



Fall-Nr.: B 2008/49
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 17.06.2008
Entscheiddatum: 17.06.2008

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. Juni 2008

Oeffentliches Beschaffungswesen, Art. 18 Abs. 2 IVöB (sGS 841.32), Art. 34 VöB (sGS 841.11). Nach Abschluss des Werkvertrags kann ein Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden. Im konkreten Fall lag keine Ermessensüberschreitung bei der Bewertung der Zuschlagskriterien vor (Verwaltungsgericht, B 2008/49).

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

Sieber Bau GmbH, Hinterbissaustrasse 27, 9410 Heiden,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Karl Güntzel, Kugelgasse 3, Postfach, 9004 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde Altstätten, vertreten durch den Stadtrat, 9450 Altstätten,

Vorinstanz,



vertreten durch Fürsprecher Christoph Bernet, Rosenbergstrasse 42b, 9000 St. Gallen,

und

ARGE Niederer AG/F. Finger AG, Hoch- und Tiefbau, Postfach 446, 9450 Altstätten,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Instandsetzung Sperren Donnerbach,
Baumeisterarbeiten

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Der Stadtrat Altstätten schrieb die Baumeisterarbeiten für die Instandsetzung der Sperren des Donnerbachs im offenen Verfahren aus und vergab den Zuschlag mit Verfügung vom 9. Juli 2007 zum Preis von Fr. 746'105.30 der ARGE Niederer AG/F. Finger AG, Altstätten.

Mit Eingabe vom 18. Juli 2007 erhob die Sieber Bau GmbH, Heiden, Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, der Zuschlag sei aufzuheben und die Vergabe sei neu zu beurteilen.

Mit Verfügung vom 20. Juli 2007 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde wegen mangelhafter Begründung des Zuschlags die aufschiebende Wirkung.

Mit Urteil vom 5. November 2007 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde gut, hob die Zuschlagsverfügung des Stadtrats Altstätten vom 9. Juli 2007 auf und wies die Angelegenheit zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an den Stadtrat zurück. Das Verwaltungsgericht erwog, die Bewertung



des Kriteriums "Unternehmung" sei nur hinsichtlich des Abzugs wegen der fehlenden ISO-Zertifizierung nachvollziehbar. Die weiteren Abzüge und damit die schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin seien dagegen nicht schlüssig begründet. Auch bei den Referenzen sei die geringere Bewertung der Beschwerdeführerin offensichtlich unbegründet, nachdem die Beschwerdegegnerin selber anerkenne, in den letzten fünf Jahren keine Sperren erstellt zu haben. Beim Kriterium "Qualität der Arbeit/Abläufe" fehlten überdies jegliche Angaben zur Bewertung der Offerte der Beschwerdegegnerin, weshalb die Abzüge bei der Bewertung der Beschwerdeführerin nicht schlüssig nachvollziehbar und vergleichbar seien. Selbst wenn bei diesem Kriterium ein Abzug von der Höchstbewertung gerechtfertigt werden könnte, liesse dies die Bewertung der Beschwerdeführerin nicht schlüssig erscheinen. Da nämlich beim Kriterium "Referenzen" die Beschwerdegegnerin bei gleichen Verhältnissen besser bewertet worden sei als die Beschwerdeführerin, müsse auch die Bewertung des Kriteriums "Qualität der Arbeit/Abläufe" als unbegründet qualifiziert werden. Dies bedeute, dass die schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin aufgrund der Aktenlage sachlich nicht gerechtfertigt sei.

B./ Mit Verfügung vom 18. Februar 2008 vergab der Stadtrat Altstätten den Zuschlag erneut zum Preis von Fr. 746'105.30 der ARGE Niederer AG/F. Finger AG. Deren Angebot wurde mit 8,62 Punkten auf dem ersten Rang bewertet, während jenes der Sieber Bau GmbH mit 8,26 Punkten auf dem zweiten Rang lag. Aufgrund der Rückweisung der Streitsache an den Stadtrat waren ausschliesslich die Angebote der Verfahrensbeteiligten geprüft worden.

C./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 3. März 2008 erhob die Sieber Bau GmbH Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Zuschlag vom 18. Februar 2008 sei aufzuheben und es sei ihr der Zuschlag zum Nettopreis von Fr. 710'371.55 zu erteilen; ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung ihres Rechtsvertreters vom 10. März 2008, das Gesuch um aufschiebende Wirkung und die Beschwerde seien abzuweisen, unter Kostenfolge.



St.Galler Gerichte

Mit Verfügung vom 12. März 2008 wies der Verwaltungsgerichtspräsident das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab mit der Begründung, die unterschiedlichen Bewertungen der Verfahrensbeteiligten bewegten sich im Rahmen des Ermessens, und die Beschwerde erscheine nicht ausreichend begründet.

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 3. April 2008 liess sich die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme der Vorinstanz vernehmen. Sie hielt an ihren Anträgen fest, der Zuschlag vom 18. Februar 2008 sei aufzuheben und es sei ihr der Zuschlag zum Preis von Fr. 710'371.55 zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Stellungnahme vom 17. April 2008 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde und reichte den unterzeichneten Werkvertrag vom 10. April 2008 ein. Die Beschwerdegegnerin liess sich in der Hauptsache nicht vernehmen. Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer abschliessenden Stellungnahme vom 8. Mai 2008, der Werkvertrag zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin sei aufzuheben, bis zum Entscheid in der Hauptsache sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung einzuräumen, der Zuschlag vom 18. Februar 2008 sei aufzuheben und ihr zum Nettopreis von Fr. 710'371.55 zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

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. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. b 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 Anfechtung des Zuschlags grundsätzlich legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerdeschrift vom 3. März 2008 wurde rechtzeitig eingereicht und enthält Antrag, Sachdarstellung und Begründung (vgl. Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche



St.Galler Gerichte

Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Auf die Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten.

2. In ihrer Stellungnahme vom 8. Mai 2008 beantragte die Beschwerdeführerin, der Werkvertrag sei aufzuheben und bis zum Entscheid in der Hauptsache sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung einzuräumen.

2.1. Das Begehren in der Beschwerdeschrift vom 3. März 2008 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wurde mit Verfügung vom 12. März 2008 abgewiesen. Solche Zwischenverfügungen über die Erteilung bzw. Verweigerung der aufschiebenden Wirkung werden nur in Ausnahmefällen in Wiedererwägung gezogen. Ein Rechtsanspruch auf Wiedererwägung besteht nicht (Art. 27 VRP). Im vorliegenden Fall wäre eine Wiedererwägung zudem zwecklos gewesen, da die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin am 10. April 2008 den Werkvertrag unterzeichneten. Nach Vertragsschluss kann ein Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde keine Rechtswirkung mehr entfalten. Auf den nach Abschluss des Werkvertrags gestellten Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann daher nicht eingetreten werden.

Ob nach der Praxis des Verwaltungsgerichts Zürich (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Bd., 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 880) ein Gesuch um aufschiebende Wirkung bis zur Zustellung des Entscheids in der Hauptsache jederzeit neu gestellt werden kann, ist nach dem Gesagten unerheblich. Gesuche können jederzeit gestellt werden; entscheidend ist indes, dass nach Art. 27 VRP bei Wiedererwägungsbegehren kein Anspruch auf materielle Behandlung besteht und vorliegend nicht ersichtlich ist, inwiefern sich der für die aufschiebende Wirkung massgebende Sachverhalt gegenüber jenem im Zeitpunkt der Ablehnung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung am 12. März 2008 dahingehend geändert hat, dass eine Wiedererwägung gerechtfertigt wäre.

2.2. Auch auf das Begehren um Aufhebung des Werkvertrags ist nicht einzutreten. Das Verwaltungsgericht ist nicht befugt, einen Werkvertrag aufzuheben, selbst wenn er verfrüht abgeschlossen worden wäre (vgl. den Grundsatzentscheid mit ausführlicher Begründung in GVP 2003 Nr. 40). Es hat die Theorie, wonach das Erfordernis des



rechtskräftigen Zuschlags oder des Entzugs der aufschiebenden Wirkung eine Rechtsbedingung im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzung für den Abschluss eines Werkvertrags ist, nicht übernommen. Die Berufung der Beschwerdeführerin auf den im Schrifttum zitierten Entscheid des aargauischen Verwaltungsgerichts (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 880) erweist sich damit als unbegründet. Auch das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung fest, dass nach Abschluss des Vertrags nur noch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung verlangt werden kann (BGE 130 I 258 E. 1.2; 132 I 86 E. 3.2).

2.3. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, der Werkvertrag sei verfrüht abgeschlossen worden.

Die Verfügung über die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung erging am 12. März 2008 und wurde am selben Tag versandt. Der Vertragsschluss am 10. April 2008 fand somit weniger als dreissig Tage nach der Zustellung der Verfügung statt. In der Rechtsmittelbelehrung der Verfügung vom 12. März 2008 war darauf hingewiesen worden, dass sich die Rechtsmittelberechtigung nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f, Art. 93 und Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (SR 173.110, abgekürzt BGG) richtet.

Gegen Entscheide (und damit auch gegen Zwischenentscheide) im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich ausgeschlossen. Dieses Rechtsmittel ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen oder des Abkommens vom 21. Juni 1993 zwischen der Schweiz und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens erreicht und wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f. BGG). Diese beiden Kriterien müssen zudem kumulativ erfüllt sein (vgl. Th. Häberli, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Rz. 161).



Die Verfügung vom 12. März 2008 über die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung blieb unangefochten. Es kann daher offen bleiben, ob eine Beschwerde zulässig gewesen wäre. Allerdings werden im vorliegenden Fall weder die Schwellenwerte erreicht (vgl. dazu Häberli, a.a.O., Rz. 155) noch ist ersichtlich, inwiefern in der Verfügung vom 12. März 2008 bzw. im materiellen Entscheid über die vorliegende Beschwerde eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu beurteilen ist. Im übrigen wurde gegen die Verfügung vom 12. März 2008 auch keine subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben.

2.4. Nach Vertragsschluss ist wie erwähnt eine Aufhebung des Zuschlags nicht mehr möglich. Würde sich die Beschwerde als begründet erweisen, könnte das Verwaltungsgericht ausschliesslich die Rechtswidrigkeit des Zuschlags feststellen (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Die Prüfung eines Schadenersatzanspruchs würde indes entfallen, da die Beschwerdeführerin kein entsprechendes Begehren gestellt hat.

3. Im folgenden ist zu prüfen, ob die Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen den Zuschlag berechtigt sind.

3.1. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Ueberschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige und unvollständige Feststellungen des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden, nicht aber Unangemessenheit (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diesbezüglich kann auf das Urteil des Verwaltungsgerichts über die Anfechtung des Zuschlags vom 9. Juli 2007 in der vorliegenden Beschaffungssache verwiesen werden (vgl. VerwGE B 2007/133 vom 5. November 2007, in: www.gerichte.sg.ch).

Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Termin und Erfahrung. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben.



Dem Auftraggeber wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 58).

3.2. Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde mit 8,26 Punkten im zweiten Rang und jenes der Beschwerdegegnerin mit 8,62 Punkten im ersten Rang bewertet. Das Angebot der Beschwerdeführerin erhielt beim Preis 5 Punkte (Beschwerdegegnerin 4,79 Punkte), beim Kriterium "Vollständigkeit/Qualität Angebot" 1,50 Punkte (Beschwerdegegnerin 1,38 Punkte), bei den Referenzen 0 Punkte (Beschwerdegegnerin 0,25 Punkte), beim Kriterium "Qualität der Arbeit/Ab-lauf" 0,56 Punkte (Beschwerdegegnerin 1,00 Punkte), während beide Angebote bezüglich des Kriteriums "Unternehmung" mit 1,20 Punkten gleich bewertet wurden.

3.3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Bewertung des Kriteriums "Qualität der Arbeit/Ablauf" enthalte einen Berechnungsfehler, der sich zu ihren Lasten auswirke, denn es seien ihr versehentlich nur 5,60 bzw. - gewichtet mit 10 % - 0,56 Punkte gutgeschrieben worden, während 9,20 bzw. 0,92 Punkte hätten gewährt werden müssen. Dieser Fehler beruhe darauf, dass bei ihrer Offerte in den fünf Unterkriterien verschiedene Abzüge gemacht worden seien, wobei diese Abzüge fälschlicherweise addiert und vom Maximum von 100 Punkten abgezogen worden seien. Korrekterweise hätten die einzelnen Abzüge dem jeweiligen Maximum von 100 Punkten eines Unterkriteriums abgezogen werden müssen.

Die Vorinstanz bestreitet einen Berechnungsfehler und macht geltend, es seien von der maximalen Punktzahl von 100 verschiedene Abzüge für einzelne Aspekte gemacht worden, was zu einem Total von 56 von 100 Punkten geführt habe. Die Beschwerdeführerin sei offenbar zu ihrer Interpretation angeregt worden, weil in der Begründung der Zuschlagsverfügung zur Bewertung der Offerte der Beschwerdegegnerin bei den einzelnen Merkmalen des Zuschlagskriteriums jedes Mal



die maximale Punktzahl von 100 erwähnt worden sei. Es handle sich allenfalls um eine redaktionelle Frage, nicht um eine solche der Berechnung.

In der Begründung der angefochtenen Verfügung wurde beim Kriterium "Qualität der Arbeit/Ablauf" bei den geprüften bzw. gewerteten Aspekten der Offerte der Beschwerdegegnerin die maximale Punktzahl von 100 und bei der Beschwerdeführerin der entsprechende Abzug vermerkt. Diese ausführliche Begründung und namentlich der wiederholte Hinweis auf die maximale Punktzahl von 100 waren missverständlich, was auch von der Vorinstanz anerkannt wird. Da aber das Kriterium "Vollständigkeit/Qualität Angebot" mit 15 % gleich gewichtet wurde wie das Kriterium "Unternehmung" und nur unwesentlich gewichtiger als die Kriterien "Referenzen" und "Qualität der Arbeit/Ablauf", welche beide mit 10 % gewichtet wurden, ist die Begründung in diesem Punkt als missverständlich erkennbar. Namentlich geht aus dem der Begründung der Verfügung beigelegten Entscheidungsprofil hervor, dass die einzelnen Hauptkriterien mit je 100 Punkten bewertet werden. Beim Kriterium "Unternehmung" sind die Gewichtungen der Einzelaspekte mit je 20 Punkten angegeben. Unter diesen Umständen kann die Bewertungsmethode der Vorinstanz nicht als unsachgemäss bezeichnet werden. Die Bewertung ist zwar missverständlich begründet, doch es liegt keine fehlerhafte Gewichtung vor.

3.4. Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, das Ausmass der jeweiligen Abzüge bei den einzelnen Kriterien sei intransparent. Es müsste mindestens ansatzweise die Höhe der Abzüge nachvollziehbar sein. So sei bei der Offerte der Beschwerdegegnerin beim Kriterium "Vollständigkeit und Qualität des Angebots" ein Abzug von 8 von möglichen 100 Punkten gemacht worden. Es stelle sich die Frage, weshalb es nicht 15 oder 30 bzw. 50 Punkte seien. Dies gelte auch für die weiteren Abzüge resp. die Bewertungen des Kriteriums "Qualität der Arbeit/Ablauf". Zumindest ansatzweise müsste die Höhe der Abzüge nachvollziehbar sein. Dies sei nach wie vor nicht der Fall. Es müsse verhindert werden, dass letztlich das Ziel, den Auftrag an den "genehmsten Bewerber" zu vergeben, wichtigstes Kriterium für die Höhe der einzelnen, nicht klar messbaren Punkte werde.

Wie erwähnt, ist die Bewertung eine Ermessensfrage. Zu prüfen ist, ob die Bewertung bzw. Beurteilung aufgrund der Akten und der Darlegungen der Vergabebehörde



nachvollziehbar und schlüssig ist. Die Bewertung ist keine mathematische Operation. Die Vorinstanz machte beim Kriterium "Vollständigkeit und Qualität des Angebots" bei der Offerte der Beschwerdegegnerin einen Abzug von 8 Punkten und begründete dies damit, dass die Anbieterin die Unterlagen vollständig eingereicht habe, wobei das Bauprogramm nur sehr global gehalten sei. Dieser Begründung lässt sich entnehmen, dass sowohl die Vollständigkeit als auch der Inhalt bzw. die Qualität beurteilt wurden und in bezug auf letztere das Angebot der Beschwerdegegnerin insofern einen Mangel aufwies, als das Programm nur global abgefasst war. Anhaltspunkte für einen schweren Mangel oder für eine Vielzahl von Mängeln bestehen nicht. Bei dieser Sachlage erscheint ein Abzug von 8 Punkten bzw. ein solcher im Bereich von +/- rund 10 % als nachvollziehbar bzw. im Bereich des vorinstanzlichen Ermessens. In diesem Punkt genügt die Zuschlagsverfügung den Anforderungen an die Begründungspflicht. Dasselbe gilt für das Kriterium "Qualität der Arbeit/Ablauf", wo die Beurteilung der einzelnen Aspekte ausführlich wiedergegeben wird und die Abzüge bei der Offerte der Beschwerdeführerin nachvollziehbar beschrieben werden. Eine noch ausführlichere Begründung verlangt die massgebende Bestimmung von Art. 41 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB), wonach der Zuschlag kurz zu begründen ist, nicht.

3.5. Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine rechtsungleiche Behandlung, da über die Referenzen der Beschwerdegegnerin zusätzliche Auskünfte eingeholt worden seien, über ihre Referenzen hingegen nicht.

Dagegen wendet die Vorinstanz ein, sie habe auch über die Referenzobjekte Mattenbach und Haslibach Angaben beim Auftraggeber eingeholt. In den eingereichten Unterlagen sind allerdings die Rubriken "Referenzauskunft" und "Referenzperson" nicht ausgefüllt. Allerdings sind die Baukosten und die Art der überprüften Objekte aufgeführt. Diese waren in der Offerte nicht angegeben, was bedeutet, dass die Vorinstanz die Angaben durch ergänzende Auskünfte erlangt hat.

Aufgrund der dargelegten Umstände erweist sich die Rüge der Ungleichbehandlung bei der Beurteilung der Referenzen als unbegründet.



3.6. Zutreffend ist, dass die Beschwerdeführerin vollständige Unterlagen einreichte, was in der Beurteilung durch die Vorinstanz bestätigt wurde und auch aus dem Punktemaximum beim Kriterium "Vollständigkeit/Qualität des Angebots" im Entscheidungsprofil hervorgeht. Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass nur ein generelles Bauprogramm verlangt worden sei, aus dem nicht alle Fragen betreffend Baustellenbewirtschaftung hätten herausgelesen werden können. Dies wäre höchstens aus einem detaillierten Bauprogramm möglich gewesen, welches gemäss Offertunterlagen hätte nachverlangt werden können, was aber nicht der Fall gewesen sei.

Wie erwähnt, wurde die Offerte der Beschwerdeführerin im Kriterium "Vollständigkeit/Qualität des Angebots" mit der Maximalpunktzahl bewertet. Die Abzüge beim Ablauf machte die Vorinstanz nicht wegen ungenügender Detaillierung, sondern wegen teilweise unzweckmässigen Vorgehens (ungünstig gewählter Bauablauf, nicht optimale Erschliessung, unflexible Wasserhaltung und Mängel beim Betontransport). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass diesbezüglich keine weitere Auskünfte bzw. kein detailliertes Bauprogramm eingeholt wurden. Dies gilt auch bezüglich solcher Referenzobjekte, welche für das ausgeschriebene Projekt nicht als einschlägig betrachtet wurden.

3.7. Bei der Bewertung des Kriteriums "Referenzen" bemängelt die Beschwerdeführerin, sie habe 0 Punkte erhalten, die Beschwerdegegnerin aber 2,5 bzw. gewichtet 0,25 Punkte. Beim ersten, vom Verwaltungsgericht aufgehobenen Zuschlag seien es 0,4 Punkte für sie und 0,5 Punkte für die Beschwerdegegnerin gewesen. Im nun angefochtenen Entscheid werde mit keinem Wort erklärt, weshalb die ursprüngliche Bewertung falsch gewesen sei. Es handle sich wieder um eine nicht nachvollziehbare und deshalb willkürliche Bewertung mit der Konsequenz, dass die ursprüngliche Differenz von 0,1 Punkten nun auf 0,25 Punkte zulasten der Beschwerdeführerin angewachsen sei.

Vorliegend ist in erster Linie zu prüfen, ob die Beurteilung der Referenzen gemäss der angefochtenen Verfügung schlüssig ist. Das Verwaltungsgericht hatte im Urteil vom 5. November 2007 den Punkteabzug bei der Offerte der Beschwerdeführerin als unbegründet bezeichnet, weil aufgrund der Zuschlagsverfügung und der Akten nicht



ausgewiesen und schlüssig nachvollziehbar war, inwiefern die Referenzen der Beschwerdegegnerin höher bewertet werden durften als jene der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz durfte im Rahmen der vom Verwaltungsgericht geforderten neuen Beurteilung die massgebenden Kriterien neu bewerten. Dies bedeutet, dass Abweichungen gegenüber der ursprünglichen Zuschlagsverfügung allein kein Merkmal für eine fehlerhafte Bewertung darstellen. Namentlich hat das Verwaltungsgericht im Urteil vom 5. November 2007 die Bewertung der Referenzen nicht materiell überprüft und rechtskräftig festgelegt.

In der Zuschlagsverfügung wurde dargelegt, dass die federführende Unternehmung der Beschwerdegegnerin in den letzten fünf Jahren die Sperrensanierung Galgenbach bei der Sanierung Dürrenbach und Seitengewässer ausgeführt habe, wobei ihr die Bauherrschaft ein gutes Zeugnis ausgestellt habe. Die Angaben der Beschwerdegegnerin, wonach sie in den letzten fünf Jahren keinen Sperrrenbau ausgeführt habe, hätten sich als unrichtig erwiesen. Demgegenüber handle es sich bei den Referenzobjekten der Beschwerdeführerin um solche aus dem Bereich Gewässerausbau, nicht aber der Sparte Sperrrenbau, weshalb sie nicht berücksichtigt worden seien.

Es ist zulässig, Referenzobjekte einzelner ARGE-Partner zu berücksichtigen und zu bewerten. Bei Arbeitsgemeinschaften führen mehrere Unternehmungen gemeinsam ein Projekt aus. Damit kann jeder ARGE-Partner in erster Linie auf eigene Referenzen verweisen. Gemeinsame Referenzen dürften nur in Ausnahmefällen angeführt werden können. Die Berücksichtigung einzelner Referenzobjekte von ARGE-Partnern ist nicht vergleichbar mit der Angabe von Referenzen von einzelnen Mitarbeitern einer Unternehmung. Die Beschwerdeführerin beanstandet, es sei nicht sachgerecht, dass bei der Beschwerdegegnerin Referenzobjekte berücksichtigt worden seien, welche nur eine der beiden ARGE-Mitglieder ausgeführt habe, während bei ihr Referenzobjekte unberücksichtigt geblieben seien, die vom heutigen Teilhaber als Polier noch von einer anderen Firma ausgeführt worden seien. Das Fachwissen des Poliers sei von entscheidender Bedeutung.



Erfahrungen einzelner Mitarbeiter einer Unternehmung können bei der Qualifikation des Personals berücksichtigt werden. Es kann jedenfalls nicht als Ermessensmissbrauch qualifiziert werden, wenn Referenzobjekte eines ARGE-Partners und die persönliche Erfahrung von Mitarbeitern eines ARGE-Partners unterschiedlich behandelt werden. Im übrigen wurde das Referenzobjekt Dürrenbach und Seitengewässer in der detaillierten Offerte der Beschwerdegegnerin ausdrücklich angeführt. In diese war der Beschwerdeführerin gemäss ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts keine Einsicht gewährt worden.

Sodann hat die Vorinstanz ausführlich begründet, weshalb die Referenzobjekte der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt wurden. Insbesondere ist es nachvollziehbar, dass Bachverbauungen und der Bau von Sperren nicht gleich behandelt werden. Die in der Ausschreibung verwendete Formulierung des Kriteriums "Referenzen: Wasserbau, Sperrerbau" lässt sich ohne weiteres so verstehen, dass in erster Linie Referenzen aus der speziellen Sparte Sperrerbau berücksichtigt würden und solche aus der allgemeineren Sparte Wasserbau erst in zweiter Linie Beachtung gefunden hätten. Auch war es sachgerecht, Referenzobjekte mit erheblich tieferen Baukosten, welche das Objekt als solches nicht mehr als vergleichbar erscheinen lassen, ausser Betracht zu lassen. Im übrigen wurde die Referenz Mattenbach nicht nur wegen der geringen Baukosten von rund Fr. 30'000.-- als nicht vergleichbar betrachtet, sondern auch in bezug auf die Ausführungsart. Obwohl keine bestimmten Mindestkosten verlangt wurden, durfte aufgrund des Bauvolumens davon ausgegangen werden, dass es sich beim Referenzobjekt Mattenbach um ein Objekt einer anderen Kategorie handelt. Zudem handelt es sich bei den unter der Kategorie "Betonbau" angegebenen Referenzobjekten der Beschwerdeführerin um Wohnbauten und eine Stützmauer, wobei nicht ersichtlich ist, weshalb aufgrund der Qualitätsanforderungen an den Beton solche Bauten als einschlägige Referenzen beim Sperrerbau für Gewässer gelten können.

Objekte mit erheblich tieferen Baukosten wie auch solche aus allgemeinen Sparten können nicht generell als unbeachtlich qualifiziert werden. Daher war es auch nicht zwingend, in der Ausschreibung eine entsprechende Einschränkung bezüglich der Zulassung von Referenzen zu machen. Wenn aber wie im vorliegenden Fall ein Anbieter ein Referenzobjekt anführen kann, das vom Bauvolumen bzw. den Kosten wie auch



von der Art her dem ausgeschriebenen Objekt näher kommt als andere Vorhaben, so darf sich dies bei der Bewertung zu dessen Gunsten auswirken.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung des Kriteriums "Referenzen" den Rahmen des ihr zustehenden Ermessens nicht verliess. Von einem aktiven Verhindern von Referenzen der Beschwerdeführerin und einer Ungleichbehandlung zugunsten der Beschwerdegegnerin kann nicht gesprochen werden.

3.8. Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin die Bewertung des Kriteriums "Qualität der Arbeit/Ablauf". Sie beanstandet, dass in der Begründung dieses Zuschlags fünf Teilkriterien bewertet worden seien, welche aus der Ausschreibung nicht hervorgehen würden. Diese Detaillierung bei einem Kriterium, welches insgesamt mit 10 % gewichtet werde, sei somit fraglich und unverhältnismässig. Aufgrund der bekannten Zuschlagskriterien habe ein Bewerber nicht damit rechnen müssen, dass die Geräteliste oder der Betontransport als Unterkriterium beurteilt und gewichtet würden.

3.8.1. Gemäss der Zuschlagsverfügung wurden beim Kriterium "Qualität der Arbeit/Ablauf" die von den Anbietern eingeforderten Unterlagen wie Geräteliste (zur Beurteilung der Installation) sowie der Bericht mit den Angaben zu Bauablauf, Erschliessung, Wasserhaltung und Betontransport bewertet. In der ausführlichen Begründung der Zuschlagsverfügung wurden die geprüften Aspekte einzeln bewertet. Diese Einzelaspekte erscheinen nicht als selbständige Unterkriterien, welche in der Ausschreibung gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB separat hätten angeführt werden müssen. Es wurde in der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten, dass der Unternehmer einen Bericht mit Angaben zu Bauablauf, Wasserhaltung, Erschliessung und Installation einzureichen habe. In der Beschwerde wird daher zu Unrecht gerügt, diese Unterkriterien bzw. Einzelaspekte seien aus der Ausschreibung nicht hervorgegangen. Der Aspekt des Betontransports lässt sich als Teilbereich der Erschliessung oder der Installation prüfen.

3.8.2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Beschwerdegegnerin habe in sämtlichen fünf Teilaspekten die maximale Punktzahl erhalten, obwohl ihr eingereichtes Bauprogramm sehr global gehalten sei und es beim Kriterium "Vollständigkeit und Qualität des



Angebots" zu einem Punkteabzug gekommen sei. Diese von der Beschwerdeführerin als Ungereimtheit qualifizierte Diskrepanz lässt sich damit begründen, dass ein Abzug beim Kriterium der Vollständigkeit des Angebots gemacht wurde und dieser Mangel offenbar bei den Einzelaspekten keine nachteiligen Auswirkungen hatte. Die Beschwerdeführerin will offenbar einen einzelnen Mangel bei zwei Kriterien und damit doppelt negativ bewerten, was nicht gerechtfertigt ist.

3.8.3. Soweit die Beschwerdeführerin den Abzug wegen des vorgesehenen Einsatzes eines 24-Tonnen-Raupenbaggers bemängelt, sind ihre Einwendungen nicht stichhaltig. Es liegt im Ermessen der Vergabebehörde, aufgrund der besonderen örtlichen Gegebenheiten den Einsatz relativ leichter Baugeräte zu bevorzugen, selbst wenn dies möglicherweise punkto Effizienz und Logistik nachteilig ist. Ueberdies bestreitet die Vorinstanz, dass Felsen mit einem Gewicht von mehreren Tonnen zu bewegen sind. Selbst wenn solche Felsstücke bewegt werden müssen, ist nicht ausgewiesen, dass dies nur mit einem 24-Tonnen-Raupenbagger möglich ist. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen mit den technischen Daten der beiden Bagger-Modelle geht dies jedenfalls nicht hervor.

3.8.4. Die Vorinstanz machte beim Aspekt "Bauablauf" bei der Offerte der Beschwerdeführerin einen Abzug von 10 Punkten. Sie begründete dies damit, im engen und schmalen Einschnitt des Donnerbaches sei es praktisch unmöglich, drei Sperren gleichzeitig zu bearbeiten. Insbesondere die Deponierung der Aushubmenge im näheren Bereich der Sperre sei praktisch unmöglich.

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, die Vorinstanz habe ihr generelles Bauprogramm falsch verstanden, obwohl die Klarstellung bereits im ersten Verfahren vor Verwaltungsgericht vorgebracht worden sei. Eine aufmerksame Prüfung oder eine Rückfrage hätten nämlich klar gemacht, dass grundsätzlich nie zwei Sperren gesamthaft gleichzeitig bearbeitet würden, welche gänzlich ersetzt werden müssen. Wenn beispielsweise die Sperren 1 bis 3 gleichzeitig im Programm aufgeführt würden, so gehe es um gemeinsame Vorbereitungsarbeiten für das Betonieren der Sperre 1 (Sanierung) und der Sperre 3 (Ersatz). Sperre 2 (Wegfall) und Sperre 4 dienten dabei als Schutz. Anschliessend werde Sperre 2 abgebrochen. Wenn dann aber mehrere Sperren nacheinander zu ersetzen seien, dann werde grundsätzlich ebenfalls Sperre für



St.Galler Gerichte

Sperre ersetzt. Trotzdem seien gewisse Vorarbeiten auch an den übrigen Sperren möglich. Dass bei jedem Schritt situativ gehandelt werde, sei für die Beschwerdeführerin selbstverständlich und müsse in einem generellen Bauprogramm nicht erwähnt werden.

Die Vorinstanz beharrt auf ihrem Standpunkt, aus dem Bauprogramm der Beschwerdeführerin gehe deutlich hervor, dass diese drei Sperren gleichzeitig bearbeiten wolle.

Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte zum Ablauf der Arbeiten eine gleichzeitige Bearbeitung mehrerer Sperren vermerkt hat. Auch bei diesem Teilaspekt des Bauablaufs liegt es im Ermessen der Vorinstanz, die gleichzeitige Bearbeitung mehrerer Sperren als wenig zweckmässig zu qualifizieren, selbst wenn diese in unterschiedlichen Bearbeitungsstadien erfolgt. Wenn die Beschwerdeführerin ausführlich darlegt, dass sie in unterschiedlichen Bearbeitungsstadien an den einzelnen Sperren tätig wäre, so mag dies zutreffen. Aufgrund der eingereichten Unterlagen kann der Vorinstanz allerdings keine unsachgemässe Bewertung vorgehalten werden, wenn sie von einer gleichzeitigen Bearbeitung mehrerer Sperren ausgegangen ist.

3.8.5. Die Vorinstanz gab unbestrittenermassen eine Breite der Baupiste von 1,5 m vor. Daran haben sich die Anbieter grundsätzlich zu halten. Wenn das Erschliessungskonzept der Beschwerdeführerin auf einer Baupiste von 2 m Breite beruht, so mag dies bezüglich Effizienz gewisse Vorteile haben. Allein dies ist nicht entscheidend, da die Vergabebehörde die Rahmenbedingungen des Projekts und der Erschliessung setzt. Wenn die Beschwerdeführerin von einer Breite der Piste von 2 m ausgeht, so rechtfertigt dies folglich einen Abzug bei der Bewertung. Ob im übrigen der Grundeigentümer mit der Variante der Beschwerdeführerin einverstanden ist, spielt keine Rolle, da die Vorinstanz auch dann eine Breite der Baupiste von 1,5 m verlangen darf, wenn der Grundeigentümer mit einer solchen von 2 m einverstanden wäre.

3.8.6. Hinsichtlich der Umleitung des Wassers steht fest, dass in der Ausschreibung Leitungen von 400 bis 500 mm Durchmesser verlangt wurden (NPK 161-262.121/122). Die Beschwerdeführerin will die Umleitung mit einem Rohrdurchmesser von ca. 30 cm bzw. 300 mm bewältigen. Der Querschnitt einer 40 cm-Leitung ist rund 80 Prozent



grösser als jener einer 30 cm-Leitung. Solche Abweichungen von den Vorgaben der Ausschreibung rechtfertigen einen Abzug. Dabei ist es belanglos, ob Hochwasser am Donnerbach selten oder häufig sind und ob schlagartige Hochwasser in den letzten Jahrzehnten vorgekommen sind oder nicht.

3.8.7. Die Vorinstanz qualifizierte die von der Beschwerdeführerin gewählte Methode für den Betontransport mittels Raupendumper als unzweckmässig. Sie begründet nachvollziehbar, dass das mehrfache Umladen nachteilig ist. Auch die eingereichten Bestätigungen eines Betonlieferanten sowie des Versuchsstollens Hagerbach vermögen nicht darzutun, dass die von der Beschwerdeführerin gewählte Transportart zweckmässiger ist als die von der Vorinstanz bevorzugte Methode mittels Betonpumpen. Selbst wenn mit der Methode der Beschwerdeführerin dieselben Resultate erzielt werden können wie mittels Betonpumpen, so lässt sich die sachlich begründete Bevorzugung nicht als missbräuchliche Ermessensbetätigung qualifizieren.

3.9. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass der Vorinstanz bei der Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien kein Ermessensmissbrauch bzw. kein rechtswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

4. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von Fr. 7'000.-- ist angemessen (mit Einschluss der Kosten von Fr. 1'000.-- der Verfügung vom 12. März 2008, Ziff. 381 und 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zu verrechnen.

Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen. Die Beschwerdeführerin ist unterlegen (Art. 98bis VRP), die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Ersatz ausseramtlicher Kosten (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 176), und die Beschwerdegegnerin hat sich am Verfahren nicht beteiligt.

Demnach hat das Verwaltungsgericht



zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
- 2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 7'000.-- bezahlt die Beschwerdeführerin unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe.
- 3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident:

Der

Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. Karl Güntzel, 9004 St. Gallen)
- die Vorinstanz (durch Fürsprecher Christoph Bernet, 9000 St. Gallen)
- die Beschwerdegegnerin

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.