Fall-Nr.:	B 2014/21
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	11.02.2020
Entscheiddatum:	14.02.2014

Präsidialverfügung Verwaltungsgericht, 14.02.2014

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB und Art. 5 EGöB.Indem die Vergabebehörde in der Ausschreibung lediglich die Rangordnung, nicht aber die Gewichtung der Zuschlagskriterien bekannt gab und bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dann unterschiedlich rangierte Zuschlagskriterien gleichgewichtig behandelte, hat sie sich einen erheblichen Spielraum offen gehalten, der mit dem Ziel der Transparenz im Vergabeverfahren in einem gewissen Widerspruch steht. Zudem hat sie nach Prüfung der Angebote das Vergabeverfahren neu eröffnet und dabei die Rangfolge der Zuschlagskriterien verändert. Sodann hat sie Unterkriterien, welche in der Ausschreibung mit "und/oder" verbunden waren, nicht gleichwertig behandelt. Schliesslich bewegen sich die Volumina der Referenzobjekte der berücksichtigten Bewerberin – im Gegensatz zu jenen der Beschwerdeführerin – wesentlich unterhalb des zu vergebenden Auftrags. Unter diesen Umständen erscheint die Beschwerde ausreichend begründet, so dass mangels entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist (Verwaltungsgericht, Präsidialverfügung, B 2014/21).

Verfügung vom 14. Februar 2014

In Sachen

Toldo Zindel Rück- und Erdbau AG, Arinstrasse 2, 9475 Sevelen,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jon Andri Moder, Masanserstrasse 40, 7000 Chur,

gegen

© Kanton St.Gallen 2025

Ortsgemeinde Marbach, vertreten durch den Präsidenten Walter Kobelt, Bergstrasse 6, 9437 Marbach SG,

und

Rhode Lüchingen, vertreten durch den Rhodmeister Max Gschwend,Heidenerstrasse 82, 9450 Lüchingen,

Vorinstanzen,

sowie

Arge Dietsche/Schmitter/Buschor c/o Hugo Dietsche AG, Kirchdorfstrasse 21, 9451 Kriessern,

Beschwerdegegnerin und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch M.A. HSG Roland Stähli, Rechtsanwalt, Grenzstrasse 24, Postfach, 9430 St. Margrethen SG,

betreffend

Bodenverbesserung Marbacher Isenriet (Transport- und Baggerarbeiten)

wird in Erwägung,

dass die Toldo Zindel Rück- und Erdbau AG, Sevelen, den von der Ortsgemeinde Marbach und der Rhode Lüchingen gemeinsam verfügten, am 21. Januar 2014 versandten Zuschlag für die Transport- und Baggerarbeiten im Zusammenhang mit dem Pilotprojekt "Bodenverbesserung Marbacher Isenriet" an die Arge Dietsche/ Schmitter/Buschor mit Beschwerde vom 3. Februar 2014 fristgerecht beim Verwaltungsgericht angefochten und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt hat, über das gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entscheiden hat;

© Kanton St.Gallen 2025

dass die Vorinstanzen innert der mit verfahrensleitender Verfügung vom 4. Februar 2014 angesetzten Frist bis 7. Februar 2014, 12.00 Uhr, beim Verwaltungsgericht mit Vernehmlassung vom 6. Februar 2014 die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung beantragten und die die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin betreffenden Akten der Vergabe einreichten;

dass die Beschwerdegegnerin mit Vernehmlassung vom 6. Februar 2014 ebenfalls die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung beantragte;

dass die Beschwerdeführerin geltend macht, der aufschiebenden Wirkung stehe keine besondere Dringlichkeit entgegen, der Zuschlag sei ungenügend begründet, weshalb die Beschwerde erst in einem zweiten Schriftenwechsel einlässlich begründet werden könne, die Gewichtung der Zuschlagskriterien sei nicht bekannt gegeben und ungleich rangierte Zuschlagskriterien seien gleich gewichtet worden, der Preis einerseits und die weichen Zuschlagskriterien anderseits seien mit je 50 Prozent nicht sachgerecht gewichtet worden, bereits eine Gewichtung des Preises mit 60 Prozent hätte einen Zuschlag an die Beschwerdeführerin zur Folge, insbesondere bei den Referenzen für Vergleichsobjekte und den Baggerführer bestünden grösste Zweifel an der korrekten Bewertung der einzelnen Angebote;

dass die Vorinstanzen geltend machen, gegenüber in der Rangfolge höher liegenden Kriterien sei keine höhere Gewichtung gewählt worden und die Rangfolge unverändert geblieben, eine Gleichbewertung der Kriterien zwei und drei sowie vier und fünf sei gerechtfertigt, eine Verschiebung der Gewichtung um Zehntelpunkte – und damit eine Rangierung entsprechend der Ausschreibung - wirke sich auf die Vergabe nicht aus, die minimale Gewichtung des Preises mit 20 Prozent sei deutlich überschritten worden, die ausgeglichene Gewichtung von Preis einerseits und technischen sowie bodenkundlichen Kriterien anderseits sei angemessen;

dass die Beschwerdegegnerin geltend macht, die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Rangfolge der Zuschlagskriterien sei nicht missachtet worden, es gebe im Vergaberecht keine Bestimmung, welche eine Gewichtung des Preises mit mehr als 50 Prozent verlange, gemäss Zuschlagskriterium "Termin Baubeginn"

© Kanton St.Gallen 2025

müssten die Arbeiten sofort ausgeführt werden und die Beschwerde sei nicht ausreichend begründet;

dass die aufschiebende Wirkung erteilt werden kann, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB, in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB);

dass die summarisch zu beurteilende Prozessprognose für die Gesuchstellerin umso besser sein muss, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349);

dass die Umsetzung des Vergabeentscheides angesichts des Umstandes, dass das Vergabeverfahren ohne Projektänderung – neben dem Wegfall eines Aufladeortes und der Verlegung einer Wasserleitung wurde einzig die Menge des am Rheinmittelwuhr abzubauenden, zu transportierenden und in der Rheinebene einzubringenden Materials, welches in der ersten Ausschreibung mit 26 – 30'000 Kubikmeter umschrieben war, auf zwei Devis über 26'000 und 28'000 Kubikmeter geändert – abgebrochen und neu durchgeführt wurde, dass ein sofortiger Baubeginn in der zweiten Ausschreibung an Gewicht verlor, dass es um die Umsetzung eines Pilotprojekts mit einer ungefähren zudem witterungsabhängigen Umsetzungsdauer von zwei Jahren geht;

dass die Beschwerdegegnerin die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung nicht mit

über das Interesse am Abschluss des Vertrags hinausgehenden privaten Interessen, sondern einzig mit dem Hinweis auf den in der Ausschreibung angestrebten sofortigen Baubeginn beantragt;

dass die der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interesse nicht besonders schwer wiegen;

© Kanton St.Gallen 2025

dass mit der Beschwerde die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, nicht aber die Unangemessenheit gerügt werden können (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB);

dass gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB die Kriterien mit allfälligen Unterkriterien entweder in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt gegeben werden;

dass die Verletzung der Bekanntgabepflicht eine Regel formeller Natur ist, deren Verletzung gewöhnlich die Aufhebung des Zuschlags nach sich zieht (vgl. VerwGE B 2011/191 vom 14. Februar 2012 E. 2.3-2.5, abrufbar auf www.gerichte.sg.ch);

dass nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts die Gewichtung der Zuschlagskriterien zwar nicht vorgängig bekannt gegeben werden muss (vgl. VerwGE B 2012/175 vom 13. November 2012 E. 2.2, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch);

dass aus den Ausschreibungsunterlagen eine Rangordnung der Hauptkriterien und innerhalb der Hauptkriterien die Unterkriterien – wenn auch nicht im Sinn einer Unterrangordnung und nicht mit einer detaillierten Gewichtung – ersichtlich waren;

dass aus der durchgängigen und aufsteigenden Nummerierung der Kriterien, welche ohne Weiteres auch mit 2a und 2b beziehungsweise 3a und 3b oder innerhalb des gleichen Ranges ohne weitere Unterteilung hätten aufgeführt werden können, auf ein abnehmendes Gewicht und nicht auf die Gleichgewichtigkeit einzelner Kriterien geschlossen werden durfte;

dass die Vergabebehörde sich damit einen erheblichen Spielraum für die Gewichtung der Kriterien offenhielt, der mit dem Ziel der Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB, in einem gewissen Widerspruch steht;

dass zur Frage der gleichen Bewertung unterschiedlich rangierter Zuschlagskriterien soweit ersichtlich keine verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung besteht;

© Kanton St.Gallen 2025

dass zudem gegenüber der ersten, am 6. Dezember 2013 abgebrochenen Ausschreibung vom Juli und August 2013 in der zweiten Ausschreibung die Rangierung der Kriterien verändert und das Gewicht der Erfahrungen aus Referenzobjekten, bei denen die Bewertungsdifferenz zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin (1,05) und jenem der Beschwerdegegnerin (1,5) am grössten war, erhöht wurde;

dass sich zu den von den Vorinstanzen eingeholten Referenzen in den eingereichten Vergabeakten keine Aktennotizen befinden;

dass sich die von der Beschwerdegegnerin angeführten Vergleichsobjekte, soweit sie quantifiziert wurden, im Gegensatz zu jenen der Beschwerdeführerin, jedenfalls hinsichtlich des Volumens erheblich unterhalb der von den Vorinstanzen zu vergebenden Arbeiten bewegen;

dass die beiden Unterkriterien zu den Erfahrungen aus Referenzobjekten (Transportaufträge in ähnlichem Umfang bzw. Materialvolumen, Arbeiten in Halbmoorböden bzw. Erfahrungen im Moorboden) mit "und/oder" verknüpft sind, bei der Gewichtung jedoch nicht gleichwertig behandelt werden;

dass die Beschwerde unter diesen Umständen mit Blick auf die nicht besonders schwergewichtigen öffentlichen und privaten Interessen am sofortigen Vertragsabschluss und der unmittelbaren Arbeitsaufnahme als ausreichend begründet erscheint;

dass die Vorinstanzen, für die gemäss Art. 102 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 Ingress und lit. c des Gemeindegesetzes (sGS 151.2, abgekürzt GG) der Vorsitzende und der Schreiber unterzeichnen, die Zuschlagsverfügung zwar nur durch den Präsidenten der Ortsgemeinde Marbach beziehungsweise den Rhodmeister der Rhode Lüchingen unterschreiben liessen, die Vorinstanzen jedoch zum Zuschlag unbestrittenermassen sachlich zuständig waren und der Mangel der fehlenden zweiten Unterschrift nicht gerügt und ohne Weiteres geheilt werden kann, ohne dass der Beschwerdeführerin dadurch ein Nachteil entstehen würde (vgl. VerwGE B 2007/200 vom 12. Februar 2008 E. 2, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch);

© Kanton St.Gallen 2025

dass die aufschiebende Wirkung wieder entzogen werden kann, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung insbesondere bezüglich der Dringlichkeit des Vorhabens neu vorzunehmen ist;

dass Vorinstanz und Beschwerdegegnerin aufzufordern sind, zur Beschwerde – soweit nicht bereits erfolgt – bis 28. Februar 2014 materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen würde;

dass die Vorinstanz aufzufordern ist, innert der gleichen Frist die Vorakten mit dem dritten Angebot

sowie – soweit vorhanden – mit Aktennotizen zu den eingeholten Referenzen zu ergänzen;

dass die Kosten dieser Verfügung bei der Hauptsache zu belassen sind;

verfügt:

1./ Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

2./ Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.

3./ Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 28. Februar 2014 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Die Vorinstanz hat innert der gleichen Frist die Akten zu ergänzen. Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.

4./ Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

_____

VERWALTUNGSGERICHT

des Kantons St. Gallen

© Kanton St.Gallen 2025

Der Präsident:

lic. iur. Beda Eugster

© Kanton St.Gallen 2025