren Rechtsbegehren fest.

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 23. August 2006 vernehmen und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung wird unter anderem vorgebracht, die Beschwerdeführerin habe lediglich die Aufhebung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin beantragt, nicht aber die Aufhebung des Ausschlusses. Damit sei der Ausschluss in Rechtskraft erwachsen, weshalb die Beschwerdeführerin zur Beschwerde gegen den Zuschlag nicht mehr legitimiert sei. Als Eventualbegründung werde nach wie vor daran festgehalten, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin als das wirtschaftlich günstigste zu betrachten sei.

Die Beschwerdegegnerin liess sich mit Eingabe vom 23. August zur Beschwerde vernehmen. Sie hält an ihren Rechtsbegehren in ihrer Vernehmlassung vom 24. Juli 2006 fest.

Die Beschwerdeführerin liess sich am 30. August 2006 zu den Stellungnahmen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin vernehmen.

Die einzelnen von den Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge gemachten Ausführungen werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. c und Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeeingabe vom



St.Galler Gerichte

17. Juli 2006 wurde rechtzeitig eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Insoweit sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt.

Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Vernehmlassung vom 23. August 2006 fest, die Beschwerdeführerin sei zur Beschwerde gegen den Zuschlag nicht mehr legitimiert, da ihr Ausschluss aus dem Verfahren in Rechtskraft erwachsen sei. Inwiefern ein solches Begehren überhaupt noch zulässig ist, nachdem in der Vernehmlassung vom 21. Juli 2006 die Eintretensvoraussetzungen unbestritten blieben, kann offen bleiben. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Eingabe vom 17. Juli 2006 ausdrücklich den Antrag gestellt, der Vergabeentscheid vom 6. Juli 2006 sei aufzuheben (Ziff. 1) und es sei ihr der Zuschlag zu erteilen (Ziff. 2). Der Ausschluss war in der der Beschwerdeführerin zugestellten Verfügung, die als Vergabeentscheid bezeichnet war, enthalten. Mit Ziff. 1 des Rechtsbegehrens wurde die Aufhebung dieses Entscheides und damit auch die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Verfahren beantragt. Unter diesen Umständen kann nicht davon gesprochen werden, der Ausschluss sei in Rechtskraft erwachsen.

Nicht einzutreten ist hingegen auf das Begehren der Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass sie das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe. Nachdem der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, besteht für einen Feststellungsentscheid grundsätzlich kein Raum. Im Falle einer Gutheissung der Beschwerde wäre kein Feststellungsentscheid zu treffen, sondern über den Zuschlag zu entscheiden oder die Sache zum Entscheid über den Zuschlag an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2./ Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Ueberschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht gerügt werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st. gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Beschaffungsverfügungen kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr



Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte (vgl. statt vieler GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

a) In der an die Beschwerdeführerin eröffneten Vergabeverfügung wurde wie erwähnt festgehalten, das Angebot der Beschwerdeführerin sei ungültig. Sodann wurde angeführt, ein Vergleich mit den übrigen Angeboten habe ergeben, dass das Angebot der Beschwerdeführerin nicht das wirtschaftlich günstigste sei, weshalb der Auftrag der Beschwerdegegnerin vergeben worden sei. In der Verfügung wurde damit sowohl der Ausschluss der Beschwerdeführerin als auch der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin verfügt.

Nicht nur als Ausschlussverfügung, sondern auch als Zuschlagsverfügung weist der angefochtene Entscheid erhebliche Mängel auf. Ist er als Ausschlussverfügung zu betrachten, wurde der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 15 Abs. 2 VRP). Der Einwand der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe diesen Mangel nicht gerügt, ist unzutreffend (vgl. S. 7 Abs. 2 der Beschwerdeschrift, worin ausdrücklich gerügt wird, der Beschwerdeführerin sei zu keinem Zeitpunkt das rechtliche Gehör gewährt worden). Als Zuschlagsverfügung weist der Vergabeentscheid ebenfalls erhebliche Mängel auf. Nach Art. 41 Abs. 3 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Die Begründung muss insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote enthalten. Diese Angaben fehlen in der angefochtenen Verfügung. Auch ist eine Begründung, wonach ein Angebot nach Massgabe der Zuschlagskriterien geprüft und als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert wurde, nicht aussagekräftig und ungenügend. Es ist darzulegen, wie die Kriterien bewertet und das Ergebnis der Bewertung zustande gekommen ist (vgl. GVP 2000 Nr. 24 zu den Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung).

b) Zu prüfen ist, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin zulässig ist.



St.Galler Gerichte

Nach Art. 12 Abs. 1 VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter u.a. dann vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn er die Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a) oder dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt (lit. b).

Die Vorinstanz begründete den Ausschluss der Beschwerdeführerin mit dem Fehlen einer ISO-14'001-Zertifizierung. Diese fehlte im Zeitpunkt des Zuschlags allerdings auch bei der Beschwerdegegnerin. In deren Offerte wurde auf die Frage nach dem Zeitpunkt der Zertifizierung und der Zertifizierungsstelle auf die Firmendokumentation Reg. 6 hingewiesen, worin festgehalten ist, dass eine förmliche ISO 14'001-Zertifizierung nicht vorliegt (Vermerk des Qualitätsmanagementleiters vom 6. März 2006). Es verstösst daher gegen den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung, wenn lediglich die Beschwerdeführerin wegen Fehlens eines Eignungskriteriums ausgeschlossen wird, nicht aber die Beschwerdegegnerin. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin verstösst damit gegen Art. 5 Abs. 1 VöB, wonach das Gebot der rechtsgleichen Behandlung und das Verbot der Diskriminierung zu beachten sind, und ist daher aufzuheben.

c) Als Zuschlagskriterien wurden in der Ausschreibung die Wirtschaftlichkeit, die Qualifikation des Anbieters und der Preis vermerkt, wobei dieser mit maximal 40 Punkten und die beiden erstgenannten Kriterien mit maximal je 30 Punkten bewertet werden konnten.

