



Fall-Nr.: B 2010/147
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.08.2011
Entscheiddatum: 11.08.2011

Urteil Verwaltungsgericht, 11.08.2011

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 20 VöB (sGS 841.11). Funktionale Ausschreibung. Auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung darf die Vergabestelle die Offerten der Anbieter nicht nach eigenem Gutdünken verändern (Verwaltungsgericht, B 2010/147).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungs-richter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Haltinner-Schillig

In Sachen

V. ag,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin D. S.

gegen

Politische Gemeinde St. Gallen, Technische Betriebe, St. Leonhard-Strasse 15, 9001 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

und

W. AG,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic.iur. D. L

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen, Ableitung ARA Hofen,

St. Gallen, Rohrlieferung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Stadt St. Gallen schrieb im Amtsblatt des Kantons St. Gallen vom 16. November 2009 bzw. im Internet die Lieferung von Rohren für die neue Abwasserdruckleitung ab der Abwasserreinigungsanlage ARA Hofen, Wittenbach, bis zur ARA des Abwasserverbands Morgental bzw. zum Kleinwasserkraftwerk Morgental in Steinach im offenen Verfahren aus. Insgesamt führt die Leitung über eine Distanz von rund 5 km mit einer Höhendifferenz von 190 m. Mit dem Neubauprojekt soll insbesondere der Fluss Steinach vom gereinigten Abwasser aus der ARA Hofen entlastet werden, elektrischer Strom erzeugt und die Wärme aus dem gereinigten Abwasser genutzt werden. Innerhalb der Ausschreibungsfrist bis 28. Dezember 2009 gingen bei der Vergabestelle neunzehn Offerten von sechs Anbietern ein, unter anderem jene der .V. ag, von O., mit Gesamtkosten von Fr. 2'103'692.-- exklusiv MWSt. Die Direktion Technische Betriebe der Stadt St. Gallen vergab den Auftrag mit



St.Galler Gerichte

Verfügung vom 14. Juni 2010 an die W. AG, aus R., zum Preis von Fr. 2'713'751.95 exklusiv MWSt unter Vorbehalt der Erteilung des Verpflichtungskredits für den Bau der Ableitung von der ARA Hofen bis in den Bodensee durch die Bürgerschaft der Stadt St. Gallen.

B./ Mit Eingabe vom 25. Juni 2010 erhob die V. ag beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen Beschwerde, die Zuschlagsverfügung sei kostenpflichtig aufzuheben und der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Eventuell sei die angefochtene Verfügung aufzuheben, und es sei ein neues offenes Verfahren durchzuführen, soweit die Projektgrundlagen dahingehend geändert werden sollen, dass Schubsicherungen und die Anwendung eines Vollschutzrohrs für die ganze Leitungslänge vorzusehen seien. Weiter beantragte sie, der Beschwerde sei superprovisorisch aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Zur Begründung bringt sie unter anderem vor, vorliegend handle es sich um keine klassische Submission mit Materialvorgabe. Vielmehr sei es an den Anbietern selbst gewesen, das Rohrleitungssystem entsprechend den Ausschreibungsunterlagen auszuarbeiten. Diese hätten das Rohrmaterial, die zulässige maximale Fließgeschwindigkeit, die maximal zulässige Anzahl von Druckstufen und die Rohrverbindungen sowie die Aufnahme der auftretenden Kräfte vorschlagen müssen. Als Zweitplatzierte habe sie bei den Kriterien technische Qualität, nachhaltige Sicherheit und maximale Gebrauchstauglichkeit die höchste Punktzahl aller Anbieter erhalten. Im Bereich Referenzen liege sie mit der erstplatzierten Anbieterin gleich auf. Diese habe jedoch bei den Gestehungskosten mehr Punkte erhalten. Dabei sei die Auftraggeberin allerdings von einer falschen Bewertungsgrundlage ausgegangen bzw. sie habe die Offerte der Beschwerdeführerin eigenmächtig abgeändert und um insgesamt Fr. 901'576.-- bzw. 28 Prozent aufgerechnet. Das Projekt der Beschwerdeführerin zeichne sich jedoch gerade dadurch aus, dass nicht die gesamte Rohrlänge schubgesichert werden müsse. Wenn für die Auftraggeberin jedoch lediglich eine vollständig gesicherte Rohrleitung in Frage kommen sollte, hätte dies vorgängig mitgeteilt werden müssen. Zwar sei sie nach der Offerteingabe telefonisch nach möglichen Kosten für eine Schubsicherung der ganzen Strecke angefragt worden. Die entsprechenden Kostenangaben seien aber rein informationshalber erfolgt und nicht etwa als Offerte zu verstehen gewesen. Mit den nachgelieferten Zahlen habe sie nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass keine weiteren Schubsicherungen



nötig seien. Wenn die aufgerechneten Leistungen Bedingung der Submission gewesen wären, hätte sie ihr Angebot von Grund auf anders konzipiert und ein entsprechendes Angebot unter Berücksichtigung des Gesamtprojekts abgegeben. Ohne die unnötigen und gegen ihren Willen erfolgten Aufrechnungen sei ihr Angebot deutlich günstiger als jenes der obsiegenden Beschwerdegegnerin.

Weiter sei unerklärlich, wieso die Auftraggeberin für die Herstellung der Rohrverbindungen eine Viertelmillion Franken aufgerechnet habe. Ohne volle Akteneinsicht könne sie zudem nicht nachprüfen, wieso der Erstplatzierten kein entsprechender Betrag aufgerechnet worden sei. Falsch sei auch, dass bei ihrem Vorschlag sämtliche Rohre mit Felsschutzmatten Rock umwickelt werden müssten.

C./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin ersuchten mit Vernehmlassung vom 2. Juli 2010 darum, das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen. Letztere beantragt zusätzlich, die Beschwerde in der Hauptsache kostenpflichtig abzuweisen. Die Ausschreibung habe tatsächlich nicht nur ein vorgegebenes Leistungsverzeichnis beinhaltet. Gefragt gewesen seien umfangreiche Vorabklärungen und ein eigentliches Engineering des Auftrags bzw. ein Lösungsvorschlag, der aus Sicht des Anbieters richtige Qualitäten, technische Lösungen und insbesondere einen angemessenen Sicherheitsstandard beinhalte. Die Vorinstanz habe bewusst darauf verzichtet, Schubsicherungen vorzuschreiben, um auch Anbietern ohne entsprechende Möglichkeiten zuzulassen. Bei diesen Angeboten seien stattdessen die bauseitigen Kosten für Ersatzmassnahmen aufgerechnet worden. Bei den Angeboten mit Schubsicherung auf nur einer Teillänge seien die entsprechenden Mehrkosten auf die ganze Länge aufgerechnet worden, wie es in der Ausschreibung gemäss Kapitel D Ziff. 1 angekündigt worden sei. Die Kosten für die Herstellung der Rohrverbindungen sei entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin bei allen Anbietern berücksichtigt worden. Diese hätten sich aber bloss auf die spezifischen Gestehungskosten ausgewirkt, nicht aber auf den Zuschlagspreis. Bezüglich der Rohre habe die Beschwerdegegnerin insgesamt ein qualitativ besseres Angebot gemacht. Die Vorinstanz habe deshalb bei der Beschwerdeführerin die Mehrkosten für die gewünschte Ausgestaltung feststellen lassen und - wie in der Ausschreibung angekündigt - aufgerechnet. Ohne entsprechende Aufrechnung hätte ihr Angebot bei den Kriterien technische Qualität und Referenzen entsprechend abgewertet werden



müssen, womit sie sogar auf den dritten Platz abgerutscht wäre. Die Beschwerdeführerin habe sich jedoch mit den entsprechenden Aufrechnungen einverstanden erklärt. Andernfalls hätte sie die Ausschreibung selbst anfechten müssen und auch die entsprechenden Fragen der Vergabestelle nicht ohne weiteres beantwortet. Die Montagekosten schliesslich seien bei allen Anbietenden als bauseitige Kosten berücksichtigt worden. Der Zuschlag könne aber logischerweise nur auf den Offertbetrag erfolgen, womit beim Zuschlag an die Beschwerdegegnerin keine Aufrechnung enthalten sei.

