

Gerichte des Kantons St.Gallen

Kanton St.Gallen | Kantonsrat | Regierung | Verwaltung



Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 27.07.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.

Im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag können Mängel der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen noch gerügt werden, soweit sich erst anhand der konkreten Angebote erweist, dass eine den vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechende Bewertung nach den festgelegten Zuschlagskriterien nicht möglich ist. Gleiches muss gelten, wenn aus den eingereichten Angeboten auf unterschiedliche Auslegungen der Unterlagen durch die Anbieter und damit auf sich erst im Nachhinein zeigende Unklarheiten zu schliessen ist. Mit Ausnahme der Beschwerdeführerinnen haben alle Anbieterinnen die Unterlagen gleich verstanden. Ein von der Vergabebehörde beigezogenes unabhängiges Ingenieurbüro hat die Unterlagen und insbesondere das Leistungsverzeichnis auch unter Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht als unklar beurteilt. Die Vergabebehörde hat die Grenzen ihres Ermessens bei der Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht verletzt. Die Beschwerde erscheint insgesamt nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist deshalb abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/177).

Verfügung vom 27. Juli 2018

Verfahrensbeteiligte

ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG, bestehend aus
- **LG Bau AG**, Staatsstrasse 7a, 9470 Werdenberg
- **Gebrüder Hilti Aktiengesellschaft Bauunternehmung**, Im Bretscha 11, 9494 Schaan
c/o LG Bau AG, Staatsstrasse 7a, 9470 Werdenberg,
Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jakob Rhyner, Rhyner Lippuner Bertschinger, St. Gallerstrasse 46, Postfach 945, 9471 Buchs,

gegen

Abwasserverband Buchs, Langäulistrasse 26, 9470 Buchs SG,
Vorinstanz und Gesuchsgegner,

und

ARGE Marty & Marty, bestehend aus
- **Marty Sennwald AG**, Neudorf 1, 9466 Sennwald,
- **Marty Bauleistungen AG**, Seidenbaumstrasse 50, 9478 Azmoos,
c/o Marty Sennwald AG, Neudorf 1, 9466 Sennwald,
Beschwerdegegnerinnen,

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

Gegenstand

Vergabe Sanierung Faulungs- und Gasanlagen ARA Buchs / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die LG Bau AG und die Gebrüder Hilti Aktiengesellschaft Bauunternehmung mit Sitz in Schaan/FL (Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen), die gemeinsam die ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG bilden, haben durch ihren Rechtsvertreter gegen den vom Abwasserverband Buchs/SG (Vorinstanz und Gesuchsgegner) am 5. Juli 2018 verfügten Zuschlag der Baumeisterarbeiten für die Sanierung der Faulungs- und Gasanlagen der ARA Buchs an die aus der Marty Sennwald AG und der Marty Bauleitungen AG (Beschwerdegegnerinnen) bestehende ARGE Marty & Marty mit Eingabe vom 16. Juli 2018 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem beantragt, dem Verfahren (sic!) sei aufschiebende Wirkung zu gewähren. Der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 17. Juli 2018 der Vorinstanz den Vertragsschluss einstweilen untersagt. Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 20. Juli 2018 verzichteten die Beschwerdegegnerinnen auf die Stellung eines Antrags zum Begehren um aufschiebende Wirkung. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 23. Juli 2018, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen. Gleichzeitig reichte sie dem Gericht die Vergabeakten 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. Die Kuster + Hager Ingenieurbüro AG St. Gallen, welche die Angebote zunächst auswertete, teilte entsprechend dem Beschluss des Bauausschusses des Abwasserverbandes Buchs vom 18. Januar 2018 der ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG gleichentags die Berücksichtigung ihres Angebotes mit. Die ARGE Marty & Marty, deren Angebot nicht berücksichtigt worden war, erhob gegen den Zuschlag beim Verwaltungsgericht Beschwerde. Dessen Präsident stellte mit Entscheid vom 8. Februar 2018 die Nichtigkeit des Zuschlags fest (B 2018/39). Zu den Vorbringen der ARGE Marty & Marty in der Beschwerde vom 29. Januar 2018, nämlich Nichtteilnahme an der obligatorischen Begehung, Nichtbefolgung des

Leistungsverzeichnisses und Preisunterschied, äusserte sich die ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG gegenüber der Vergabebehörde am 20. Februar 2018. Sie machte geltend, die Begehung sei nicht obligatorisch gewesen, ihre Offerte sei um einiges günstiger ausgefallen, weil die – separat ausgeschrieben – Innenbeschichtungen der Faultürme 1 und 2 und der Voreindicker nicht Bestandteil ihres Angebotes seien, sie habe sich auch damit einverstanden erklärt, ohne weitere Kosten den Systemgaranten für die Abdichtungen zu wechseln, und die Unterlagen für das Fugenkonzept und die Schemazeichnungen seien nicht entscheidend relevant (act. 2/12 = act. 10/15). Die Vergabebehörde erblickte darin eine Änderung des Angebots und drohte der ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG am 18. Mai 2018 den Ausschluss vom Verfahren an (act. 2/13 = act. 10/16). Die ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG äusserte sich dazu am 30. Mai 2018. Sie machte geltend, die Ausschreibung sei mangelhaft gewesen (act. 2/14 = act. 10/17). Im Auftrag der Vergabebehörde nahm ein unabhängiges Ingenieurunternehmen am 20. Juli 2018 zur Frage der Klarheit des Leistungsverzeichnisses und zur Beurteilung des Angebots der ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG Stellung. Es kam zum Schluss, das Angebot entspreche nicht den im Leistungsverzeichnis gestellten Anforderungen, die Präzisierung der Offerte vermöge daran nichts zu ändern und das Leistungsverzeichnis sei hinreichend klar gewesen (act. 10/22). Sämtliche Anbieterinnen verlängerten die Gültigkeit ihrer Offerten bis 31. Juli 2018.

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das Leistungsverzeichnis sei hinsichtlich der Abdichtungen unklar gewesen. – Die Vorinstanz macht geltend, mit dieser Rüge seien die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag nicht mehr zu hören. Sie wäre mit Beschwerde gegen die Ausschreibung beziehungsweise die Ausschreibungsunterlagen vorzubringen gewesen.

Im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag können Mängel der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen noch gerügt werden, soweit sich erst anhand der konkreten Angebote erweist, dass eine den vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechende Bewertung nach den festgelegten Zuschlagskriterien nicht möglich ist (GVP 2015 Nr. 41). Gleiches muss gelten, wenn aus den eingereichten Angeboten auf unterschiedliche Auslegungen der Unterlagen durch die Anbieter und damit auf sich erst im Nachhinein zeigende Unklarheiten zu schliessen ist. Im vorliegenden Vergabeverfahren gingen sieben Angebote ein. Im Abschnitt über die Abdichtungen für Bauwerke unter Terrain und für Brücken waren unter der Position 172.300.100 Globalen für sämtliche Leistungen des Systemgaranten zu offerieren, nämlich für den Faulturm 1 (101), für den Faulturm 2 (102), für die Voreindicker 1 und 2 (103) und das Untergeschoss des Annexbaus (104). Mit Ausnahme der Beschwerdeführerinnen haben sämtliche Anbieterinnen auch für den Faulturm 1 einen – signifikanten – Betrag eingesetzt. Dies gilt selbst für eine Anbieterin, die – gleichermassen wie die Beschwerdeführerin – die Drytech als Systemgarantin aufführte (act. 10/8). Daraus ist – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – zu schliessen, dass die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich nicht unklar waren. Zu diesem Schluss kommt im Übrigen denn auch ein unabhängiges Ingenieurbüro, welches – wie dargestellt – von der Vorinstanz aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerinnen die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere das Leistungsverzeichnis beurteilte (vgl. act. 10/22).

2.2.2. Die Beschwerdeführerinnen rügen sodann die Bewertung ihres Angebots nach dem Zuschlagskriterium „Qualität des Angebots“ als willkürlich. Die Vorinstanz hat das – in den Ausschreibungsunterlagen als drittes genannte (act. 10/3 Seite 13/15) – Kriterium mit 15 Prozent gewichtet und die

maximal erzielbaren 10 ungewichteten Punkte auf die Teilaspekte „Inhalt (Vollständigkeit)“ (6 Punkte), „Bauprogramm“ (2 Punkte) und Bauplatzinstallation (2 Punkte) verteilt. Nach Abzügen von je 1,5 Punkten wegen fehlender Planunterlagen des Systemgaranten, nicht offerierter oberirdischer Abdichtung und nicht kalkulierter Abdichtungen NPK 172 hat sie das Angebot der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium „Qualität des Angebots“ mit 5,5 ungewichteten Punkten bewertet (act. 10/20).

Der Vergabebehörde kommt bei der Bewertung der Angebote hinsichtlich der Qualität aufgrund ihrer – dem Gericht selber abgehenden – technischen Kenntnisse ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in welchen das Verwaltungsgericht nicht einzugreifen befugt ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.4.4; 139 II 185 E. 9.3 mit Hinweisen auf BGE 135 II 356 E. 3.1, 135 II 384 E. 2.2.2, 133 II 35 E. 3, 130 II 449 E. 4.1).

Die Vorinstanz hat die Grenzen des Ermessens bei der Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerin – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – nicht verletzt. Im Leistungsverzeichnis werden im Zusammenhang mit dem Abdichtungskonzept ein detaillierter Leistungsbeschrieb des Systemgaranten (172.090.100) sowie die Erstellung von dichtungstechnischen Plänen inklusive aller Details (172.090.110) und abdichtungstechnische Ausführungspläne (172.090.120) erwähnt. Ob der Leistungsbeschrieb des Systemgaranten und die dichtungstechnischen Pläne bereits Teil des Angebots sein müssen oder ob sie erst Teil der Leistungserbringung sind, kann letztlich offen bleiben. Jedenfalls liegt es im Ermessen der Vorinstanz, die eingereichten Abdichtungskonzepte nach ihrer Qualität zu beurteilen und dabei zu berücksichtigen, mit welchen mehr oder weniger umfassenden Unterlagen sie in den verschiedenen Angeboten beschrieben und dargestellt wurden. Während das Angebot der Beschwerdegegnerinnen einen ausführlichen und detaillierten neunseitigen Beschrieb des Abdichtungskonzepts des Systemgaranten mit zahlreichen allgemein gültigen Systemdarstellungen und besonderen auf das Ausschreibungsobjekt bezogenen Plänen enthielt (act. 10/5, Register 6), beschränkte sich der von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Technische Bericht ihres Systemgaranten vom 19. Dezember 2017 auf rund eine A4-Seite ohne Pläne (act. 10/6).

Gemäss Leistungsverzeichnis wird sodann verlangt, dass die Abdichtungsfirma die Garantie für die Gebrauchstauglichkeit bezüglich dauerhafter Wasserundurchlässigkeit des nach Abdichtungskonzept geplanten und ausgeführten Betontragwerks auf die Dauer von zehn Jahren inklusive einem Versicherungsschutz von zehn Jahren übernimmt (172.090.210). Im Abdichtungskonzept der Systemgarantin der Beschwerdegegnerinnen wird unter Ziffer 4 die geforderte Garantie zugunsten des Bauherrn (oder Bauunternehmers) insbesondere mit Verweis auf die SIA-Norm 118 zugesichert (act. 10/5, Register 6, Seite 4 des Konzepts). Demgegenüber enthält der Technische Bericht des Systemgaranten der Beschwerdeführerinnen keine solche Garantiezusicherung, sondern vorab Angaben dazu, in welchen Bereichen keine Garantie übernommen werde (act. 10/6 zu den Positionen 391.101 und 102).

3. Auch wenn die Vorinstanz keine spezifischen öffentlichen Interessen am unmittelbaren Vertragsabschluss geltend macht, erweist sich die Beschwerde mit Blick auf den vergaberechtlichen Grundsatz, dass ihr keine aufschiebende Wirkung zukommen soll (Art. 17 Abs. 1 IVöB), und dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides (vgl. BGer 2D_31/2016 vom 2. Februar 2017 E. 2.3, 2C_755/2009 vom 19. Januar 2010 E. 3.4, 2D_130/2007 vom 26. Februar 2008 E. 2.1, 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1) insgesamt als nicht ausreichend begründet. Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist deshalb abzuweisen. Die Vorinstanz teilt dem Verwaltungsgericht

entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB den allfälligen Vertragsschluss umgehend mit.

4. Die Beschwerdegegnerinnen sind einzuladen, bis 27. August 2018 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen; der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 23. Juli 2018 und die Vergabeakten zu ergänzen mit den Details zur Begründung der Punkteabzüge in der neuen Bewertungsmatrix (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen. Es gelten keine Gerichtsferien.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 8'100 zu verrechnen. CHF 6'600 verbleiben bei der Hauptsache. Ausseramtliche Kosten sind für das Zwischenverfahren nicht zu entschädigen (vgl. Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP). Die Beschwerdegegnerinnen haben im Zwischenverfahren keine eigenen Anträge gestellt. Die Vorinstanz beantragte zwar die Abweisung des Begehrens unter Entschädigungsfolge, hat jedoch als den Zuschlag verfügendes Gemeinwesen keinen entsprechenden Anspruch (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829, R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen SZ/St. Gallen 2004, S. 176).

Der Abteilungspräsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Die Beschwerdegegnerinnen werden eingeladen, bis 27. August 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 23. Juli 2018 und die Vergabeakten zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. Es gelten keine Gerichtsferien.
- 3.** Die Beschwerdeführerinnen bezahlen die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'500 unter Verrechnung mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 8'100. CHF 6'600 verbleiben bei der Hauptsache.
- 4.** Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident
Eugster