Bei der Wirtschaftlichkeit wurden als Unterkriterien "Leistungsfähigkeit und Termine" (maximal 20 Punkte) sowie "zeitliche Verfügbarkeit; Service-, Unterhaltspersonal, Erreichbarkeit/Reaktionszeiten" (maximal 10 Punkte) angegeben, bei der Qualifikation des Anbieters dessen Referenzen (maximal 5 Punkte), die Erfahrungen in der Realisierung von Druckleitungen (maximal 10 Punkte), sodann "Organisation, Belegschaft, Lehrlinge, Organigramm, Ressourcen", "Schlüsselpersonal" und "Qualität Offerte/Angebot" (maximal je 5 Punkte).

aa) Die Vorinstanz bewertete das Kriterium Leistungsfähigkeit und Termine bei der Beschwerdeführerin mit 15 Punkten und bei der Beschwerdegegnerin mit 20 Punkten und die zeitliche Verfügbarkeit bei der Beschwerdeführerin mit 8 und bei der Beschwerdegegnerin mit 10 Punkten. Als Grund wurden fehlende Angaben der



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin zur 2. Etappe angeführt, ausserdem sei deren Personal nur während der Montage vor Ort. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, es sei unrichtig, dass sie keine Angaben zur 2. Etappe gemacht habe. Auch die Beschwerdegegnerin habe kein detailliertes Bauprogramm eingereicht. Zudem sei die zeitliche Verfügbarkeit unrichtig gewürdigt worden. Mit diesem Kriterium habe offensichtlich die geografische Nähe der Beschwerdegegnerin belohnt werden sollen. Auch bei dieser sei das Personal nur während der Montage vor Ort. Dagegen wendet die Vorinstanz ein, die Beschwerdeführerin habe keine Angaben zur zweiten Etappe gemacht. Die verlangten Beschriebe hinsichtlich des Bauprogramms fehlten. Bei der Beschwerdegegnerin bestünden kurze Reaktionszeiten, was bei der Verlegung der Druckleitung bzw. der Zusammenarbeit mit dem Baumeister wesentlich sei. Auch seien kurze Anreisezeiten bei Regie- und Zusatzaufträgen wie auch für Service- und Unterhaltsarbeiten kostengünstiger. In ihrer Replik hält die Beschwerdeführerin fest, dass die Termine mit dem Bauprogramm des Baumeisters vorgegeben und als Beilage zur Submission den Unternehmern zur Verfügung gestellt worden seien. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe sie sehr wohl Angaben zur zweiten Etappe gemacht. Auch sei nicht spezifiziert, was die Vorinstanz unter Ziff. 3 "Leistungsfähigkeit und Termine" exakt verlangt habe. Im übrigen seien die Angaben der Beschwerdegegnerin laut Firmendokumentation nicht detaillierter als die ihrigen. Hinzu komme, dass in der Offerte keine Regiepositionen enthalten seien, ebensowenig Service- und Unterhaltsarbeiten. Die Transportwege der Rohre seien letztlich identisch, da sie aus dem Ausland eingeführt würden. Die Vorinstanz mache nicht geltend, die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, die Arbeits- und Präsenzzeiten vor Ort einzuhalten. Während der Montagezeiten seien ihre Mitarbeiter von Montag bis Freitag vor Ort. Insbesondere sei der Verweis auf Unterhalts- und Servicearbeiten nach Inbetriebnahme des Kraftwerks irrelevant, da diese Arbeiten nicht Gegenstand der Ausschreibung seien.

Die Vorinstanz verweist demgegenüber auf die eingehende Darlegung der Beschwerdegegnerin zum Arbeitsablauf bzw. zur Abwicklung des Auftrags. Hinsichtlich der zeitlichen Verfügbarkeit hält sie fest, es sei relevant, ob sich das Zwischenlager im Aargau oder in Trübbach befinde. Dies sei gerade bei Unterbrüchen wichtig. Sodann habe die Beschwerdeführerin nach der Werkabnahme Garantie zu leisten. Wenn eine



St.Galler Gerichte

Nachbesserung wegen längerer Arbeitswege erst später erfolgen könne, fielen aufgrund des längeren Produktionsausfalls höhere Kosten an.

In beiden Offerten wurden analoge Angaben zu den Ausführungsterminen bzw. zu den einzelnen Realisierungsschritten zwischen den Kalenderwochen 26 und 48 bzw. 29 und 39 gemacht (Offerte S. 9/10, Ziff. 1.10). Die Beschwerdeführerin machte auf S. 22 der Ausschreibungsunterlagen keine weiteren Angaben zur Leistungsfähigkeit und zu den Terminen. Die Beschwerdegegnerin verwies ergänzend auf die Firmenunterlagen in Reg. 6 und die Angebotsbeschreibung in Reg. 2 ihres Angebots. Hinsichtlich der konkreten Termine für das vorliegende Projekt finden sich dort aber keine detaillierteren Angaben (S. 7, Ziff. 11), als sie auch in der Offerte der Beschwerdeführerin vorhanden sind. Auch die Beschwerdegegnerin sicherte grundsätzlich die geforderten Termine zu und hielt fest, im Falle einer Auftragserteilung werde in Abstimmung mit den bauseitigen Belangen ein detaillierter Durchlaufplan erstellt. Sie machte zusätzliche Angaben für den Zeitbedarf von Materialdispositionen, Beschaffung Rohre und Flansche, Herstellung der Flanschrohre und Korrosionsschutz sowie Durchlaufzeit bis Montagebeginn. Dabei handelt es sich aber weitgehend um interne Terminangaben, welche gegenüber dem für die Auftraggeberin verbindlichen Terminplan keine besondere Bedeutung haben. Die erheblich geringere Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin ist daher in diesem Punkt nicht plausibel nachvollziehbar.

In den Ausschreibungsunterlagen wurden sodann Angaben zur zeitlichen Verfügbarkeit in der Projekt- und Rechnungsphase sowie zur Verfügbarkeit während des Betriebs des Kraftwerks verlangt. Diese wurden von der Beschwerdeführerin mit 1,3 Std. angegeben, wobei beim allgemeinen Personal festgehalten war, dass dieses in der Projekt- und Rechnungsphase vor Ort übernachten werde. Die Beschwerdegegnerin gab 0,5 Std. an. Somit wurde im wesentlichen die Distanz zur Baustelle bzw. zum Ausführungsort berücksichtigt, nicht aber die quantitative zeitliche Verfügbarkeit des Personals bzw. der Anteil des Arbeitspensums, der von den einzelnen Personen für den konkreten Auftrag vorgesehen war. Hinzu kommt, dass der Auftrag im wesentlichen Leistungen im Zusammenhang mit dem Bau der Druckleitung umfasste, nicht aber solche danach bzw. im Zusammenhang mit dem Betrieb und dem entsprechenden Unterhalt.



