



**Fall-Nr.:** B 2011/191  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 14.02.2012  
**Entscheiddatum:** 14.02.2012

### **Urteil Verwaltungsgericht, 14.02.2012**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 34 Abs. 3 VöB (sGS 841.11). Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB müssen alle Zuschlagskriterien mit allfälligen Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt gegeben werden. Konkret wurde diese Vorschrift verletzt, was zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung führt (Verwaltungsgericht, B 2011/191).**

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Ersatzrichterin lic.iur. Daniela Gmünder Perrig; Gerichtsschreiber Dr. H. Fenners

---

In Sachen

Montagen AG TCH, Fährhüttenstrasse 13, 9477 Trübbach,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Markus Möhr, Scheffelstrasse 1, 9000 St. Gallen,

gegen

Kraftwerk Stoffel AG, Vadianstrasse 50, 9001 St. Gallen,



## St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kurt Steiner, Sonnenstrasse 5, Postfach, 9004 St. Gallen,

und

Fäh Maschinen- und Anlagebau AG, Leimen, 8750 Glarus,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Gesamtanierung Kraftwerk Steigs, Mels, Lose 1 und 3 (Stahlwasserbau)

### **hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ Die Kraftwerk Stoffel AG, St. Gallen, ist Eigentümerin des Kraftwerks Steigs in Mels. Das Kraftwerk soll einer Gesamterneuerung unterzogen werden. Zu diesem Zweck schrieb die Kraftwerk Stoffel AG die diesbezüglichen Stahlwasserbauarbeiten (Lose 1 und 3) im offenen Verfahren aus. Innert der Angebotsfrist bis zum 21. Januar 2011 gingen drei Angebote von drei Anbietern ein. Die Offertöffnung fand am 24. Januar 2011 statt. Nach der Offertöffnung wurden zwecks Bereinigung der Angebote mit allen Anbietern Unternehmergegespräche durchgeführt. Mit Verfügung vom 29. März 2011 erhielt die Fäh Maschinen- und Anlagebau AG, Glarus, den Zuschlag zu einem Preis von Fr. 1'067'130.--. Dagegen erhob die Montagen AG TCH, Trübbach, deren Angebot nicht berücksichtigt worden war, mit Eingabe vom 14. April 2011 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Mit Verfügung vom 4. Mai 2011 widerrief die Kraftwerk Stoffel AG die Zuschlagsverfügung vom 29. März 2011, worauf das Verwaltungsgericht die Beschwerde mit Entscheid vom 19. Mai 2011 als gegenstandslos abschrieb. Mit



## St.Galler Gerichte

Verfügung vom 5. September 2011 erteilte die Kraftwerk Stoffel AG den Zuschlag für die Stahlwasserbauarbeiten erneut an die Fäh Maschinen- und Anlagebau AG. Der Zuschlag erging zu einem bereinigten Angebotspreis von Fr. 1'069'580.-- (exklusiv Mehrwertsteuer).

B./ Gegen die Zuschlagsverfügung vom 5. September 2011 erhob die Montagen AG TCH mit Eingabe vom 16. September 2011 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit folgenden Anträgen:

"1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

2. Der Vergabeentscheid der Kraftwerk Stoffel AG vom 5. September 2011 sei aufzuheben, und es sei

- festzustellen, dass die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot offeriert hat und es sei ihr daher der Zuschlag zu erteilen;

- allenfalls die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen;

3. Eventuell sei die Vorinstanz zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz zu leisten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Die Kraftwerk Stoffel AG und die Fäh Maschinen- und Anlagebau AG wurden daraufhin mit verfahrensleitender Verfügung vom 20. September 2011 aufgefordert, zum Begehren um aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen. Beide verzichteten auf eine diesbezügliche Stellungnahme. Entsprechend erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts mit Verfügung vom 26. September 2011 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung, untersagte der Kraftwerk Stoffel AG einstweilen den Vertragsschluss und lud die Kraftwerk Stoffel AG sowie die Fäh Maschinen- und Anlagebau AG ein, innert einer Frist bis 12. Oktober 2011 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen.



## St.Galler Gerichte

Die Kraftwerk Stoffel AG und die Föh Maschinen- und Anlagebau AG liessen sich mit Eingaben vom 12. Oktober 2011 vernehmen. Sie stellten jeweils Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Am 14. Oktober 2011 wurden dem Rechtsvertreter der Montagen AG TCH die Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zugestellt. Gleichzeitig wurde ihm eine Frist von vierzehn Tagen angesetzt, um zu den in den Vernehmlassungen allfällig vorgebrachten neuen tatsächlichen und rechtlichen Argumenten eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Die Montagen AG TCH liess sich mit Eingabe vom 11. November 2011 innert erstreckter Frist ergänzend vernehmen.

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

### **Darüber wird in Erwägung gezogen:**

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerde wurde sodann fristgerecht eingereicht und erfüllt inhaltlich sowie formal die gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB; Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit. a), sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (lit. b) gerügt werden. Aufgrund von Abs. 2 der gleichen Bestimmung kann hingegen



Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden. Diese Regelung entspricht der Vorschrift von Art. 61 VRP.

Aus Art. 16 IVöB leitet das Verwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüfen muss. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin im Einzelnen darzulegen, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Die Beschwerdeführerin muss somit dartun, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht oder Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (vgl. dazu GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

2.1. Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerde vorab vor, in den Ausschreibungsunterlagen seien nur die Hauptkriterien, nicht aber die Unterkriterien genannt worden; dies verletze den Grundsatz der Transparenz. Die Vorinstanz hält dem entgegen, die erst nachträglich eingeführten Unterkriterien würden lediglich die Hauptkriterien präzisieren, was gemäss herrschender Praxis zulässig sei. Auch die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Zuschlagskriterien seien mittels der Unterkriterien lediglich präzisiert worden.

2.2. Aus den Akten ergibt sich, dass in der Ausschreibung (act. 3 der Beschwerdeführerin) die Zuschlagskriterien nicht genannt wurden. Es wird hierfür auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Im Dokument Nr. 7, "Besondere Bestimmungen Stahlwasserbau" (vgl. act. 4 der Beschwerdeführerin), sind unter Ziffer 2.1 die folgenden Zuschlagskriterien aufgeführt: "Preis" (40%), "Referenzen und mit dem Unternehmer bisher gemachte Erfahrungen" (20%), "Qualität des Angebots, Unterhaltsfreundlichkeit der Stahlwasserbauten" (30%), "Einhaltung der Bedingungen gemäss Kapitel 2.9 der Besonderen Bestimmungen und zusätzlich Anzahl Lehrlinge, Anerkennung der AEB SAK für Werkverträge und Einhaltung der Vorgaben in den abgegebenen Unterlagen" (10%).

Die Offertbewertung (vgl. act. 2 der Beschwerdeführerin) erfolgte dann anhand weiterer Unterkriterien. Ob dabei die Hauptkriterien nur verfeinert oder aber Unterkriterien mit



teils eigenständigem und teils sachfremden Charakter eingeführt wurden, kann hier offen bleiben.

2.3. Gemäss Art. 34 Abs. 3 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) sind die Zuschlagskriterien mit allfälligen Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben. Der Wortlaut der Bestimmung ist eindeutig: Es genügt nicht, lediglich die Zuschlagskriterien bekannt zu geben; vielmehr sind in der Ausschreibung beziehungsweise in den Ausschreibungsunterlagen auch die Unterkriterien aufzuführen, sofern solche bei der Offertbewertung herangezogen werden. Dies gebietet der Grundsatz der Transparenz, welcher in der entsprechenden Bestimmung zum Ausdruck kommt.

Am Erfordernis der vorgängigen Bekanntgabe sämtlicher Haupt- und Subkriterien ändern auch die beiden Gerichtsentscheide nichts, welche die Vorinstanz anführt. Zwar wird darin erwogen, die nachträgliche Einführung von Unterkriterien sei zulässig, soweit sich diese auf die Konkretisierung von Hauptkriterien beschränkten. Indessen ergingen beide Entscheide nicht zur Submissionsordnung des Kantons St. Gallen, sondern es lagen Submissionen aus den Kantonen Zug (BGE 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004) und Waadt (Kantonsgericht, Entscheid vom 7. Oktober 2009, in: BR 2010, S. 95) im Streit. Die Rechtslage in diesen beiden Kantonen weicht von derjenigen im Kanton St. Gallen ab. So sehen sowohl die (alte) Zuger Submissionsverordnung (GS 25, 387) als auch die Waadtländer Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (RSV 726.01.1) nur die Bekanntgabe von Zuschlagskriterien in der Ausschreibung vor; im Unterschied zur Regelung des Kantons St. Gallen bestimmen sie nicht, dass auch allfällige Unterkriterien anzugeben sind.

2.4. Die Vorinstanz hat somit gegen die Vorschrift von Art. 34 Abs. 3 VöB verstossen, indem sie die Unterkriterien, anhand welcher die Offerten bewertet wurden, nicht zum Voraus bekannt gab. Die Bestimmung ist Ausfluss des Transparenzgebots im Vergabeverfahren. Dabei handelt es sich um eine Regel formeller Natur, deren Verletzung gewöhnlich die Aufhebung des Zuschlags nach sich zieht. Nur in Ausnahmefällen – so etwa, wenn die Verletzung den Vergabeentscheid nicht zu beeinflussen vermag – wird von einer Aufhebung abgesehen. Ein solcher Ausnahmefall



liegt hier indessen nicht vor, wurde doch das Angebot der Beschwerdegegnerin nur geringfügig höher bewertet als dasjenige der Beschwerdeführerin.

Zu Recht nicht behauptet wird im Übrigen, die Ausschreibungsunterlagen erwiesen sich insofern als mangelhaft, als eine Offertbewertung gestützt auf die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien allein gar nicht möglich sei. Solches ist nicht erkennbar. Entsprechend kann der Beschwerdeführerin auch nicht vorgehalten werden, sie habe sich vor der Angebotseinreichung über die zur Anwendung gelangenden Unterkriterien informieren beziehungsweise ein Rechtsmittel gegen die Ausschreibung ergreifen müssen.

2.5. Da die Zuschlagsverfügung vom 5. September 2011 somit bereits aus formellen Gründen aufzuheben ist, kann offen bleiben, ob die Vorinstanz bei der Bewertung einzelner (Unter-)Kriterien ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat. Wären die Unterkriterien vorgängig bekannt gewesen, hätten die Anbieter ihre Offerten danach ausrichten können. Entsprechend wären die Offerten und damit auch die Bewertung (wohl) anders ausgefallen.

3. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP), wobei eine hälftige Aufteilung als sachgerecht erscheint. Eine Entscheidegebühr von Fr. 4'000.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die Kosten der Zwischenverfügung sind darin enthalten. Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 7'500.-- zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat überdies Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Diese geht ebenfalls je zur Hälfte zu Lasten von Vorinstanz und Beschwerdegegnerin. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- ist angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO). Damit ist auch der Aufwand für das Zwischenverfahren abgegolten. Da die Beschwerdeführerin selber



mehrwertsteuerpflichtig ist, kann sie die der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer in Abzug bringen. Daher muss die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung nicht zusätzlich berücksichtigt werden (R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 194).

### **Demnach hat das Verwaltungsgericht**

#### **zu Recht erkannt:**

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 5. September 2011 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur Ergänzung der Ausschreibung und zur Neubeurteilung sowie zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 4'000.--(inklusive Kosten Zwischenverfügung) werden je zur Hälfte der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 7'500.-- wird zurückerstattet.

4./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin haben die Beschwerdeführerin unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 4'000.--(inklusive Aufwand Zwischenverfahren und Barauslagen) ausseramtlich zu entschädigen.

V.      R.      W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:



Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt Dr. Markus Möhr, 9000 St. Gallen)
- die Vorinstanz (durch Rechtsanwalt Dr. Kurt Steiner, 9004 St. Gallen)
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. Werner Marti, 8750 Glarus)

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.