



Fall-Nr.: B 2016/26
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.02.2020
Entscheiddatum: 11.02.2016

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 11.02.2016

Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Vergabebehörde durfte die Referenzobjekte ohne Einholung von Auskünften einzig aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit dem Gegenstand der Ausschreibung bewerten. Die Bewertungen der Referenzobjekte bewegen sich jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung innerhalb des der Vergabebehörde zustehenden Ermessensspielraums, in den das Verwaltungsgericht gemäss Art. 16 Abs. 2 IVöB nicht eingreifen darf (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2016/26).

Verfügung vom 11. Februar 2016

Verfahrensbeteiligte

Wohnlich Bau AG Goldach, Haldenmühle, 9403 Goldach,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Ursula Schmid, Steiner Rechtsanwälte,
Sonnenstrasse 5, Postfach 536, 9004 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde St. Gallen, St. Galler Stadtwerke, St. Leonhard-Strasse 15,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin ,

vertreten durch Direktion Technische Betriebe, Rechtsdienst, St. Leonhard-Strasse 15,
9001 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

und

Bruderer Bau AG, Herisauerstrasse 45, 9015 St. Gallen,

Beschwerde- und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Liliane Kobler, Museumstrasse 35, Postfach 41,
9004 St. Gallen

Gegenstand

**Vergabe Neubau Fernwärmezentrale Waldau mit Salzlager (Baumeisterarbeiten) /
aufschiebende Wirkung**

Der Präsident stellt fest:

Mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 1. Februar 2016 hat die Wohnlich Bau AG Goldach (Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung der Politischen Gemeinde St. Gallen (Vorinstanz) vom 19. Januar 2016, mit welcher der Zuschlag für die Baumeisterarbeiten mit vorgefertigten Elementen in Beton zum Neubau der Fernwärmezentrale Waldau mit Salzlager der Bruderer Bau AG (Beschwerdegegnerin) erteilt wurde, beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 1. Februar 2016 einstweilen den Abschluss des Vertrags. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 3. Februar 2016 die Abweisung des Gesuchs. Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Vernehmlassung ihrer Rechtsvertreterin vom 5. Februar 2016, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten, welche die Vorinstanz dem Gericht am 3. Februar 2016 überbrachte, wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:



1. Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde.

2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, 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. Gemäss Ausschreibung ist die Ausführung der ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten für die Zeit von Februar bis August 2016 geplant. Die Vorinstanz begründet den umgehenden Baubeginn mit der geplanten Betriebsaufnahme im Winter 2016/2017. Die Versorgung der Stadt St. Gallen mit Fernwärme könne künftig an kalten Wintertagen auch mit Provisorien nicht mehr sichergestellt werden. Zwar seien – was die Beschwerdeführerin zu Recht verlange – bei der Planung mögliche Beschwerdeverfahren berücksichtigt worden, allerdings sei nicht damit zu rechnen gewesen, dass sich das Rechtsmittelverfahren für die am 22. Juni 2012 erteilte Baubewilligung über dreieinhalb Jahre hinziehe (vgl. Verfahren B 2014/48). Obwohl noch eine Beschwerde – der allerdings die aufschiebende Wirkung nicht erteilt worden sei – am Bundesgericht hängig sei, habe sich der Stadtrat angesichts der gefährdeten Versorgungssicherheit trotz des Risikos eines abweichenden bundesgerichtlichen Entscheides für den unverzüglichen Baubeginn entschieden. Unter diesen Umständen war es auch sachgerecht, den Auftrag zu vergeben, damit der Zuschlagsempfänger die erforderlichen Vorbereitungsarbeiten bereits leisten kann (vgl. Stadtratsbeschluss vom 19. Januar 2016 (act. 9/6). Die Gewährleistung der Wärmeversorgung stellt eine zentrale Aufgabe der öffentlichen Hand dar (vgl. Art. 21 lit. a und 24 Abs. 1 der Verfassung des Kantons St. Gallen, sGS 111.1, KV; VerwGE B 2014/48 vom 28. Juli 2015 E. 5.2.1, www.gerichte.sg.ch). Da die Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe gefährdet erscheint und die Vorinstanz nicht ohne weiteres mit einer Dauer des



St.Galler Gerichte

Baubewilligungsverfahrens von mehr als dreieinhalb Jahren gerechnet werden musste, kommt den öffentlichen Interessen an einer möglichst raschen Realisation des Bauvorhabens beträchtliches Gewicht zu.