Im vorliegenden Fall befindet sich der Ausführungs-ort in erheblicher Entfernung vom Sitz bzw. Werk beider Anbieterinnen. Der Bewältigung der Transportwege zu einer in erheblicher Entfernung gelegenen Baustelle ist grundsätzlich Sache des Anbieters. Ausserdem kann der vorliegende Auftrag nicht mit einem solchen verglichen werden, bei dem die Leistung zu einem wesentlichen Teil aus Transporten besteht, wie dies bei dem von der Beschwerdegegnerin angerufenen Urteil des Bundesgerichts (2P. 342/1999) der Fall war. Während der Erstellung des Werks kann jedenfalls die grössere Distanz der Beschwerdeführerin zum Ausführungsort keine schlechtere Bewertung rechtfertigen. Das Argument, dass während der Erstellung des Werks eng mit dem Baumeister zusammengearbeitet und die Arbeit auf dessen Baufortschritt abgestimmt werden muss, spricht nicht generell gegen eine Anbieterin mit weiter entferntem Sitz, zumal sich bei der Beschwerdeführerin ein Teil des Personals während der Woche im Bereich der Baustelle aufhält und die Organisation der Baustelle so festgelegt werden kann, dass die geforderte enge Zusammenarbeit mit dem Baumeister möglich ist.

Schliesslich vermag auch das Argument der Vorinstanz nicht zu überzeugen, bei Garantiarbeiten nach der Inbetriebnahme seien längere Arbeitswege nachteilig. Zum einen befinden sich wie erwähnt beide Anbieter in erheblicher Entfernung von der Baustelle bzw. dem Standort des Werks, wobei die unterschiedliche Entfernung von Trübbach und Sarmenstorf nicht ausserordentlich stark ins Gewicht fällt. Zum anderen befindet sich das Werk in einem Gelände, welches beim Bau den Transport der Rohre mit Helikoptern erfordert, was bedeutet, dass auch bei Service- oder Garantiarbeiten ein erschwerter Zugang besteht, der die unterschiedliche Anfahrtszeit zusätzlich relativiert.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erweist sich die Bewertungsdifferenz beim Unterkriterium der zeitlichen Verfügbarkeit als unbegründet.

bb) Die Referenzen wurden bei der Beschwerdeführerin mit 4 Punkten und bei der Beschwerdegegnerin mit 5 Punkten bewertet, die Erfahrung in der Realisierung von Druckleitungen bei der Beschwerdeführerin mit 8 Punkten und bei der Beschwerdegegnerin mit 10 Punkten, die Organisation mit 5 bzw. mit vier Punkten und die Schlüsselpersonen je mit 5 Punkten, während die Qualität der Offerte bei der



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin mit 0 und bei der Beschwerdegegnerin mit 5 Punkten bewertet wurde.

Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass sie in ihrer Referenzliste drei Referenzen für Druckleitungen von Wasserkraftanlagen genannt habe. Zu Unrecht habe daher die Vorinstanz bemängelt, dass sie die Realisierung von drei Druckleitungen nicht nachweisen könne. Bei den von der Beschwerdeführerin genannten Druckleitungen handelt es sich um Druckleitungen der Wasserversorgung Beckenried und der Wasserwerke Zug sowie um eine Beschneiungsanlage auf dem Schilthorn.

Bei den Zuschlagskriterien wurde lediglich die Erfahrung in der Realisierung von Druckleitungen vermerkt. Ein spezifischer Hinweis auf Druckleitungen für Wasserkraftwerke wurde dagegen bei den Eignungskriterien aufgeführt. In der Zuschlagsverfügung wurde dieses Eignungskriterium bei beiden Verfahrensbeteiligten als erfüllt erachtet. Erst im Beschwerdeverfahren wurde eingewendet, die Beschwerdeführerin erfülle dieses Eignungskriterium nicht. Diese widersprüchliche Beurteilung ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht nachvollziehbar. Es können unter Umständen plausible Gründe bestehen, die Anforderungen sowie die Erfahrung beim Bau von Druckleitungen von Wasserversorgungs- und Beschneiungsanlagen anders zu gewichten als jene beim Bau von Druckleitungen für Wasserkraftwerke. Inwiefern Wasserversorgungen als Wasserkraftanlagen bezeichnet werden können, wie dies in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin gemacht wird, muss aufgrund der vorliegenden Akten offen bleiben. Auch ist nicht ohne weiteres plausibel, ob die verschiedenen Leitungstypen aufgrund der spezifischen Anforderungen und der besonderen Eigenschaften eine unterschiedliche Bewertung rechtfertigen. Die Vorinstanz veweist im wesentlichen auf die Zahl der Flansche. Ob diese ausschlaggebend ist, kann nicht nachvollzogen werden. Wie erwähnt, können gute Gründe bestehen, Erfahrung und Referenzen bezüglich Druckleitungen von Wasserkraftwerken höher zu gewichten als Leitungen von Wasserversorgungs- oder Beschneiungsanlagen. Die Vorinstanz legt aber nicht dar, inwiefern sich Leitungen von Wasserversorgungen und von Wasserkraftwerken unterscheiden, so dass die unterschiedliche Bewertung der Referenzen nicht überzeugend begründet ist.

Beim Unterkriterium Organisation/Belegschaft/



St.Galler Gerichte

Lehrlinge wurde das Angebot der Beschwerdeführerin mit 4 Punkten und jenes der Beschwerdegegnerin mit 5 Punkten bewertet. Als Grund wurde vermerkt, die Beschwerdeführerin verfüge über 58 Mitarbeiter und 4 Lehrlinge, die Beschwerdegegnerin über 32 Mitarbeiter und 9 Lehrlinge (mit Firma Kelag). Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, die bei der Kelag angestellten Lehrlinge dürften bei der Montagen AG als Beschwerdegegnerin nicht berücksichtigt werden.

Die VöB enthält keine Regelung, inwiefern eine Anbieterin, welche Teil einer Holdinggesellschaft ist, stets als eigenständige Anbieterin zu behandeln ist oder ob ihr unter gewissen Umständen auch andere Teile der Unternehmensgruppe zugerechnet werden können. In der Praxis wird dies aufgrund der konkreten Umstände, namentlich der Art und Intensität der gegenseitigen Verflechtung, beurteilt (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2005/015 vom 28. Dezember 2005). Aufgrund der engen betrieblichen und personellen Verbindungen (vgl. Angebot der Beschwerdegegnerin Reg. 6) war es im vorliegenden Fall zulässig, die Lehrlinge der anderen zum Holdingverbund gehörenden Gesellschaften bei der Beurteilung der Offerte der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen.

Beim Schlüsselpersonal wurden die Verfahrensbeteiligten identisch bewertet.

Das Angebot der Beschwerdegegnerin wurde als sehr gut dokumentiert mit 5 Punkten bewertet, während jenes der Beschwerdeführerin wegen mangelhafter Dokumentation mit 0 Punkten bewertet wurde. Die Vorinstanz begründet dies unter Hinweis auf Angebotsbeschreibung, Berechnungen, Vordimensionierungen, Konzept, Werkstoffe, Montagebeschreibung, ausführliche Beschreibung der Referenzanlagen etc.

