

Gerichte des Kantons St.Gallen

Kanton St.Gallen | Kantonsrat | Regierung | Verwaltung



Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 01.03.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.

In den Ausschreibungsunterlagen wird die Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin offengelegt, ohne dass sie von der Einreichung eines Angebotes ausgeschlossen würde. Im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag kann deshalb die Rüge der unzulässigen Vorbefassung nicht mehr vorgebracht werden. Die Benotung des Projektleiters der Beschwerdeführerin nach dem Zuschlagskriterium „Referenzen“ erscheint nicht vergaberechtswidrig, zumal er nach ihren eigenen Angaben in den Referenzprojekten – anders als der Projektleiter der Zuschlagsempfängerin – nicht als Gesamtprojektleiter fungierte. Auch die Bewertung des Angebots nach dem Zuschlagskriterium „Qualität“ erscheint angesichts der wesentlich ausführlicher und differenzierten Ausführungen im Angebot der Beschwerdegegnerin zu den einzelnen Aspekten des Projekts jedenfalls bei der gebotenen summarischen Beurteilung nachvollziehbar. Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung ist deshalb nicht zu entsprechen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/53).

Verfügung vom 1. März 2018

Verfahrensbeteiligte

AeBo + Dill AG, Tannwaldstrasse 26, 4600 Olten,
Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Schweizerische Südostbahn AG, Bahnhofplatz 1a, 9001 St. Gallen,
Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. Peter Reetz und/oder Rechtsanwältin
MLaw Christina Schlegel, Reetz Sohm Rechtsanwälte, Obere Wiltisgasse 52,
Postfach 441, 8700 Küsnacht,

und

Arge IG Wattwil_2, c/o Schällibaum AG, Ebnaterstrasse 143, 9630 Wattwil,
Beschwerdegegnerin und Gesuchsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bernhard Oberholzer LL.M., Oberer Graben 43, 9000 St. Gallen,

Gegenstand

Vergabe Beschleunigung Südkopf Wattwil (Ingenieurleistungen Phasen 31-53) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die AeBo + Dill AG (Beschwerdeführerin) hat gegen die von der Schweizerischen Südostbahn AG (Vorinstanz) bereits am 9. Februar 2018 versandte Verfügung vom 12. Februar 2018, mit welcher die Ingenieurleistungen Phasen 31-53 bei der Beschleunigung Südkopf Wattwil zu einem unbekanntem Preis an die Arge IG Wattwil_2 (Beschwerdegegnerin) vergeben wurden, mit Eingabe vom 20. Februar 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem sinngemäss um Gewährung der aufschiebenden Wirkung er sucht. Der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. Februar 2018 den Abschluss des Vertrags einstweilen. Die Beschwerdeführerin reichte am 26. Februar 2018 eine rechtsgenügend von zwei kollektiv zeichnungsberechtigten Personen unterschriebene Beschwerdeeingabe ein. Die Beschwerdegegnerin beantragte durch ihren Rechtsvertreter mit Vernehmlassung vom 27. Februar 2018 die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Vorinstanz beantragte mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 27. Februar 2018 ebenfalls die Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Gleichzeitig reichte sie dem Gericht die Vergabeakten – ohne die Offerten der am Beschwerdeverfahren nicht beteiligten Anbieterinnen – ein.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 IVöB kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

