



Fall-Nr.: B 2015/119
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.02.2020
Entscheiddatum: 06.07.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 06.07.2015

Öffentliches Beschaffungswesen, aufschiebende Wirkung, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin mangels Eignung – das eine Referenzobjekt hat Druckschächte und -stollen und nicht Druckleitungen zum Gegenstand, beim anderen Referenzobjekt hat sie die Druckleitungen nicht selbst gebaut – hält der gebotenen summarischen Prüfung stand. Dementsprechend ist das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/119).

Verfügung vom 6. Juli 2015

Verfahrensbeteiligte

Toneatti AG Bilten, Bauunternehmung, Tschachenstrasse 9, 8865 Bilten,

Beschwerdeführerin,

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

gegen

EW Schils AG, Bergstrasse 33, 8890 Flums, Zustelladresse: EW Schils AG, c/o St.
Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG, Vadianstrasse 50, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand



Vergabe Sanierung Triebwasserweg Bruggwiti - Pravizin (Druckleitung, Ausschluss vom Verfahren) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Die EW Schils AG hat zur Erneuerung des Triebwasserweges am 30. März 2015 den Bau der Überleitung Bruggwiti und den Ersatz der Druckleitung Marmiez-Pravizin im offenen Verfahren ausgeschrieben (vgl. ABI 2015 S. 788 ff.). Bis 13. Mai 2015 waren fünf Angebote von vier Bewerbern, unter anderem jenes der Toneatti AG Bilten, eingegangen (act. 8/Register 2). Nach der Prüfung der Angebote teilte die EW Schils AG der Toneatti AG Bilten am 26. Mai 2015 mit, sie erachte den Nachweis zweier vergleichbarer Referenzobjekte in der Schweiz in den vergangenen fünf Jahren als nicht erbracht und erwäge deshalb ihren Ausschluss vom Verfahren. Die Toneatti AG Bilten nahm dazu am 9. Juni 2015 durch ihren Rechtsvertreter Stellung. Mit vom Geschäftsführer und vom Leiter Betrieb Produktion, der vom Verwaltungsrat am 27. Februar 2015 zur Unterzeichnung von Verfügungen im Submissionsverfahren ermächtigt worden war, unterschriebener Verfügung vom 12. Juni 2015 schloss die EW Schils AG die Toneatti AG Bilten vom Verfahren aus.

Die Toneatti AG Bilten (Beschwerdeführerin) erhob mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 25. Juni 2015 gegen den von der EW Schils AG (Vorinstanz) verfügten, ihr am 15. Juni 2015 zugegangenen Ausschluss vom Vergabeverfahren Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 26. Juni 2015 superprovisorisch den Erlass einer Zuschlagsverfügung und den Abschluss des Vertrags. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 30. Juni 2015 die Abweisung des Begehrens unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Auf die Ausführungen von Beschwerdeführerin und Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge und die von der Vorinstanz am 1. Juli 2015 eingereichten Akten 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. Auf die Gewichtung der einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen kann verzichtet werden, wenn die Beschwerde offensichtlich nicht ausreichend begründet erscheint.

2.2. Die Verfahrensbeteiligten sind sich nicht einig, ob die beiden von der Beschwerdeführerin bezeichneten Referenzobjekte "PSW Linth Limmern" und "KW Russein" die Voraussetzungen gemäss der Umschreibung der Eignungskriterien erfüllen.

2.2.1. Die Vorinstanz verlangt gemäss Ausschreibung von der technisch federführenden Unternehmung infolge der Komplexität der Aufgabe Erfahrung im Bau von Druckleitungen mit einem Innendurchmesser von rund einem Meter mit hoher Komplexität (Konus, Ausbaurohre, Hosenrohr, Durchflussmessung, Korrosionsschutz) im Gebirge mit einer Druckhöhe bis 300 Meter Wassersäule, Erfahrung bei Arbeiten in steilem Gelände und bei der Montage in engen Platzverhältnissen, steilem Gelände und geringer Verlegeleistung. Der Nachweis soll anhand zweier vergleichbarer Referenzobjekte in der Schweiz (Normen, Umwelt, EKAS [Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit], SUVA [Schweizerische Unfallversicherungsanstalt]) in den letzten fünf Jahren erbracht werden.



