



Fall-Nr.: B 2008/234
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 21.04.2009
Entscheiddatum: 21.04.2009

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. April 2009

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 1 IVöB (sGS 841.32), Art. 27 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Anforderungen an eine Beschwerde, Kognition im Beschwerdeverfahren. Unbegründete Rügen gegen die Gleichwertigkeit einer Unternehmervariante (Verwaltungsgericht, B 2008/234).

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

In Sachen

ARGE Linth,c/o Marti AG, Bitzi, 8766 Matt,

Beschwerdeführerin,

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

gegen

Linthkommission,vertreten durch den Präsidenten, Regierungsrat Willi Haag, Lämmlisbrunnenstrasse 54, 9001 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

und

ARGE HWS Linth 2000,c/o Implenia Bau AG, 8750 Glarus,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Armin Eugster,

Rorschacher Strasse 107, 9000 St. Gallen,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Hochwasserschutz Linth 2000, Ausschreibung
Bauleistungen Projektphase 5, Teilprojekt Escherkanal, Los E3 und Los E4

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Linthverwaltung schrieb im Amtsblatt des Kantons St. Gallen Nr. 38 vom 15. September 2008 die Bauarbeiten für die Projektphase 5 des Teilprojekts Escherkanal, Los E3 und E4, im Rahmen des Projekts Hochwasserschutz Linth 2000 im offenen Verfahren aus. Für die Bauleistungen zur Sanierung des Escherkanals zwischen Linthbrüggli und Vrenelibrücke reichten drei Arbeitsgemeinschaften sowie eine einzelne Unternehmung ein Angebot ein. Die Offertöffnung fand am 6. November 2008 statt. Die Angebote lagen zwischen Fr. 12'206'961.75 und Fr. 21'268'059.10. Am 3. Dezember 2008 führte die Linthverwaltung Unternehmergespräche und ermöglichte den Anbietern, Fragen der Auftraggeberin zu beantworten und dieser selber Fragen zu stellen.



St.Galler Gerichte

Mit Verfügung vom 11. Dezember 2008 vergab die Linthkommission den Zuschlag für die Baumeisterarbeiten zum Preis von Fr. 11'987'502.50 (inkl. MWSt) der Unternehmervariante der ARGE HWS Linth 2000, bestehend aus der Implenia Bau AG, Glarus, der Johann Müller AG, Schmerikon, der Walter Hösli Strassenbau AG, Glarus, der De Zanet AG, Kaltbrunn, der Rüesch Bau AG, Weesen, der KIBAG, Bäch, der E. Kamm AG, Mühlehorn, und der ARGE wsb, Rafz. In der Begründung der Zuschlagsverfügung wurde festgehalten, die Angebote aller vier Anbieter seien bezüglich der Kriterien technische Qualität, Referenzen/Erfahrung und Bauprogramm in etwa gleich gut. Die Differenz der Beurteilung liege somit allein beim Angebotspreis. Die ARGE HWS Linth 2000 habe eine Unternehmervariante eingereicht. Diese sehe vor, dass die Uferschutzarbeiten hauptsächlich vom Vorland aus erstellt würden, womit einerseits das Flussprofil frei von Einbauten (Spundwand) bleibe und andererseits in der Niederwasserrinne auch keine Baupiste erstellt werden müsse. Somit sei die Abflusskapazität während der Bauarbeiten weit weniger eingeschränkt, was die Hochwassersicherheit gegenüber der Amtsvariante erheblich erhöhe. Falls durch örtliche Gegebenheiten eine Spundwand unumgänglich werde, habe der Anbieter in der Kalkulation kleine Einsätze von Spundwänden eingerechnet. Der Unternehmer übernehme zudem das Risiko der Wasserhaltungsmassnahmen. Damit entstünden keine Mehrkosten, was für das Linthwerk ein Vorteil sei. Die Unternehmervariante der ARGE HWS Linth 2000 sei technisch gleichwertig und erfülle die Anforderungen und sei daher insgesamt das günstigste Angebot.

B./ Mit Eingabe vom 23. Dezember 2008 erhob die ARGE Linth, bestehend aus der Marti AG, Matt, der Linth STZ AG, Schwanden, und der STRABAG AG, Niederurnen, Beschwerde beim Verwaltungsgericht und brachte folgendes vor:

"Gegen Ihre Vergabeverfügung für das oben erwähnte Objekt vom (Eingang 15.12.08) erheben wir Einspruch.

Unsere Bietergemeinschaft hat laut der Zuschlagsverfügung vom 11.12.08 in der Amtsvariante das günstigste Angebot abgegeben.



St.Galler Gerichte

Die Vergabe erfolgt jetzt an eine ARGE Gruppe mit einer simulierten Variante. In der Variante werden die Aushub- und Sanierungsarbeiten ab dem Vorland ohne Einbauten im Wasserlauf ausgeführt. Wir erachten diese Ausführung als unechte Variante. Das ausgeschriebene Leistungsverzeichnis ermöglicht all diese Optionen die in der Variante angegeben sind, für alle Konkurrenten mit Ausmassen zu reduzieren respektive zu Verrechnen. Es ist sicher allen klar, dass mit der vorgegebenen Arbeitsausführung der Variante nicht in gleicher Qualität die Arbeiten ausgeführt werden können, da der Wasserlauf nicht kontrolliert geführt werden kann, der Aushub sowie das Versetzen der Wasserbausteine im getrübbten fliessendem Wasser versetzt werden müssen. Dieser Arbeitsvorgang hat auch unsere Bietergemeinschaft geprüft, wird sind von diesem Bauvorgang als ungenügender Qualitätsanspruch abgekommen.

Wir sind überzeugt, dass diese Variante nur als Vorwand abgegeben wurde um eine tiefere Angebotssumme als die Amtslösung eingeben zu können.

Auch möchten wir festhalten, dass durch die Steinlieferung vom Bauherrn die in diesem Angebot vorgesehen sind eine Wettbewerbsverzerrung zeigt. In der ARGE die den Zuschlag von Ihnen erhalten hat, sind die ARGE Partner, Firmen Walter Hösli AG, De Zanet AG, JMS AG, HMQ AG auch als Steinlieferanten eingesetzt. Dieses Vorgehen ist eine Absprache über den Steinpreis, dies verursachte grosse Mehrkosten in der Offertphase da die Steinpreise ca. 20 % teurer wurden.

Wir erwarten von Ihnen einen Termin zur Einsichtnahme der Konkurrenzofferte und werden uns je nach Entscheid weitere Schritte vorbehalten."

Die Beschwerdeeingabe ging am 29. Dezember 2008 beim Verwaltungsgericht ein. Dieses orientierte gleichentags die Linthkommission und die ARGE HWS Linth 2000 über den Eingang der Beschwerde und hielt fest, dass kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt wurde.

Nachdem die Beschwerdeführerin den Kostenvorschuss geleistet hatte, forderte das Verwaltungsgericht die Linthkommission am 8. Januar 2009 auf, die Akten zu überweisen und eine Vernehmlassung einzureichen.



St.Galler Gerichte

Am 14. Januar 2009 reichte die Beschwerdeführerin durch ihren Rechtsvertreter unaufgefordert eine Eingabe ein und stellte folgende Anträge:

- "1. Die Verfügung der Linthkommission vom 11. Dezember 2008 sei aufzuheben.
2. Der Zuschlag sei den Beschwerdeführern zu erteilen; eventuell sei die Sache an die Auftraggeberin zur Entscheidung im Sinn der Erwägungen zurückzuweisen.
- ..
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu verleihen.
4. Den Beschwerdeführern sei Akteneinsicht zu gewähren.
5. Den Beschwerdeführern sei nach Eingang der Beschwerdeantwort Frist zur Vernehmlassung anzusetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Mit Verfügung vom 19. Januar 2009 wies der Präsident des Verwaltungsgerichts das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab und lud die Beschwerdegegnerin ein, zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Die Beschwerde wurde als offensichtlich unbegründet qualifiziert. In der Eingabe vom 23. Dezember 2008 werde vorgebracht, die Unternehmervariante werde als "unechte Variante" erachtet, ohne dass näher ausgeführt werde, inwiefern deshalb der Zuschlag rechtswidrig sein solle. Mit der pauschalen und nicht belegten Behauptung, mit der Unternehmervariante könnten die Arbeiten nicht in gleicher Qualität ausgeführt werden, sei nicht hinreichend dargetan, dass die Beurteilung und Würdigung der Unternehmervariante durch die zuständigen Organe fehlerhaft seien. In der Beschwerde werde auch nicht konkret dargelegt, inwiefern die Regelung der Steinlieferung eine Verletzung der Ausschreibung darstelle, wobei Mängel der Ausschreibung ohnehin nicht in der Beschwerde gegen den Zuschlag gerügt werden könnten.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 26. Januar 2009, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.



St.Galler Gerichte

Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 12. Februar 2009 ebenfalls, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

Am 13. Februar 2009 gab das Verwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Gelegenheit, zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen, und gewährte Einsicht in die Akten (ausgenommen in die detaillierten Offerten). Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 2. März 2009 und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung der Linthkommission vom 11. Dezember 2008 sei aufzuheben.
2. Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen; eventuell sei die Sache zur Neu Beurteilung an die Linthkommission zurückzuweisen.
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Verfügung vom 5. März 2009 trat der Präsident des Verwaltungsgerichts auf das Gesuch um Wiedererwägung der Verfügung vom 19. Januar 2009 über die Ablehnung der aufschiebenden Wirkung nicht ein.

Die Linthkommission schloss am 10. März 2009 mit der Beschwerdegegnerin den Werkvertrag und teilte dies dem Verwaltungsgericht gestützt auf Art. 37 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) am 20. März 2009 mit.

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

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Zu prüfen ist, ob auf die Beschwerde eingetreten werden kann.



1.1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Auf Zuschlagsverfügungen der Linthkommission sind die Bestimmungen des EGöB und der Ausführungsverordnung anwendbar (vgl. Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 EGöB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP).

1.2. Gemäss Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, abgekürzt IVöB) sind Beschwerden schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen.

Die Beschwerdefrist von zehn Tagen ist eingehalten. Fraglich ist hingegen, ob die formalen Anforderungen an eine Beschwerde erfüllt sind. Das Verwaltungsgericht hat in verschiedenen Urteilen die Anforderungen an eine Beschwerde umschrieben.

Vorinstanz und Beschwerdegegnerin berufen sich zur Begründung ihres Hauptantrags auf Nichteintreten auf die Beschwerde auf die Praxis des Verwaltungsgerichts. Dieses hielt fest, die Beschwerde müsse gewissen inhaltlichen Mindestanforderungen genügen. Die IVöB enthalte neben der Beschwerdefrist und der Anforderung einer Begründung keine weiteren formalen Anforderungen. Ergänzend seien daher die Bestimmungen des VRP anzuwenden. Danach muss die Beschwerde einen Antrag, eine Darstellung des Sachverhalts und eine Begründung enthalten (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). An den Antrag einer Beschwerde gegen einen Zuschlag werden keine hohen Anforderungen gestellt. Die Verankerung einer kurzen Rechtsmittelfrist und die ausdrückliche Anforderung einer begründeten Beschwerde bedeuten, dass innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen eine vollständige Beschwerdeschrift mit Antrag, Darstellung des Sachverhalts und Begründung einzureichen und eine nachträgliche Ergänzung und Erweiterung des Rechtsbegehrens nicht zulässig ist. Wenn allerdings eine Verfügung mangelhaft begründet ist und ihre Motive erst in der Beschwerdeantwort dargelegt werden, so erhält zwar der Beschwerdeführer Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen und damit seine Beschwerde gleichsam zu ergänzen. Das Rechtsbegehren kann aber in der Stellungnahme zur Beschwerdeantwort nicht mehr erweitert werden (vgl. GVP 2001 Nr. 18 mit Hinweisen).



Die Beschwerdeschrift vom 23. Dezember 2008 wurde innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen seit der Eröffnung der Zuschlagsverfügung eingereicht. In zeitlicher Hinsicht erfüllt die Beschwerde die gesetzlichen Anforderungen. Nicht entscheidend ist ausserdem, dass die Beschwerdeführerin ihr Rechtsmittel als "Einspruch" bezeichnete. Diese fehlerhafte Bezeichnung schadet einem Rechtsmittelkläger nicht. Das Rechtsmittel ist entsprechend der Bestimmung von Art. 15 Abs. 3 IVöB als Beschwerde zu betrachten.

1.3. Zu prüfen ist, ob ein hinreichender Antrag vorliegt. Das Verwaltungsgericht hat sich in seiner Praxis häufig mit unvollständigen bzw. unklaren Anträgen befasst. Es hat an den Antrag einer Beschwerde gegen einen Zuschlag aber keine hohen Anforderungen gestellt. U.a. hat es ein Begehren, ein Fabrikat sei genauer zu definieren und es sei eine korrekt durchgeführte Abgebotsrunde durchzuführen (als dies noch zulässig war), im Zusammenhang mit der Begründung einer Beschwerde als genügend erachtet, da in der Forderung nach einer Abgebotsrunde ein Antrag auf Aufhebung des Zuschlags und eine teilweise Wiederholung des Verfahrens erblickt werden konnte. Auch ein Begehren um Rückgängigmachen der Arbeitsvergabe und neuer Ausschreibung wurde als hinreichend betrachtet, ebenso ein Antrag, die Behörde habe auf ihren Entscheid zurückzukommen und bei der erneuten Gewichtung der Zuschlagskriterien bestimmte Aspekte einzubeziehen. Dagegen wurde ein Antrag, in dem lediglich die Prüfung der Angelegenheit verlangt wurde, als ungenügend qualifiziert (GVP 2001 Nr. 18 mit Hinweisen auf die einzelnen Urteile).

1.4. Mit der Rechtsmittelerklärung bzw. der Bezeichnung der Eingabe vom 23. Dezember 2008 als "Einspruch" brachte die Beschwerdeführerin klar zum Ausdruck, dass sie den Zuschlag anfechten will. Als Antrag hielt sie abschliessend fest, es werde ein Termin zur Einsichtnahme in die Konkurrenzofferte erwartet, und die Beschwerdeführerin behalte sich je nach Entscheid weitere Schritte vor. Weiter hielt sie fest, sie bzw. sie als Bietergemeinschaft habe gemäss der Zuschlagsverfügung in der Amtsvariante das günstigste Angebot abgegeben. Weiter rügte sie, die von der Vorinstanz gewählte Unternehmervariante der Beschwerde-gegnerin sei nicht gleichwertig. Aus der Rechtsmittelerklärung und der Begründung lässt sich zumindest sinngemäss ein Antrag auf Aufhebung des Zuschlags und auf Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin entnehmen. Insoweit kann auf die Beschwerde eingetreten



werden. Dies entspricht der ständigen Praxis, an einen Beschwerdeantrag keine hohen Anforderungen zu stellen und unklare Beschwerdeanträge nach Massgabe der Begründung der Beschwerde zu interpretieren. Die Beschwerdeeingabe vom 23. Dezember 2008 enthält eine solche. Eine Begründung muss weder zutreffend noch mit rechtlich belegten Ausführungen versehen sein. Es genügt formal, wenn die Beschwerdeeingabe Ausführungen enthält, mit denen die Beschwerdeführerin die Unrichtigkeit der angefochtenen Verfügung darzutun versucht. Diesen Anforderungen genügt die Eingabe vom 23. Dezember 2008, weshalb auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten ist.

2. Nach Art. 16 Abs. 1 lit. a und b IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Unangemessenheit kann hingegen nicht geltend gemacht 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 Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht aber nicht befugt.

2.1. Aus Art. 16 IVöB leitet das Verwaltungsgericht sodann in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüft, sondern dass vom Beschwerdeführer im einzelnen darzulegen ist, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Der Beschwerdeführer muss in seiner Eingabe dartun, in welchen Punkten der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht und/oder inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet worden sind (vgl. GVP 2004 Nr. 36 und 1999 Nr. 37).

2.2. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz in ihrer Zuschlagsverfügung ausführlich begründet, weshalb sie die Unternehmervariante der Beschwerdegegerin als gleichwertig mit der Amtsvariante erachtet. Die Begründung des Zuschlags erfüllte die



Anforderungen von Art. 41 Abs. 3 VöB. Die Beschwerdeführerin war damit in der Lage, die Zuschlagsverfügung anzufechten und Beschwerdegründe vorzubringen. Diese waren in der Beschwerdeschrift vorzutragen. Soweit in der nach Ablauf der Beschwerdefrist unaufgefordert eingereichten Eingabe vom 14. Januar 2009 Rügen vorgebracht wurden, bezogen sie sich nach Darstellung in der Eingabe auf das Begehren um aufschiebende Wirkung. Als Beschwerdegründe hätten sie innerhalb der Beschwerdefrist vorgebracht werden müssen.

Soweit in der Stellungnahme zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin Beschwerdegründe vorgetragen werden, kann nur insoweit darauf eingegangen werden, als sie nicht vorher geltend gemacht werden konnten oder in den Vernehmlassungen neue Tatsachen- und Rechtsbehauptungen vorgetragen wurden. Mit Anträgen und Rügen, die die Beschwerdeführerin bereits in der Beschwerde hätte erheben können, ist sie nach Ablauf der Beschwerdefrist ausgeschlossen (BGE 132 I 42 E. 3.3.4 mit Hinweis auf BGE 131 I 291 ff.). Auch hätte die Beschwerdeführerin Akteneinsicht unmittelbar nach Eröffnung des Zuschlags verlangen können.

2.3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe in der Amtsvariante das günstigste Angebot abgegeben. Dies trifft grundsätzlich zu; ihr Angebot ist das preislich günstigste der Amtsvarianten, während die Angebote in den übrigen Zuschlagskriterien gleich bewertet wurden. Die Vorinstanz vergab den Zuschlag aber der Unternehmervariante der Beschwerdegegnerin, welche preislich unter der Amtsvariante der Beschwerdeführerin liegt. Zu dieser macht die Beschwerdeführerin geltend, sie erachte diese Ausführung als "unechte Variante". Ihr Einwand, es sei sicher allen klar, dass mit der vorgegebenen Arbeitsausführung der Variante die Arbeiten nicht in gleicher Qualität ausgeführt werden könnten, da der Wasserlauf nicht kontrolliert geführt werden könne und der Aushub sowie das Versetzen der Wasserbausteine im getrüben fliessenden Wasser erfolgen müsste, ist eine in der Beschwerde nicht weiter belegte und konkretisierte Behauptung. Entgegen den Ausführungen in der Eingabe vom 14. Januar 2009 bzw. in der Begründung des Begehrens um aufschiebende Wirkung kann den laienhaften Ausführungen in der Beschwerde auch sinngemäss nicht entnommen werden, die Beschwerdeführerin betrachte die Unternehmervariante der Beschwerdegegnerin als technisch nicht machbar. Sie machte im wesentlichen



St.Galler Gerichte

geltend, die Unternehmervariante sei qualitativ nicht gleichwertig wie die Amtsvariante, und sie hält selber fest, auch sie habe den in der Unternehmervariante vorgesehenen Arbeitsvorgang geprüft, sei von diesem aufgrund ungenügenden Qualitätsanspruchs aber abgekommen.

Art. 27 Abs. 1 VöB bestimmt, dass der Anbieter zusätzlich zum verlangten Angebot Varianten oder Teilangebote einreichen kann. Varianten und Teilangebote haben die zwingenden Vorschriften der Ausschreibung zu beachten. Insbesondere muss die Variante im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung technisch gleichwertig sein. Vorauszusetzen ist eine funktionale Gleichwertigkeit mit den technischen Anforderungen an die Grundofferte und damit auch die Einhaltung der vorgegebenen Minimalstandards (Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 469). Die Beweislast für die technische Äquivalenz einer Variante sowie dafür, dass eine Variante alle in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Bedingungen und Auflagen erfüllt, liegt beim Anbieter. In der Regel nicht zu berücksichtigen sind Varianten, die nicht der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung dienen, sondern eine Reduktion bzw. Ausweitung des Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zum Gegenstand haben. Gelangt der Auftraggeber zum Schluss, dass die in den Submissionsunterlagen beschriebenen Anforderungen zu verändern sind, muss sämtlichen Anbietern die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Angebote entsprechend dem veränderten Leistungskatalog zu ergänzen (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 479). Dies folgt bereits aus der Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieter sowie aus der in Art. 21 Abs. 2 VöB festgehaltenen Verpflichtung, wichtige Auskünfte allen Anbietern gleichzeitig mitzuteilen (vgl. VerwGE B 2007/221 vom 30. April 2008, in: www.gerichte.sg.ch).