D./ Der Präsident des Verwaltungsgerichts hiess das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 7. Juli 2010 gut, wobei er die Kosten für diese Zwischenverfügung der Vorinstanz auferlegte und diese verpflichtete, die Beschwerdeführerin ausseramtlich zu entschädigen. Den Entscheid begründete er damit, dass die Aufrechnungen in den unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlagen zwar im Grundsatz vorgesehen und demgemäss nicht als Änderung derselben zu werten seien. Die Ausschreibung lasse den Anbietern in Bezug auf die technische Ausgestaltung der Rohrlieferung aber einen erheblichen Spielraum offen. Mit der Zuschlagsverfügung werde zudem nicht begründet, inwiefern das von der Beschwerdeführerin offerierte System den Anforderungen an die Sicherheit nicht zu genügen vermöge bzw. weshalb die Verwendung des qualitativ besseren Vollschutzrohrs erforderlich sei. Es sei somit fraglich, ob die vorgenommenen Aufrechnungen aus technischer Sicht tatsächlich angezeigt seien, weshalb erhebliche Zweifel bestünden, ob das Angebot der Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste sei. Öffentliche und private Interessen würden nicht gegen den Aufschub des Verfahrens sprechen.

E./ Mit Stellungnahme vom 21. Juli 2010 bekräftigte die Beschwerdeführerin, dass ihr Projekt alle Kräfte im Druckrohrsystem aufnehmen könne, weshalb betreffend die Arbeitsgattung Rohrbau keine anderen als die in den Ausschreibungsunterlagen abschliessend aufgelisteten zusätzlichen baulichen Leistungen samt Kostenfolgen (Leistungen im Bereich der Verlegung und Bettung sowie Leistungen im Bereich der Aufnahme aller Kräfte im Druckrohrsystem) aufgerechnet werden dürften. Die Unterlagen würden einzig unter dem Titel Rohrverbindung Aufrechnungen zulassen. Ihr Projekt sei aber wie gesagt gerade darauf ausgerichtet, dass nicht die ganze Strecke



schubgesichert werde. Davon abgesehen würde eine entsprechende Aufrechnung ohnehin nicht Fr. 50'000.--, sondern lediglich Fr. 17'400.-- betragen, womit ihre Offerte selbst aufgerechnet am günstigsten wäre. Bei einer Druckleitung aus duktilem Gusseisen spiele es zudem keine Rolle, ob sauberes Trinkwasser oder ungereinigtes Abwasser transportiert werde. Das Leitungssystem müsse so oder so die auftretenden Kräfte sicher aufnehmen können, was mittels Schubsicherungen bei den Formstücken (Bögen, Abzweigungen und Endverschlüssen) und bei den Absperrorganen gewährleistet sei. In geraden Rohrbereichen sei dies aus technischer Sicht unnötig und verursache der Öffentlichkeit lediglich hohe Kosten. Ihre Referenzen belegten, dass sie dieses System nicht zum ersten Mal anwende. Wenn gleichwohl eine 100-prozentige Schubsicherung gewünscht gewesen wäre, hätte dies in der funktionalen Ausschreibung erwähnt werden müssen. In diesem Fall hätte sie ihre Offerte von Grund auf anders konzipiert bzw. grundsätzlich überarbeitet, da sie im Bereich der Rohre mit grossen Durchmessern mit der stabileren, allerdings auch etwas teureren Technologie der aussenliegenden Schubsicherung arbeite. Falsch sei im Übrigen, dass die Montage der angebotenen Schubsicherungen mit einem Mehraufwand verbunden sei und Fr. 250.-- pro Schubsicherungsverbindung kosten würde. Die entsprechenden Schrauben könnten einfach und schnell mit einem Akkuschauber angezogen werden. Die beiliegende Offerte belege, dass pro schubgesicherte Rohrverbindung Kosten von lediglich Fr. 140.-- anfallen würden.

Ebenfalls nicht richtig sei, dass die von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen Rohre eindeutig besser seien. Die von ihr offerierten duktilen Gussrohre aus Zink/Bitumen und aus Zink/Epoxy gehörten in die gleiche Rohrklasse und hätten den gleichen Anwendungsbereich, weshalb sie als technisch gleichwertig zu betrachten seien. Das ebenfalls offerierte Vollschutzrohr von Roll ecopur sei im Gegenteil technisch sogar wesentlich besser, zumal das Projekt der Beschwerdegegnerin an keiner Stelle ein Vollschutzrohr vorsehe. Dies werde aber in aggressiven Böden oder in Böden mit Streuströmungen empfohlen, was insbesondere im Bereich zwischen dem Kilometer 1,1 bis 2,5 nötig sei, wo die Druckleitung parallel zu einer bestehenden Gastransportleitung mit kathodischem Korrosionsschutz verlaufe. Damit sei die Aussenbeschichtung des Angebots der Beschwerdegegnerin insgesamt zu Unrecht als leicht besser bewertet worden. Demgegenüber habe die Auftraggeberin zwar erkannt,



dass ihr Angebot betreffend Innenbeschichtung leicht besser sei, in die Bewertung habe sie diese Erkenntnis aber gleichwohl nicht einfließen lassen.

F./ Die Beschwerdegegnerin machte mit Stellungnahme vom 26. August 2010 geltend, das Vertretungsverhältnis der Beschwerdeführerin sei undurchsichtig bzw. es bestünden Anhaltspunkte, dass es sich bei ihrer Rechtsvertreterin um keine unabhängige Rechtsanwältin handle. Sodann übersehe die Beschwerdeführerin, dass es bei der zu vergebenden Leitung um keine Trink- oder Rohwasserleitung mit geringem Druck handle, sondern um eine Kraftwerksleitung, die Abwasser transportiere. Aus diesem Grund sei eine Druckrohrleitung mit hoher Sicherheit und maximaler Gebrauchstauglichkeit gefragt. Die Behauptung der Gegenseite, dass es keinen Unterschied mache, ob sauberes Trinkwasser oder ungereinigtes Abwasser transportiert werde, sei geradezu verantwortungslos. Gerade dieser Unterschied mache es nötig, dass die gesamte Rohrleitung schubgesichert werde. Nur so könne ausgeschlossen werden, dass die Leitung bzw. die Verbindungen beispielsweise bei Bodensetzungen, Unterspülungen und Grabenarbeiten bersten könnten. Eine Schubsicherung über die ganze Länge sei nur deshalb nicht verlangt worden, weil eine solche nur bei Muffenrohren zur Anwendung gelange. Bei Kunststoff- oder Stahlrohren ohne Muffen, die nicht von vornherein hätten ausgeschlossen werden sollen, seien stattdessen bei den Gestehungskosten bauliche Massnahmen eingerechnet worden. Die Behauptung, die Anforderung an eine 100-prozentige Schubsicherung habe gefehlt, gehe deshalb an der Sache vorbei. Bei Muffenrohren entspreche es vielmehr dem Stand der Technik, dass bei Druckleitungen voll schubgesicherte Rohrleitungen angeboten würden. Dies gelte wie gesagt umso mehr für Abwasserableitungen, wo ein erhebliches Gefahrenpotential für die Umwelt bestehe. Die von der Beschwerdeführerin angebotenen Schubsicherungen seien ohnehin untauglich, weil diese statt auf 20 bar bei einem Rohrdurchmesser von DN 700 lediglich auf 16 bar bei einem Rohrdurchmesser von DN 600 ausgelegt seien. Während sie duktile Gussrohre K9 offeriert habe, seien die Rohre der Klasse K7/K8 der Beschwerdeführerin weniger stark und leichter. Damit enthalte das zweitplatzierte Angebot nicht nur Schubsicherungen, die den Betriebs- und Prüfdruck nicht aushalten würden, sondern auch eine Rohrstärke, die unter den Anforderungen liege. Die von ihr vorgeschlagene Schubsicherung sei demgegenüber sogar für einen Prüfdruck von 35 bar typengeprüft.



St.Galler Gerichte

Die Beschwerdeführerin liege bei ihren Druckberechnungen 20 Prozent zu tief, was geradezu fahrlässig sei.

Auch seien die Kosten für die Verlegung ihrer Rohre viel tiefer. Die vorgenommene Aufrechnung sei somit richtig und notwendig. Falsch sei, dass die von der Beschwerdeführerin angebotenen Rohre betreffend Korrosionsschutz mit den ihrigen gleichwertig seien. Vollständig an der Sache vorbei gehe die Behauptung, bei ihrem Produkt gäbe es keinen Schutz gegen Streuströme. Demgegenüber sei es richtig, dass die Innenbeschichtung ihrer Rohre zumindest in der Anfangsphase die Durchlaufmenge leicht reduziere. Der Zementmörtel und die Oberfläche würden jedoch mit der Zeit glatt werden. Dafür hätten sie den Vorteil, dass bei allfälligen Beschädigungen - anders als bei den PUR-Innenbeschichtung des Produkts der Beschwerdegegnerin - eine Art Selbstheilungsmechanismus eintrete. Allerdings rechne die Beschwerdeführerin ohnehin falsch, gehe es vorliegend doch gar nicht um eine Pumpleitung, sondern um die Ermittlung der mit dem Wasser zu erzeugenden Elektrizität.