2.2. Die Beschwerdeführerin rügt eine zu tiefe Bewertung ihrer „Referenzen Sichtbeton“.

2.2.1. Zur Ermittlung der Note für das Zuschlagskriterium „Referenzen Sichtbeton“ hat die Vorinstanz die Teilaspekte „Bewitterung“, „Oberfläche“ und „Details/Komplexität“ unterschieden. Jeder Teilaspekt wurde für jedes Objekt mit maximal 100 Prozent, abgestuft in Schritte von 25 Prozent, bewertet und je Objekt der Durchschnitt ermittelt. Dieser Durchschnitt wurde mit dem Anteil der Eigenleistung gewichtet. Maximal konnte je Objekt die Note 2 erzielt werden. Die jeweils auf eine Kommastelle ermittelten Punkte der einzelnen Referenzobjekte wurden addiert und die Summe schliesslich auf eine ganze Note mathematisch auf- oder abgerundet (vgl. act. 9/5).

Das Angebot der Beschwerdeführerin erreichte mit insgesamt 5,6 Punkten hinter dem mit 5,73 Punkten bewerteten Angebot der Beschwerdegegnerin den zweiten Rang. Beim mit 20 Prozent gewichteten Zuschlagskriterium „Referenzen Sichtbeton“ erzielten die drei Objekte der Beschwerdeführerin – Wohnpark Rosenberg, Überbauung Altstätten und Kantonsschule Heerbrugg – die Note 4 (3,7 aufgerundet, gewichtet 0,8 Punkte), jene der Beschwerdegegnerin die Maximalnote 6 (dreimal Note 2, gewichtet 1,2 Punkte).

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, die Referenzen Sichtbeton müssten mit einem Punkt mehr – plus 0,6 Punkte beim Referenzobjekt „Kantonsschule Heerbrugg“ (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.3), plus 0,4 Punkte beim Referenzobjekt „Wohnpark Rosenberg“ (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.4) – das heisst mit 4,7 Punkten bewertet werden, was aufgerundet zur Note 5 beziehungsweise bei einem Gewicht des Zuschlagskriteriums von 20 Prozent zu einem gewichteten Punkt führe. Zusammen mit den Punktemaxima beim Preis von 3,6 und bei den „Referenzen vorgefertigte Betonelemente“ von 1,2 gewichteten Punkten ergebe sich ein Total von 5,8 gewichteten Punkten, was gleichbedeutend mit dem ersten Rang sei.



2.2.2. Die Vorinstanz hat zur Bewertung der Referenzen allein auf die von den Anbietern eingereichten Unterlagen abgestellt und keine Referenzauskünfte eingeholt. Die Vorinstanz weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass in den Ausschreibungsunterlagen kein Hinweis auf die Einholung von Referenzauskünften enthalten und auch nicht nach Auskunftspersonen gefragt worden war. Dementsprechend ist jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Referenzobjekt einzig aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit dem Gegenstand der Ausschreibung bewertet hat.

2.2.3. Die Vorinstanz hat das Referenzobjekt Kantonsschule Heerbrugg mit 67 Prozent bewertet. Da es sich um die Leistung einer Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdeführerin mit der Implenia handelte, die ebenfalls ein Angebot unter Angabe dieses Referenzobjektes eingereicht hatte, und die Beteiligten auf Nachfrage hin unterschiedliche Angaben über den Anteil ihrer Leistungen machten, rechnete die Vorinstanz mit einer Eigenleistung der Beschwerdeführerin von 50 Prozent, so dass sich die Note 0,7 ($0,5 \times 0,67 \times 2$, gerundet auf eine Stelle nach dem Komma) ergab. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei für den Sichtbetonbau „verantwortlich“ gewesen, so dass die Referenz nicht bloss zur Hälfte gewertet werden dürfe. Telefonisch habe sie am 12. Januar 2016 zur Auskunft gegeben, den ganzen Hochbau ausgeführt zu haben. Gemäss der von ihr erstellten Aktennotiz gab sie an, „alles gemacht“ zu haben; Implenia habe „nur ein paar Leute gestellt für Tiefbauarbeiten“ (act. 2/7).

In Ziffer 1.3 der Ausschreibungsbedingungen in den Ausschreibungsunterlagen wurde das Zuschlagskriterium „Referenzen Sichtbetonarbeiten Baumeister“ wie folgt erläutert: „Bewertet werden Ausführungen des Unternehmers von Sichtbetonarbeiten anhand von 3 Referenzbeispielen. Pro Referenz sind 1 Blatt A3/A4 mit Bild und Beschrieb beizulegen.“ (act. 9, Register 1, Seite 4). Selbst wenn – wie die Beschwerdeführerin vorbringt – auch in Arbeitsgemeinschaft realisierte Referenzobjekte angegeben werden durften, war aufgrund der Formulierung doch klar, dass diesfalls Angaben darüber zu machen waren, inwieweit die Anbieterin, welche das Objekt anführt, die Sichtbetonarbeiten selbst ausführte. Dies wäre unter den konkreten Umständen umso mehr angezeigt gewesen, als die weitere an der Arbeitsgemeinschaft beteiligte



Unternehmung ebenfalls im Hochbau tätig ist (vgl. www.implenia.com Leistungen/Schweiz).

Angesichts dieser Unklarheit war die Vorinstanz befugt, gestützt auf Art. 31 Abs. 3 VöB Erläuterungen einzuholen. Anders als von dieser Bestimmung vorgesehen, hat sie weder den genauen Inhalt der Abklärung selbst, noch deren Ergebnis schriftlich festgehalten. Deshalb ist auch nicht bekannt, auf welches Kriterium – Auftragsvolumen, Arbeitsvolumen insgesamt oder tatsächlich Sichtbetonarbeiten – sich die von der Vorinstanz geltend gemachte Auskunft der Implenia einer Aufteilung von „50:50“ bezieht. In Ziffer 1.3.1 des Arbeitsgemeinschaftsvertrags vom 8. Juli 2010 war eine Beteiligung der Beschwerdeführerin von 80 Prozent und der Implenia von 20 Prozent vereinbart worden. Die Federführung oblag gemäss Ziffer 4.2.1 der Implenia, die örtliche Baustellenleitung gemäss Ziffer 4.3 der Beschwerdeführerin (act. 2/10). Welcher Unternehmung die Sichtbetonarbeiten zu welchem Anteil anzurechnen sind, lässt sich auch diesem Vertrag nicht entnehmen. Selbst wenn allerdings das Referenzobjekt vollständig der Beschwerdeführerin zugerechnet würde, ergäben sich 1,3 Punkte, zusammen mit den Punkten für die beiden weiteren Referenzobjekte 4,3 und damit gerundet unverändert die Note 4, so dass sich auch bei der Gesamtbewertung der Referenzen und des Angebots der Beschwerdeführerin keine Änderung ergäbe.

2.2.4. Die Bewertungen der beiden weiteren Referenzobjekte bewegen sich jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung innerhalb des der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraums, in den das Verwaltungsgericht gemäss Art. 16 Abs. 2 IVöB nicht eingreifen darf. Gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. b und k VöB sind Qualität und Erfahrung zulässige Kriterien für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. In der Bewertung und Benotung kommt der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu. Sie darf aber auch nicht willkürlich entscheiden, sondern hat ihr Ermessen pflichtgemäss zu betätigen. Dabei ist sie insbesondere an den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot gebunden. Solange sich die Vergabebehörde jedoch beim Zuschlag von sachlichen und vernünftigen Überlegungen leiten liess, hat das Verwaltungsgericht den Entscheidungsspielraum zu respektieren, und eine Korrektur ist ihm verwehrt (vgl. VerwGE B 2014/96 vom 21.



Oktober 2014 E. 3.2 mit Hinweis auf B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 3.1 mit weiterem Hinweis, www.gerichte.sg.ch).

2.2.4.1. Die Beschwerdeführerin beanstandet den Teilaspekt der „Bewitterung“. Er sei nachträglich eingeführt worden, nicht nachvollziehbar und nicht geeignet, etwas zur fachlichen Versiertheit des Anbieters auszusagen, da der Baumeister die für den Aussenbereich verwendete Betonmischung nicht selbst herstelle. Sein Vorgehen unterscheide sich im Innen- und im Aussenbereich nicht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangt das Transparenzgebot keine vorgängige Bekanntgabe von Teilaspekten oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Zuschlagskriterien dienen (vgl. BGer 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat zur Beurteilung der Erfahrung der Anbieter darauf abgestellt, inwieweit die von ihnen angegebenen Referenzobjekte mit dem Gegenstand der Ausschreibung vergleichbar sind. Zumindest bei der gebotenen summarischen Prüfung hat sie mit den Teilaspekten „Oberfläche“, „Details/Komplexität“ und „Bewitterung“ Eigenschaften der Referenzobjekte berücksichtigt, welche geeignet erscheinen, die Erfahrung der Anbieter zu vergleichen und zu bewerten. Damit hat die Vorinstanz – wie sie geltend macht – keine neuen Unterkriterien eingeführt, sondern nur Teilaspekte als Hilfsmittel einer differenzierten und objektiven Bewertung festgelegt. Die Beschwerdeführerin weist selbst auf die unterschiedliche Zusammensetzung des verbauten Materials im Innen- und Aussenbereich hin. Da unterschiedliches Material auch unterschiedliche Eigenschaften aufweist, die sich auf das Verhalten bei der Verarbeitung auswirken können, ist nachvollziehbar, dass die Vorinstanz mit dem Teilaspekt der „Bewitterung“ auf die Erfahrungen des Anbieters im Sichtbetonbau im Aussenbereich abstellt.

2.2.4.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, selbst wenn das „Unterkriterium“ zulässig sein sollte, sei die Bewertung des Referenzobjektes „Wohnpark Rosenberg“ mit null Prozent nicht nachvollziehbar. Das talseits in Sichtbeton erstellte Sockelgeschoss trete voll zu Tage. Es müsste analog zur Überbauung Altstätten mit 50 Prozent zu Buche schlagen. Es müssten ebenfalls mindestens 1,7 – statt 1,3 – Punkte vergeben werden. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten drei Fotos zum Referenzobjekt (act. 2/9) betreffen alle die Bauphase und lassen – wie die Vorinstanz nachvollziehbar ausführt – kaum erkennen, was von der



Beschwerdeführerin „tatsächlich gebaut“ wurde. Insbesondere wird nicht ersichtlich, inwieweit die Aussenhülle in Beton erstellt wurde und später auch der Witterung preisgegeben war und nicht im Boden lag oder beispielsweise verputzt wurde. Dementsprechend ist auch die Bewertung des Referenzobjektes „Wohnpark Rosenberg“ im Teilaspekt der Bewitterung nachvollziehbar und liegt jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht ausserhalb des Ermessensspielraums, welcher der Vorinstanz zukommt. Vergleichbares gilt im Übrigen auch für das Referenzobjekt „Überbauung Altstätten“ (act. 2/9 Seiten 3 und 4). Die Vorinstanz begründet die bessere Bewertung damit, dass ihr die fertiggestellte Überbauung bekannt sei und sie das – offenbar bewitterte – Sockelgeschoss berücksichtigt habe.

Ob – wie die Beschwerdeführerin vorbringt – anlässlich der Besprechung mit den mit der Bewertung der Angebote betrauten Architekten sachfremde – „umfangreichere ‚schönere‘ Referenzunterlagen“ – oder widersprüchliche – geringere Komplexität trotz Bewertung des Teilaspekts „Details/Komplexität“ – Argumente vorgebracht wurden, ist nicht von Belang, soweit die Bewertung der Vorinstanz sich anhand sachlicher Kriterien rechtfertigen lässt. Im Übrigen liegen der Handhabung des Ermessens durch die Vorinstanz die in der Tat wenig aussagekräftigen Fotos und fehlenden Beschreibungen der Referenzen zugrunde.

2.3. Ob der Beschwerdeführerin nur ungenügende Akteneinsicht gewährt wurde, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde insbesondere auch mit Blick auf die gewichtigen öffentlichen Interessen an der zeitgerechten Realisation der Fernwärmezentrale nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

4. Die Vorinstanz ist einzuladen, bis 29. Februar 2016 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; der Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 5. Februar 2016 gegebenenfalls zu ergänzen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.



5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr für die Zwischenverfügung von CHF 2'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Diese ist vom geleisteten Kostenvorschuss von CHF 8'100 zu beziehen; der Rest verbleibt bei der Hauptsache. Der Vorinstanz ist mangels Anspruchs – und Antrags keine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP). Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren ausseramtlich ermessensweise mit CHF 1'500 zuzüglich pauschal vier Prozent Barauslagen zu entschädigen (Art. 6, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 27 Abs. 2 und Art. 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 963.75, HonO). Die Beschwerdegegnerin 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 E. 6, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Vorinstanz wird eingeladen, bis **29. Februar 2016** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, **innert gleicher Frist** ihre Vernehmlassung vom 5. Februar 2016 gegebenenfalls zu ergänzen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 2'000 unter Verrechnung mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 8'100. CHF 6'100 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 1'500 zuzüglich vier Prozent Barauslagen, ohne Mehrwertsteuer.

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Der Präsident

Eugster