



Fall-Nr.: B 2014/21
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 14.05.2014
Entscheiddatum: 14.05.2014

Urteil Verwaltungsgericht, 14.05.2014

Beschaffungswesen, Art. 34 Abs. 2 lit. k VöB. Es verletzt vergaberechtliche Grundsätze, wenn bei der Bewertung der Angebote für einen Transportauftrag im Umfang von 28'000 Kubikmetern nach dem Kriterium Erfahrung Referenzobjekte mit 150'000 Kubikmetern und 5'800 Kubikmetern gleichermassen mit dem Punktemaximum bewertet werden (Verwaltungsgericht, B 2014/21).

Urteil vom 14. Mai 2014

Anwesend: Präsident lic. iur. B. Eugster; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. Th. Scherrer

In Sachen

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

Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

und



St.Galler Gerichte

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,

vertreten durch Rechtsanwalt Roland Stähli, M.A. HSG, und/oder Rechtsanwalt Dr. iur.
Adrian Weder, Grenzstrasse 24, Postfach, 9430 St. Margrethen SG,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen:

Bodenverbesserungen Marbacher Isenriet (Transport- und Baggerarbeiten)

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Ortsgemeinde Marbach und die Rhode Lüchingen luden am 22. Juli 2013 verschiedene Unternehmen ein, zur Bodenverbesserung im Marbacher Isenriet Angebote für die Transport- und Baggerarbeiten mit einem Volumen von "ca. 26 – 30'000.00 m³" einzureichen. Die Zuschlagskriterien waren wie folgt umschrieben: "1. Preis, 2. Termin Baubeginn, 3. Erfahrung der Baggerführer, 4. Technische Ausrüstung, 5. Erfahrung aus Referenzobjekten". Im "Eingabeformular Eignungsprüfung" waren zu den Referenzobjekten die folgenden Angaben zu machen: "Vergleichbare Referenzobjekte der letzten Jahre (Transportaufträge in ähnlichem Umfang und/oder Arbeiten in Halbmoorböden) mit Angabe einer Kontaktperson sowie des Ausführungsjahres". Sodann waren die Angaben bezüglich Ausrüstung wie folgt zu konkretisieren: "Anzahl kurzfristig verfügbarer 4-Achs-LKW-Kipper (unabhängig von anderen Aufträgen); Vorhandensein eines Raupenbaggers mit 11 Metern Reichweite



St.Galler Gerichte

und einem Gewicht von 30 bis 35 Tonnen (Ja/Nein); Anzahl Baggerführer mit Erfahrungen bei Arbeiten am Rheinmittelwahr, in Halbmoorböden; Bereitschaft diese erfahrenen Baggerführer zwingend im Arbeitsauftrag einzusetzen (Ja/Nein)".

Nachdem die drei eingegangenen Angebote am 28. August 2013 geöffnet, "eingehend geprüft und auf die gleiche Basis gebracht" worden waren, beschlossen die Ortsverwaltung Marbach und die Verwaltung der Rhode Lüchingen am 4. November 2013, das Verfahren abzubrechen und die Unternehmer zur Neuofferierung aufgrund geänderter Bedingungen einzuladen. Die ihnen am 26. November 2013 eingeräumte Möglichkeit, Stellung zu nehmen, nutzten die drei Anbieter nicht. Der am 6. Dezember 2013 verfügte Abbruch des Vergabeverfahrens wurde unangefochten rechtskräftig.

B./ Am 18. Dezember 2013 wurden die drei Anbieterinnen eingeladen, die Transport- und Baggerarbeiten neu mit einem Volumen von "26'000 und 28'000 m³" zu offerieren. Während einer von drei Einladeorten wegfiel, kam die Neuverlegung einer Wasserleitung hinzu. Die Rangfolge der - auch hinsichtlich der erforderlichen Detailangaben im Vergleich mit der ersten Einladung - identischen Zuschlagskriterien wurde geändert: "1. Preis, 2. Technische Ausrüstung, 3. Erfahrung aus Referenzobjekten, 4. Termin Baubeginn, 5. Erfahrung der Baggerführer". Es gingen wiederum drei Angebote ein, welche am 13. Januar 2014 geöffnet wurden. Das Angebot der Toldo Zindel Rück- und Erdbau AG wurde mit 9.15, jenes der ARGE Dietsche/Schmitter/Buschor mit 9.20 gewichteten Punkten bewertet. Die Ortsgemeinde Marbach, vertreten durch deren Präsidenten, und die Rhode Lüchingen, vertreten durch deren Rhodmeister, erteilten den Zuschlag mit Verfügung vom 21. Januar 2014 der ARGE Dietsche/Schmitter/Buschor.

C./ Die Toldo Zindel Rück- und Erdbau AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) erhob mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 3. Februar 2014 gegen die Zuschlagsverfügung der Ortsgemeinde Marbach und der Rhode Lüchingen vom 21. Januar 2014 (nachfolgend Vorinstanzen) Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen, eventualiter die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen oder – subeventualiter – die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Das von der Beschwerdeführerin gleichzeitig



gestellte Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, hiess der Präsident des Verwaltungsgerichts am 14. Februar 2014 gut und belies die Kosten der Verfügung, welche unangefochten rechtskräftig wurde, bei der Hauptsache.

Am 27. Februar 2014 beantragten die Vorinstanzen, die Interessenabwägung bezüglich der Dringlichkeit sei neu vorzunehmen und die Beschwerde abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin nahm am 21. März 2014 Stellung und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin äusserte sich dazu am 10. April 2014. Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanzen nahmen dazu am 5. Mai 2014 Stellung und reichten zusätzliche Akten ein. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Die Beschwerdeführerin, die beim Zuschlag nicht berücksichtigt wurde, ist zur Beschwerde legitimiert; die Beschwerde wurde fristgerecht erhoben und erfüllt die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP; Art. 15 Abs. 3 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB).

2. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr der Zuschlag für die Ausführung der Transport- und Baggerarbeiten zur Bodenverbesserung im Marbacher Isenriet zu erteilen. Zur Begründung macht sie geltend, es seien die Rangfolge der Zuschlagskriterien nicht eingehalten, das Kriterium "Preis" zu wenig gewichtet, die Unterkriterien der Kriterien "Erfahrung aus Referenzobjekten" und "Erfahrung der Baggerführer" unrichtig gewichtet und die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin nach diesen sowie nach dem Kriterium der Ausrüstung falsch bewertet worden.



Ist die Rüge, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei hinsichtlich des Kriteriums der "Erfahrung aus Referenzobjekten" zu hoch bewertet worden, begründet, erweist sich das Angebot der Beschwerdeführerin als das wirtschaftlich günstigste, so dass ihr der Zuschlag zu erteilen ist. Ob die weiteren Beanstandungen begründet sind, kann dann offen bleiben.

3. Gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. k der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11) ist ein Kriterium für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Erfahrung. Die Vorinstanzen unterteilten das mit 15 Prozent gewichtete Kriterium "Erfahrungen aus Referenzobjekten", für welches maximal zehn Punkte vergeben wurden, in die Unterkriterien "Materialvolumen" mit maximal drei und "Erfahrungen im Halbmoorboden" (beziehungsweise Moorboden, act. 8/13 Vergabekriterien Bauauftrag) mit maximal sieben Punkten. Das Unterkriterium "Materialvolumen" wurde wie folgt gehandhabt: "optimal erfüllt" drei Punkte, "gut erfüllt" zwei Punkte, "genügend erfüllt" ein Punkt, nicht erfüllt null Punkte (act. 15/1).

Die Vorinstanz begründet die maximale Benotung der Referenzobjekte der Beschwerdegegnerin unter anderem damit, sie habe mehrere Arbeiten mit vergleichbarem Materialvolumen ausgeführt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe kein einziges Referenzobjekt angeführt, welches einen Arbeitsumfang von 26'000 bis 28'000 Kubikmeter auch nur annähernd erreicht habe. Die Beschwerdegegnerin, bei der es sich um eine Arbeitsgemeinschaft der Gebhard Schmitter AG, der Hugo Dietsche AG und der Alois Buschor AG handelt, bringt vor, die drei Unternehmen hätten gemeinsam schon Aufträge mit vergleichbarem Materialvolumen ausgeführt.

Die Beschwerdegegnerin führte als Referenzobjekte für die Gebhard Schmitter AG eine Kanalrenaturierung "Meierenau" Widnau (2008), den Versuch im Hinblick auf das vorliegende Projekt der Bodenverbesserung Marbacher Isenriet (2011) und einen Rheinlettenabtrag (2012), alle ohne Volumenangaben, für die Hugo Dietsche AG Transporte von zweimal 3'000 Kubikmeter beim Binnenkanal Rüthi und einen Rheinlettenabtrag (2013), ohne Volumenangabe, sowie für die Alois Buschor AG eine Ausbaggerung Kiessammler in Gams und 5'800 m² (sic!) Materialeinbau ab Baggermatratze zur Bodenverbesserung auf (act. 8/11). Aufgrund welcher Angabe die



Vorinstanzen zum Schluss gekommen sind, die Beschwerdegegnerin - beziehungsweise eines der drei beteiligten Unternehmen oder einzelne der beteiligten Unternehmen gemeinsam - habe einen Transportauftrag ausgeführt, welcher ein Materialvolumen in der Grössenordnung von 26'000 bis 28'000 Kubikmeter erreichte, lässt sich jedenfalls anhand der vorliegenden Akten nicht nachvollziehen. Die Vorinstanzen machen denn auch geltend, als Grenze für vergleichbare Materialvolumen seien 6'000 Kubikmeter gewählt worden, weil dies "der Grenze der Bewilligung des Verfahrens Bauen ausserhalb Bauzone und dem Meliorationsverfahren" entspreche (act. 29). Diese Handhabung des Unterkriteriums wird jedoch dem Zweck des Kriteriums "Erfahrung aus Referenzobjekten" offenkundig nicht gerecht. Die Angabe zu Referenzobjekten soll vielmehr sicherstellen, dass der Bewerber in der Lage ist, ein Volumen in der Grössenordnung des zu vergebenden Auftrags zuverlässig und effizient zu bewältigen. Dies kommt nicht zuletzt auch darin zum Ausdruck, dass die Vorinstanzen nachträglich ein konkretes Angebot über ein Volumen von 28'000 Kubikmeter verlangten und bei der Umschreibung im "Eingabeformular Referenzobjekte" nach Transportaufträgen "in ähnlichem Umfang" gefragt wurde.

Soweit der Bewertung telefonische oder persönlich eingeholte Referenzangaben zugrunde liegen sollten, sind sie nicht aktenkundig geworden, so dass darauf nicht abgestellt werden dürfte (vgl. BGE 139 II 489 E. 3.3 mit Hinweisen). Soll – wie die Beschwerdegegnerin geltend macht (act. 27) - die Summe der von ihr volumenmässig bezifferten Transportaufträge massgebend sein, ergäbe sich mit einer Gesamtmenge von 11'800 Kubikmetern ein Volumen, welches weniger als die Hälfte des zu vergebenden Auftrags ausmacht. Soweit die Beschwerdegegnerin der Auffassung ist, es genüge, dass die Beteiligten "miteinander Transportaufträge vorweisen" können, "die dem Umfang des Projekts ohne weiteres entsprechen", ist dem – wie bereits ausgeführt – entgegenzuhalten, dass mit dem in einem Auftrag und damit innert kurzer Frist zu verschiebenden Volumen die organisatorische Leistungsfähigkeit der Bewerberin geprüft werden soll.

Die Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin mit drei Punkten – und damit mit dem Punktemaximum, welches auch der Beschwerdeführerin gutgeschrieben wurde, die deutlich über dem Volumen der ausgeschriebenen Arbeiten liegende Transportaufträge nachgewiesen hat (insbesondere "Tentschagrava Eschen" mit einem



Volumen von 150'000 Kubikmeter, act. 8/10) - für das Unterkriterium des Transportvolumens im Rahmen des Kriteriums der Erfahrung aus Referenzobjekten erscheint damit nicht als gerechtfertigt. Selbst wenn die Benotung des Angebots der Beschwerdegegnerin bei diesem Kriterium nur um einen Punkt beziehungsweise 0.15 gewichtete Punkte reduziert würde, unterläge das Angebot der Beschwerdegegnerin jenem der Beschwerdeführerin. Gerechtfertigt wäre angesichts der ausgewiesenen Volumina von 3'000 und 5'800 Kubikmeter je Auftrag einerseits und der Abstufung zwischen optimal, gut, genügend und nicht erfüllt andererseits allerdings eine Reduktion zumindest um zwei Punkte beziehungsweise 0.3 gewichtete Punkte. Mithin verletzt es vergaberechtliche Grundsätze, wenn bei der Bewertung der Angebote für einen Transportauftrag im Umfang von 28'000 Kubikmetern nach dem Kriterium Erfahrung Referenzobjekte mit 150'000 Kubikmetern und mit 5'800 Kubikmetern gleichermassen mit dem Punktemaximum bewertet werden.

4. Dementsprechend ergibt sich, dass die Vorinstanzen das Angebot der Beschwerdegegnerin beim Kriterium "Erfahrung aus Referenzprojekten" mit der vollen Punktzahl benoteten, obwohl das Unterkriterium des vergleichbaren "Materialvolumens" von 26'000 bis 28'000 Kubikmeter jedenfalls nicht optimal erfüllt war. Wird die Benotung des Angebots der Beschwerdegegnerin bei diesem Kriterium um 0.15 von der Gesamtbewertung von 9.20 auf 9.05 gewichtete Punkte reduziert, obsiegt das Angebot der Beschwerdeführerin mit 9.15 gewichteten Punkten. Die Beschwerde erweist sich dementsprechend ohne Prüfung der weiteren von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen als begründet. Sie ist gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung der Vorinstanzen vom 21. Januar 2014 ist aufzuheben. Der Zuschlag für die Transport- und Baggerarbeiten zur Bodenverbesserung im Marbacher Isenriet ist der Beschwerdeführerin entsprechend ihrem Angebot zum Preis von CHF 467'017.35 (inklusive Mehrwertsteuer) zu erteilen und die Angelegenheit zum Abschluss des Vertrags an die Vorinstanzen zurückzuweisen. Das Begehren der Vorinstanzen um neue Abwägung der Interessen bezüglich der Dringlichkeit fällt mit dem Entscheid in der Hauptsache dahin.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens den Vorinstanzen je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton



St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 801 und 803). Eine Entscheidgebühr von CHF 5'000 - darin enthalten die Kosten der präsidialen Verfügung vom 14. Februar 2014 - erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der Kostenvorschuss von CHF 4'800 zurückzuerstatten. Die Vorinstanzen haben die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit CHF 5'000 (inklusive Barauslagen) zu entschädigen (Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b und 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Die Beschwerdeführerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 21. Januar 2014 aufgehoben.
- 2./ Der Zuschlag für die Transport- und Baggerarbeiten zur Bodenverbesserung im Marbacher Isenriet wird der Beschwerdeführerin erteilt und die Angelegenheit zum Vertragsschluss an die Vorinstanzen zurückgewiesen.
- 3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 4'800 – darin enthalten die Kosten der Zwischenverfügung vom 14. Februar 2014 – bezahlen die Vorinstanzen je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit. Der Beschwerdeführerin wird der Kostenvorschuss von CHF 4'800 zurückerstattet.
- 4./ Die Vorinstanzen entschädigen die Beschwerdeführerin für das Haupt- und das Zwischenverfahren unter solidarischer Haftbarkeit ausseramtlich mit CHF 5'000 ohne Mehrwertsteuer.

Publikationsplattform



St.Galler Gerichte

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Beda Eugster

Dr. Thomas Scherrer