



Fall-Nr.: B 2011/22
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 12.04.2011
Entscheiddatum: 12.04.2011

Urteil Verwaltungsgericht, 12. 04. 2011

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 15 und 16 IVöB (sGS 841.32), Art. 12 VöB (sGS 841.11). Rügen gegen die Ausschreibung und die Ausschreibungsbedingungen können nicht erst mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag gerügt werden; Zulässiger Ausschluss einer Arbeitsgemeinschaft wegen Nichterfüllung sämtlicher Eignungskriterien (Verwaltungsgericht, B 2011/22).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer; Dr. S. Bietenharder-Künzle; Ersatzrichter lic. iur. J. Diggelmann; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

ARGE Strom,c/o HASTAG St. Gallen Bau AG, Waldmannstrasse 9a, 9014 St. Gallen, bestehend aus:

HASTAG St. Gallen Bau AG, Waldmannstrasse 9a, 9014 St. Gallen,

A. Müller AG, Bauunternehmung, Lukasstrasse 19, 9009 St. Gallen,

Brunner Erben AG, Bildstrasse 2a, 9015 St. Gallen,

Fritz Bruderer AG, Herisauer Strasse 45, 9015 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

BLESS ST. GALLEN, Zweigniederlassung der KIBAG Strassen- und Tiefbau,
Bildstrasse 6, 9015 St. Gallen,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Urs Pfister, Museumstrasse 35, Postfach 41,
9004 St. Gallen,

gegen

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

Vorinstanz,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Grabarbeiten für elektrische Kabelleitungen und
Glasfaser-Anlagen; Jahreswerkvertrag 2011/2012; Ausschluss vom Verfahren

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Stadt St. Gallen, St. Galler Stadtwerke, schrieben den Jahreswerkvertrag 2011/2012 für Grabarbeiten für elektrische Kabelleitungen und Glasfaser-Anlagen auf dem Gebiet der Stadt St. Gallen und der Nachbargemeinden im Amtsblatt vom 13. September 2010 im offenen Verfahren aus. Innert der Angebotsfrist reichten zwei Arbeitsgemeinschaften ein Angebot ein, nämlich die ARGE Strom, c/o HASTAG St. Gallen Bau AG, und die ARGE mitenand, c/o Krämer AG, St. Gallen. Das Angebot der ARGE Strom betrug Fr. 5'186'609.50 und jenes der ARGE mitenand Fr. 5'861'875.-. In den Ausschreibungsunterlagen forderte die Auftraggeberin als Eignungskriterien u.a.



St.Galler Gerichte

von allen Unternehmungen der ARGE Erfahrungen im Bau von Kabelrohranlagen in der Elektrizitätsversorgung in mindestens je drei Referenzobjekten in den letzten drei Jahren, wovon mindestens zwei in einer Stadt oder auf öffentlichem Grund ausgeführt worden sein mussten.

Am 15. November 2010 teilten die St. Galler Stadtwerke der ARGE Strom mit, gemäss ihren Unterlagen würden zwei der fünf an der ARGE beteiligten Unternehmungen das Eignungskriterium betreffend Erfahrung im Bau von Kabelrohranlagen in der Elektrizitätsversorgung nicht erfüllen, und gaben der ARGE Strom Gelegenheit zur Stellungnahme. In ihrer Vernehmlassung vom 29. November 2010 machte die ARGE Strom im wesentlichen geltend, sie habe eine Vielzahl von Referenzobjekten eingereicht, die belegen würden, dass sämtliche beteiligten Unternehmungen über ausreichende Erfahrungen im Hinblick auf das ausgeschriebene Bauvorhaben verfügten. Die verlangten Nachweise seien eingereicht worden. Ausserdem sei die Berücksichtigung des Zuschlagskriteriums "Erfahrung" begründungsbedürftig.

Mit Verfügung vom 4. Januar 2011 schloss die Auftraggeberin die ARGE Strom wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien vom Submissionsverfahren aus. Sie erwog, es sei zwar richtig, dass die ARGE Strom insgesamt eine grössere Anzahl von Referenzobjekten eingereicht habe. Die Ausschreibungsunterlagen verlangten aber nicht nur eine bestimmte Anzahl, sondern insbesondere auch eine bestimmte Qualität der Referenzobjekte. Im weiteren hätten Rügen gegen das Zuschlagskriterium "Erfahrung" in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen. Bei den von der ARGE Strom angeführten Urteilen des Verwaltungsgerichts sei es darum gegangen, dass die Vergabebehörde eigene Erfahrungen mit dem Anbieter in ihre Beurteilung habe einfließen lassen. Vorliegend solle hingegen die Erfahrung des Anbieters geprüft werden; nachweisen könne er diese durch Referenzen, die von Dritten oder von der Vergabebehörde stammen könnten. Damit sei erstellt, dass die ARGE Strom die Eignungskriterien nicht erfüllt habe. Es seien keine stichhaltigen Gründe vorgebracht worden, welche gegen einen Ausschluss sprechen würden, weshalb die ARGE Strom vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei.



B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 27. Januar 2011 erhob die ARGE Strom Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die angefochtene Verfügung vom 4. Januar 2011 (versandt am 13. Januar, eingegangen am 17. Januar 2011) betreffend Ausschluss vom Verfahren sei vollumfänglich aufzuheben.
- 2. Die ARGE Strom sei zum Zuschlagsverfahren zuzulassen.
- 3. Der Vorinstanz sei mittels vorsorglicher Massnahme zu untersagen, das Zuschlagsverfahren durchzuführen, solange die vorliegende Beschwerde gegen die Ausschlussverfügung nicht entschieden ist.
- 4. Eventualiter wird – für den Fall, dass wider Erwarten der Zuschlag durch die Vorinstanz an die einzige verbliebene Anbieterin schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zur Anfechtung der Ausschlussverfügung bereits erfolgt ist – beantragt,
 - a) die allenfalls schon erteilte Zuschlagsverfügung sei aufzuheben;
 - b) die allenfalls schon erteilte Zuschlagsverfügung sei der Beschwerdeführerin zu eröffnen und es sei eine angemessene Frist einzuräumen, um die Beschwerde gegen die allenfalls schon erteilte Zuschlagsverfügung zu begründen;
 - c) der hiermit erhobenen Beschwerde gegen die allenfalls schon erteilte Zuschlagsverfügung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
 - d) der Vorinstanz und Auftraggeberin sei mittels vorsorglicher Massnahme gerichtlich zu untersagen, während der Dauer des Beschwerdeverfahrens gegen die allenfalls schon erteilte Zuschlagsverfügung einen Vertrag mit der einzigen verbliebenen Anbieterin abzuschliessen.
- 5. Subeventualiter sei festzustellen, dass – für den Fall, dass wider Erwarten der Zuschlag durch die Vorinstanz bereits erfolgt und der Vertrag zwischen der Vorinstanz und der einzigen Anbieterin bereits abgeschlossen ist – der Vergabeentscheid rechtswidrig ist. In diesem Fall seien den Beschwerdeführerinnen die Aufwendungen für Vergabe und Rechtsmittelverfahren bis zur Einreichung der



St.Galler Gerichte

vorliegenden Beschwerde im Umfang von Fr. 26'000.- (exkl. MWST und exkl. Anwaltskosten) zu entschädigen.

- 6. Im Weiteren sei festzustellen, dass – für den Fall, dass wider Erwarten der Zuschlag durch die Vorinstanz bereits erfolgt und der Vertrag zwischen der Vorinstanz und der einzigen Anbieterin bereits abgeschlossen ist – der Vergabeentscheid sich nur auf den Zeitraum vom 1. März 2011 – 28. Februar 2013 beziehen kann. Für die Arbeiten vom 1. März 2013 – 28. Februar 2015 sei im dannzumaligen Zeitpunkt ein korrektes Submissionsverfahren durchzuführen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

In der Beschwerde wird geltend gemacht, es handle sich nicht um eine "normale" Ausschreibung mit ganz konkreten auszuführenden Arbeiten, sondern um verschiedene im Laufe der Vertragsdauer zur Ausführung gelangende "typische" Grabarbeiten. Zudem beinhalte die Ausschreibung eine "Option Verlängerung des Vertrages" für 2013 bis 2015. Es seien nur zwei Angebote eingegangen, wobei jenes der anderen Anbieterin rund 13% teurer sei als jenes der Beschwerdeführerin. Aus der Ausschreibung sei zu schliessen, dass Gegenstand der Submission nicht Arbeiten für Fr. 5,1 Mio. bzw. Fr. 5,8 Mio. seien, sondern tatsächlich Arbeiten von rund Fr. 15 Mio. zur Ausführung kommen sollten. Die Vorinstanz habe die Beschwerdeführerin mit der Begründung ausgeschlossen, sie verfüge nicht über die notwendige Erfahrung beim Bau von Kabelleitungen. Aufgrund der Ausschlussverfügung sei anzunehmen, dass die übrigen Eignungskriterien auch aus der Sicht der Vorinstanz erfüllt seien. Die Beschwerdeführerin habe 28 Referenzobjekte angegeben, wovon 27 in den Jahren 2007 bis 2010. Daher könne nicht ernsthaft behauptet werden, die Beschwerdeführerin verfüge nicht über genügend Erfahrung für die Ausführung von Grabarbeiten für elektrische Kabelleitungen und Glasfaseranlagen im Sinn eines Eignungskriteriums. Zu berücksichtigen sei auch, dass die geplanten Leitungen für das Glasfasernetz nicht nur auf dem Gebiet der Stadt St. Gallen erstellt werden sollen, sondern auch in den umliegenden Nachbargemeinden. Hinzu komme, dass sich grosse Teile der Bauzonen der St. Gallen hinsichtlich Baudichte kaum von jenen in den Nachbargemeinden Wittenbach, Gaiserwald oder Teufen unterscheiden würden. Im übrigen sei nicht



einzusehen, weshalb z.B. mit einer Trasseeleitung von 15 m in der Stadt St. Gallen das Eignungskriterium "Erfahrung" erfüllt sein sollte, mit einer 700 m langen Leitung für die Elektra Häggen-schwil jedoch nicht. Die Vorinstanz verfolge mit ihrer Auslegung offenkundig eine andere Zielsetzung als jene, die Eignung zur Ausführung der Arbeiten zu sichern. Insgesamt ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium "Erfahrung" erfülle, sei es gesamthaft, sei es mit Bezug auf die von der Vorinstanz geforderte Zusammensetzung der Anbieterinnen. Der Ausschluss vom Verfahren sei daher wegen unrichtiger Feststellung des Sachverhalts rechtswidrig. Selbst wenn ein Ausschlussgrund vorliege, dürfe im übrigen der Ausschluss nur nach Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Interessen erfolgen und müsse dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen. Zudem müssten sich die Eignungskriterien auf die finanzielle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anbieter beziehen. Im vorliegenden Fall habe die Auftraggeberin verschiedene Bedingungen aufgestellt, um den Kreis der eingehenden Angebote möglichst einzuschränken. Ausserdem sei unter dem Titel "Leistungsfähigkeit" unter anderem die Angabe von Personal und Material als Grundlage für die Bewertung im Zuschlagsverfahren verlangt worden. Schliesslich habe die Vorinstanz unter dem Titel Eignungskriterien eine Vielzahl von weiteren Bedingungen festgelegt. Im Ergebnis würden die unter den Bezeichnungen Leistungsumfang, Leistungsfähigkeit und Eignungskriterien aufgestellten Zulassungsbedingungen zum Submissionsverfahren bedeuten, dass nur zu einer ARGE zusammengeschlossene Unternehmungen von St. Gallen oder der nächsten Umgebung, die bereits bisher für die Vorinstanz Arbeiten ausgeführt hätten, überhaupt ein Angebot hätten einreichen können. Es frage sich, ob die von der Vorinstanz zusammengestellten Eignungskriterien nicht eine derartige Dichte aufweisen würden, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht nur unnötig behindert, sondern faktisch verunmöglicht werde. Im weiteren sei beizufügen, dass die Vorinstanz die Erfahrung für den Bau von elektrischen Kabelleitungen nicht nur als Eignungskriterium aufführe, sondern auch noch als Zuschlagskriterium mit einem Anteil von 20% in die Bewertung mit einfließen lasse. Selbst wenn davon ausgegangen werde, dass eine den submissionsrechtlichen Vorschriften genügende Ausschreibung durchgeführt worden sei, müssten die besonderen Bedingungen und Umstände der Ausschreibung bei der Beurteilung der Folge einer angeblichen Nichterfüllung eines Eignungskriteriums berücksichtigt werden. Würde der Ausschluss bestätigt, hätte dies zur Folge, dass für



St.Galler Gerichte

Grabarbeiten im Gesamtvolumen von ungefähr Fr. 15 Mio. in der Stadt St. Gallen und den umliegenden Nachbargemeinden eine Arbeitsvergabe ohne Wettbewerb erfolge. Für die Zuschlagsprüfung verbliebe nur noch ein einziges Angebot. Unter diesen Umständen erweise sich der Ausschluss der ARGE Strom als unverhältnismässig.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen weiter für den Eventualfall, dass ihr die Zuschlagsverfügung zu eröffnen sei mit der Möglichkeit zur Ergänzung der vorliegenden Beschwerde. Ausserdem beantragen die Beschwerdeführerinnen, das Verwaltungsgericht habe festzustellen, dass eine allfällige Zuschlagsverfügung auf jeden Fall insoweit unzulässig sei, als damit eine Option für eine Vertragsverlängerung für den Zeitraum vom 1. März 2013 bis zum 28. Februar 2015 zugesprochen werden solle. Für diesen Umfang würden jegliche Angaben über die zu leistenden Arbeiten und deren Umfang fehlen. Weiter stellte die Beschwerdeführerin ein Schadenersatzbegehren.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 1. Februar 2011, das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

Mit Verfügung vom 3. Februar 2011 wies der Präsident des Verwaltungsgerichts das Begehren um aufschiebende Wirkung ab. In seiner Verfügung hielt er fest, die Vorinstanz werde bei ihrer Aussage behaftet, dass sie bis zum Abschluss des Verfahrens keinen Vertrag mit der obsiegenden Anbieterin abschliessen werde.

Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Vernehmlassung vom 15. Februar 2011 an ihren Begehren fest, soweit diese nicht erledigt bzw. gegenstandslos geworden seien.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 17. Februar 2011 in materieller Hinsicht, die Beschwerde sei abzuweisen.

Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, sich zur Vernehmlassung der Vorinstanz zu äussern. Dies tat sie mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 7. März 2011.

Am 8. März 2011 teilte die Beschwerdeführerin dem Verwaltungsgericht mit, Unternehmungen der konkurrierenden Arbeitsgemeinschaft hätten mit der Ausführung der Arbeiten begonnen. In der Folge wurde die Vorinstanz zur Stellungnahme



eingeladen. Die Abklärungen ergaben, dass eine separate Tranche dringlicher Arbeiten freihändig vergeben wurde.

Die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. b des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Angefochten ist der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Submissionsverfahren durch die Stadt St. Gallen. Die Beschwerdeführerin ist als Teilnehmerin am Submissionsverfahren zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, SGS 951.1, abgekürzt VRP). Der Ausschluss aus dem Verfahren ist eine selbständig anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. d der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Die Beschwerde wurde innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Vorschriften (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Auf die Beschwerde ist im Grundsatz einzutreten.

Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung eine ungenügende Begründung der Ausschlussverfügung rügt und vorbringt, es sei darin nicht im einzelnen dargelegt worden, welche Referenzobjekte von welcher Unternehmung ungenügend seien, ist auf diesen Einwand nicht weiter einzugehen. Diese Rüge hätte in der Beschwerde vorgebracht werden können.

2. Gemäss Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzung, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des St. gallischen Beschwerdeverfahrens (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen



Verfügungen zum öffentlichen Beschaffungswesen kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht aber nicht befugt (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 60, VerwGE B 2010/220 vom 26. Januar 2011, publiziert in: www.gerichte.sg.ch).

2.1. Nach Art. 12 Abs. 1 lit. a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn der Anbieter die Eignungskriterien nicht erfüllt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind Rügen gegen die Ausschreibung bzw. gegen die Ausschreibungsbedingungen mit Beschwerde nach Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB vorzubringen. Es widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben, eine als rechtswidrig erachtete Ausschreibung vorläufig unangefochten zu lassen, ein entsprechendes Angebot einzureichen und die Ausschreibung erst dann als rechtswidrig zu rügen, wenn der Zuschlag einer anderen Unternehmung vergeben wurde (vgl. VerwGE B 2010/220 vom 26. Januar 2011, E. 2; in: www.gerichte.sg.ch). Nur wenn eine Ausschreibung Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlauf des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben, bleibt die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, erhalten (vgl. VerwGE B 2010/156 vom 14. Oktober 2010 mit Hinweis auf VerwGE B 2005/149 vom 20. Dezember 2005, in: www.gerichte.sg.ch).

Im vorliegenden Fall wurde nicht nur in der Ausschreibung im Amtsblatt vom 13. September 2010 eine Rechtsmittelbelehrung angebracht. Es wurde darin hinsichtlich der Eignungskriterien ausdrücklich auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Diejenigen Dokumente, in denen die Auftraggeberin Regeln und Kriterien über die Qualifikation von Bewerbern aufstellt, stellen Ausschreibungsunterlagen dar und sind insofern Bestandteil der Ausschreibung. Aus diesem Grund muss der Inhalt solcher Dokumente in den gleichen Formen und innert der gleichen Fristen angefochten werden, wie sie für die Anfechtung der Ausschreibung selber gelten (vgl. BGE 125 I 203 E. 3 a betr. eine Vergabe im selektiven Verfahren). In den



Ausschreibungsunterlagen vermerkte die Vorinstanz als Eignungskriterien, dass alle Unternehmungen der ARGE Erfahrungen im Bau von Kabelrohranlagen in der Elektrizitätsversorgung in mindestens je drei Referenzobjekten in den letzten drei Jahren nachweisen müssten, wovon mindestens zwei in einer Stadt und auf öffentlichem Grund ausgeführt worden seien (Ortsangabe, Bauherr, Auftragssumme, Trasseelängen). Weiter wurde gefordert, dass die Arbeitsgemeinschaft in der Lage sei, das ganze Jahr hindurch einen Bereitschaftsdienst zu organisieren, über den rund um die Uhr eine Equipe für Störungseinsätze aufgeboden werden könne, wobei die Equipe hinsichtlich personeller Dotierung und Maschinenpark konkret umschrieben wurde. Ebenso wurde gefordert, dass die Arbeitsgemeinschaft in Spitzenzeiten 70 bis 80 Mitarbeiter für die Bauarbeiten im gleichzeitigen Einsatz zur Verfügung stellen müsse und in der Lage sei, den Baubetrieb bei Bedarf über die Sommerferien voll aufrecht zu erhalten. Die Ausschreibungsunterlagen, in denen diese Eignungskriterien angeführt waren, waren wiederum mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (vgl. S. 9). Diese Ausschreibungsunterlagen wurden von den der Beschwerdeführerin angehörenden Unternehmen ausdrücklich unterzeichnet. Es war unmissverständlich vermerkt, dass alle Unternehmungen der ARGE die aufgestellten Eignungskriterien erfüllen müssen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, es sei eine ARGE mit mindestens drei Mitgliedern verlangt worden, was bedeute, dass mindestens neun Referenzobjekte nachgewiesen sein müssten und sie auch unter dieser Betrachtungsweise das aufgestellte Eignungskriterium bei weitem erfülle, ist daher nicht von entscheidender Bedeutung. Ebenso ist belanglos, ob gewisse Teile der Baugebiete der Stadt St. Gallen hinsichtlich Baudichte jenen von Nachbargemeinden ähnlich sind. Die Vorinstanz hat die Eignungskriterien klar und unmissverständlich umschrieben und insbesondere für jedes ARGE-Mitglied die entsprechenden Eignungskriterien verlangt. Diese Kriterien liegen nicht bei sämtlichen Unternehmungen der Beschwerdeführerin vor, weshalb ein Ausschlussgrund gegeben ist.

2.2. Art. 12 Abs. 1 VöB ist eine Kann-Vorschrift. Dies bedeutet, dass beim Vorliegen eines Ausschlussgrundes ein Ausschluss nicht zwingend geboten ist. Der Vergabebehörde kommt in diesem Bereich ein gewisser Ermessensspielraum zu. Wie erwähnt, kann das Verwaltungsgericht in die Ermessensbetätigung der Vergabebehörde nur eingreifen, wenn diese ihr Ermessen missbräuchlich betätigt oder überschritten hat.



St.Galler Gerichte

Im vorliegenden Fall war es zweckmässig, von allen Mitgliedern der Anbieterin das Vorhandensein gewisser wichtiger Eignungskriterien zu fordern. Die Auftraggeberin weiss nämlich nicht zum Vornherein, welches Mitglied der Arbeitsgemeinschaft für bestimmte Arbeiten aufgeboden wird. Daher will die Auftraggeberin Gewähr haben, dass alle einzelnen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft die entsprechenden Eignungskriterien erfüllen. Zudem wurden Erfahrungen nicht nur in der Stadt St. Gallen, sondern allgemein in städtischen Verhältnissen verlangt. Auch dieses Eignungskriterium erscheint zweckmässig. Daran ändert nichts, dass auch in gewissen Nachbargemeinden ähnliche Verhältnisse wie in städtischen Baugebieten bestehen. Mit der Anforderung, wonach die Referenzobjekte in einer Stadt und auf öffentlichem Grund hätten ausgeführt werden müssen, schränkte die Vorinstanz jedenfalls den Kreis der in Frage kommenden Anbieter nicht übermässig ein, zumal keine Erfahrung ausschliesslich in der Stadt St. Gallen vorausgesetzt wurde.

Zutreffend hält die Vorinstanz fest, dass eine Vielzahl von Baustellen abgedeckt werden müsse und jede dieser Baustellen nicht von einer ganzen Arbeitsgemeinschaft ausgeführt werde, sondern von je einem ihrer Mitglieder. Aufgrund der zum Teil parallel auszuführenden Baustellen wäre es unmöglich, dass eine einzige Unternehmung diesen Auftrag erfüllen könnte. Selbst wenn dies möglich wäre, habe die Vorinstanz ein schützenswertes Interesse, dass der Auftrag trotzdem aufgeteilt werde, damit die Redundanz auch für Notfälle gewährleistet bleibe. Diese Überlegungen sind sachgerecht und rechtfertigen die Anforderung, eine Arbeitsgemeinschaft von mindestens drei Unternehmungen zu verlangen. Ebenso legt die Vorinstanz überzeugend dar, weshalb das Eignungskriterium der Erfahrung in städtischen Gebieten relevant ist. Aufgrund der besonderen Verkehrsverhältnisse, des öffentlichen Verkehrs sowie des Verkehrs von Notfallfahrzeugen sind die Anforderungen für Arbeiten an einem Versorgungsnetz einer Stadt grösser und komplexer als für Arbeiten an jenem eines Dorfes. Es ist sachlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, die besonderen städtischen Verhältnisse würden die ausschlaggebende Erfahrung begründen und es nicht ausreiche, Erfahrung mit dem Ziehen von langen Gräben zu haben, sondern mit den besonderen städtischen Verhältnissen. Daher durfte die Vorinstanz zutreffend davon ausgehen, dass eine Trasseeleitung von fünfzehn Metern in einer Stadt eine wertvollere Erfahrung bildet als eine solche von 700 Metern in einem Dorf. Zusammenfassend ist daher festzuhalten,



dass sich die Eignungskriterien auf Bereiche beschränken, die für die Ausführung des Auftrags als wesentlich betrachtet werden durften.

Im weiteren erscheint es auch sachgerecht, das Kriterium "öffentlicher Grund" nicht nach den Eigentumsverhältnissen, sondern in strassenrechtlicher Hinsicht zu konkretisieren. Die hohen Anforderungen an die Eignung gründen nicht darin, ob der Baugrund im Eigentum der öffentlichen Hand oder im Eigentum eines Privaten steht. Entscheidend ist, ob das Gelände öffentlich zugänglich ist, also z.B. nicht ohne weiteres abgesperrt werden kann oder besondere Verkehrswege und Umleitungen errichtet werden müssen.

Zutreffend ist zwar, dass die Anforderungen hinsichtlich Leistungsfähigkeit der Arbeitsgemeinschaft bzw. der einzelnen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft relativ hoch sind. Im vorliegenden Fall ist dies aber gerechtfertigt. Der Auftrag setzt eine erhebliche Grundkapazität bzw. Leistungsfähigkeit voraus, da unter gewissen Umständen zahlreiche Bauarbeiten gleichzeitig im Gebiet der Stadt St. Gallen ausgeführt werden müssen. Namentlich sind im Bereich der öffentlichen Versorgung mit unentbehrlichen Dienstleistungen hohe Anforderungen hinsichtlich Unterhalt und Störungsbehebung gerechtfertigt. Dass dabei nur solche Unternehmungen zum Zuge kommen, welche bereits in der Stadt St. Gallen oder in der nächsten Umgebung Arbeiten ausgeführt haben, mag zutreffen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz nicht verlangte, dass die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft in der Stadt St. Gallen Arbeiten erfolgreich ausgeführt haben. Auch Arbeiten in anderen städtischen Gemeinden wie Rorschach, Gossau oder Herisau fallen für die einschlägige Erfahrung in städtischen Gebieten ins Gewicht. Von einer faktischen Verhinderung des Wettbewerbs kann daher im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. Daher ist auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. März 2005 in Sachen H. AG (B 2004/179, in: www.gerichte.sg.ch) unbehelflich. In jenem Fall gewichtete die Auftraggeberin die Erfahrung eines Anbieters mit ihrem eigenen Versorgungsnetz als Zuschlagskriterium, was als unzulässig betrachtet wird. Auch lag dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich (zit. in Galli/ Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2003, Rz. 293) ein anders gearteter Auftrag zugrunde. Das Abschleppen von falsch parkierten Fahrzeugen und Pannenfahrzeugen ist hinsichtlich der Bedeutung



und Notwendigkeit nicht mit der Versorgung von Elektrizität oder mit der Bedeutung von Datenübertragungen vergleichbar.

Fehl geht der Einwand der Beschwerdeführerin, die besonderen Bedingungen und Umstände der Ausschreibung hätten zur Folge, dass Arbeiten im Gesamtvolumen von rund Fr. 15 Mio. ohne Wettbewerb vergeben würden. Allein die Tatsache, dass lediglich zwei Arbeitsgemeinschaften eine Offerte einreichten, lässt nicht auf einen fehlenden Wettbewerb schliessen. Die öffentliche Ausschreibung und das Einreichen zweier Offerten mit einem erheblichen Preisunterschied zeigen, dass der Wettbewerb auch in diesem Bereich grundsätzlich gewährleistet ist. Es ist nicht gerechtfertigt, zur Intensivierung des Wettbewerbs Anbieter zuzulassen, welche die Eignungskriterien nicht vollumfänglich erfüllen. Die Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet.

2.3. Die Beschwerdeführerin verlangt, die Beschwerdebegründung gegen eine allenfalls schon erteilte Zuschlagsverfügung an die einzig verbliebene Anbieterin könne derzeit nicht genauer begründet werden, weil ihr lediglich der Preis dieses Angebots bekannt sei. Sie beantrage deshalb für diesen Eventualfall, jene Zuschlagsverfügung sei ihr zu eröffnen, mit der Möglichkeit zur Ergänzung der vorliegenden Beschwerde.

Dagegen wendet die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 1. Februar 2011 ein, sie habe sich in ihrer Ausschlussverfügung mit der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 29. November 2010 auseinandersetzen müssen. Daher sei es nicht angebracht gewesen, den Ausschluss in die Zuschlagsverfügung zu integrieren; es sei daher eine eigene Ausschlussverfügung erlassen worden. Gleichzeitig sei der ARGE mitenand mit separater Zuschlagsverfügung der Zuschlag erteilt worden. Eine Eröffnung der Zuschlagsverfügung an die mit separater Verfügung ausgeschlossenen Anbieter sei nicht erforderlich. Selbstverständlich sei der Vertrag mit der erfolgreichen Anbieterin mangels Rechtskraft des Zuschlags noch nicht abgeschlossen worden.

Die Zuschlagsverfügung wurde gemäss Datumsvermerk am 13. Januar 2011 der ARGE mitenand versandt. Diese Verfügung war Bestandteil der von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren übermittelten Akten. Die Verfügung wurde innert der gesetzlichen Beschwerdefrist von 10 Tagen nicht angefochten. Sie wurde der



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin zwar nicht eröffnet. Dies war auch nicht notwendig, da die Beschwerde gegen den Ausschluss keine aufschiebende Wirkung hatte und der Präsident des Verwaltungsgerichts ein entsprechendes Begehren abgewiesen hat. Daher ist nicht weiter auf die Zuschlagsverfügung bzw. deren allfällige Anfechtung einzugehen.

2.4. Weiter beantragt die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass eine allfällige Zuschlagsverfügung auf jeden Fall unzulässig sei, als damit eine Option für eine Vertragsverlängerung für den Zeitraum vom 1. März 2013 bis zum 28. Februar 2015 zugesprochen werden sollte.

Streitgegenstand ist der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren. Soweit die Beschwerdeführerin auch Beschwerde gegen den Zuschlag erhebt, ist nicht darauf einzutreten, da sie als ausgeschlossene Anbieterin nicht dazu legitimiert ist. Die Beschwerde gegen den Ausschluss hatte von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung, und das entsprechende Begehren um Erteilung des Suspensiveffekts wurde abgewiesen.

2.5. Nachdem der Ausschluss aus dem Verfahren rechtmässig ist, erweist sich auch das Schadenersatzbegehren als unbegründet.

2.6. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

3. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 8'000.- ist angemessen (inkl. Kosten der Verfügung vom 3. Februar 2011 von Fr. 1'000.--, vgl. Art. 7 Ziff. 211 und 222 Gerichtskostenverordnung sGS 941.12). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- ist zu verrechnen.

Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98bis VRP).

Demnach hat das Verwaltungsgericht



zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens im Betrag von Fr. 8'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit der einzelnen Unternehmungen der Arbeitsgemeinschaft für den gesamten Betrag. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- wird verrechnet.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. Urs Pfister, 9004 St. Gallen)
- die Vorinstanz

am:

Rechtsmittelbelehrung:



Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.