Aus dem Offertvergleich geht nicht hervor, inwiefern die Offerte der Beschwerdeführerin wesentlich schlechter als jene der Beschwerdegegnerin bzw. mangelhaft war. Namentlich ist nicht nachvollziehbar, worauf sich im Offertvergleich die Beurteilungen "wie Angebot" und "keine speziellen Angaben" stützen und in welchen Punkten die Offerte der Beschwerdegegnerin besser ist. Zutreffend weist jedenfalls die Beschwerdeführerin darauf hin, dass ihr Angebot in der Zuschlagsverfügung als vollständig und umfangreich bezeichnet wurde. Eine detaillierte Beschreibung der



St.Galler Gerichte

Ausführung, wie sie die Beschwerdegegnerin in Reg. 2 einreichte, enthält die Offerte der Beschwerdeführerin allerdings nicht. Diese hat lediglich Berechnungen zur Dimensionierung eingereicht. Dagegen enthielt das Angebot der Beschwerdegegnerin einen umfangreichen Beschrieb mit detaillierten Angaben zu Leistungsumfang, Berechnungs- und Dimensionierungsvorschriften, Lieferumfang, Konzeptionsbeschreibung, Werkstoffen, Prüfungen und Kontrollen, Korrosionsschutz, Transporten, Montage und Terminen. Diese Beschreibungen verschaffen einen genauen Ueberblick, wie die Beschwerdegegnerin den Auftrag zu erfüllen beabsichtigt. Dagegen beschränkt sich die Offerte der Beschwerdeführerin auf eher knappe Ausführungen im Begleitschreiben zur Of-ferteinreichung sowie die Kennwerte über die Berechnung der Rohrwandstärke. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass in erster Linie das Pflichtenheft der Vorinstanz massgebend ist und eine Wiederholung desselben durch eine Anbieterin nicht als zusätzliches Qualitätsmerkmal einer Offerte betrachtet werden kann. Auch ist nicht plausibel nachvollziehbar, inwiefern das von der Beschwerdeführerin offerierte Produkt gegenüber jenem der Beschwerdegegnerin als mangelhaft einzustufen ist, wie dies die Vorinstanz in ihrer Replik tut. Davon abgesehen ist auch nicht einsichtig, inwiefern eine mangelhafte Produktqualität beim Kriterium "Qualität der Offerte/Angebot" bewertet wird.

cc) Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Bewertung der Kriterien "Wirtschaftlichkeit" und "Qualifikation des Anbieters" in den dargelegten Unterkriterien nicht hinreichend begründet ist. Aufgrund der geringen Punktedifferenz beim gesamthaften Offertvergleich lässt sich deshalb nicht nachvollziehen, welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist. Daher ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist aufzuheben, und die Vorinstanz ist anzuweisen, im Sinne der Erwägungen die Sache neu zu beurteilen und einen neuen Entscheid zu fällen.

3./ Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten der Vorinstanz (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 6'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 2 und 3 VRP). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.



St.Galler Gerichte

Die Vorinstanz hat ausserdem die Kosten der Verfügung vom 25. Juli 2006 von Fr. 750.-- zu bezahlen. Auf deren Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98bis VRP). Ihr Vertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Ein Kostenersatz von Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt erscheint angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. c HonO).

Für das Zwischenverfahren betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat gemäss der Verfügung vom 25. Juli 2006 die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zusätzlich mit Fr. 1'000.-- zuzügl. MWSt zu entschädigen.

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die der Beschwerdeführerin eröffnete Ausschluss- bzw. Zuschlagsverfügung vom 6. Juli 2006 sowie die der Beschwerdegegnerin eröffnete Zuschlagsverfügung vom 6. Juli 2006 werden aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 6'000.-- werden der Vorinstanz auferlegt; auf ihre Erhebung wird nicht verzichtet. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4./ Die Vorinstanz bezahlt die amtlichen Kosten der Verfügung vom 25. Juli 2006 von Fr. 750.--.

5./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren betr. Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Fr. 1'000.-- zuzügl. MWSt sowie für das



St.Galler Gerichte

Verfahren in der Hauptsache mit Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt
lic. iur. Markus Storchenegger, 9000 St. Gallen)

- die Vorinstanz (durch Rechtsanwalt
Dr. David Brunner, 9000 St. Gallen)

- die Beschwerdegegnerin

am:

Oeffentliches Beschaffungswesen, Art. 5, 34 Abs. 1 und 41 Abs. 3 VöB (sGS 841.11).
Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung. Verstoss gegen den
Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn wegen eines fehlenden Eignungskriteriums bei
zwei Anbietern nur einer ausgeschlossen wird. Aufhebung des Zuschlags und
Rückweisung zur Neuurteilung an die Vorinstanz aufgrund nicht hinreichend
begründeter und nachvollziehbarer Bewertung einzelner Zuschlagskriterien
(Verwaltungsgericht B 2006/139).

Urteil vom 19. Oktober 2006

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf,
lic. iur. A. Linder, lic. iur. A. Rufener; Ersatzrichter lic. iur. J. Diggelmann;
Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli



St.Galler Gerichte

In Sachen

Josef Muff AG, Bühlmoos 1, 5614 Sarmenstorf,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Markus Storchenegger, Rorschacher Strasse 107,
9000 St. Gallen,

gegen

Kraftwerke Unterterzen AG, c/o Elektrizitätswerk der Ortsgemeinde Murg,
Gemeindehaus, 8877 Murg,

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. David Brunner, Hinter- lauben 12, 9000 St. Gallen,

und

Montagen AG, Fährhüttenstrasse 13, 9477 Trübbach,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen;

Kraftwerk Büeli, Druckleitung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Kraftwerke Unterterzen AG schrieben im Amtsblatt Nr. 12 vom 20. März 2006 die Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung der gesamten Druckleitung im Zuge der Erneuerung des Kraftwerks Büeli im offenen Verfahren aus. Für die Eignungs- und Zuschlagskriterien wurde auf die Ausschreibungsunterlagen hingewiesen. Die



St.Galler Gerichte

Offertöffnung fand am 17. Mai 2006 statt. Insgesamt wurden vier Offerten mit Angeboten zwischen Fr. 2'079'553.50 und Fr. 2'945'115.20 eingereicht.