G./ Die Vorinstanz führte am 3. September 2010 aus, dass die erst- und zweitplatzierten Anbieterinnen beide duktile Gussrohre offeriert hätten, die mit Muffen verbunden würden. Bei dieser Methode sei es unerlässlich, dass die gesamte Rohrlänge schubgesichert werde. Anders sei nicht gewährleistet, dass die Leitung alle Kräfte aufnehmen könne, weshalb das Angebot der Beschwerdeführerin entsprechend den Ausschreibungsunterlagen habe aufgerechnet werden müssen. Dies sei auch deshalb nötig geworden, weil sie es unterlassen habe, bei den hydraulischen Berechnungen nebst den Minimal- auch die Maximalverhältnisse aufzulisten. Ihre Referenzen für ebenfalls nicht auf der ganzen Länge schubgesicherte Projekte seien nicht massgebend, weil diese Anlagen andere Sicherungsmassnahmen (Ortsbetonwiderlager oder an die Tunnelwand angeschraubte Stahlkonsohlen) aufweisen würden. Jedenfalls sei es aus technischer Sicht nicht plausibel, dass erst bei Auswinklungen ab fünf Grad schubgesichert werden soll, nicht aber bei drei Grad. Auch seien die 348 Schubsicherungen weder rechnerisch nachvollziehbar noch lagemässig bestimmt. Die aufgerechneten Kosten bei der Beschwerdeführerin von Fr. 250.-- bzw. Fr. 200.-- bei der Beschwerdegegnerin pro Schubsicherung umfassten nicht nur die Herstellung der Rohrverbindung, sondern die gesamten Verlegearbeiten eines Rohrs. Der von der Beschwerdeführerin erwähnte Akkuschrauber wäre bei



St.Galler Gerichte

28 Schrauben bereits nach einer Installation leer, weshalb ein Stromanschluss samt Zusatzgerät nötig wäre. Demgegenüber werde bei der Schubsicherung der Beschwerdegegnerin lediglich ein Ring von 9 kg in die Muffe eingesetzt, bevor das nächste Rohr eingeführt werde. Die Aufrechnung erweise sich damit auch in der Höhe als angemessen.

Leider habe sie erst im Beschwerdeverfahren realisiert, dass die Beschwerdeführerin eigentlich hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil ihr Produkt nur für einen Druck bis 16 bar ausgelegt sei, derweil vorliegend mit einem Druck von mehr als 20 bar gerechnet werden müsse. Auch habe die Beschwerdeführerin nicht mindestens drei gleichartige Objekte angeben können, womit sie auch das Zuschlagskriterium Referenzen nicht erfüllt habe. Der geltend gemachte Vorteil bezüglich Pumpenleistung sei für die vorliegende Turbinenleitung völlig irrelevant. Die Verluste in der Rohrleitung seien zudem in den spezifischen Gestehungskosten eingerechnet worden. Demgegenüber müsse berücksichtigt werden, dass beim Rohrsystem der Beschwerdeführerin die aussenliegenden Schubsicherungen einem grösseren Beschädigungsrisiko ausgesetzt seien und dass ihren Rohren eine Schutzschicht fehle, weil die Aussenschicht der Rohre für die Beschichtung mit PUR sandgestrahlt werden müsse.

H./ Gegen diese Einwände brachte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. Oktober 2010 vor, die vorliegende funktionale Submission bezwecke einen Technologie- und Konzeptwettbewerb. Dabei müsse jenes Projekt obsiegen, das die gestellten Anforderungen, vorliegend die Aufnahme von Kräften im System, am günstigsten erfülle. Das von ihr offerierte Leitungssystem sei so konzipiert, dass es in jedem Fall und unabhängig vom transportierten Medium sämtliche Sicherheitsanforderungen erfülle und auftretende Kräfte vollständig aufnehmen könne. Relevant für die Berechnung und Dimensionierung der längskraftschlüssigen Muffenverbindungen seien die aus dem Innendruck resultierenden Reaktionskräfte und nicht der Innendruck an sich. Die beiliegende Stellungnahme einer unabhängigen Ingenieur-Unternehmung bestätige, dass ihre Variante dem Stand der Technik entspreche. Ausserordentliche Einwirkungen wie Grundwasser, grosses Setzungsrisiko oder erhöhte Erdbebengefahr hätten vor Ort nicht eruiert werden können und seien in der Submission auch nicht definiert worden. Ein Rohr der Wanddickenklasse K9 sei für



das vorliegende Projekt komplett überdimensioniert. In einer funktionalen Ausschreibung gehe es nicht darum, welche Technik die Vergabestelle subjektiv als verantwortbar erachte, sondern darum, welche Technologien nach den anwendbaren Normen und dem Stand der Technik die gestellten Anforderungen am zweckmässigsten erfüllen würden. Allein aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin nur noch zu 100 Prozent schubgesicherte Rohrleitungen anbiete, könne nicht geschlossen werden, dass diese Methode technisch auch notwendig sei. Ihrer Konkurrentin gehe es dabei wohl eher um die Frage der Gewinnmaximierung. Bezüglich der herrschenden Druckverhältnisse und verschiedenen Druckarten verwechsle die Beschwerdegegnerin mehrfach die Begriffe und argumentiere mit falschen Zahlen. Nicht korrekt sei insbesondere, dass ihre Druckberechnung, Linienführung oder Festlegung der notwendigen Schubsicherungen nicht zuverlässig festgelegt werden könnten. Die eingesetzten 348 Schubsicherungen seien auf Grund detaillierter Pläne und an Hand der bei der Geländebesichtigung erlangten Erkenntnisse erarbeitet und in den Plänen eingetragen worden. Auch würden sich die offerierten Schubsicherungen für den vorgesehenen Zweck bestens eignen, was eine unabhängige Ingenieur-Unternehmung bestätige und ansonsten mit einem gerichtlichen Gutachten zu bestätigen sei. Die gegenteiligen Berechnungen würden ausdrücklich bestritten. Dazu komme, dass die Beschwerdegegnerin den Typentest mit dem massgebenden Systemprüfdruck vermische und in der Formel einen falschen Multiplikator verwende. Selbst die Lieferantin der Beschwerdegegnerin stelle sich auf den Standpunkt, dass bei Auslenkungen im Rahmen von ein bis drei Grad keine Schubsicherungen nötig seien, weil die auftretenden Kräfte vollumfänglich durch den anstehenden Boden aufgenommen würden, wie ein beigelegtes Projekt zeige.

Auch sei nicht klar, was die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin mit ihrer Argumentation zur Technik bei Polygonbögen mit Kurzrohren zeigen wollten. Solche Rohre stünden konkret gar nicht zur Diskussion. Die Gefahr von Beschädigungen, die ihren Rohren mit PUR-Beschichtung angelastet werde, gelte viel eher bei den Rohren mit Zink/Epoxy- oder Zink-/Bitum-Beschichtung, welche die Beschwerdegegnerin vorgeschlagen habe. Bei den von ihr offerierten geopur-Rohren betrage die Zinkschicht nicht 150 g/m^2 , sondern mindestens 200 g/m^2 und die Bitumdeckschicht habe eine Stärke von mindestens $100 \text{ }\mu\text{m}$. Warum trotzdem eine Aufrechnung für Vollschutzrohr auf der gesamten Leitungslänge vorgenommen worden sei, sei ihr unverständlich.



St.Galler Gerichte

Genauso unklar sei, warum ihr über die gesamte Länge eine Aufrechnung für Vollschutzrohre angelastet werde, obwohl sie im Bereich der vorhandenen Gasleitung das Vollschutzrohr ecopur angeboten habe, derweil der Beschwerdegegnerin nicht einmal im Bereich, wo zwingend Vollschutzrohre eingesetzt werden müssten, etwas aufgerechnet werde. Ihr Vergleich mit dem Stromverbrauch bei einer Pumpenleistung und den beiden Innenbeschichtungen Zement/PUR sei absolut richtig. Die Stromersparung könne 1:1 in Relation zur Stromerzeugung gesetzt werden. Mit der glatteren PUR-Beschichtung könne entsprechend mehr Strom erzeugt werden, als mit der rauheren Zementbeschichtung. Dies gelte umso mehr, als der von der Beschwerdegegnerin angebotene Innendurchmesser kleiner sei. Der Einwand des Selbstheilungseffekts des Zementmörtels beziehe sich lediglich auf feine Risse.

I./ Der Gerichtspräsident ordnete am 7. Januar 2011 antragsgemäss die Begutachtung durch einen unabhängigen Sachverständigen an. Die Verfahrensbeteiligten erklärten sich mit der vorgeschlagenen Gutachterfirma einverstanden und ergänzten die vorgesehenen Expertenfragen am 19. und 21. Januar 2011, wobei die Vorinstanz erneut verlangte, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu widerrufen sei. Mit Beweisbeschluss vom 25. Januar 2011 wurde ein Ingenieurunternehmen in Winterthur mit dem Gutachten beauftragt. Gleichzeitig wies der Verwaltungsgerichtsgerichtspräsident das Gesuch um Widerruf der gewährten aufschiebenden Wirkung ab.

J./ Das Sachverständigengutachten datiert vom 29. April 2011. Die Experten kamen dabei zum Schluss, dass die von der Beschwerdeführerin angebotene Rohrleitung im unteren Teilbereich nicht nach den Regeln der Technik ausgelegt sei. Im oberen Bereich sei die offerierte Anlage nur dann genügend, wenn künftige Baumassnahmen und Durchnässungen und Hangrutschungen bzw. Hoch- und Grundwasser ausgeschlossen werden könnten. Die nötigen Nachbesserungen würden Fr. 425'740.-- kosten. Zur möglichen Beeinflussung durch die in der Nähe verlaufende kathodisch geschützte Gastransportleitung könne auf Grund der zur Verfügung stehenden Unterlagen keine abschliessenden Aussagen gemacht werden. Demgegenüber habe die Beschwerdegegnerin mit der durchgehend schubgesicherten Leitung ein fach- und normgerechtes Angebot eingereicht. Mit Blick auf das ausgeprägte Sicherheitsbedürfnis der Auftraggeberin sei ihr Angebot auch angemessen ausgelegt



St.Galler Gerichte

und nicht überdimensioniert. Auf Grund der wahrscheinlichsten Prämissen seien die beiden Angebote hinsichtlich des Schutzes vor Korrosion durch Streuströme im Boden gleichermassen geeignet. Das nicht aufgerechnete Angebot der Beschwerdeführerin übertreffe das bestplatzierte Angebot lediglich hinsichtlich des Druckverlusts der Rohrleitung mit Auswirkung auf die Stromerzeugungskosten. Das Angebot der Beschwerdegegnerin demgegenüber sei in folgenden Punkten besser zu bewerten:

- Spezifikation der Formstücke
- Aufnahme der internen Kräfte bei Richtungswechseln
- Auswahl des angemessenen Rohraussenschutzes
- Maximale Gebrauchstauglichkeit durch Sicherheit gegen nachträgliche Änderungen im Baugrund
- Maximale Gebrauchstauglichkeit durch grössere Sicherheit in Bezug auf
- die effektiven Baugrund- und Grundwasserverhältnisse
- nachträgliche Änderungen im Baugrund
- allfällige spätere Änderungen in der Leitungsführung
- allfällige spätere Änderungen in der Betriebsweise.

Bezüglich des maximalen Systembetriebsdrucks DP und des Systemprüfdrucks STP seien die Berechnungen der Beschwerdeführerin korrekt.

K./ Die Verfahrensbeteiligten nahmen am 30. bzw. 31. Mai 2011 zum Gutachten Stellung.

a) Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass sich das Gutachten auch auf Unterlagen bzw. Erkenntnisse stützte, die erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens entstanden seien. So habe sie bei ihrem Angebot nicht wissen können, dass die Leitung durch eine Unternehmerdeponie führe, dass auf den letzten 500 m vor dem Kraftwerk Morgental



St.Galler Gerichte

Grundwasser zu finden sei und dass die Vorinstanz ein "ausgeprägtes Sicherheitsbedürfnis gegenüber jeder im Einzelnen noch so unwahrscheinlichen Schwächung des Baugrundes durch Starkregen, Vernässungen, Hangrutschungen oder bauliche Eingriffe in unmittelbarer Leitungsnähe" habe. In diesem Fall hätte auch sie ein anderes Angebot abgegeben. Insbesondere hätte sie dann die Schubsicherungen anders dimensioniert und anders berechnet (Mengen- und Systemrabatte, die nicht berücksichtigt seien, wenn man den Einzelstückpreis als Grundlage für ein Gesamtangebot annehme). Auf ihre ausdrückliche Frage, ob ein geologisches Gutachten vorliege, habe die Auftraggeberin erwidert, dass die Bodenuntersuchungen erst noch durchgeführt würden. Somit habe sie von keinen ausserordentlichen Einwirkungen ausgehen müssen, ansonsten sie das Gebot der Wirtschaftlichkeit verletzt hätte. Dass selbst ohne Grundwasser im letzten Teil der Leitung auf Grund der Konsistenz des Bodens eine durchgehende Schubsicherung nötig sei, wie die Experten vorbringen würden, sehe sie anders. Den fehlenden Eignungsnachweis für die Wanddicke K8 reiche sie nach. Ferner müsse sie dem Gutachten auch insofern widersprechen, als dieses selbst im oberen Teil mit Blick auf allfällige spätere Bauarbeiten in der Nähe der Leitung Schubsicherungen verlange. Im Bedarfsfall könnten stattdessen immer noch gezielte Schutzmassnahmen ergriffen werden, was sich selbst dann noch als insgesamt günstiger erweisen würde als eine durchgehend schubgesicherte Leitung. Wenn das Gutachten entgegen ihrer Ansicht zum Schluss komme, dass die von ihr im Bereich der Gasleitung angebotene Schutzvariante ecopur nicht nötig sei, sei umso unverständlicher, weshalb die Vorinstanz bei ihrem Angebot das teurere ecopur-Rohr auf die gesamte Leitungslänge aufgerechnet habe. Damit erweise sich ihr Angebot selbst bei Berücksichtigung der akzeptierten gutachterlichen Einwände als insgesamt das kostengünstigste.

Das Angebot der Beschwerdegegnerin bewerte das Gutachten einzig deshalb als nicht überdimensioniert, weil die Auftraggeberin selbst die Gefahr von unwahrscheinlichen Einwirkungen abdecken wolle. Diese Absicht sei aber aus den Submissionsunterlagen nicht hervorgegangen. Hinsichtlich Korrosionsschutzes habe sie das beste Angebot eingereicht, wie der Geschäftsführer der Schweizerischen Gesellschaft für Korrosionsschutz im Nachhinein bestätige. Die gutachterliche Schlussfolgerung, dass ihr Angebot einzig im Punkt "Druckverlust" das Beste sei, sei deshalb falsch. Gehe man im Sinn der im Gutachten gemachten Überlegungen von einer Aufrechnung der



St.Galler Gerichte

Schubsicherungen bei ihrer Offerte aus, so sei ihr Angebot nebst dem besten Korrosionsschutz in folgenden Punkten besser oder zumindest gleichwertig:

- Aufnahme der internen Kräfte bei Richtungswechsel
- Maximale Gebrauchstauglichkeit durch Sicherheit gegen nachträgliche Änderungen im Baugrund
- Maximale Gebrauchstauglichkeit durch grössere Sicherheit in Bezug auf
- die effektiven Baugrund- und Grundwasserverhältnisse
- nachträgliche Änderungen im Baugrund
- allfällige spätere Änderungen in der Leitungsführung
- allfällige spätere Änderungen in der Betriebsweise.

a) Zusammenfassend erweise sich ihr Angebot nach Aufrechnung der Schubsicherungen bei allen entscheidenden Kriterien - ausser jenem unbeachtlichen der "Spezifikation der Bauteile" - als das bessere, wobei es das deutlich billigere sei.

b) Die Vorinstanz erstellte auf Grund der Expertise eine neue Bewertungsmatrix und kam dabei zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin nicht nur weiterhin an erster Stelle bleibe, sondern dass ihr Vorsprung sogar noch deutlich angewachsen sei.

c) Die Beschwerdegegnerin ihrerseits bringt vor, dass die Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden müsse, nachdem mit der Begutachtung feststehe, dass ihr Produkt ungeeignet sei.