Die Vorinstanz liess sich anlässlich des Unternehmergesprächs die Einzelheiten der Unternehmervariante detailliert erörtern. Sie kam zum Schluss, dass die Unternehmervariante technisch gleichwertig und machbar ist und die Vorgaben der Ausschreibung einhält. Aus dem Protokoll des Gesprächs geht hervor, dass die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz erläuterte, die vorgesehene Wasserhaltung mit Spundwänden und Baupisten sei zeitintensiv, und bei Hochwasser werde der Abflussquerschnitt eingeeengt. Mit der Unternehmervariante werde dem Bauherrn



St.Galler Gerichte

vollumfänglich das von ihm ausgeschriebene Bauwerk geliefert. Es unterscheide sich lediglich darin von der Amtsvariante, dass die Arbeiten im Wasser in der Regel ohne Baugrubensicherung mit Spundwänden ausgeführt würden. Indem keine Spundwände gerammt würden, würden die Bauzeiten kürzer, die Hochwassersicherheit aber grösser. Das vorgesehene Bauprogramm mit den vom Bauherrn vorgegebenen Terminen werde eingehalten. Die Arbeiten würden ab dem Vorland erfolgen, wobei der Bagger auf der Baupiste stehe. Es handle sich um Spezialbagger, welche in enger Zusammenarbeit mit dem Hersteller entwickelt worden seien. Sie verfügten über längere Schwenkarme/Ausleger, und die Wattiefe der Maschinen betrage bis 1,5 m. Im weiteren verfüge der Bagger über einen speziellen Greifer, der ebenfalls zusammen mit der Herstellerfirma entwickelt worden sei. Mit diesem Greifer könnten zugleich Aushubarbeiten gemacht wie auch Blöcke versetzt werden.

Die Beschwerdegegnerin hat der Vorinstanz ausdrücklich zugesichert, dass die Ausführung der Arbeiten mit der Unternehmervariante erfolgreich verlaufen werde. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Unternehmervariante sei qualitativ ungenügend, sind ihre Ausführungen nicht begründet. Unbegründet ist insbesondere auch ihre Behauptung, die Unternehmervariante sei technisch nicht machbar. Aufgrund des Unternehmengesprächs setzte sich die Vorinstanz über die Unternehmervariante genau ins Bild. Ob eine Unternehmervariante gleichwertig ist, entscheidet sich nach Massgabe des zu erstellenden Werkes. Abweichend ist allein das Verfahren, das zur Erstellung gewählt wird.

In den Ausschreibungsunterlagen ist wohl festgehalten, dass die Wasserhaltung für die Dammverstärkung auf der Gewässerinnenseite mit einer Baupiste im Gerinne erstellt oder nach Vorschlag des Unternehmers gebaut werde. In Ziff. 2.9 der Ausschreibungsunterlagen, die ausdrücklich auf die Zulässigkeit von Varianten hinweist, wird jedoch ausdrücklich vermerkt, dass es dem Anbieter frei stehe, Varianten anzubieten, soweit die hydraulischen Randbedingungen nicht betroffen sind (z.B. Bauabläufe, Bauverfahren, Baugruben etc.). Ausgeschlossen wurden lediglich bauliche Varianten, die Änderungen an den hydraulisch-relevanten Randbedingungen (Fließquerschnitte, Dammhöhen etc.) zur Folge hätten.



St.Galler Gerichte

Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe anlässlich der Akteneinsichtnahme eingeräumt, die Nachweise für die technische Machbarkeit der Unternehmervariante lägen nicht vor, wird von der Vorinstanz ausdrücklich bestritten. Sie hält fest, die Beschwerdegegnerin habe am Unternehmengespräch vom 3. Dezember 2008 ausgeführt, die Stabilität der Vorlandstandorte für die Baupisten und die Baggerstandorte würden mit Kieskofferungen und Baggermatratzen sichergestellt. Der erforderliche Nachweis zur Stabilitätssicherung werde für die gewählten Bauzustände der Vorlandstandorte bei der Arbeitsvergabe und vor Baubeginn durchgeführt. Sämtliche Aufwendungen für die Baustelleneinrichtungen seien in der Offerte enthalten. Ausserdem weist die Vorinstanz darauf hin, dass auch beim Einsatz von Spundwänden die Arbeiten teilweise im getrübbten Wasser ausgeführt werden müssten. Die Unternehmervariante der Beschwerdegegnerin entspreche den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen und sei im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung technisch sowie qualitativ gleichwertig und technisch machbar. Bei der Unternehmervariante sei zudem die Hochwassersicherheit im Escherkanal während der Bauzeit höher, und die Unternehmervariante führe damit zu kleineren Risiken. Weil die Unternehmervariante mit dem günstigeren Angebotspreis gesamthaft das wirtschaftlich günstigste Angebot darstelle, habe der Unternehmervariante der Zuschlag erteilt werden dürfen.

Das Gebot der Gleichbehandlung verpflichtete die Vorinstanz nicht dazu, der Beschwerdeführerin eine Änderung bzw. Korrektur ihres Angebots zu ermöglichen oder deren Angebot zu korrigieren. Dies wäre ausschliesslich bei Änderungen des zu beschaffenden Werkes erforderlich gewesen. Auch legt die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 23. Dezember 2008 nicht substantiiert dar, dass die Wasserhaltung ohne Spundwände mit qualitativen Einbussen verbunden ist, welche nach den besonderen Bestimmungen nicht zulässig sind. Wenn die besonderen Bestimmungen für die Amtsvariante bestimmte Vorkehrungen vorsehen, bedeutet dies nicht, dass sie auch in der Unternehmervariante in gleicher Art und Weise umgesetzt werden müssen. Wie erwähnt, sind allgemein nur solche Varianten als unzulässig qualifiziert worden, welche eine Änderung der hydraulisch relevanten Randbedingungen zur Folge haben. Eine solche ist im Verzicht auf Spundwände und dem Arbeiten vom Ufer aus nicht zu erblicken.



2.4. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Unternehmervariante sehe den Einsatz von Baumaschinen vor, deren Gewicht die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Limiten überschreiten würde. In Ziff. 1.1.1 der Besonderen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen ist zwar festgehalten, dass eine Bau- und Unterhaltsberme auf dem Vorland für das Befahren mit Baufahrzeugen bis 28 t vorgesehen sei. Diese Limite ist jedoch für das zu erstellende Bauwerk vorgesehen, damit der künftige Unterhalt des Damms ausgeführt werden kann. Sie schliesst es nicht aus, dass während der Bauzeit schwerere Maschinen eingesetzt werden. Auch diese Rüge erweist sich daher als unbegründet.

2.5. Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht aufgrund der vorstehenden Erwägungen zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin die qualitative Gleichwertigkeit der Unternehmervariante der Beschwerdegegnerin nicht in Frage zu stellen vermag und ihr Einwand, die Unternehmervariante sei qualitativ ungenügend bzw. technisch nicht machbar, nicht stichhaltig ist.

2.6. Was die Beschwerdeführerin mit ihren Einwänden zur Steinlieferung vorbringen will, ist nicht nachvollziehbar. Die Steinlieferung ist nicht Bestandteil der vorliegend streitigen Vergabe; sie ist bereits rechtskräftig geregelt. Daher ist auch auf diesen Punkt nicht weiter einzugehen.

2.7. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

3. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu bezahlen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 15'000.-- (inkl. Kosten der Verfügungen vom 19. Januar und 5. März 2009 von gesamthaft Fr. 1'750.--, vgl. Ziff. 381 und 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12) ist angemessen. Der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zu verrechnen.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin ausseramtlich zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Die Beschwerdegegnerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 der



Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Da sich die Beschwerdegegnerin erst nach der Ablehnung des Begehrens um aufschiebende Wirkung anwaltlich vertreten liess und lediglich zu einer Stellungnahme zu den Eingaben der Beschwerdeführerin vom 23. Dezember 2008 und 14. Januar 2009 eingeladen wurde, rechtfertigt sich eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt (Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 15'000.-- bezahlt die Beschwerdeführerin unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe.

3./ Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin mit Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:



St.Galler Gerichte

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Fürsprecher
Beat Messerli, LL.M., 3001 Bern)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt
lic. iur. Armin Eugster, 9000 St. Gallen)

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.