Die Kraftwerke Unterterzen AG vergab den Auftrag der Montagen AG, Trübbach. Sie stellte den Anbietern am 6. Juli 2006 den Vergabeentscheid zu. Der Montagen AG eröffnete sie, der Auftrag werde ihr zum Preis von Fr. 2'017'000.-- inkl. MWSt vergeben. Als Vorbehalt vermerkte sie, dass sich der Ausführungstermin wegen einer hängigen Einsprache der Pro Natura noch verschieben könnte und die Unternehmervarianten (Gussrohr statt GUP-Rohr [Korrosionsschutz]) vor Vertragsabschluss noch besprochen werden müssten. Der Josef Muff AG, Sarmensdorf, eröffnete sie mit einer gleichentags ergangenen, ebenfalls als Vergabeentscheid bezeichneten Verfügung, ihr Angebot werde als ungültig erklärt. Das Kriterium der ISO-Zertifizierung sei nicht erfüllt. Als fiktive Variante sei das Angebot ohne Präjudiz in den Wirtschaftlichkeitsvergleich einbezogen worden. Bei der Gesamtbetrachtung habe sich gezeigt, dass das Angebot der Josef Muff AG nicht das wirtschaftlich günstigste sei, weshalb der Auftrag an die Montagen AG vergeben worden sei.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 17. Juli 2006 erhob die Josef Muff AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Vergabeentscheid vom 6. Juli 2006 sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot offeriert habe und ihr daher der Zuschlag zu erteilen sei, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, eventualiter sei die Vorinstanz zur Bezahlung von Schadenersatz in gerichtlich festzulegender Höhe an die Beschwerdeführerin zu verurteilen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 21. Juli 2006 zum Gesuch um aufschiebende Wirkung, die Begehren der Beschwerdeführerin seien in allen Punkten abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

Auch die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 24. Juli 2006, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.



St.Galler Gerichte

Mit Verfügung vom 25. Juli 2006 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Er erwog, die Rechtsnatur der angefochtenen Vergabeverfügung sei unklar, da nicht genau ersichtlich sei, ob es sich um eine Ausschluss- oder um eine Zuschlagsverfügung handle. Da weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin ein nach ISO 14'001 zertifiziertes Qualitätsmanagementsystem aufwiesen, seien die Voraussetzungen für einen Ausschluss grundsätzlich bei beiden Anbieterinnen gegeben. Falls unterschiedliche Massstäbe zur Anwendung gelangt seien, käme dies einer rechtsungleichen Behandlung der Beschwerdeführerin gleich. Sodann sei aus den Akten und den Ausführungen der Vorinstanz nicht ersichtlich, in welchen Punkten und aus welchen Gründen das Angebot der Beschwerdeführerin qualitativ mangelhaft sei. Aufgrund der geringen Differenz von zwei Punkten bei der Gesamtbewertung der Zuschlagskriterien genüge eine nicht nachvollziehbare Bewertungsdifferenz von fünf Punkten, um die gesamte Bewertung als fragwürdig zu betrachten, weshalb die Beschwerde hinreichend begründet sei.

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 8. August 2006 zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin Stellung. Sie hält an ihren Rechtsbegehren fest.

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 23. August 2006 vernehmen und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung wird unter anderem vorgebracht, die Beschwerdeführerin habe lediglich die Aufhebung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin beantragt, nicht aber die Aufhebung des Ausschlusses. Damit sei der Ausschluss in Rechtskraft erwachsen, weshalb die Beschwerdeführerin zur Beschwerde gegen den Zuschlag nicht mehr legitimiert sei. Als Eventualbegründung werde nach wie vor daran festgehalten, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin als das wirtschaftlich günstigste zu betrachten sei.

Die Beschwerdegegnerin liess sich mit Eingabe vom 23. August zur Beschwerde vernehmen. Sie hält an ihren Rechtsbegehren in ihrer Vernehmlassung vom 24. Juli 2006 fest.



St.Galler Gerichte

Die Beschwerdeführerin liess sich am 30. August 2006 zu den Stellungnahmen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin vernehmen.

Die einzelnen von den Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge gemachten Ausführungen werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. c und Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeeingabe vom 17. Juli 2006 wurde rechtzeitig eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Insoweit sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt.

Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Vernehmlassung vom 23. August 2006 fest, die Beschwerdeführerin sei zur Beschwerde gegen den Zuschlag nicht mehr legitimiert, da ihr Ausschluss aus dem Verfahren in Rechtskraft erwachsen sei. Inwiefern ein solches Begehren überhaupt noch zulässig ist, nachdem in der Vernehmlassung vom 21. Juli 2006 die Eintretensvoraussetzungen unbestritten blieben, kann offen bleiben. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Eingabe vom 17. Juli 2006 ausdrücklich den Antrag gestellt, der Vergabeentscheid vom 6. Juli 2006 sei aufzuheben (Ziff. 1) und es sei ihr der Zuschlag zu erteilen (Ziff. 2). Der Ausschluss war in der der Beschwerdeführerin zugestellten Verfügung, die als Vergabeentscheid bezeichnet war, enthalten. Mit Ziff. 1 des Rechtsbegehrens wurde die Aufhebung dieses Entscheides und damit auch die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Verfahren beantragt. Unter diesen Umständen kann nicht davon gesprochen werden, der Ausschluss sei in Rechtskraft erwachsen.

Nicht einzutreten ist hingegen auf das Begehren der Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass sie das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe. Nachdem der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, besteht für



einen Feststellungsentscheid grundsätzlich kein Raum. Im Falle einer Gutheissung der Beschwerde wäre kein Feststellungsentscheid zu treffen, sondern über den Zuschlag zu entscheiden oder die Sache zum Entscheid über den Zuschlag an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2./ Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Ueberschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht gerügt werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st. gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Beschaffungsverfügungen kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte (vgl. statt vieler GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

a) In der an die Beschwerdeführerin eröffneten Vergabeverfügung wurde wie erwähnt festgehalten, das Angebot der Beschwerdeführerin sei ungültig. Sodann wurde angeführt, ein Vergleich mit den übrigen Angeboten habe ergeben, dass das Angebot der Beschwerdeführerin nicht das wirtschaftlich günstigste sei, weshalb der Auftrag der Beschwerdegegnerin vergeben worden sei. In der Verfügung wurde damit sowohl der Ausschluss der Beschwerdeführerin als auch der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin verfügt.

Nicht nur als Ausschlussverfügung, sondern auch als Zuschlagsverfügung weist der angefochtene Entscheid erhebliche Mängel auf. Ist er als Ausschlussverfügung zu betrachten, wurde der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 15 Abs. 2 VRP). Der Einwand der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe diesen Mangel nicht gerügt, ist unzutreffend (vgl. S. 7 Abs. 2 der Beschwerdeschrift, worin ausdrücklich gerügt wird, der Beschwerdeführerin sei zu keinem Zeitpunkt das rechtliche Gehör gewährt worden). Als Zuschlagsverfügung weist der Vergabeentscheid ebenfalls erhebliche Mängel auf. Nach Art. 41 Abs. 3 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Die Begründung



St.Galler Gerichte

muss insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote enthalten. Diese Angaben fehlen in der angefochtenen Verfügung. Auch ist eine Begründung, wonach ein Angebot nach Massgabe der Zuschlagskriterien geprüft und als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert wurde, nicht aussagekräftig und ungenügend. Es ist darzulegen, wie die Kriterien bewertet und das Ergebnis der Bewertung zustande gekommen ist (vgl. GVP 2000 Nr. 24 zu den Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung).

b) Zu prüfen ist, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin zulässig ist.

