

# **SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2024/225 vom 3. April 2025**

Sg Verwaltungsgericht, 2025-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_B\\_2024\\_225](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2024_225)

FR: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2024/225 du 3 avril 2025

IT: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2024/225 del 3 aprile 2025

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungsrecht, Ausschluss, Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB. Der Ausschluss eines Anbieters, dessen Angebot unvollständig ist und damit wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht, ist rechtmässig. Der Auftraggeber verfügt einen gewissen Ermessensspielraum bezüglich der Nachfrage bei Unklarheiten oder Unvollständigkeit eines Angebots. Sobald Angaben und Dokumente nachgereicht werden müssen, die einen Einfluss auf das Preis-Leistungs-Verhältnis haben, ist die Nachreichung unzulässig und ein Ausschluss vorzunehmen. Vorliegend fehlten im Angebot drei wesentliche Positionen des Leistungsverzeichnisses, weshalb der Ausschluss zurecht erfolgte (Verwaltungsgericht, B 2024/225).

## **Erwägungen**

### **E. 01**

im simap) öffentlich ausgeschrieben (zu Los 2 [Regulier- und Abschlussorgane] siehe VerwGE B 2024/224 vom 3. April 2025). Als Eignungskriterium musste die Unternehmung innerhalb der letzten 10 Jahre bei mindestens 10 Coandarechenfassungen die Konstruktion, Lieferung und Montage der Coandarechenelemente ausgeführt und 10 Anlagen erfolgreich in Betrieb genommen haben. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Zuschlagskriterien samt Gewichtung bekanntgegeben, nämlich Angebotspreis (40 Prozent), Technischer Beschrieb (30 Prozent), Referenzen (20 Prozent) und Nachhaltigkeit des Anbieters (10 Prozent). Als Ausführungsphase ist gemäss Ausschreibung der Zeitraum ab Juni 2025 vorgesehen. Innert der bis 7. Oktober 2024 offenen Frist gingen zwei Angebote ein, eines von der A. \_\_ GmbH. Nach vorgängiger Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte die SAK AG am 19. November 2024 den Ausschluss derselben vom Verfahren, da sie die technischen Spezifikationen nicht erfülle. B. Mit Eingabe vom 10. Dezember 2024 (Postaufgabe; Eingang 12. Dezember 2024) erhob die A. \_\_ GmbH (Beschwerdeführerin) beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen die Ausschlussverfügung der SAK AG (Vorinstanz) mit dem Rechtsbegehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und sie sei nicht vom Vergabeverfahren auszuschliessen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Mit Zwischenverfügung der zuständigen Abteilungspräsidentin des Verwaltungsgerichts vom 24. Dezember 2024 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung gutgeheissen und der Vorinstanz der Erlass einer Zuschlagsverfügung und der Abschluss des Vertrags bis zum Entscheid in der Hauptsache untersagt. Mit Eingabe vom 16. Januar 2025 ergänzte die Beschwerdeführerin die Beschwerde. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 12. Februar 2025 die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Am 26. Februar 2025 nahm die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung. Die Vorinstanz reichte am 10. März 2025 eine weitere Stellungnahme ein. B 2024/225 2/15

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

### **E. 1**

Eintreten Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, EGöB). Die Beschwerdeführerin, deren Angebot vom Verfahren ausgeschlossen wurde, hätte bei Gutheissung ihres Begehrens als eine von zwei Anbieterinnen grundsätzlich eine reelle Chance auf den Zuschlag, der noch nicht erteilt ist, und ist dementsprechend zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde wurde fristgerecht erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 56 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.51, IVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Rechtliche Grundlagen

#### **E. 2.1**

Streitgegenstand ist der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren wegen Nichterfüllung der technischen Spezifikationen. Der Auftraggeber bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung (Art. 30 Abs. 1 und Art. 36 lit. b IVöB). Die technischen Spezifikationen sind Teil der Leistungsbeschreibung und spezifizieren detailliert, welche Anforderungen der Beschaffungsgegenstand erfüllen muss. Solange die technischen Spezifikationen keine Diskriminierung von Anbietern bewirken, liegt es in der Kompetenz der Vergabestelle zu definieren, welche Leistungen sie beschaffen will. Der Anbieter hat keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des – aus ihrer Sicht – «richtigen» Produkts zu erstreiten. Der Auftraggeber kann selbst entscheiden, welche Leistungen er zur Aufgabenerfüllung in welcher Qualität beschaffen will (OECHSLIN/LOCHER, in: H. R. Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N 13 zu Art. 30 IVöB; M. BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Bern 2004, S. 71).

#### **E. 2.2**

Die technischen Spezifikationen sind Minimal- bzw. Mussanforderungen für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags und damit wie Eignungskriterien absoluter Natur. Der Auftraggeber hat transparent festzulegen, welche der Anforderungen zwingend zu erfüllen sind und damit als (zwingende) technische Spezifikationen gelten, welche Anforderungen B  
2024/225 3/15

Abweichungen zulassen und wo Gestaltungsraum für die Anbieter besteht. Ist in einer Beschaffung unklar, ob eine Anforderung als Muss- oder Mindestkriterium und damit als technische Spezifikation im Sinn des Gesetzes erkennbar war, erfolgt die Auslegung der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nach dem Vertrauensprinzip (OECHSLIN/LOCHER, in: H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 12 zu Art. 30 IVöB).

#### **E. 2.3**

Der Auftraggeber kann einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass der betreffende Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllen, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigt wird (Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB). Bei gegebenen Voraussetzungen ist die Vergabebehörde grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, einen Anbieter vom Submissionsverfahren auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, Rz. 435). Im Vordergrund steht dabei insbesondere der Nachweis, dass der Anbieter die Teilnahmebedingungen einhält. Sodann definiert der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen technische Spezifikationen und Eignungskriterien. Erfüllt ein Anbieter die technischen Spezifikationen und Eignungskriterien nicht, führt auch dies zum Ausschluss vom Verfahren, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig und überspitzt formalistisch erweist (WYSS, in: H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 5 zu Art. 27 IVöB; L. LOCHER, in: H.R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 12 zu Art. 44 IVöB; vgl. dazu nachfolgend E. 2.4). Gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB kann der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, wenn das Angebot wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht. Ob ein Angebot vollständig ist, ergibt sich aus den Bestimmungen der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen des Auftraggebers. Die Nichterfüllung der technischen Spezifikationen führt grundsätzlich zur Nichtberücksichtigung und zum Ausschluss des Angebots (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 444). Die Vergabestelle ist aufgrund des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes an die Ausschreibung samt Ausschreibungsunterlagen gebunden. Nicht gerechtfertigt ist der Ausschluss, wenn die Unvollständigkeit nicht dem Anbieter angelastet werden kann. Ebenso wenig darf ein Anbieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn er Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen inhaltlich in guten Treuen im Sinn seines Angebots verstehen durfte. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. VerwGE B 2019/265 vom 17. Mai 2020 E. 3 mit Hinweis auf BGer 2C\_225/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 4.2 und 4.3; zur Auslegung von Eignungskriterien B 2024/225 4/15

Präsidentialverfügung B 2020/29 vom 13. März 2020 E. 2.3.2 mit Hinweis auf BGer 2C\_994/2016 vom 9. März 2018 E. 4.1.1, BGE 141 II 14 E. 7.1).

#### **E. 2.4**

Ein Ausschluss setzt sichere Kenntnis des Sachverhalts voraus. Es genügt in der Regel nicht, wenn ein Sachverhalt lediglich vermutet wird (LOCHER, in: H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 10 zu Art. 44 IVöB). Art. 44 IVöB zum Ausschluss vom Verfahren ist als "Kann-Vorschrift" formuliert. Die Bestimmung räumt dem Auftraggeber einen Spielraum bezüglich der Frage ein, ob ein Anbieter im Einzelfall vom Verfahren ausgeschlossen werden soll. Das Ermessen ist von der Vergabebehörde pflichtgemäss auszuüben, und insbesondere ist dem Rechtsgleichheitsgebot, dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Ein wirksamer Wettbewerb als wesentliche Zielsetzung einer jeden Submission gebietet, bei der Kontrolle der Bewerbungsunterlagen nicht zu kleinlich vorzugehen (vgl. dazu Präsidentialverfügungen B

2024/154 vom 23. August 2024 E. 3.2.2, B 2023/264 vom 17. Januar 2024 E. 4.2, mit Hinweisen). Bei Unklarheiten keine Erläuterungen einzuholen und den Anbieter auszuschliessen, findet seine Grenze am Verbot des überspitzten Formalismus. Überspitzter Formalismus ist eine spezielle Form der Rechtsverweigerung und liegt insbesondere vor, wenn eine Behörde formelle Vorschriften ohne schutzwürdiges Interesse mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. In der Praxis stellt sich vor diesem Hintergrund häufig die Frage, ob bei lediglich geringfügiger Unvollständigkeit eines Angebots oder einzelnen Unklarheiten eine Frist zur Nachreichung der fehlenden Unterlagen gewährt werden kann. Der Auftraggeber besitzt diesbezüglich einen gewissen Ermessensspielraum; massgebend ist der konkrete Einzelfall in Beachtung der Gleichbehandlung aller Anbieter. Grundsätzlich ist zu klären, ob die Nachreichung Auswirkungen auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte hat und ob ein schwerer Mangel vorliegt. Bei eindeutigen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen kann ein Anbieter gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus keinen Anspruch darauf ableiten, trotz erwiesener Nichterfüllung der technischen Spezifikationen in die Evaluation einbezogen zu werden (OECHSLIN/LOCHER, in: H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 7 ff. zu Art. 30 IVöB). Ein Angebot, dem wesentliche Teile des Preisblattes fehlen, leidet an einem schwerwiegenden Formmangel (D. KUONEN, in: H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 20 zu Art. 34 IVöB). Das Angebot muss exakt die Leistungen beinhalten, die der Auftraggeber in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen verlangt hat, ansonsten ist das Angebot ausschreibungswidrig (KUONEN, in: H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 25 zu Art. 34 IVöB). Sobald Angaben und Dokumente nachgereicht werden müssen, die einen Einfluss auf das Preis-