Die Vorinstanz hält fest, sie verlange von der federführenden Unternehmung insbesondere hohe Fachkompetenz im Bereich des Druckleitungsbaus, wobei es um den eigentlichen Stahlwasserbau im Sinne von Planung, Lieferung und Montage einer Druckleitung gehe und nicht nur um den Aushub und die Rückfüllung des Leitungsgrabens (Baumeisterarbeiten). Beim Referenzobjekt "PSW Linth Limmern" seien zwei gepanzerte Druckschächte von 1'000 Metern Länge mit einem Aussendurchmesser von 5,2 Metern und einem Innendurchmesser von 4,2 Metern mittels Tunnelbohrmaschine erstellt worden. Technisch handle es sich nicht um Druckleitungen. Zudem sei die Schachtpanzerung von ausgewiesenen Stahlbauern und nicht von der Beschwerdeführerin ausgeführt worden. Beim Referenzobjekt "KW Russein" habe die angegebene Referenzperson bestätigt, dass der Druckleitungsbau nicht von der Beschwerdeführerin ausgeführt worden sei. Die Beschwerdeführerin habe verschiedentlich beim Transport der Rohre mitgewirkt, aber mit dem eigentlichen Leitungsbau nichts zu tun gehabt.

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, in den Ausschreibungsunterlagen werde nicht verlangt, dass die beiden Referenzobjekte mit dem Ausschreibungsobjekt identisch sein müssten. Verlangt sei nur Vergleichbarkeit. Die Ausschreibung verlange nicht, dass beim Referenzobjekt die Leitungen durch den Anbieter selbst oder einen Sub- oder Nebenunternehmer verbaut worden seien.

2.2.2. Gemäss Art. 8 VöB legt der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung fest, welche Eignungskriterien der Anbieter erfüllen und welche Nachweise er erbringen muss. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. a VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn der Anbieter die Eignungskriterien nicht erfüllt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessensspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Wichtige Schranken bei der Anwendung der Eignungskriterien bilden der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben und das vergaberechtliche Transparenzprinzip. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien



sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten (vgl. BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4; BGE 141 II 14 E. 7.1; vgl. VerwGE B 2015/84 vom 29. Mai / 1. Juni 2015 E. 2.2.1, www.gerichte.sg.ch).

2.2.3. Die Eignungskriterien gemäss Ausschreibung verlangen in mehrfachem Zusammenhang ausdrücklich Erfahrungen im Bau von Druckleitungen. Dass deshalb auch die geforderten zwei Referenzobjekte sich auf den Bau von Druckleitungen beziehen und Druckschächte und Druckstollen nicht als vergleichbar behandelt werden, liegt angesichts der Ausformulierung der Eignungskriterien auf der Hand. Wenn die Vorinstanz auf den Unterschied hinsichtlich der Erstellung – beim ausgeschriebenen Objekt Leitungsbau, beim Referenzobjekt "PSW Linth Limmern" Tunnelbau mit nicht von der Beschwerdeführerin ausgeführter Schachtpanzerung – hinweist, legt sie nachvollziehbar dar, dass das von der Beschwerdeführerin angegebene Referenzobjekt in einem wesentlichen Punkt von den Anforderungen des ausgeschriebenen Projekts abweicht (vgl. A. Schleiss, Triebwassersysteme bei Wasserkraftanlagen, Herausforderungen und Tendenzen für die Linienführung und Auskleidung, Swiss Tunnel Congress 2012, <http://infoscience.epfl.ch>). Angesichts der technischen Unterschiede beim Bau von Rohrleitungen einerseits und Schächten und Stollen andererseits ist unbehelflich, wenn im Referenzschreiben vom 3. Juni 2015 – anders als noch im Referenzschreiben vom 4. Oktober 2012 – nicht mehr von Druckschächten, sondern – insoweit untechnisch – von "Druckleitungen" die Rede ist (act. 8/Register 8). Dass die Vorinstanz dieses Referenzobjekt bei der Prüfung der Eignung der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt hat, hält dementsprechend jedenfalls einer gebotenen summarischen Prüfung stand.

Beim Referenzobjekt "KW Russein" ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Druckleitung nicht selbst gebaut hat. In der Ausschreibung wurde die Erfahrung im Druckleitungsbau ausdrücklich von der technisch federführenden Unternehmung gefordert. Damit hat die Vorinstanz, wenn sie der Beschwerdeführerin aus diesem Referenzobjekt keine Erfahrung im Druckleitungsbau zurechnete, das Eignungskriterium – jedenfalls bei der im Verfahren der aufschiebenden Wirkung gebotenen summarischen Prüfung – nicht in rechtswidriger Weise gehandhabt.



3. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz ist einzuladen, bis 20. Juli 2015 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen. Die Gerichtsferien gelten nicht.

4. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'500 zu verrechnen. CHF 2'500 verbleiben bei der Hauptsache. Für das Zwischenverfahren sind bei diesem Ergebnis keine ausseramtlichen Entschädigungen zuzusprechen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP).

Der Präsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Die Vorinstanz wird eingeladen, bis **20. Juli 2015** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. **Die Gerichtsferien gelten nicht.**
- 3.** Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 unter Verrechnung mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 3'500. CHF 2'500 verbleiben bei der Hauptsache.
- 4.** Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Präsident

Eugster