Nach Art. 12 Abs. 1 VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter u.a. dann vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn er die Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a) oder dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt (lit. b).

Die Vorinstanz begründete den Ausschluss der Beschwerdeführerin mit dem Fehlen einer ISO-14'001-Zertifizierung. Diese fehlte im Zeitpunkt des Zuschlags allerdings auch bei der Beschwerdegegnerin. In deren Offerte wurde auf die Frage nach dem Zeitpunkt der Zertifizierung und der Zertifizierungsstelle auf die Firmendokumentation Reg. 6 hingewiesen, worin festgehalten ist, dass eine förmliche ISO 14'001-Zertifizierung nicht vorliegt (Vermerk des Qualitätsmanagementleiters vom 6. März 2006). Es verstösst daher gegen den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung, wenn lediglich die Beschwerdeführerin wegen Fehlens eines Eignungskriteriums ausgeschlossen wird, nicht aber die Beschwerdegegnerin. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin verstösst damit gegen Art. 5 Abs. 1 VöB, wonach das Gebot der rechtsgleichen Behandlung und das Verbot der Diskriminierung zu beachten sind, und ist daher aufzuheben.

c) Als Zuschlagskriterien wurden in der Ausschreibung die Wirtschaftlichkeit, die Qualifikation des Anbieters und der Preis vermerkt, wobei dieser mit maximal 40 Punkten und die beiden erstgenannten Kriterien mit maximal je 30 Punkten bewertet werden konnten.



St.Galler Gerichte

Bei der Wirtschaftlichkeit wurden als Unterkriterien "Leistungsfähigkeit und Termine" (maximal 20 Punkte) sowie "zeitliche Verfügbarkeit; Service-, Unterhaltungspersonal, Erreichbarkeit/Reaktionszeiten" (maximal 10 Punkte) angegeben, bei der Qualifikation des Anbieters dessen Referenzen (maximal 5 Punkte), die Erfahrungen in der Realisierung von Druckleitungen (maximal 10 Punkte), sodann "Organisation, Belegschaft, Lehrlinge, Organigramm, Ressourcen", "Schlüsselpersonal" und "Qualität Offerte/Angebot" (maximal je 5 Punkte).

aa) Die Vorinstanz bewertete das Kriterium Leistungsfähigkeit und Termine bei der Beschwerdeführerin mit 15 Punkten und bei der Beschwerdegegnerin mit 20 Punkten und die zeitliche Verfügbarkeit bei der Beschwerdeführerin mit 8 und bei der Beschwerdegegnerin mit 10 Punkten. Als Grund wurden fehlende Angaben der Beschwerdeführerin zur 2. Etappe angeführt, ausserdem sei deren Personal nur während der Montage vor Ort. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, es sei unrichtig, dass sie keine Angaben zur 2. Etappe gemacht habe. Auch die Beschwerdegegnerin habe kein detailliertes Bauprogramm eingereicht. Zudem sei die zeitliche Verfügbarkeit unrichtig gewürdigt worden. Mit diesem Kriterium habe offensichtlich die geografische Nähe der Beschwerdegegnerin belohnt werden sollen. Auch bei dieser sei das Personal nur während der Montage vor Ort. Dagegen wendet die Vorinstanz ein, die Beschwerdeführerin habe keine Angaben zur zweiten Etappe gemacht. Die verlangten Beschriebe hinsichtlich des Bauprogramms fehlten. Bei der Beschwerdegegnerin bestünden kurze Reaktionszeiten, was bei der Verlegung der Druckleitung bzw. der Zusammenarbeit mit dem Baumeister wesentlich sei. Auch seien kurze Anreisezeiten bei Regie- und Zusatzaufträgen wie auch für Service- und Unterhaltsarbeiten kostengünstiger. In ihrer Replik hält die Beschwerdeführerin fest, dass die Termine mit dem Bauprogramm des Baumeisters vorgegeben und als Beilage zur Submission den Unternehmern zur Verfügung gestellt worden seien. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe sie sehr wohl Angaben zur zweiten Etappe gemacht. Auch sei nicht spezifiziert, was die Vorinstanz unter Ziff. 3 "Leistungsfähigkeit und Termine" exakt verlangt habe. Im übrigen seien die Angaben der Beschwerdegegnerin laut Firmendokumentation nicht detaillierter als die ihrigen. Hinzu komme, dass in der Offerte keine Regiepositionen enthalten seien, ebensowenig Service- und Unterhaltsarbeiten. Die Transportwege der Rohre seien letztlich identisch, da sie aus dem Ausland eingeführt würden. Die Vorinstanz mache nicht geltend, die



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, die Arbeits- und Präsenzzeiten vor Ort einzuhalten. Während der Montagezeiten seien ihre Mitarbeiter von Montag bis Freitag vor Ort. Insbesondere sei der Verweis auf Unterhalts- und Servicearbeiten nach Inbetriebnahme des Kraftwerks irrelevant, da diese Arbeiten nicht Gegenstand der Ausschreibung seien.

Die Vorinstanz verweist demgegenüber auf die eingehende Darlegung der Beschwerdegegnerin zum Arbeitsablauf bzw. zur Abwicklung des Auftrags. Hinsichtlich der zeitlichen Verfügbarkeit hält sie fest, es sei relevant, ob sich das Zwischenlager im Aargau oder in Trübbach befinde. Dies sei gerade bei Unterbrüchen wichtig. Sodann habe die Beschwerdeführerin nach der Werkabnahme Garantie zu leisten. Wenn eine Nachbesserung wegen längerer Arbeitswege erst später erfolgen könne, fielen aufgrund des längeren Produktionsausfalls höhere Kosten an.