2.1. Hinsichtlich den der Gewährung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen verweist die Vorinstanz darauf, einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids komme von vornherein ein erhebliches Gewicht zu. Für die Ausarbeitung des Vorprojektes seien 126 Tage vorgesehen. Damit das Projekt rechtzeitig realisiert werden könne, sei diese Zeitdauer unbedingt einzuhalten. Die Durchführung sei, namentlich auch wegen der unzähligen Abhängigkeiten zu allen anderen Baubeteiligten (Unternehmer/Planer) äusserst dringlich. Welcher Art diese Abhängigkeiten sind, wird in der Vernehmlassung nicht konkretisiert. Aus welchen technischen oder rechtlichen Gründen ein Abschluss des Projekts entsprechend dem Terminplan im Mai 2022 (vgl. Ziffer 3.7.1 Ecktermine im Leitfaden der Ausschreibung, act. 11/3) zwingend ist, wird nicht dargelegt. Im Anforderungsprofil wird ausgeführt, Geleise und Weichen im Südkopf hätten ihre technische und wirtschaftliche Nutzungsdauer „ca. 2020 bis 2024“ erreicht (act. 10.12 Ziffer 1.1). Bei einer über vierjährigen Dauer von Projektierung und Realisierung erscheint es sodann jedenfalls nicht von vornherein unvermeidlich, dass ein Beschwerdeverfahren zu Beginn des Projekts dazu führt, dass der Endtermin nicht mehr eingehalten werden kann. Abgesehen davon ist die Vergabebehörde gehalten, im vorgesehenen Zeitplan grundsätzlich auch ein Rechtsmittelverfahren einzu-

beziehen (vgl. Präsidentialverfügung B 2017/30 vom 7. März 2017 E. 2.1 mit Hinweisen auf VerwGE B 2016/241 vom 16. Dezember 2016 E. 2.1 mit Hinweis auf VerwGE B 2015/300 vom 13. November 2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch). Die öffentlichen Interessen, welche gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprechen, erscheinen deshalb nicht als sehr gewichtig.

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, das Ingenieurbüro Schällibaum, das Teil der IG Wattwil sei, sei bereits mit der Studie beauftragt gewesen. Die Vorinstanz hat in den Ausschreibungsunterlagen, die auch eine Rechtsmittelbelehrung enthielt, darauf hingewiesen, die Schällibaum AG habe 2016 eine Studie für verschiedene Gleisgeometrievarianten verfasst. Die Unterlagen seien als Basis für weitere interne Überarbeitungen verwendet worden. Die Studie liege der Ausschreibung nicht bei, da die Gleisgeometrien der einzelnen Varianten weiterbearbeitet worden seien (Ziff. 4.21 mit dem Randtitel „Vorbefassung“ und Ziff. 6.5 mit dem Randtitel „Rechtsmittelbelehrung“ des Leitfadens zur Ausschreibung; act. 11/3). Davon, dass dieses Unternehmen deshalb vom Verfahren ausgeschlossen sei oder der Vorbefassung bei der Frist zur Einreichung oder der Bewertung eines allfälligen Angebots Rechnung getragen werde, ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht die Rede. Die Beschwerdeführerin musste deshalb bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung davon ausgehen, dass ein Angebot des vorbefassten Unternehmens gleich wie die Angebote aller anderen Bewerberinnen behandelt würde. Wer vorbehaltlos die Ausschreibungsunterlagen akzeptiert und diese zur Grundlage seines Angebots macht, dem ist es indessen entsprechend dem Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, grundsätzlich verwehrt, nach einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens Mängel der Ausschreibung zu rügen. Eine Ausnahme, um von diesem Grundsatz abzuweichen, ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich (vgl. VerwGE B 2015/75 vom 27. Oktober 2015 E. 2 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und VerwGE B 2003/230 vom 23. April 2004 E. 4b/bb, www.gerichte.sg.ch; Präsidentialverfügung B 2017/130 vom 14. Juli 2017 E. 2.2.1 mit Hinweis auf GVP 2015 Nr. 41).

2.2.2. Da Beschwerdeführerin beanstandet sodann, dass zur Beurteilung ihres Projektleiters ein früherer, jetzt bei einem Mitkonkurrenten tätiger Mitarbeiter der Vorinstanz konsultiert worden sei. Auch diesbezüglich ist auf die Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen. Zum einen behielt sich die Vorinstanz ausdrücklich vor, für die im Angebot aufgeführten Referenzen und Angaben ohne Benachrichtigung des Anbieters Erkundigungen einzuholen und nur die eingeforderten Referenzen zur Beurteilung hinzuzuziehen (Ziff. 4.15 mit dem Randtitel „Referenzen“ der Übersicht des Leitfadens zur Ausschreibung, act. 11/3). Zum andern wurde im Angebotsformular ausdrücklich der Nachweis von Erfahrungen mit vergleichbaren Umbauten unter Betrieb der Vorinstanz oder einer anderen Schweizer Bahnunternehmung verlangt (Ziff. 2 mit dem Titel „Referenzen“; act. 11/6 Seite 4/14). Damit musste die Beschwerdeführerin bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung davon ausgehen, dass die Vorinstanz auch eigene Erfahrungen berücksichtigen und sie dazu gegebenenfalls auch bei ihren ehemaligen Mitarbeitern Erkundigungen einholen würde.

2.2.3. Die Beschwerdeführerin erachtet die Bewertung ihres Angebotes nach den Zuschlagskriterien „Referenzen“ und „Qualität“ als objektiv ungerechtfertigt tief.

2.2.3.1. Im Bereich der Bewertung der Angebote hinsichtlich der Qualität kommt der Vergabebehörde aufgrund ihrer technischen Kenntnisse ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in welchen das Verwaltungsgericht, dessen Überprüfungsbefugnis sich auf eine Rechtskontrolle beschränkt (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB), nicht einzugreifen befugt ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.4.4, VerwGE B 2017/126 vom 5. Juli 2017 E. 2.2.5 mit weiteren Hinweisen, www.gerichte.sg.ch). Dass die Vorinstanz – wie im Übrigen auch beim Zu-

schlagskriterium des Preises – die Bewertungsspanne auch bei den Zuschlagskriterien „Referenzen“ und „Qualität“ ausgeschöpft und damit die Angebote auch untereinander ins Verhältnis gesetzt hat, entspricht dem vergaberrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter (vgl. VerwGE B 2016/168 vom 26. Oktober 2016, B 2016/116 vom 24. November 2016, www.gerichte.sg.ch, dazu Ch. Jäger, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in: BR 2017 S. 231 ff.).

2.2.3.2. Vorab beanstandet die Beschwerdeführerin die Benotung ihres Projektleiters nach dem Zuschlagskriterium „Referenzen“ als zu tief. Er habe mit über 30-jähriger Bahnerfahrung (SBB, SOB und weitere) grosse Erfahrung in der Projektierung und Realisierung gleicher beziehungsweise ähnlicher Projekte. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz, die Angaben über die Rolle im Projekt Samstagen und Freienbach würden nicht stimmen, habe er in diesen Projekten sehr wohl eine führende Rolle und die Fachdienstkoordination inkl. Dritten und Behörden inne gehabt. Das könne mit Sitzungsprotokollen und Terminprogrammen belegt werden. Auch die Beurteilung der zweiten Referenz des Projektleiters – eines grösseren SBB-Projekts – könne nicht ungenügend sein.

Die Vorinstanz hat das Zuschlagskriterium der Referenzen und Referenzobjekte der Schlüsselpersonen aufgliedert nach dem Projektleiter, dem Spezialisten Fahrbahn und dem Bauleiter. Die Bewertung der Referenzen hat sie anhand einer Skala von 0 bis fünf jeweils bezogen auf die Qualität der Angaben und bezogen auf die Erfüllung der Kriterien vorgenommen, wobei sie Viertelnoten vergeben hat. Die Noten hat sie in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt umschrieben (act. 11/3, Ziff. 4.2 des Leitfadens zur Ausschreibung).

Punkte	Bezogen auf die Qualität der Angaben der Kriterien	Bezogen auf die Erfüllung
0	Keine Angaben	Nicht zu beurteilen
1	Ungenügende oder / und unvollständige Angaben	Sehr schlechte Erfüllung des Kriteriums
2	Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt	Schlechte Erfüllung
3	Durchschnittliche Qualität, Erfüllung der Anforderungen der Ausschreibung	Durchschnittliche Erfüllung
4	Qualitativ sehr gut	Gute Erfüllung
5	Qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerledigung	Sehr gute Erfüllung

Die beiden Referenzen für den Projektleiter der Beschwerdeführerin wurden insgesamt mit 2,25 bewertet. Zwar hat die Vorinstanz soweit ersichtlich weder die eingeholten Auskünfte protokolliert (vgl. act. 10, Vernehmlassung Rz. 21) noch zur Bewertungsmatrix eine detailliertere Begründung der sehr differenzierten Benotung festgehalten (vgl. act. 11/4). Die Beurteilung bezieht sich indessen zum einen auf ein eigenes Projekt der Vorinstanz. Die Aufgaben, welche dem Projektleiter der Beschwerdeführerin dort zukamen, waren der Vorinstanz also bekannt. Die Beschwerdeführerin belegt ihre Behauptung, er habe ebenfalls die Gesamtleitung innegehabt, nicht, obwohl sie in der Beschwerde ausführt, dies ergebe sich aus Sitzungsprotokollen und Terminprogrammen. Nach den Angaben der Beschwerdeführerin in ihrem Angebot zu den beiden Referenzprojekten umfassten die Funktionen des Projektleiters jedenfalls nicht auch die Phase 31 (Vorprojekt). Zudem bezeichnete sie selbst in der Beschreibung der Referenzobjekte die Funktion des Projektleiters mit „Ausführungsprojektleiter, FD-Koordinator und Bauleitung“ beziehungsweise „Projektleiter Bahntechnik“ (act. 3.2), während der Projektleiter der Beschwerdeführerin als „Gesamtprojektleiter“ fungierte (act. 11/7 S. 5/15 und 6/15). Damit lässt sich die schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin

rerin unter dem Zuschlagskriterium der „Referenzen“ jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung ohne Weiteres nachvollziehen.

2.2.3.3. Beim Zuschlagskriterium „Qualität“ hat die Vorinstanz die Ausführungen der Bewerberinnen unter dem Titel „Auftragsanalyse, Chancen und Risiken, Vorgehen, PQM (Anm.: projektbezogenes Qualitätsmanagement)“ beurteilt. Das Angebot der Beschwerdeführerin hat sie mit der Note 2,25 (entsprechend 0,45 gewichtete Punkte), jenes der Beschwerdegegnerin mit der Note 4,63 (entsprechend 0,93 gewichtete Punkte) bewertet. Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihre Beiträge deckten praktisch alle relevanten Punkte ab. Weshalb sie mit ungenügend bewertet wurden, sei ihr schleierhaft. Bei einem SBB-Projekt hätten die „praktisch gleichen Beiträge“ Noten von über 4 erhalten. Eine solch schlechte Benotung habe mit einer objektiven Beurteilung nichts zu tun.

Ein Vergleich der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zeigt, dass die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zu den einzelnen Aspekten des Projekts, insbesondere zu Chancen und Risiken, wesentlich ausführlicher und differenzierter sind. Auch diesbezüglich erscheint jedenfalls bei der gebotenen summarischen Beurteilung die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin unter weitgehender Ausschöpfung der Bewertungsspanne als nachvollziehbar.

3. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde insgesamt nicht als hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsabschluss dem Verwaltungsgericht umgehend mit.

4. Der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist eine Frist bis 28. März 2018 anzusetzen, um zur Beschwerde in der Hauptsache Stellung zu nehmen. Die Gerichtsferien gelten nicht. Nach unbenützter Frist ist Verzicht auf eine Vernehmlassung anzunehmen.

5. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die Vorinstanz stellt ihren Antrag unter Entschädigungsfolge, hat indessen keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829). Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren ausseramtlich ermessensweise und unter Berücksichtigung des konkreten Aufwands pauschal mit CHF 1'000 zuzüglich CHF 40 pauschale Barauslagen zu entschädigen (Art. 6, 19, 22 Abs. 1 lit. b sowie Art. 28^{bis} Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 963.75, HonO). Da die Beschwerdegegnerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist, kann sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Der Abteilungspräsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 28. März 2018 zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Es gelten

keine Gerichtsferien. Nach unbenützter Frist wird Verzicht auf eine Vernehmung angenommen.

3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten der Zwischenverfügung von CHF 1'000.

4. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin mit CHF 1'040.

Der Abteilungspräsident Eugster
i.V. Zürn