B 2024/225 5/15

Leistungs-Verhältnis haben, ist die Nachreichung unzulässig und ein Ausschluss vorzunehmen (OECHSLIN/LOCHER, H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 10 zu Art. 30 IVöB; LOCHER, H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 18 zu Art. 44 IVöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447). Eine Offerte, die der Ausschreibung nicht entspricht, namentlich unvollständig ist, und deshalb mit den anderen Offerten nicht verglichen werden kann, kann praxisgemäss ausgeschlossen werden (vgl. BGer 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2 mit Hinweis auf BEYELER, a.a.O., S. 222 f.). Ist offenkundig, dass es sich nicht um einen unbeabsichtigten Fehler oder Verschieb oder eine geringfügige Unvollständigkeit des Angebots, sondern um eine bewusste Abweichung von den als zwingend vorgegebenen Anforderungen handelt, hat der Auftraggeber keine Nachfragepflicht (OECHSLIN/LOCHER, in: H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 10 zu Art. 30 IVöB).

### **E. 3**

Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen Den Ausschluss hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung damit begründet, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die technischen Spezifikationen nicht erfülle. Sie habe drei wesentliche Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht angeboten, nämlich Pos. 04.1 (Grobrechen Freihaltekanal), 04.3 (Schutzrechen über gesamte Länge) und 04.4 (Ersatz-Feinrechen). Ihr Angebot erfülle somit die technischen Spezifikationen nicht.

#### **E. 3.1**

Gemäss der Publikation des Bauvorhabens "Sanierung B. \_\_ – Coandarechen" im simap (#2939) wurde als Eignungskriterium definiert, dass die Unternehmung innerhalb der letzten 10 Jahre mindestens bei 10 Coandarechenfassungen die Konstruktion, Lieferung und Montage der Coandarechenelemente ausgeführt haben muss und die 10 Anlagen erfolgreich in Betrieb sind. Bei den einzuhaltenden Teilnahmebedingungen wurde auf die Bedingungen in den Dokumenten verwiesen. Unter der Rubrik "Weitere Informationen" war vermerkt, dass die Variante gemäss Ausschreibungsunterlagen angeboten werden muss und Unternehmervarianten als Zusatz zugelassen sind. Gemäss den "Allgemeinen Bedingungen" sind Bietergemeinschaften nicht zugelassen (act. 7/1).

### **E. 3.2**

In Teil A: Allgemeine Bemerkungen der detaillierten Ausschreibungsunterlagen wurden in Ziff. 5.1 "Ausarbeitung des Angebots" unter anderem folgende Punkte festgehalten (act. 7/2): - Der Anbieter hat allfällige Subunternehmer und/oder Sublieferanten mit dem Angebot bekannt zu geben. - Das Bilden von Arbeitsgemeinschaften ist nicht vorgesehen. - Für die Ausarbeitung des Angebots erfolgt keine Vergütung an den Unternehmer. Mit dem Erhalt der Offerte entsteht SAK keine Verpflichtung. Ungenügende B 2024/225 6/15

und/oder unvollständige Angebote werden nicht berücksichtigt. Es können keine Ansprüche auf Entschädigung bei Nichtberücksichtigung des Angebots geltend gemacht werden. - ... - Die von der SAK vorgegebenen Dokumente der Ausschreibungsunterlagen sind vom Unternehmer vollständig auszufüllen und rechtsgültig zu unterzeichnen. Der Inhalt der Vorlagen darf nicht verändert werden. Nur so ist sichergestellt, dass die Angebote unter den Unternehmern vergleichbar sind. - ... In Ziff. 5.4 "Einzureichende Unterlagen" der Ausschreibungsunterlagen wurden ebendiese Unterlagen aufgelistet, namentlich: - Begleitbrief mit Angebotspreis (aus dem LV entnehmen) - Technischer Beschrieb mit: - Auftragsanalyse - Detaillierter Beschrieb der vorgesehenen Lieferungen und Montagearbeiten - Bestätigung der ausgeschriebenen Liefertermine - Teil D: Leistungsverzeichnis gemäss Vorlage (komplett ausgefüllt und rechtsgültig unterschrieben) - Teil E: Selbstdeklaration, Lieferantenselbstauskunft und Lieferantenkodex (komplett ausgefüllt und rechtsgültig unterschrieben) - Teil F: Sämtliche Beilagen Unternehmer – Allgemeine Angaben zur Unternehmung und Schlüsselperson (komplett ausgefüllt und unterschrieben) und CV der Schlüsselpersonen, Handelsregisterauszug, Betreibungsregisterauszug (nicht älter als 6 Monate), Nachweis der Haftpflichtversicherung - Nachweis über die erfolgreiche Realisierung von mind. 10 vergleichbaren Projekten in den letzten 10 Jahren. Die angegebenen Referenzen sind informiert und dürfen durch die ausgeschriebene Stelle kontaktiert werden. In Ziff. 5.7 "Unternehmervariante" wurde festgehalten, dass es dem Anbieter freistehe, zusätzlich zum Grundangebot gemäss Pflichtenheft gleichwertige oder bessere Unternehmervarianten anzubieten, falls sich aus diesen seiner Meinung nach Vorteile zugunsten der SAK ergeben. Unternehmervarianten seien entsprechend zu kennzeichnen und inkl. (evtl. sinngemäss) aller Beilagen separat beizulegen. Es sei eine separate Preiszusammenstellung auszufüllen. Es seien keine Lösungsvorschläge erwünscht, welche von der in der Ausschreibung spezifizierten Funktionalität, Liefer- und Leistungsumfang abweichen würden. Die Unternehmervariante müsse mindestens den Anforderungen in der Ausschreibung entsprechen. In Ziff. 6.1 "Teilnahmekriterien" der Ausschreibungsunterlagen sind ebendiese aufgelistet, unter anderem die vollständige Einreichung der geforderten Unterlagen, die in Ziff. 5.4 aufgelistet sind. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien und/oder Teilnahmebedingungen,

die B 2024/225 7/15

Eingabe eines unvollständigen Angebots oder die verspätete Eingabe wie auch die Nichterfüllung der im Leistungsverzeichnis bezeichneten technischen Anforderungen stellen einen Ausschlussgrund dar (Ziff. 6.3 "Ausschlussgründe" der Ausschreibungsunterlagen).

### **E. 3.3**

In Teil B: Allgemeine Bedingungen und Werkvertrag mit AEB's SAK wird in Ziff. 4 auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die Positionen "Grobrechen über dem Freihaltekanal" baus- eits geliefert werden. Dies berechtige den Unternehmer nicht zur Änderung der festgesetz- ten Preise und Zahlungsbedingungen und auch nicht zur Forderung für entgangenen Ge- winn.

### **E. 3.4**

Gemäss Ziff. 3 von Teil C: Besondere Bestimmungen sind unter anderem ein Grobrechen über dem Freihaltekanal sowie ein Coandarechen zu liefern und einzubauen. Der Grobrechen über dem Freihaltekanal wurde auch im Los 2 ausgeschrieben. In Ziff. 7.4 "Konstruktion, Lieferung und Montage" wurde zur Coandarechenfassung (unter Ziff. 7.4.3 und 7.4.4) ausgeführt, dass alle Rechenfelder inkl. Lieferung und Montage für das 31 m breite Wehrfeld zu offerieren sind. Als Anforderung an die Rechenfelder wurde ein Grobrechen zum Schutz vor Abrasion und Schlägen über dem Coandafeinrechen definiert, vom Typ Protec Vibro oder eine gleichwertige Lösung über die gesamte Länge von 31 m. Gelingen der Nachweis der Gleichartigkeit nicht, sei das Angebot nicht gültig. In Ziff. 7.4.5 Ersatz-Feinrechen (Coandarechen) wird ausgeführt, es bestehe die Möglichkeit, dass der Bauherr ein oder zwei einzelne Fein-Rechenfelder als Ersatzteil zusätzlich bestelle. Deshalb würden diese zwei Rechenfelder als Ersatzrechen für den Unterhalt separat ausgeschrieben.

### **E. 3.5**

In Teil D: Leistungsverzeichnis ist unter der Position 04.1 der Grobrechen Freihaltekanal (Konstruktion, Lieferung und Ablad Baustelle, Montage) aufgeführt. In Position 04.3 ist der Schutzrechen über die gesamte Länge: z.B. Protec Vibro oder gleichwertiges Produkt (Konstruktion, Lieferung und Ablad Baustelle, Montage) aufgelistet. In Position 04.4 der Ersatz-Feinrechen (Coandarechen; Konstruktion, Lieferung und Ablad).

### **E. 3.6**

Die Ausschreibung des Auftrags gilt gemäss Art. 53 Abs. 1 lit. a IVöB als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung. Die Publikation der Ausschreibung war mit der entspre- chenden Rechtsmittelbelehrung versehen. Die Beschwerdeführerin hat die Ausschreibung samt entsprechenden Bedingungen und Unterlagen nicht angefochten. Mit der Einreichung ihres Angebots hat sie sich zudem darauf eingelassen. B 2024/225 8/15

## **E. 4**

Position 04.1: Grobrechen Freihaltekanal

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei davon ausgegangen, dass der Grobrechen über dem Freihaltekanal nicht zwingend zu offerieren gewesen sei, da er gleichzeitig auch im Los 2 ausgeschrieben worden sei. Da sie selbst keine solchen Rechen anfertige, sei es für sie naheliegend gewesen, die Offertstellung des Rechens dem Anbieter von Los 2 zu überlassen. Ohne Weiteres wäre es ihr möglich gewesen, dieses Element bei einem

Drittanbieter einzukaufen und entsprechend weiter zu verrechnen. Die Vergabestelle dürfe sich keines widersprüchlichen Verhaltens schuldig machen. Es wäre ein Leichtes gewesen, diese Unklarheit durch Nachfragen zu klären. Ein Vergleich der Offerten sei auch ohne diese Position ohne Weiteres möglich gewesen. Da der Grobrechen mittlerweile im Los 2 vergeben worden sei, habe diese Position keinerlei Relevanz mehr. Dem hält die Vorinstanz entgegen, sie habe in der Ausschreibung eine Offerte mit dem Grobrechen über dem Freihaltekanal verlangt, was von der Beschwerdeführerin zugegebenermassen nicht offeriert worden sei. Es sei der Beschwerdeführerin nicht freigestellt gewesen, einen Grobrechen zu offerieren oder nicht. Es habe sich um eine technische Spezifikation gehandelt, die offeriert werden müssen. Die Offerte der Beschwerdeführerin sei daher unvollständig gewesen. Die Tatsache, dass dieser Rechen nunmehr im Los 2 vergeben worden sei, sei irrelevant, da dies in der Ausschreibung so bekannt gegeben worden sei. Sie habe sich damit die Option offengehalten, das vorteilhaftere Angebot aus Los 1 und 2 auszuwählen.

#### **E. 4.2**

In Ziff. 4 "Mengen" des Teils B wurde festgehalten, es sei möglich, dass die Positionen "Grobrechen über Freihaltekanal" bauseits geliefert würden. Dies berechtige den Unternehmer nicht zur Änderung der festgesetzten Preise und Zahlungsbedingungen und auch nicht zu einer Forderung für entgangenen Gewinn (act. 7/2, Teil B, Ziff. 4). In Ziff. 3 "Beschrieb der Arbeiten" des Teils C hielt die Vorinstanz zum "Grobrechen über Freihaltekanal" fest: "Wird auch im Los 2 «Regulier- und Abschlussorgane» ausgeschrieben" (act. 7/2, Teil C, Ziff. 3). Im Leistungsverzeichnis (Teil D) der Ausschreibungsunterlagen war in Position "04.1 Grobrechen Freihaltekanal" die Konstruktion, Lieferung und Ablad sowie Montage aufgeführt (act. 7/2, Teil D). In der simap-Publikation und den Ausschreibungsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass das Grundangebot gemäss Pflichtenheft in jedem Fall einzureichen sei. Bei den als Teilnahmekriterien (Ziff. 6.1 in Teil BA) einzureichenden Unterlagen (Ziff. 5.4 in Teil A) wurde festgehalten, dass das Leistungsverzeichnis (Teil D) komplett ausgefüllt werden B 2024/225 9/15

muss. Die ausgeschriebenen Lieferungen umfassten auch den Grobrechen über dem Freihaltekanal, und zwar unabhängig davon, dass dieser gleichzeitig auch im Los 2 (Sanierung B. \_\_ – Regulier- und Abschlussorgane) ausgeschrieben worden war (vgl. act. 7/2, Teil C und Teil D [Leistungsverzeichnis Pos. 13] im Verfahren B 2024/224). Dass die Vorinstanz in beiden Ausschreibungen darauf hinwies, ist Ausfluss des Transparenzprinzips. Im Zeitpunkt der Offerteingabe war namentlich offen, ob der Grobrechen über dem Freihaltekanal im Los 1 oder 2 vergeben werden würde. Es trifft somit zu, dass ein vollständiges Angebot den fraglichen Grobrechen zwingend hätte enthalten müssen.

#### **E. 4.3**

Es fragt sich jedoch, ob dies aus den Ausschreibungsunterlagen hinreichend klar hervorging und ob die Vergabebehörde, sofern lediglich diese eine Position von der Beschwerdeführerin nicht offeriert worden wäre, vor einem Ausschluss verpflichtet gewesen wäre nachzufragen; dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin in Ziff. 5.3 ihrer Offerte darauf hinwies, dass sie kein Angebot für den Grobrechen über dem Freihaltekanal einreiche, da dieser auch im Los 2 ausgeschrieben sei, und dass bei Bedarf eine Nachofferte eingereicht werden könne (act. 7/4). Angesichts der nachfolgenden Erwägungen kann dies indessen offengelassen werden.

## **E. 5**

### Position 04.3: Schutzrechen über gesamte Länge

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, sie habe die Position des Schutzrechens nicht offeriert, weil ihr System des Coandarechens ohne einen solchen auskomme. Anders als beim Produkt der Firma D.\_\_\_, das nicht darauf ausgelegt sei, grossen Geschiebemengen zu widerstehen, ohne Schaden zu nehmen, und daher einen darüberliegenden Schutzrechen erforderlich mache, sei ihr Coandarechen stärker konstruiert und nehme bei Schlägen durch e, Geröll, Holz etc. keinen Schaden. Zudem stelle der Schutzrechen ein erhebliches Risiko für Fischverletzungen dar, wie aus Forschungsprojekten hervorgehe. In der Ausschreibung sei ein Schutzrechen der Firma D.\_\_\_ oder ein gleichwertiges Produkt oder eine gleichwertige Lösung verlangt worden. Eine solche Lösung habe sie mit ihrem Produkt ohne Schutzrechen präsentiert. Darauf habe sie in der Ausschreibung ausdrücklich hingewiesen. Die vorliegende Ausschreibung basiere auf einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 und damit auf einer veralteten Datenlage. Seither hätten sich zahlreiche neue Erkenntnisse ergeben. Damit komme nur noch das System der Firma D.\_\_\_ in Frage. Es gehe jedoch nicht an, sie (die Beschwerdeführerin) vom Verfahren auszuschliessen, weil sie nicht dasselbe Produkt wie die Firma D.\_\_\_ anbiete. Ihr System entspreche dem neuesten Stand der Technik. Die geforderte Schluckfähigkeit werde ohne Weiteres erfüllt. B  
2024/225 10/15

Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie habe sich im Rahmen des Projekts vertieft mit der Frage auseinandergesetzt, ob es aus technischer Sicht eines zusätzlichen Schutzrechens bedürfe oder nicht, insbesondere auch wegen der zusätzlich anfallenden Kosten. Aufgrund der bekannten Nachteile des Coandarechens habe sie sich schliesslich für einen solchen entschieden. Eine Lösung ohne Schutzrechen sei in den Ausschreibungsunterlagen ausgeschlossen gewesen. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, ihr Rechen sei derart stabil gebaut, dass er keinen Schutzrechen benötige, sei nicht überprüfbar. Die E.\_\_\_ sei ein Wildbach mit starken Wasserspiegeländerungen und grossem Geschiebeaufkommen, so dass der Schutzrechen notwendig sei. Das Angebot der Beschwerdeführerin stelle daher keine gleichwertige Lösung dar. Bei der Lösung mit Schutzrechen handle es sich nicht um ein Tirolerwehr, wie von der Beschwerdeführerin behauptet. Die Fische würden nicht in das Turbinenwasser gelangen, sondern über den Coandarechen rutschen. Die Planung der Fassung sei in Zusammenarbeit mit den kantonalen Fachstellen und einem Fischereibiologen erfolgt. Hinzu komme, dass das Angebot der Beschwerdeführerin den Nachweis für die Gleichwertigkeit bezüglich Hydraulik und Stabilität nicht erbringe.

#### **E. 5.2**

Im Begleitschreiben zu ihrer Offerte vom 7. Oktober 2024 teilte die Beschwerdeführerin mit, es sei offensichtlich, dass ihre Coandarechen technisch gegenüber den Vorgaberechen der Offertendefinition Abweichungen aufweisen würden, es sei ja auch ein anderes Produkt. Die Abweichungen seien jedoch im Sinne der Funktion, wie z.B. der Fischgängigkeit, um eine Verstopfung zu vermeiden, und vor allem sei bei ihrem Coandarechen X.\_\_\_ kein Grobrechen notwendig (act. 7/4). Auch auf S. 8 ihrer Offerte führte sie aus, der Coandarechen X.\_\_\_ sei so konzipiert, dass es keines Grobrechens bedürfe. In dem Sinn sei es keine Variante, sondern einfach ein Weglassen des Grobrechens im Offertenverfahren. Sie empfahl, von einem Grobrechen sei abzusehen, da ein solcher nachweislich die Fische

verletze. Mit ihrem Coandarechen sei es nicht notwendig, einen Grobrechen über dem Einlaufkanal zu installieren. Der Auftraggeber könne auf Wunsch trotzdem einen Grobrechen über dem Co- andasieb einbauen, sie (die Beschwerdeführerin) sei gegebenenfalls bezüglich der technischen Integration des Grobrechens zur absoluten Kooperation bereit, sollte bauseitig ein solcher geliefert werden. Sie könne bei Bedarf auch eine Nachofferte für einen Grobrechen einreichen.

### **E. 5.3**

Gemäss den technischen Spezifikationen verlangte die Vorinstanz ein Angebot mit einem Schutzrechen über dem Coandarechen, wie sowohl aus Teil C: Besondere Bedingungen als auch aus Teil D: Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen hervorgeht, wo nebst der Position 04.2 Coandarechenfassung in der Position 04.3 der Schutzrechen über B 2024/225 11/15

die gesamte Länge separat aufgelistet ist. Bei der Spezifikation des Coandarechens wurde als zwingende Anforderung an die einzelnen Rechenfelder ein Grobrechen zum Schutz vor Abrasion und Schlägen über dem Coandafeinrechen definiert, entweder vom Typ Protec Vibro oder eine gleichwertige, einfach demontierbare Lösung über die gesamte Länge von 31 m (Ziff. 7.4.3 in Teil C). Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin bezieht sich die mögliche gleichwertige Lösung auf einen anderen Schutzrechen als den im Protec Vibro integrierten und nicht auf eine mögliche Variante ohne jeglichen Schutzrechen. Auch aus der Überschrift im Leistungsverzeichnis geht klar hervor, dass in der zwingend einzureichenden Grundvariante ein Schutzrechen gemäss Position 04.3 über die gesamte Länge zu offerieren ist, zum Beispiel Protec Vibro oder ein gleichwertiges Produkt. In Ziff. 5.7 von Teil A: Allgemeine Bemerkungen wurde zudem auch für eine allfällige Unternehmervariante festgelegt, dass keine Lösungsvorschläge erwünscht sind, welche von der in der Ausschreibung spezifizierten Funktionalität, Liefer- und Leistungsumfang abweichen. Eine unklare Formulierung liegt nicht vor. In Anwendung des Vertrauensprinzips durfte und musste die Ausschreibung von den Anbietern so verstanden werden. Sofern die Beschwerdeführerin diesbezüglich nicht sicher gewesen wäre, hätte sie vor Einreichung der Offerte nachfragen müssen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 387). Sodann liegt es im Ermessen der Vergabebehörde, die qualitativen Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand zu bestimmen, was sie mit dem von ihr gewünschten Schutzrechen über dem Coandarechen getan hat. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, ihr Produkt entspreche dem neuesten Standard in Sachen Tierschutz und sei besser, sind daher nicht zu hören. Dass ein Schutzrechen bei Coandarechen durchaus Sinn machen kann, geht aus dem Schlussbericht des Bundesamtes für Energie BFE vom 4. Juni 2021 zur Optimierung von Coanda-Rechen für Wasserfassungen in alpinen Gewässern hervor, wonach die filigrane Struktur des Feinrechens einen zusätzlichen Schutz gegen grobes Geschiebe und Holztrieb benötige (act. 13.1). Wie sich aus dem Technischen Bericht zur Sanierung B.\_\_\_\_ vom 20. Oktober 2023 ergibt, erfolgte eine fischbiologische Beurteilung des Projekts, die zum Schluss kam, dass aufgrund der Steilheit des Coandarechens auch mit dem Schutzrechen nicht von einem relevanten Verletzungsrisiko für die Fische ausgegangen wird (act. 13.2, S. 10). Schliesslich erfüllt gemäss Ausschreibung auch ein dem erwähnten Protec Vibro der Firma D.\_\_\_\_ GmbH gleichwertiges Produkt die technische Spezifikation, weshalb keine unzulässige Diskriminierung vorliegt. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte ausführte, wäre das Angebot eines Schutzrechens für sie denn auch grundsätzlich möglich gewesen.

#### **E. 5.4**

Bereits in der simap-Publikation stand ausdrücklich, dass die Variante gemäss Ausschreibungsunterlagen angeboten werden muss und Unternehmervarianten als Zusatz zugelassen sind (act. 7/1). In den Ausschreibungsunterlagen wurde mehrfach darauf hingewiesen, dass das Grundangebot gemäss Pflichtenheft in jedem Fall einzureichen sei (Ziff. 5.1, 5.4 B 2024/225 12/15

und 6.1 in Teil A). Es stand dem Anbieter frei, zusätzlich zum Grundangebot gemäss Pflichtenheft gleichwertige oder bessere Unternehmervarianten anzubieten, wobei diese entsprechend zu kennzeichnen und separat mit einer separaten Preiszusammenstellung einzureichen seien (Ziff. 5.7 in Teil A). Die Beschwerdeführerin offerierte zu ihrem Coandarechen X. zugegebenermassen keinen Schutzrechen, weder in ihrem Angebot noch im Leistungsverzeichnis unter Position 04.3 (act. 7/4). Die Grundvariante offerierte sie somit nicht, wobei das Weglassen des Schutzrechens keine geringfügige Abweichung darstellte. Dabei handelte es sich um einen bewussten Entscheid der Beschwerdeführerin und nicht um ein Versehen. Eine Nachfragepflicht der Vorinstanz bestand daher nicht. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist damit unvollständig und erfüllt die von der Vorinstanz vorgegebenen technischen Spezifikationen nicht. Ein Angebot, das zwingende technische Spezifikationen nicht erfüllt, ist auszuschliessen. Es ist nicht zulässig, ein solches Angebot im Rahmen von Bereinigungen derart anzupassen und zu ergänzen, dass die Ausschreibungskonformität nachträglich hergestellt wird (KUONEN, in: H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 27 zu Art. 34 IVöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 468). Die Vorinstanz hat zudem in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben, dass die Nichterfüllung der Eignungskriterien und/oder der Teilnahmekriterien, die Eingabe eines unvollständigen Angebots wie auch die Nichterfüllung der im Leistungsverzeichnis bezeichneten technischen Anforderungen einen Ausschlussgrund darstellen (Ziff. 6.3 "Ausschlussgründe" der Ausschreibungsunterlagen). Der verfügte Ausschluss, zu dem sie auch aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet war, stellt daher keine Ermessensüberschreitung dar. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren erweist sich damit als rechtmässig.

#### **E. 6**

Position 04.4: Ersatz-Feinrechen (Coandarechen)

##### **E. 6.1**

Lediglich der Vollständigkeit halber ist noch kurz auf die dritte Position einzugehen. Die Position 04.4 des Leistungsverzeichnisses (Teil D), wo zwei Stück Ersatz-Feinrechen zu offerieren gewesen wären, füllte die Beschwerdeführerin nicht aus. Wie sie jedoch zutreffend geltend machte, offerierte sie beim Coandarechen Position 04.2 für eine Länge von 31 m à CHF 4'065, insgesamt CHF 126'015. Auf S. 2 der Offerte waren 36 Coanda-Elemente mit einer Breite von 900 mm angeführt zum Preis von CHF 126'000 (act. 7/4). Die Montage wurde für 34 Elemente offeriert. Die zwei Ersatz-Elemente sind damit offensichtlich in die Preiskalkulation miteingeflossen. Im Übrigen ergibt sich bei 34 Elementen und 900 mm pro Element aufgerundet die im Leistungsverzeichnis verlangte Länge von 31 m. B 2024/225 13/15

##### **E. 6.2**

Dass die zwei Ersatz-Elemente in den Preis von CHF 126'000 eingerechnet wurden, wäre für die Vorinstanz bei Durchsicht der Offert-Übersicht (S. 2 der Offerte) erkennbar

gewesen. Die unpräzise Erfassung im Leistungsverzeichnis ist folglich als ein unbedeutender Mangel zu qualifizieren. Dieser allein vermöchte den Ausschluss der Beschwerdeführerin von der Vergabe nicht zu rechtfertigen.

#### **E. 7**

Ergebnis und Kosten Zusammenfassend erweist sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin als rechtmässig, die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 2'700 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 und 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 914.12); der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von CHF 3'700 ist anzurechnen und im Betrag von CHF 1'000 zurückzuerstatten. Aufgrund des Verfahrensausgangs hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf ausseramtliche Entschädigung (vgl. dazu Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP). Trotz Obsiegens hat die Vorinstanz keinen Anspruch auf Entschädigung ihrer ausseramtlichen Kosten (VerwGE B 2023/6 vom 4. Mai 2023 E. 4.2, mit Hinweis, siehe dazu auch Art. 68 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, SR 173.110, BGG). B 2024/225 14/15

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'700 unter Anrechnung des von ihr geleisteten Kostenvorschusses. CHF 1'000 werden ihr zurückerstattet. 3. Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt. B 2024/225 15/15

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.