In beiden Offerten wurden analoge Angaben zu den Ausführungsterminen bzw. zu den einzelnen Realisierungsschritten zwischen den Kalenderwochen 26 und 48 bzw. 29 und 39 gemacht (Offerte S. 9/10, Ziff. 1.10). Die Beschwerdeführerin machte auf S. 22 der Ausschreibungsunterlagen keine weiteren Angaben zur Leistungsfähigkeit und zu den Terminen. Die Beschwerdegegnerin verwies ergänzend auf die Firmenunterlagen in Reg. 6 und die Angebotsbeschreibung in Reg. 2 ihres Angebots. Hinsichtlich der konkreten Termine für das vorliegende Projekt finden sich dort aber keine detaillierteren Angaben (S. 7, Ziff. 11), als sie auch in der Offerte der Beschwerdeführerin vorhanden sind. Auch die Beschwerdegegnerin sicherte grundsätzlich die geforderten Termine zu und hielt fest, im Falle einer Auftragserteilung werde in Abstimmung mit den bauseitigen Belangen ein detaillierter Durchlaufplan erstellt. Sie machte zusätzliche Angaben für den Zeitbedarf von Materialdispositionen, Beschaffung Rohre und Flansche, Herstellung der Flanschrohre und Korrosionsschutz sowie Durchlaufzeit bis Montagebeginn. Dabei handelt es sich aber weitgehend um interne Terminangaben, welche gegenüber dem für die Auftraggeberin verbindlichen Terminplan keine besondere Bedeutung haben. Die erheblich geringere Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin ist daher in diesem Punkt nicht plausibel nachvollziehbar.

In den Ausschreibungsunterlagen wurden sodann Angaben zur zeitlichen Verfügbarkeit in der Projekt- und Rechnungsphase sowie zur Verfügbarkeit während des Betriebs



des Kraftwerks verlangt. Diese wurden von der Beschwerdeführerin mit 1,3 Std. angegeben, wobei beim allgemeinen Personal festgehalten war, dass dieses in der Projekt- und Rechnungsphase vor Ort übernachten werde. Die Beschwerdegegnerin gab 0,5 Std. an. Somit wurde im wesentlichen die Distanz zur Baustelle bzw. zum Ausführungsort berücksichtigt, nicht aber die quantitative zeitliche Verfügbarkeit des Personals bzw. der Anteil des Arbeitspensums, der von den einzelnen Personen für den konkreten Auftrag vorgesehen war. Hinzu kommt, dass der Auftrag im wesentlichen Leistungen im Zusammenhang mit dem Bau der Druckleitung umfasste, nicht aber solche danach bzw. im Zusammenhang mit dem Betrieb und dem entsprechenden Unterhalt.

Im vorliegenden Fall befindet sich der Ausführungs-ort in erheblicher Entfernung vom Sitz bzw. Werk beider Anbieterinnen. Der Bewältigung der Transportwege zu einer in erheblicher Entfernung gelegenen Baustelle ist grundsätzlich Sache des Anbieters. Ausserdem kann der vorliegende Auftrag nicht mit einem solchen verglichen werden, bei dem die Leistung zu einem wesentlichen Teil aus Transporten besteht, wie dies bei dem von der Beschwerdegegnerin angerufenen Urteil des Bundesgerichts (2P. 342/1999) der Fall war. Während der Erstellung des Werks kann jedenfalls die grössere Distanz der Beschwerdeführerin zum Ausführungsort keine schlechtere Bewertung rechtfertigen. Das Argument, dass während der Erstellung des Werks eng mit dem Baumeister zusammengearbeitet und die Arbeit auf dessen Baufortschritt abgestimmt werden muss, spricht nicht generell gegen eine Anbieterin mit weiter entferntem Sitz, zumal sich bei der Beschwerdeführerin ein Teil des Personals während der Woche im Bereich der Baustelle aufhält und die Organisation der Baustelle so festgelegt werden kann, dass die geforderte enge Zusammenarbeit mit dem Baumeister möglich ist.

Schliesslich vermag auch das Argument der Vorinstanz nicht zu überzeugen, bei Garantiarbeiten nach der Inbetriebnahme seien längere Arbeitswege nachteilig. Zum einen befinden sich wie erwähnt beide Anbieter in erheblicher Entfernung von der Baustelle bzw. dem Standort des Werks, wobei die unterschiedliche Entfernung von Trübbach und Sarmenstorf nicht ausserordentlich stark ins Gewicht fällt. Zum anderen befindet sich das Werk in einem Gelände, welches beim Bau den Transport der Rohre mit Helikoptern erfordert, was bedeutet, dass auch bei Service- oder Garantiarbeiten



ein erschwerter Zugang besteht, der die unterschiedliche Anfahrtszeit zusätzlich relativiert.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erweist sich die Bewertungsdifferenz beim Unterkriterium der zeitlichen Verfügbarkeit als unbegründet.

bb) Die Referenzen wurden bei der Beschwerdeführerin mit 4 Punkten und bei der Beschwerdegegnerin mit 5 Punkten bewertet, die Erfahrung in der Realisierung von Druckleitungen bei der Beschwerdeführerin mit 8 Punkten und bei der Beschwerdegegnerin mit 10 Punkten, die Organisation mit 5 bzw. mit vier Punkten und die Schlüsselpersonen je mit 5 Punkten, während die Qualität der Offerte bei der Beschwerdeführerin mit 0 und bei der Beschwerdegegnerin mit 5 Punkten bewertet wurde.

Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass sie in ihrer Referenzliste drei Referenzen für Druckleitungen von Wasserkraftanlagen genannt habe. Zu Unrecht habe daher die Vorinstanz bemängelt, dass sie die Realisierung von drei Druckleitungen nicht nachweisen könne. Bei den von der Beschwerdeführerin genannten Druckleitungen handelt es sich um Druckleitungen der Wasserversorgung Beckenried und der Wasserwerke Zug sowie um eine Beschneiungsanlage auf dem Schilthorn.

Bei den Zuschlagskriterien wurde lediglich die Erfahrung in der Realisierung von Druckleitungen vermerkt. Ein spezifischer Hinweis auf Druckleitungen für Wasserkraftwerke wurde dagegen bei den Eignungskriterien aufgeführt. In der Zuschlagsverfügung wurde dieses Eignungskriterium bei beiden Verfahrensbeteiligten als erfüllt erachtet. Erst im Beschwerdeverfahren wurde eingewendet, die Beschwerdeführerin erfülle dieses Eignungskriterium nicht. Diese widersprüchliche Beurteilung ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht nachvollziehbar. Es können unter Umständen plausible Gründe bestehen, die Anforderungen sowie die Erfahrung beim Bau von Druckleitungen von Wasserversorgungs- und Beschneiungsanlagen anders zu gewichten als jene beim Bau von Druckleitungen für Wasserkraftwerke. Inwiefern Wasserversorgungen als Wasserkraftanlagen bezeichnet werden können, wie dies in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin gemacht wird, muss aufgrund der vorliegenden Akten offen bleiben. Auch ist nicht ohne weiteres plausibel, ob die



St.Galler Gerichte

verschiedenen Leitungstypen aufgrund der spezifischen Anforderungen und der besonderen Eigenschaften eine unterschiedliche Bewertung rechtfertigen. Die Vorinstanz veweist im wesentlichen auf die Zahl der Flansche. Ob diese ausschlaggebend ist, kann nicht nachvollzogen werden. Wie erwähnt, können gute Gründe bestehen, Erfahrung und Referenzen bezüglich Druckleitungen von Wasserkraftwerken höher zu gewichten als Leitungen von Wasserversorgungs- oder Beschneiungsanlagen. Die Vorinstanz legt aber nicht dar, inwiefern sich Leitungen von Wasserversorgungen und von Wasserkraftwerken unterscheiden, so dass die unterschiedliche Bewertung der Referenzen nicht überzeugend begründet ist.

Beim Unterkriterium Organisation/Belegschaft/

Lehrlinge wurde das Angebot der Beschwerdeführerin mit 4 Punkten und jenes der Beschwerdegegnerin mit 5 Punkten bewertet. Als Grund wurde vermerkt, die Beschwerdeführerin verfüge über 58 Mitarbeiter und 4 Lehrlinge, die Beschwerdegegnerin über 32 Mitarbeiter und 9 Lehrlinge (mit Firma Kelag). Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, die bei der Kelag angestellten Lehrlinge dürften bei der Montagen AG als Beschwerdegegnerin nicht berücksichtigt werden.

Die VöB enthält keine Regelung, inwiefern eine Anbieterin, welche Teil einer Holdinggesellschaft ist, stets als eigenständige Anbieterin zu behandeln ist oder ob ihr unter gewissen Umständen auch andere Teile der Unternehmensgruppe zugerechnet werden können. In der Praxis wird dies aufgrund der konkreten Umstände, namentlich der Art und Intensität der gegenseitigen Verflechtung, beurteilt (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2005/015 vom 28. Dezember 2005). Aufgrund der engen betrieblichen und personellen Verbindungen (vgl. Angebot der Beschwerdegegnerin Reg. 6) war es im vorliegenden Fall zulässig, die Lehrlinge der anderen zum Holdingverbund gehörenden Gesellschaften bei der Beurteilung der Offerte der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen.

Beim Schlüsselpersonal wurden die Verfahrensbeteiligten identisch bewertet.



Das Angebot der Beschwerdegegnerin wurde als sehr gut dokumentiert mit 5 Punkten bewertet, während jenes der Beschwerdeführerin wegen mangelhafter Dokumentation mit 0 Punkten bewertet wurde. Die Vorinstanz begründet dies unter Hinweis auf Angebotsbeschreibung, Berechnungen, Vordimensionierungen, Konzept, Werkstoffe, Montagebeschreibung, ausführliche Beschreibung der Referenzanlagen etc.

Aus dem Offertvergleich geht nicht hervor, inwiefern die Offerte der Beschwerdeführerin wesentlich schlechter als jene der Beschwerdegegnerin bzw. mangelhaft war. Namentlich ist nicht nachvollziehbar, worauf sich im Offertvergleich die Beurteilungen "wie Angebot" und "keine speziellen Angaben" stützen und in welchen Punkten die Offerte der Beschwerdegegnerin besser ist. Zutreffend weist jedenfalls die Beschwerdeführerin darauf hin, dass ihr Angebot in der Zuschlagsverfügung als vollständig und umfangreich bezeichnet wurde. Eine detaillierte Beschreibung der Ausführung, wie sie die Beschwerdegegnerin in Reg. 2 einreichte, enthält die Offerte der Beschwerdeführerin allerdings nicht. Diese hat lediglich Berechnungen zur Dimensionierung eingereicht. Dagegen enthielt das Angebot der Beschwerdegegnerin einen umfangreichen Beschrieb mit detaillierten Angaben zu Leistungsumfang, Berechnungs- und Dimensionierungsvorschriften, Lieferumfang, Konzeptionsbeschreibung, Werkstoffen, Prüfungen und Kontrollen, Korrosionsschutz, Transporten, Montage und Terminen. Diese Beschreibungen verschaffen einen genauen Ueberblick, wie die Beschwerdegegnerin den Auftrag zu erfüllen beabsichtigt. Dagegen beschränkt sich die Offerte der Beschwerdeführerin auf eher knappe Ausführungen im Begleitschreiben zur Of-ferteinreichung sowie die Kennwerte über die Berechnung der Rohrwandstärke. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass in erster Linie das Pflichtenheft der Vorinstanz massgebend ist und eine Wiederholung desselben durch eine Anbieterin nicht als zusätzliches Qualitätsmerkmal einer Offerte betrachtet werden kann. Auch ist nicht plausibel nachvollziehbar, inwiefern das von der Beschwerdeführerin offerierte Produkt gegenüber jenem der Beschwerdegegnerin als mangelhaft einzustufen ist, wie dies die Vorinstanz in ihrer Replik tut. Davon abgesehen ist auch nicht einsichtig, inwiefern eine mangelhafte Produktqualität beim Kriterium "Qualität der Offerte/Angebot" bewertet wird.

cc) Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Bewertung der Kriterien "Wirtschaftlichkeit" und "Qualifikation des Anbieters" in den



dargelegten Unterkriterien nicht hinreichend begründet ist. Aufgrund der geringen Punktedifferenz beim gesamthaften Offertvergleich lässt sich deshalb nicht nachvollziehen, welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist. Daher ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist aufzuheben, und die Vorinstanz ist anzuweisen, im Sinne der Erwägungen die Sache neu zu beurteilen und einen neuen Entscheid zu fällen.

3./ Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten der Vorinstanz (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 6'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 2 und 3 VRP). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

Die Vorinstanz hat ausserdem die Kosten der Verfügung vom 25. Juli 2006 von Fr. 750.-- zu bezahlen. Auf deren Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98bis VRP). Ihr Vertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Ein Kostenersatz von Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt erscheint angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. c HonO).

Für das Zwischenverfahren betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat gemäss der Verfügung vom 25. Juli 2006 die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zusätzlich mit Fr. 1'000.-- zuzügl. MWSt zu entschädigen.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die der Beschwerdeführerin eröffnete Ausschluss- bzw. Zuschlagsverfügung vom 6. Juli 2006 sowie die der Beschwerdegegnerin eröffnete Zuschlagsverfügung vom 6. Juli 2006 werden aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.



St.Galler Gerichte

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 6'000.-- werden der Vorinstanz auferlegt; auf ihre Erhebung wird nicht verzichtet. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4./ Die Vorinstanz bezahlt die amtlichen Kosten der Verfügung vom 25. Juli 2006 von Fr. 750.--.

5./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren betr. Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Fr. 1'000.-- zuzügl. MWSt sowie für das Verfahren in der Hauptsache mit Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt

lic. iur. Markus Storchenegger, 9000 St. Gallen)

- die Vorinstanz (durch Rechtsanwalt

Dr. David Brunner, 9000 St. Gallen)

- die Beschwerdegegnerin

am: