



Fall-Nr.: B 2004/179
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.03.2005
Entscheiddatum: 22.03.2005

Entscheid Verwaltungsgericht vom 22.03.2005

**Oeffentliches Beschaffungswesen, Art. 34 Abs. 2 VöB (sGS 841.1).
Erfahrungen eines Anbieters aufgrund früher ausgeführter Arbeiten für die
Auftraggeberin dürfen nur in Ausnahmefällen als Zuschlagskriterium
berücksichtigt werden und müssen sachlich begründet sein, was in der
konkreten Streitsache nicht der Fall war (Verwaltungsgericht, B 2004/179).**

Anwesend: Vizepräsidentin Dr. E. Oesch-Frischkopf; Verwaltungsrichter lic. iur.

A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Ersatzrichterin lic. iur. D. Gmünder Perrig;
Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

HWT Haus- und Wassertechnik AG, Industriestrasse 26, 9434 Au,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Peter Bürki, Auerstrasse 2, Postfach 91, 9435
Heerbrugg,

gegen

Gruppenwasserversorgung BHW, Betriebsleitung, Postfach 21, 9205 Waldkirch,

Vorinstanz,

und



St.Galler Gerichte

ARGE Transportleitung Sonnentäl-Oberlören, Schetter/Eugster/Bütler & Bötschi/
Huwiler/Eigenmann/Fürer,

c/o Max Schetter AG, Romanshorerstrasse 109, 9303 Wittenbach,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Transportleitung Sonnentäl-Agen-Oberlören, Baulose
1 bis 3, Rohrlegearbeiten

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Gruppenwasserversorgung BHW, Waldkirch, hat im Amtsblatt Nr. 34/2004 verschiedene Rohrlegearbeiten für die Transportleitung Sonnentäl-Agen-Oberlören ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen waren als Zuschlagskriterien "Preis", "Erfahrung", "Termine und Bauprogramm" sowie "Qualität" vermerkt. In der Folge reichte die HWT Haus- und Wassertechnik AG, Au, neben anderen Anbietern Offerten für die Baulose 1 bis 3 ein. Die Angebote betragen Fr. 194'403.-- für das Los 1, Fr. 658'045.40 für das Los 2 und Fr. 239'479.-- für das Los 3.

Mit Verfügungen vom 2. November 2004 erteilte die Gruppenwasserversorgung BHW den Zuschlag für die Rohrlegearbeiten für die Baulose 1 bis 3 der ARGE Transportleitung Sonnentäl-Oberlören, Schetter/Eugster/Bütler & Bötschi/Huwiler/Eigenmann/Fürer. Zur Begründung wurde ausgeführt, die bestplatzierten Angebote für die Baulose seien bezüglich Termine und Qualität vergleichbar. Das berücksichtigte Angebot liege zwar preislich jeweils nur an zweiter Stelle, überzeuge aber hinsichtlich der Erfahrung am meisten, weshalb es den Zuschlag erhalte. Die in der ARGE Transportleitung Sonnentäl-Oberlören zusammengeschlossenen Firmen könnten als einzige Anbieter eine grosse Erfahrung mit dem Leitungsnetz der Gruppenwasserversorgung BHW nachweisen. Die Bauherrschaft lege auf dieses Kriterium besonderes Gewicht, weil der Aufwand der Betriebsleitung nur dann klein gehalten werden könne, wenn die ausführende Unternehmung über gute Netz- und Anlagekenntnisse verfüge.



B./ Am 12. November 2004 erhob die HWT Haus- und Wassertechnik AG, Au, durch ihren Rechtsvertreter Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte das Rechtsbegehren, die Vergabeentscheide betreffend die Baulose 1 bis 3 seien aufzuheben. Der Zuschlag für die ausgeschriebenen Rohrleitungsarbeiten sei an die Beschwerdeführerin vorzunehmen; eventuell sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung führte sie aus, die Erfahrung mit dem Leitungsnetz der Gruppenwasserversorgung BHW sei in den Ausschreibungsunterlagen nirgends als ausschlaggebendes Kriterium erwähnt gewesen und dürfe deshalb nicht gewertet werden. Ohnehin sei dieses Kriterium schlichter Heimatschutz. Besondere Kenntnisse des Wasserversorgungsnetzes seien nicht erforderlich, zumal ein ortskundiger Ingenieur das Projekt geplant habe und es begleite. Hinsichtlich der Erfahrung im Allgemeinen liege die Beschwerdeführerin ebenfalls an erster Stelle und bezüglich der übrigen Kriterien sei sie zumindest gleich gut positioniert wie die Beschwerdegegnerin. Ausschlaggebend hätte damit allein der Preis sein dürfen. Da sie auch in Bezug auf den Preis in allen drei Fällen an erster Stelle liege, habe sie Anspruch auf den Zuschlag.

Mit Verfügung vom 23. November 2004 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde aufschiebende Wirkung.

Die Vorinstanz liess sich am 1. Dezember 2004 zur Beschwerde vernehmen, indem sie deren Abweisung beantragte. Sie führte aus, das Kriterium Erfahrung sei in den Ausschreibungsunterlagen unter NPK 102, Ziffer 224.100 aufgeführt gewesen. An derselben Stelle sei auch darauf hingewiesen worden, dass zur Beurteilung der Zuschlagskriterien das Formular "Angaben des Unternehmers" einzureichen sei. In diesem Formular sei unter anderem auch die Angabe verlangt worden, ob bereits Arbeiten für die Gruppenwasserversorgung BHW ausgeführt wurden. Damit sei genügend klar zum Ausdruck gekommen, welche Kriterien für die Bauherrschaft wichtig seien. Der Betrieb der Wasserleitungen müsse permanent aufrechterhalten werden, zahlreiche Hausanschlüsse würden von der alten an die neue Leitung umgehängt, Anpassungen an Hausinneninstallationen seien notwendig und im Falle eines Rohrbruches an alten Netzteilen müsse sofort ein neuer Betriebszustand hergestellt werden. Es sei ein laufender Kontakt zu verschiedenen Stellen notwendig. Dieser Kontakt könne von einem Anbieter, der bereits Arbeiten für die



St.Galler Gerichte

Gruppenwasserversorgung ausgeführt habe, offensichtlich rascher und zielgerichteter hergestellt werden. Müsse eine Unternehmung in Ermangelung dieser Kenntnisse auf das Personal der Gruppenwasserversorgung bzw. der Wasserkorporationen zurückgreifen, entstehe der Bauherrschaft grosser Mehraufwand.

Die Beschwerdegegnerin liess sich zur Beschwerde nicht vernehmen.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2004 nahm die Beschwerdeführerin Stellung zur vorinstanzlichen Vernehmlassung und hielt an ihren Rechtsbegehren fest. Sie bestritt insbesondere, dass aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgegangen sei, dass das Kriterium "Erfahrung aus Arbeiten für die Gruppenwasserversorgung BHW" ein Selektionskriterium sei.

Die Gruppenwasserversorgung BHW verzichtete in der Folge auf eine weitere Stellungnahme.

Auf die weiteren Vorbringen der Beteiligten wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

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). Der Zuschlag stellt eine durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung dar (Art. 15 Abs. 2 lit. e der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde gegen den Zuschlag 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 12. November 2004 wurde innert der gesetzlichen Frist von zehn Tagen eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 5 Abs. 1 EGöB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 2 IVöB). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.



2./ Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Über-schreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige und 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 zum öffentlichen Beschaffungswesen kann somit nur geprüft werden, ob die

Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht hingegen nicht befugt (GVP 1999 Nr. 37).

a) 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 auf VerwGE vom 28. Januar 1999 i.S. D.K. AG). 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.

b) In den Ausschreibungsunterlagen waren als Zuschlagskriterien "Preis", "Erfahrung", "Termine und Bauprogramm" sowie "Qualität" angeführt. Die Vorinstanz hat das Kriterium "Preis" mit 60 %, das Kriterium "Termine und Bauprogramm" mit 8 % und das Kriterium "Qualität" mit 7 % gewichtet. Dem Kriterium "Erfahrung" kam ein Gewicht von insgesamt 25 % zu. Aus dem Bewertungsschema, welches den Anbietern im Rahmen der Ausschreibung nicht bekannt gegeben wurde, geht sodann hervor, dass die Erfahrung anhand zweier Unterkriterien bewertet wurde. Die Erfahrung der Anbieter im Allgemeinen wurde mit 15 %, die Erfahrung aus vorangegangenen Arbeiten für die Vorinstanz mit 10 % gewichtet.



Das Verwaltungsgericht hat wiederholt festgehalten, dass die Submittentin ihre eigenen Erfahrungen mit einem Anbieter bzw. Objektkenntnisse des Anbieters als Zuschlagskriterien grundsätzlich in den Vergabeentscheid einfließen lassen dürfe. Eine Berücksichtigung dieser Aspekte ist aber nur unter besonderen Umständen zulässig (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis auf VerwGE vom 28. Januar 1999 i.S. D.K. AG).