L./ Zu diesen Stellungnahmen äusserten sich die Verfahrensbeteiligten letztmals am 14. bzw. 15. Juni 2011.

a) Die Beschwerdeführerin macht dabei geltend, ihr Angebot entspreche auch im oberen Teil sehr wohl dem Stand der Technik. Falls in Leitungsnähe Bauarbeiten durchgeführt werden müssten oder eine Durchnässung des Bodens bis in die



Tiefenlage der Rohrleitung eintreten würde, seien wie gesagt gezielte Schutzmassnahmen möglich, die allesamt kostengünstiger wären als eine vollständige Schubsicherung der Leitung. Den gerügten firmeninternen Eignungsnachweis habe sie bloss der guten Ordnung halber nachgereicht. Ein solcher Nachweis sei nämlich weder üblich noch in den Submissionsunterlagen verlangt worden und bis anhin überhaupt kein Thema gewesen. Ob die Beschwerdegegnerin ihrerseits einen entsprechenden Nachweis erbracht habe, sei unklar. Nicht nachvollziehbar sei weiter, warum ihr Angebot in der neuen Beurteilungsmatrix beim Kriterium "Technische Qualität" neu nur noch mit 20 statt mit 23 Punkten bewertet werde. Auch habe die Vorinstanz ihr Angebot bezüglich Referenzen nachträglich mit 12,5 Punkten schlechter eingestuft, obwohl sie wie verlangt drei gleichwertige Objekte angegeben habe. Aus den Unterlagen lasse sich nämlich nichts entnehmen, dass die Gleichartigkeit an die Aussenbeschichtung geknüpft werde. Die Anbieter hätten davon ausgehen dürfen, dass die Aussenbeschichtung keinen Einfluss auf die Anzahl Referenzen haben würde. Jedenfalls sei kein derart grosser Abzug gerechtfertigt.

b) Die Vorinstanz ihrerseits macht darauf aufmerksam, dass die Beschwerdeführerin entgegen der Annahme im Gutachten von Montagekosten von lediglich Fr. 50.-- statt Fr. 105.-- ausgehe. Demgegenüber seien ihre Pläne auch nach der Ausschreibung grundsätzlich unverändert geblieben. Sie habe die Unterlagen lediglich den neuen Daten angepasst. Dazugekommen sei die Deponie, die zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch unbekannt gewesen sei. Dass im letzten Bereich Grundwasser vorkomme, sei zwar ebenfalls nicht von Anfang an bekannt gewesen, die Beschwerdeführerin hätte dies aber selber merken müssen. Der erst am Schluss des Beweisverfahrens nachgereichte Eignungsnachweis sei verspätet und damit aus dem Recht zu weisen. Zur Aufrechnung des ecopur-Rohres sei zu sagen, dass diese die Beschwerdeführerin vor einem Ausschluss gerettet habe, weil sie für das gewählte Rohr geopur keine genügenden Referenzen eingereicht habe.

c) Laut Beschwerdegegnerin bestätige die Bewertungsmatrix, welche die Vorinstanz auf Grund des gerichtlichen Gutachtens neu erstellt hat, dass sie den Zuschlag zu Recht erhalten habe. Die nachgereichte interne Typenprüfung der Beschwerdeführerin vom 11. März 2011 habe es im Zeitpunkt der Submission noch gar nicht gegeben. Als internes Papier der Beschwerdeführerin sei es auch gar nicht nachvollzieh- und



verwertbar. Die nach Angebotsabgabe in das Verfahren eingeflossenen Dokumente würden an der Ausgangslage der Vorinstanz und der Projektgrundlagen aber auch nichts ändern. Die Beschwerdeführerin müsse akzeptieren, dass sie ein ungenügendes Angebot abgegeben und es offensichtlich verpasst habe, mit Varianten zu arbeiten. Dies könne heute ebenso wenig nachgeholt werden wie ein unzulässiger Systemrabatt oder weitere Verbesserungen bzw. einem Eignungsnachweis, der erst am Ende des gerichtlichen Beweisverfahrens erstellt worden sei.

M./ Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. (...).
2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit 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 wird somit nur geprüft, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Solange die Behörde ihren Entscheid innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums getroffen hat, ist dem Verwaltungsgericht eine Korrektur hingegen verwehrt, selbst wenn es einen anderen Entscheid ebenfalls als zweckmässig oder sogar als angemessener erachtet. Die Behörde darf aber nicht willkürlich entscheiden, sondern ist an die in Verfassung und Gesetz enthaltenen Rechtsgrundsätze gebunden. Im Streitfall bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht den Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren hat, wenn diese beim Erlass der Zuschlagsverfügung von sachlichen und vernünftigen Überlegungen ausging, die im Einklang mit Sinn und Zweck des Gesetzes stehen (vgl. statt vieler GVP



1999 Nr. 37, S. 108 mit Hinweisen; VerwGE B 2008/161 vom 19. Februar 2009 E. 2., in: www.gerichte.sg.ch).

Aus Art. 16 IVöB leitet das Verwaltungsgericht des weiteren in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüft, sondern vom Beschwerdeführer im einzelnen darzulegen ist, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Ein Beschwerdeführer muss in seiner Eingabe dartun, in welchen Punkten der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht oder Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (vgl. GVP 1999 Nr. 37, S. 108 mit Hinweisen).

3. Nach Art. 20 lit. b der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) enthalten die Ausschreibungsunterlagen wenigstens den Gegenstand und Umfang des Auftrags.

3.1. In der Regel umschreiben Vergabestellen den Gegenstand und den Umfang der zu erbringenden Leistungen möglichst genau und detailliert. Je klarer und vollständiger die Leistungsbeschreibung ist, desto eher entsprechen eingehende Angebote den konkreten Vorstellungen des Auftraggebers. Dies muss die Anbieter aber auch nicht daran hindern, eigene Unternehmervarianten und Teilangebote einzureichen, die von der Amtslösung abweichen. Der Auftraggeber ist allerdings nicht verpflichtet, diese auch zu berücksichtigen, wenn in den Ausschreibungsunterlagen nichts anderes vorgesehen ist (Art. 27 VöB).

3.2. Vergabestellen können sich aber auch darauf beschränken, die Anforderungen an die Resultate oder an die Funktionen der geforderten Leistungen zu umschreiben. Diese Art der Umschreibung wird funktional oder final genannt. Gibt der Auftragsgeber einen detaillierten Leistungskatalog vor, lässt jedoch einzelne Aspekte offen, spricht man beim offen formulierten Teil von einer funktionalen Leistungsbeschreibung (M. Fetz, Die funktionale Ausschreibung - Aktivierung des Bieter-Knowhows, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, Rz. 7 ff.).



3.2.1. Die Beschaffung wird vor allem dann funktional ausgeschrieben, wenn der Auftraggeber das Sachwissen und die Kreativität der Anbieter nutzen will. Durch die offen gehaltene Umschreibung versucht er, das Mehrwissen der Anbieter abzuschöpfen. Der Nachteil der funktionalen Ausschreibung ist aber, dass Vergabestellen die Strategie, wie sie ihr Ziel erreichen wollen, in die Hände der Anbieter übergeben müssen (Fetz, a.a.O., Rz. 12). Während die konventionelle Ausschreibungsmethode mit genauem Leistungsverzeichnis grundsätzlich zur Anwendung gelangt, kommt der funktionalen Ausschreibungsmethode der Charakter einer Ausnahmeregelung zu (Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 250). Ein wesentliches Problem besteht nämlich darin, dass die verschiedenen Eingaben nur schwer miteinander verglichen werden können und auch eine Überprüfung der Vergabe nur mit viel Aufwand möglich ist, was die Gefahr von Ungleichbehandlung erhöht.

3.2.2. Eine funktionale Leistungsbeschreibung lohnt sich somit regelmässig nur dann, wenn die Kreativität und Innovation ein wichtiger Bestandteil der zu erbringenden Leistung ist. In der Praxis bedienen sich Vergabestellen der funktionalen Leistungsbeschreibung vor allem bei Beschaffungen, in denen Lösungswege oder -konzepte gesucht werden. Hat der Auftraggeber jedoch konkrete Vorstellungen, wie er die Aufgabe erfüllt haben will, wirkt sich die funktionale Umschreibung nicht selten kontraproduktiv gegen ihn aus. Je nachdem fehlt es ihm dann nämlich an einem Grund, Anbieter mit anderen Lösungsansätzen schlechter zu bewerten oder allenfalls sogar auszuschliessen. Will er an seinen konkreten (allerdings nicht kommunizierten) Vorstellungen festhalten, bleibt in diesem Fall einzig der Weg über einen Abbruch und eine Wiederholung des Verfahrens. Die funktionale Leistungsbeschreibung dient somit einzig der Innovationsförderung und nicht der Bequemlichkeit des Auftraggebers (Fetz, a.a.O., Rz. 17 f.).

3.2.3. Angesichts des bedeutenden Nachteils, dass die funktionale Ausschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote reduziert und damit die Gefahr für die Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips schafft, sind Vergabebehörden bei dieser Ausschreibungsart verpflichtet, in den Ausschreibungsunterlagen zumindest die bekannten technischen, wirtschaftlichen, ästhetischen oder funktionsbedingten Eckwerte zu Handen der Anbieter zu umschreiben (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O.,



Rz. 258). Ungenügend wäre in dieser Hinsicht etwa die Ausschreibung, die sich damit begnügt, vage Planungs- und Bauziele zu nennen (BR Sonderheft 2006, S. 73). Sind dagegen die Eckwerte noch nicht bekannt, weil die möglichen Lösungen erst erarbeitet werden müssen, muss zumindest das Ziel derart klar und neutral umschrieben werden, dass wenigstens der Beschaffungsbedarf erkennbar wird.

3.2.4. Auch bei der funktionalen Ausschreibung liegt es im Ermessen des Auftraggebers, die Gestaltungsfreiheit der Anbieter auf bestimmte Bereiche einzugrenzen. So kann eine Beschaffung Anforderungen enthalten, die zwingend zu erfüllen sind, selbst wenn die genannten Eckwerte noch nicht bekannt sind. Auch müssen die zwingend zu erfüllenden Anforderungen nicht einzeln aufgezählt werden. Es genügt, wenn sie aus der Zielumschreibung deutlich erkennbar werden (Fetz, a.a.O., Rz. 26 f.; BR 2/2010 S. 108).

3.2.5. Weiter muss die zu erfüllende Aufgabe soweit konkretisiert sein, dass die Vergleichbarkeit allfälliger Angebote gewährleistet bleibt. Dabei muss der Auftraggeber die Aufgabe nicht dermassen genau spezifizieren, dass die Angebote von Beginn weg vergleichbar sind. Sie können auch noch während des laufenden Verfahrens im Rahmen von Bereinigungen oder Frage-und-Antwort-Runden vergleichbar gemacht werden. Aus diesem Grund wird eine Beschwerde gegen eine funktionale Ausschreibung in der Regel scheitern, wenn sie einzig mit dem Argument begründet wird, der Beschaffungsbedarf sei zu ungenau oder missverständlich umschrieben. Auch das Gleichbehandlungsgebot kann es gebieten, dass der Auftraggeber Unklarheiten einer Offerte durch Rückfragen klärt. Dabei muss er aber die Anbieter informieren, wenn er im laufenden Verfahren zu neuen Erkenntnissen kommt und die bereits bekannten Anforderungen präzisieren will (Fetz, a.a.O., Rz. 27 ff.). Die Anbieter müssen insbesondere die Möglichkeit erhalten, auf die zusätzlichen Anforderungen noch reagieren zu können, wobei ihnen auch weiterhin tatsächlich und nicht nur vermeintlich ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbleiben muss, andernfalls sie getäuscht würden (Galli/Moser/Clerc, a.a.O., Rz. 258).

4. Nach Art. 34 Abs. 1 VöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag.



4.1. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten. Bei der Wirtschaftlichkeit werden neben dem Preis regelmässig weitere Kriterien berücksichtigt (GVP 1999 Nr. 37, S. 108 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine beispielhafte Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Erfahrung sowie Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung. 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 weiterer Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Das Verwaltungsgericht kann nur eingreifen, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser Acht gelassen oder fehlerhaft angewendet wurden (GVP 2006 Nr. 58, S. 187).

4.2. Im Gegensatz zur Submission mit einem detailliert vorgegebenen Leistungsverzeichnis müssen Anbieter bei einer funktional ausgestalteten Leistungsbeschreibung versuchen, die offen gehaltene Aufgabe bestmöglich zu erfüllen. Sie haben nicht nur Konditionen durchzurechnen, sondern auch die beste Lösung für ein vom Auftraggeber gestelltes Problem zu präsentieren. In einer funktional gehaltenen Beschaffung ist das wirtschaftlich günstigste Angebot daher gleichzeitig auch das zweckmässigste (Fetz, a.a.O. Rz. 31 f.).

4.3. Welches das zweckmässigste Angebot ist, wird unter Beizug verschiedener Kriterien ermittelt. Die Zuschlagskriterien werden dabei so gewählt, dass die Angebote mit ihnen bewertet und rangiert werden können. Die Aufgabe, mess- und überprüfbare Kriterien auszugestalten, ist bei funktionalen Ausschreibungen besonders schwierig. Es stellt sich dabei regelmässig die Frage, wie man Äpfel und Birnen vergleichen und bewerten soll. Der Auftraggeber muss hierfür Kriterien wählen, mit denen er überprüfen kann, wie gut die von ihm gestellte Aufgabe von unterschiedlichsten Lösungsansätzen erfüllt wird. In der Praxis werden dafür oft weiche Kriterien gewählt, die sich durch einen hohen Grad an Subjektivität bei der Bewertung auszeichnen. Solche Zuschlagskriterien sind durchaus vergaberechtskonform, solange der Auftraggeber diese transparent und nicht diskriminierend ausübt. So gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz zum Einen, dass derselbe Bewertungsmaassstab auf alle Angebote angewendet wird. Zum Anderen verlangt das Transparenzgebot, dass



St.Galler Gerichte

Vergabestellen, wenn sie offene oder unbestimmte Kriterien verwenden, dies zu umschreiben haben. Bei der Kriterienauswahl versuchen Vergabestellen zudem oftmals der Tatsache Rechnung zu tragen, dass sich innovative Lösungsvorschläge durch hohe Anschaffungs-, aber tiefere Betriebs-, Unterhalts- und Entsorgungskosten auszeichnen. Aus diesem Grund wählen sie nicht den Preis als Zuschlagskriterium, sondern das Kriterium der Lebensdauer- bzw. Lebenswegkosten (Fetz, a.a.O., Rz. 33).

5. Gegenstand der vorliegenden Submission ist die Lieferung von Druckrohren und Druckrohrformstücken für den Bau einer ungefähr 5 km langen Leitung einer Kraftwerksanlage. Das Leistungsverzeichnis lässt dabei wesentliche Aspekte offen, womit ein funktionaler Leistungsbeschreibung vorliegt.

5.1. Die Ausschreibungsunterlagen sehen in Kapitel E. insbesondere vor, dass das Rohrmaterial, der Rohrdurchmesser, die zulässige maximale Fliessgeschwindigkeit, die maximal zulässige Anzahl von Druckstufen, die Richtungswechsel horizontal und vertikal (max. 30 Grad) und die Rohrverbindungen und die Aufnahme der auftretenden Kräfte von den Anbietern vorzuschlagen seien. In Kapitel D Ziff. 1 wird hinsichtlich der Wertung der Angebote bestimmt, dass das Planerteam die eingereichten Offerten mit folgenden Massnahmen auf einen vergleichbaren Stand bringen werde:

- Systemtechnische und qualitätsmässige Beurteilung und Bewertung.
- Ermitteln von notwendigen zusätzlichen baulichen Leistungen und deren Kostenfolgen für einen vergleichbaren Kostenstand der Arbeitsgattung Rohrbau (Rohrlieferung plus spezielle Massnahmen für die Verlegung und Rohrbettung, plus spezielle Massnahmen für Aufnahme aller Kräfte im Druckrohrsystem).
- Beurteilung und Auswertung der hydraulischen Berechnung der Anbieter und Wertung in wirtschaftlicher Hinsicht bezüglich möglicher Stromproduktion.
-

Während der Phase der Prüfung und Wertung der Angebote können für technische Bereinigungen Gespräche mit den Anbietern geführt werden.



5.2. Nach Kapitel D Ziff. 4 erfolgt die Vergabe des Liefervertrags nach folgenden Kriterien:

- Spezifische Gestehungskosten: Gesamtkosten Rohrlieferung und aufgerechnet alle zusätzlichen bauseitigen Leistungen sowie Wertung der Wirtschaftlichkeit bezogen auf die mögliche Stromproduktion im Kraftwerk: [50 %]
- Technische Qualität, nachhaltige Sicherheit und maximale Gebrauchstauglichkeit: [25 %]
- Referenzen: [25 %]

Über die Erfüllung der technischen Anforderungen und der nachhaltigen Sicherheit sowie über die Wertung der Wirtschaftlichkeit entscheidet die Bauherrschaft zusammen mit dem verantwortlichen Planerteam.

5.3. Das Leistungsverzeichnis wurde deshalb offen formuliert, weil grundsätzlich verschiedene Rohrmaterialien in Frage kommen und sich die Vorinstanz nicht von vornherein auf ein System festlegen wollte. Je nach Methode sind dabei unterschiedliche Sicherungsmassnahmen wie Schubsicherungen oder Betonwiderlager zu wählen. Zudem fallen je nach Art der gelieferten Druckrohre und Druckrohrformstücke bauseitig verschiedene Arbeiten mit entsprechenden Kosten an. Dementsprechend hat die Vergabestelle in Aussicht gestellt, dass sie solche zusätzliche Massnahmen samt den entsprechenden Kostenfolgen für einen vergleichbaren Kostenstand der Arbeitsgattung ermitteln und entsprechend aufrechnen werde. Auf Grund der Gewichtung musste sodann geschlossen werden, dass die Vergabestelle nicht in erster Linie das qualitativ beste Rohrleitungssystem sucht (25 Prozent), sondern dasjenige mit den tiefsten Gestehungskosten (50 Prozent). Voraussetzung für eine Bewertung überhaupt ist, dass der Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann bzw. geeignet ist. Obschon sich die Eignungskriterien auf die Person des Anbieters beziehen, müssen sie dessen ungeachtet in einem direkten und konkreten Bezug zur Leistung stehen, die zu erbringen ist, und zwar in dem Sinn, dass sie sich auf die zur erfolgreichen Erbringung



dieser Leistung notwendigen Qualifikation beziehen müssen (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 348). In diesem Zusammenhang verlangt die Vergabestelle in Kapitel D. Ziff. 3.1 der Ausschreibungsunterlagen, dass die Anlage die technischen Anforderungen für Druckrohre gemäss den Vorgaben bezüglich dem zu transportierenden Medium (heute und in Zukunft) und die geometrischen und hydraulischen Randbedingungen zur Ausbildung einer Druckrohrleitung mit hoher Sicherheit und maximaler Gebrauchstauglichkeit erfülle. Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (Art. 12 lit. a VöB).

5.4. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin haben duktile Gussrohre angeboten, die erstere für vier Fünftel der Gesamtlänge ein Geopur-Rohr bzw. für einen Fünftel das qualitativ bessere Rohr Ecopur, die Beschwerdegegnerin ein flammverzinktes Gussrohr mit Epoxidharzanstrich für die gesamte Länge. Die Beschwerdegegnerin sah zudem vor, die gesamte Rohrstrecke mit Schubsicherungen zu versehen, während beim Projekt der Beschwerdeführerin nur Richtungsänderungen ab drei Grad gesichert werden sollen, da ihrer Ansicht nach längskraftschlüssige Verbindungen mit Schubsicherungen bei Auswinklungen in den Muffen in geraden Rohrbereichen unnötig sind.

5.4.1. Nach Auffassung der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin entsprechen einzig über die gesamte Strecke schubgesicherte Leitungen dem heutigen Stand der Technik. Ohne entsprechende Sicherungen sei insbesondere nicht gewährleistet, dass die Rohre alle Kräfte aufnehmen könnten, wenn diese nicht mehr voll in den Boden übertragen würden. Dies wäre etwa bei Überschwemmungen, Hangrutschen, Erosionen und Erdbeben der Fall.

Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin die Meinung, dass ein Leitungssystem nicht in jedem Fall auf der gesamten Länge schubgesichert werden müsse. Sie macht dafür geltend, dass sie die Verhältnisse vor Ort abgeklärt und dabei festgestellt habe, dass - vom Umstand abgesehen, dass die Abwasserleitung in einem Teilstück neben einer nahen Gasleitung zu liegen komme - keinerlei Anhaltspunkte für besonders



schwierige geologische Verhältnisse vorhanden seien. Die Vergabestelle macht hinsichtlich Sicherung insbesondere geltend, dass in der Leitung nicht etwa sauberes Trinkwasser, sondern unbehandeltes Abwasser transportiert werde.

5.4.2. Das gerichtliche Gutachten kommt in diesem Zusammenhang zum Schluss, dass die von der Beschwerdeführerin angebotene Rohrleitung, die auf den letzten 500 m nicht vollständig schubgesichert ist, nicht den Regeln der Technik entspricht. In diesem Bereich ist vielmehr eine vollständige Sicherung der Leitung nötig, weil die Druckleitung hier in einem bindigen Boden im Grundwasser bzw. in einem Lehmboden mit weicher bis mässig steifer Konsistenz zu liegen kommt. Dieser Umstand war im Zeitpunkt der Ausschreibung zwar noch nicht bekannt, die Anlage war aber mit Blick auf die Eignungskriterien von den Anbietern so auszulegen, dass ihre Anlagen die technischen Anforderungen in jedem Fall mit hoher Sicherheit erfüllen. Der Beschwerdeführerin war dabei bekannt, dass im Zeitpunkt der Ausschreibung noch kein geologisches Gutachten vorgelegen hatte, weshalb sie die erforderlichen Bodenuntersuchungen selbst, wenn auch - wie sich nachträglich herausgestellt hat - ungenügend vorgenommen hat. Falls sie dabei der Meinung gewesen wäre, dass die Ausschreibung ohne verbindliche Bodenuntersuchungen mangelhaft gewesen sei, hätte sie dies vorab rügen und gegen die Ausschreibung selbst Beschwerde erheben müssen (Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB) und nicht erst im Zusammenhang mit der vorliegenden Beschwerde gegen den Zuschlag (VerwGE B 2010/165 vom 9. November 2010 E. 4.5., in: www.gerichte.sg.ch). Ob es sinnvoll war, den Boden erst nach Ausschreibung der Rohrleitung zu untersuchen, mag dahingestellt bleiben. Nachdem sich die Beschwerdeführerin mit dem gewählten Vorgehen einverstanden erklärt und von Anfang an gewusst hat, dass sie die erforderlichen geologischen Abklärung selber vorzunehmen hatte, um eine, wie in den Ausschreibungsunterlagen verlangt, betriebssichere Anlage offerieren zu können, kann sie sich nicht nachträglich darauf berufen, sie habe im Rahmen der funktionalen Ausschreibung davon ausgehen dürfen, der Untergrund biete keinerlei Schwierigkeiten.

5.4.3. Das Gutachten stellt sodann fest, dass die Anlage der Beschwerdeführerin im oberen Bereich, wo der Boden verdichtbar und tragfähig ist, grundsätzlich sicher betrieben werden könnte. Dies gilt aber nur bedingt und lediglich unter der Annahme, dass sich die Rahmenbedingungen nicht verändern. Insbesondere müsste



ausgeschlossen werden können, dass in unmittelbarer Nähe der Leitung während des Betriebs Grabarbeiten durchgeführt werden und sich der Boden bei anhaltendem Regen nicht aufweicht bzw. dass Hangrutschungen erfolgen. Die Beschwerdeführerin hat aber keine entsprechenden Zusicherungen geleistet. Sie verweist in diesem Zusammenhang einzig auf die Möglichkeit, dass bei allfälligen Grabarbeiten in Leitungsnähe kostengünstige Sicherungsmassnahmen getroffen werden könnten bzw. die Rohrleitung ausser Betrieb genommen werden müsste. Dies verträgt sich aber gerade nicht mit den Eignungskriterien, wonach von der gewünschten Anlage eine maximale Gebrauchstauglichkeit verlangt wird. Allfällige Vernässungen und Hangrutschungen erachtet die Beschwerdeführerin deshalb als unbeachtlich, weil in den Ausschreibungsunterlagen davon nicht ausdrücklich die Rede gewesen sei. Dabei übersieht sie aber, dass die Vergabestelle bereits in der Ausschreibung explizit eine Druckleitung mit hoher Sicherheit verlangt hat, was mit Blick auf die klimatischen Verhältnisse in der Ostschweiz selbstredend auch Überlegungen zu längeren Regenperioden mit heftigen und langandauernden Niederschlägen nötig machte.

5.5. Aus dem Gesagten folgt, dass sich das Angebot der Beschwerdeführerin als unzweckmässig im Sinn der vorliegenden Ausschreibung erweist. Nachdem die Beschwerdeführerin selbst nach Rückfragen der Vergabestelle klar zum Ausdruck gebracht hat, dass sie ihr Projekt nicht nachbessern werde, hatte sie als in technischer Hinsicht ungeeignete Anbieterin unberücksichtigt zu bleiben. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin zwar nicht formell ausgeschlossen, ihr Angebot hat sie aber gleichwohl nicht bewertet bzw. dieses stark abgeändert und sodann nur diese Version - und zwar gegen den erklärten Willen der Beschwerdeführerin - geprüft. Damit wurde die Beschwerdeführerin zumindest faktisch ausgeschlossen. Mithin liegt ihr Ausschluss in Bezug auf ihr tatsächliches Angebot nicht eigentlich ausserhalb des im Anfechtungsobjekt enthaltenen Gegenstands, womit das Gericht auch nicht erstmals im Beschwerdeverfahren über die Eignung bzw. den Ausschluss der Beschwerdeführerin entscheiden muss, was unzulässig wäre (VerwGE B 2010/37 vom 15. April 2010 E. 1, in: www.gerichte.sg.ch). Davon abgesehen wäre es der Vergabestelle aber auch nicht verwehrt, der beim Zuschlag unterlegenen Anbieterin erstmals im Beschwerdeverfahren auf Grund einer vertieften Beurteilung der Eignungsnachweise die Eignung abzusprechen. Entscheidend ist dabei einzig, dass die nachträgliche Eignungsprüfung in Bezug auf die darin involvierten Anbietenden nach



St.Galler Gerichte

gleichen Gesichtspunkten und nach gleichen Massstäben erfolgt (Galli/Moser/Lang/ Clerc, a.a.O., Rz. 353 mit Hinweis).

6. Statt die Beschwerdeführerin vorweg vom Vergabeverfahren formell auszuschliessen, hat die Vergabestelle das ungeeignete Angebot wie gesagt unbewertet gelassen und dafür die Offerte den eigenen Vorstellungen entsprechend angepasst und hochgerechnet. Die Grundlage dafür sieht sie in lit. D Ziff. 1 der Ausschreibungsunterlagen, wonach das Planerteam das Recht habe, notwendige zusätzliche bauliche Leistungen und deren Kostenfolgen für einen vergleichbaren Kostenstand der Arbeitsgattung Rohrbau zu ermitteln, um die eingereichten Angebote auf einen vergleichbaren Stand zu bringen.

6.1. Bei diesem Vorgehen übersieht die Vorinstanz jedoch, dass ihr die erwähnte Bestimmung im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung einzig die Möglichkeit einräumen kann, die unterschiedlichen Angebote im Rahmen von Fragen und Antworten bei den Anbietern vergleichbar zu machen. Dabei ist es insbesondere nicht zulässig, die Offerten der verschiedenen Anbieter gegen deren ausdrücklichen Willen in konzeptioneller Hinsicht abzuändern, eigenmächtig Leistungen hinzu zu rechnen, dabei mutmassliche Ansätze einzusetzen und das so nach eigenem Gutdünken zusammengestellte Projekt den Urhebern des Ursprungsangebots zuzurechnen. Vielmehr hätte sie der Anbieterin im Rahmen von lit. D Ziff. 1 Gelegenheit geben müssen, auf allfällige zusätzliche Anforderungen selber reagieren zu können bzw. allfällige eigene Lösungsvorschläge vorzubringen und ihr Angebot von Grund auf neu zu berechnen, ansonsten ihr Gestaltungsraum in unzulässiger Weise eingeschränkt wird. Im Beschwerdeverfahren hat sich denn auch bezeichnenderweise gezeigt, dass sich die von der Vorinstanz auf eigene Faust ergänzten Zusatzmassnahmen zum Teil als unnötig erwiesen haben, womit auch die entsprechend aufgerechneten Kosten unhaltbar sind.

6.2. Schreibt eine Vergabestelle den zu beschaffenden Auftrag final aus, muss es der Anbieterin folglich in jedem Fall überlassen bleiben, selber aufzuzeigen, mit welchen Strategien, Massnahmen und Kosten sie das ausgeschriebene Ziel - allenfalls ergänzt mit den nachträglich verlangten Bereinigungen - erreichen will. Darin eingeschlossen ist auch ihr Entscheid, ob sie ihre Offerte überhaupt "nachbessern" bzw. abändern will.



Denn bei der funktionalen Leistungsbeschreibung bleibt es Sache der Anbieter, den Lösungsweg bzw. das Lösungskonzept für das ausgeschriebene Ziel zu suchen. Hat die Vergabestelle dagegen eine eigene konkrete Vorstellung davon, wie sie die Aufgabe erfüllt haben will, bleibt ihr der konventionelle Weg über die Leistungsbeschreibung, ansonsten es ihr schwer fallen dürfte, Anbieter mit einem anderen Lösungsweg schlechter zu bewerten oder gar auszuschliessen. Dies ist mit ein Grund, weshalb die Praxis nur zurückhaltend von der finalen Ausschreibungsmethode Gebrauch macht.

6.3. Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz das vorliegende Angebot der Beschwerdeführerin nicht gegen den erklärten Willen der Anbieterin hätte abändern und nach eigenem Gutdünken weitere Leistungen hinzurechnen dürfen, welche diese gar nicht offerieren wollte. Demgegenüber hatte die Vergabestelle die Möglichkeit, die verschiedenen Offerten bezüglich ihrer ungleichen Qualitäten unterschiedlich zu bewerten. Gerade im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung kann es sachgerecht sein, einzelne Eigenschaften höher einzustufen, selbst wenn das Beschaffungsziel von allen Anbietern erreicht wird. Dabei ist es unnötig, in der Ausschreibung bei sämtlichen Kriterien darauf aufmerksam zu machen, dass eine bessere Qualifikation in einzelnen Bereichen zu einer höheren Bewertung führen werde. Die Vorinstanz hätte im Gegenteil ausdrücklich darauf hinweisen müssen, dass die Erfüllung gewisser Mindestanforderungen ohne weiteres eine maximale Bewertung zur Folge haben würde (VerwGE B 2010/90 vom 30. November 2010, E. 5.5.1. mit Hinweisen, in: www.gerichte.sg.ch). Ein solcher Hinweis fehlt hier aber. Mit Blick auf das Leistungsverzeichnis ist es daher grundsätzlich zulässig und sachgerecht, dass die Vergabebehörde bei der Prüfung des Zuschlagskriteriums "Technische Qualität, nachhaltige Sicherheit und maximale Gebrauchstauglichkeit" das Leitungssystem der Beschwerdegegnerin besser bewertet hat. Im vorliegenden Fall, wo ungereinigtes Abwasser transportiert werden soll, ist es nachvollziehbar, dass die Vorinstanz eine 100-Prozent schubgesicherte Leitung und Rohre von besonders hoher Qualität als besser erachtet als eine Offerte, die nur gerade den Stand der Technik berücksichtigt. Allerdings hat sich die bessere Bewertung einer allfälligen Überdimensionierung insofern relativiert, als die Qualität nur doppelt so hoch gewichtet wurde wie die spezifischen Gestehungskosten (Ausschreibungsunterlagen lit. D. Ziff. 4 der Ausschreibungsunterlagen).



7. Zusammengefasst durfte die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdeführerin entsprechend der funktionalen Leistungsbeschreibung nicht nach eigenem Gutdünken zu einem ihr passend erscheinenden Standard hochrechnen. Vielmehr hätte sie die beiden Angebote entsprechend ihrer unterschiedlichen Qualität ungleich bewerten müssen. Andernfalls hätte sie den Anbieterinnen Gelegenheit geben müssen, selbst ein Angebot zu erstellen, das die gewünschten Eckpunkte erfüllt. Allerdings hat sich auf Grund des gerichtlichen Beweisverfahrens ergeben, dass die Vorinstanz das Ursprungsangebot der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bewertet hat, nachdem sich diese dagegen gewehrt hat, ihre Offerte nach den Regeln der Technik auszulegen bzw. nachzubessern. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

8. (...).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von insgesamt Fr. 26'503.90 bezahlt die Beschwerdeführerin. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- wird angerechnet.

3./ Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Beweis- und Hauptverfahren insgesamt mit Fr. 10'000.--.

Die Beschwerdeführerin wird nicht ausseramtlich entschädigt.



V. R. W.

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwältin D. S.)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwältin lic. iur. D. L.)

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.