Aus Art. 34 Abs. 3 VöB ergibt sich, dass die Zuschlagskriterien vorgängig im Rahmen der Ausschreibung bekannt gegeben werden müssen. In den Ausschreibungsunterlagen wird nicht erwähnt, dass die Erfahrungen der Anbieter aus Arbeiten für die Auftraggeberin besonders gewichtet würden. Zwar macht die Vorinstanz geltend, die Ausschreibungsunterlagen hätten ausdrücklich vorgesehen, dass zur Beurteilung der Zuschlagskriterien das Formular "Angaben des Unternehmers" vollständig einzureichen sei. In diesem Formular hätten die Anbieter unter anderem angeben müssen, ob sie für die Gruppenwasserversorgung BHW bereits Arbeiten ausgeführt hätten. Die Anbieter hätten daraus ableiten können, dass die Erfahrung aus diesen Arbeiten im Zuschlagsentscheid entsprechend berücksichtigt würde.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass detaillierte Vorkenntnisse der bestehenden Wasserversorgung nicht erforderlich seien. Die Frage, ob ein Anbieter bereits für die Vorinstanz gearbeitet habe, hätte doch nur bezwecken können, Referenzen nicht auswärts einholen zu müssen. Niemals hätte ein Anbieter aus dieser Frage ableiten müssen, dass die Ausführung früherer Arbeiten für die Vorinstanz ein entscheidendes Kriterium sei.

Im genannten Formular wird unter dem Titel "Referenzen" angeführt, dass der Unternehmer seine Erfahrung mit vergleichbaren Arbeiten nachzuweisen habe. In der Folge sind drei Rubriken angegeben, nämlich "Referenzen der Firma", "Arbeiten für die Gruppenwasserversorgung BHW" sowie "Referenzen des eingesetzten Kaders".

Da die Anbieter bei der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien ausdrücklich auf das Formular "Angaben des Unternehmers" hingewiesen wurden und in diesem sowohl nach allgemeinen Referenzen als auch nach Referenzen aufgrund von Arbeiten für die Vorinstanz gefragt wurde, so musste ein Anbieter davon ausgehen, dass solche



spezifischen Arbeiten für die Vorinstanz als Kriterium bei der Beurteilung der Erfahrung mitberücksichtigt würden. Dieser Umstand ist im vorliegenden Fall allerdings nicht ausschlaggebend, da eine Berücksichtigung früherer Arbeiten nicht zulässig ist (vgl. unten Erw. c).

c) Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Berücksichtigung des Kriteriums Erfahrungen aus vorangegangenen Arbeiten für die Submittentin begründungsbedürftig. Ansonsten würden bei Folgearbeiten zwangsläufig immer die gleichen Unternehmer zum Zuge kommen, was mit den Anforderungen der Submissionsgesetzgebung nicht vereinbar ist. In diesem Sinn könnte etwa angeführt werden, dass aufgrund der Objektkenntnis preisliche Vorteile zu erwarten seien oder bei allfälligen Störungen nur ein Unternehmer beigezogen werden müsse (GVP 1999 Nr. 37).

Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, weshalb den Erfahrungen der Anbieter aus früheren Arbeiten für die Gruppenwasserversorgung BHW besonderes Gewicht beigemessen werden soll. Die Vorinstanz bringt im wesentlichen vor, die strittigen Rohrlegearbeiten seien mit verschiedenen Erschwernissen verbunden. Es handle sich nicht einfach um einen Leitungsbau "auf der grünen Wiese". Während der Bauausführung seien laufend Kontakte zu verschiedenen Stellen notwendig, die für den ordentlichen Betrieb der Wasserversorgung zuständig sind. Diese könnten von einem Anbieter, der bereits Arbeiten für die Gruppenwasserversorgung BHW durchgeführt habe, offensichtlich rascher und zielgerichteter hergestellt werden.

Diese Argumente überzeugen nicht. Jeder Anbieter, der erstmals für eine Auftraggeberin tätig wird, muss sich zunächst mit den örtlichen Verhältnissen vertraut machen. Die Vorinstanz hat nicht dargelegt, dass die Verhältnisse bei ihren Anlagen besonders gelagert sind oder dass sich von den üblichen Fragestellungen des Leitungsbaus im Siedlungsgebiet abweichende Probleme stellen, die die vorbestehende Objektkenntnis zu einem ausschlaggebenden Kriterium machen würde. Es ist daher davon auszugehen, dass eine erfahrene und fachkundige Anbieterin über die für die Ausführung der Arbeiten notwendigen Kenntnisse verfügt bzw. sich die spezifischen Objektkenntnisse vorgängig aneignet. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, wird das Projekt von einem ortskundigen Ingenieurbüro



begleitet. Zudem sind die Ausschreibungsunterlagen und die Leistungsverzeichnisse so abzufassen, dass auch ein Anbieter ohne spezifische Vorkenntnisse, die er nur aus früheren Arbeiten erlangen konnte, zur Ausführung des Auftrags befähigt wird. Es obliegt der Auftraggeberin bzw. der Projektleitung, der ausführenden Unternehmung die für einen reibungslosen Betrieb erforderlichen Personen und Gremien zu bezeichnen, damit bei Bedarf die notwendigen Kontakte ohne Verzug aufgenommen werden können. Bei einem fachgerecht ausgearbeiteten Projekt und entsprechender Leitung stösst auch das Argument ins Leere, das neben- oder ehrenamtliche Personal der Vorinstanz werde übermässig beansprucht, wodurch unzumutbare Mehrbelastungen entstünden.

d) Im weiteren fällt auf, dass das Angebot der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Qualität von allen Angeboten mit 17 Punkten am besten bewertet wurde und wesentlich mehr Punkte erzielt hat als das Angebot der Beschwerdegegnerin mit 11 Punkten. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz bei dieser Sachlage in ihren Verfügungen vom 2. November 2004 ausführte, die bestplatzierten Angebote seien in Bezug auf die Qualität vergleichbar. Der Begriff "vergleichbar" war in der Begründung der Zuschlagsverfügung ausschliesslich so zu verstehen, dass die Angebote bezüglich dieses Kriteriums gleichwertig waren. Dies ist aufgrund des Offertvergleichs aber nicht der Fall.

e) Nachdem feststeht, dass im vorliegenden Fall die Erfahrungen der Anbieter aus Arbeiten für die Auftraggeberin nicht gesondert berücksichtigt werden dürfen, ist für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Angebote auf die Kriterien "Preis", "Erfahrung im Allgemeinen", "Termine" und "Qualität" abzustellen. Aus den entsprechenden Bewertungstabellen ergibt sich, dass das Angebot der Beschwerdeführerin und jenes der Beschwerdegegnerin hinsichtlich Erfahrung im Allgemeinen (jeweils 45 Punkte) und hinsichtlich Termine (jeweils 16 bzw. 24 Punkte) als gleichwertig qualifiziert wurden. In bezug auf die Qualität wurde das Angebot der Beschwerdeführerin bei allen drei Baulosen wie erwähnt mit 17 Punkten besser bewertet als dasjenige der Beschwerdegegnerin mit 11 Punkten. Beim Preis wurden die Angebote der Beschwerdeführerin mit jeweils 180 Punkten für alle drei Lose ebenfalls besser bewertet als die Beschwerdegegnerin, deren Preisangebote 168 bzw. 169 Punkte erzielten. Damit steht fest, dass es sich bei den Angeboten der Beschwerdeführerin um



St.Galler Gerichte

die jeweils wirtschaftlich günstigsten im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VöB handelt. Indem die Vorinstanz den Zuschlag gleichwohl der Beschwerdegegnerin erteilt hat, hat sie ihr Ermessen überschritten und die genannte Vorschrift missachtet. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Zuschlagsverfügungen vom 2. November 2004 sind aufzuheben, und der Zuschlag ist der Beschwerdeführerin zu erteilen (Art. 5 Abs. 1 EGöB in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 IVöB).

3./ Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 5'000.-- ist angemessen (mit Einschluss der Kosten der Verfügung vom 23. November 2004 betr. Gewährung der aufschiebenden Wirkung von Fr. 1'000.--; Ziff. 381 und 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- ist dieser zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung ermessensweise zuzusprechen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Im vorliegenden Fall erscheint eine Entschädigung für das Hauptverfahren von Fr. 2'000.-- zuzügl. MWSt angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. c HonO), da für das Zwischenverfahren bereits eine Entschädigung zugesprochen wurde. Die Entschädigung geht zulasten der Vorinstanz.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügungen der Vorinstanz vom 2. November 2004 werden aufgehoben. Der Beschwerdeführerin wird der Zuschlag für die Rohrlegearbeiten Baulose 1 - 3 erteilt.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.-- werden der Vorinstanz auferlegt. Auf die Erhebung wird nicht verzichtet. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zurückerstattet.



3./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Hauptverfahren mit Fr. 2'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Die Vizepräsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Bürki, 9435 Heerbrugg)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin