



Fall-Nr.: B 2017/132
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 19.07.2017
Entscheiddatum: 19.07.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 19.07.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.Vergabe Bauprojekt Umgestaltung Bahnhof- und Poststrasse (Ingenieursleistungen). Weil die Ausschreibung als anfechtbare Verfügung gilt, kann in einem Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag nicht mehr beanstandet werden, was mit einem Rechtsmittel gegen die Ausschreibung gerügt hätte werden müssen. Die Beschwerde erscheint nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/132).

Verfahrensbeteiligte

ARGE GWSP, c/o Gruner Wepf AG, Zürich, Wilerstrasse 1, 9230 Flawil,

bestehend aus:

- **Gruner Wepf AG, Zürich**, Zweigniederlassung Flawil, Wilerstrasse 1, 9230 Flawil,
- **STEIGER + PARTNER AG**, Feldeck 13, 9606 Bütschwil,

Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen,

gegen

Politische Gemeinde Wattwil, Gemeinderat, 9630 Wattwil,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,



und

Brühwiler AG Bauingenieure und Planer, Zweigniederlassung Gossau,
Ilgenstrasse 7, 9200 Gossau SG,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Vergabe Bauprojekt Umgestaltung Bahnhof- und Poststrasse
(Ingenieursleistungen)**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

A. Die aus der Gruner Wepf AG und der STEIGER + PARTNER AG (Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen) bestehende Arbeitsgemeinschaft GWSP hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Wattwil (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 20. Juni 2017 verfügten Zuschlag der Ingenieursleistungen beim Bauprojekt „Umgestaltung Bahnhof- und Poststrasse“ an die Brühwiler AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe vom 7. Juli 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 10. Juli 2017 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Mit Eingabe vom 17. Juli 2017 reichte die Beschwerdeführerin eine auch noch von der Gruner Wepf AG rechtsgenügend unterzeichnete Eingabe nach. Während dem sich die Beschwerdegegnerin innert Frist nicht vernehmen liess, beantragte die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 14. Juli 2017 (Posteingang: 17. Juli 2017), es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen. Ferner reichte sie dem Gericht die Vergabeakten ein.



Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über die aufschiebende Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 VRP).

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).

3. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die aufschiebende Wirkung könne erteilt werden, zumal ihres Erachtens kein Zeitdruck herrsche. So sei bereits für diese Submission ein Zeitrahmen von sechs Monaten beansprucht worden und die Realisierung des Projekts müsse auch nicht zwingend im 2018 erfolgen. Die Vorinstanz hält dem entgegen, das Submissionsverfahren (bestehend aus Präqualifikation und Honorarsubmission) hätten bis zur streitigen Vergabe erst vier Monate beschlagen. Bereits in der Ausschreibung sei darauf hingewiesen worden, dass mit dem Bauprojekt das Zentrum auf die Eröffnung der Umfahrung Wattwil, 2. Etappe; hin aufgewertet werden solle. In der Terminübersicht sei auf die im Frühjahr 2018 vorgesehene Volksabstimmung und eine mögliche Bauphase im 2019 hingewiesen worden. Sie habe ein gewichtiges Interesse daran, dass das Projekt in einer möglichst kurzen Zeitdauer durchgeführt werden könne, damit die Belastung für die Anwohner und die wirtschaftlichen Auswirkungen die Gewerbebetriebe (weniger Kunden, tiefere



Frequenzen, Umsatzeinbussen, etc.) möglichst gering gehalten werden könne. Es liege in der Natur der Sache von Bauprojekten, dass diese hinsichtlich der Dauer aller Verfahren nur schwer abzuschätzen seien, weshalb ein rascher Projektstart zweifellos besser sei als ein verspäteter. Die Vergabe der Ingenieursleistungen erfolgte wie in den (bereits in der Präqualifikationsphase abgegebenen) Ausschreibungsunterlagen vom 14. März 2017 (dort Terminübersicht, Ziff. 1.3.4) vorgesehen im Juni 2017. Daran schliessen sich weitere Projekt- und Realisierungsphasen an, so etwa die im Frühjahr 2018 die notwendige Volksabstimmung. Danach folgen die Projektierungsphase (mit weiteren Realisierungsschritten) und die Bauphase (Ziel gemäss Ausschreibungsunterlagen: Januar - November 2019“). Ob die Fertigstellung des Projekts per Ende 2019 realistisch ist oder allenfalls noch weiter hinausgezögert wird, hängt angesichts der frühen Projektphase nicht bloss von der Dauer dieses Beschwerdeverfahrens ab. Vielmehr sind die skizzierten Planungs- und Realisationsschritte regelmässig mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden, die wiederum erheblichen Einfluss auf den zeitlichen Ablauf des Projekts haben und entsprechend zu beachten sind. Fest steht sodann, dass bei der Zeitplanung auch die Möglichkeit, dass Rechtsmittel ergriffen werden, berücksichtigt werden muss. Entsprechend ist das von der Vorinstanz geschilderte öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Realisierung, bei allem Verständnis für die damit verfolgten Ziele, auch zu relativieren. Die einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen erscheinen deshalb unter dem Aspekt der Dringlichkeit nicht als besonders gewichtig.

4. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, in der Honorarsubmission seien keine Unterkriterien aufgeführt worden; erst in der Zuschlagsverfügung seien solche bei der Bewertung des mit 50% gewichteten Zuschlagskriterium Qualität (Auftragsverständnis: 25%, Terminprogramm 15%, Projektteam 10%) zur Anwendung gebracht worden. Die Bewertung des Preises sei nicht unabhängig der Angebotspreise, sondern in direkter Abhängigkeit der Qualitätsbeurteilung erfolgt (Honorarsubmission Ziff. 4.6.3). Eine unabhängige Punktierung des Preises habe somit gar nicht stattgefunden. Vielmehr sei ohne vorgängige schriftliche Information und Grundlage die Qualität (rechte: Qualifikation) höher gewichtet worden. Die Auftragsvergabe erfolge daher an das preislich teuerste Angebot mit Mehrkosten von rund 40% resp. 18% gegenüber den



beiden im Preis Erst- bzw. Zweitrangierten, was in krassem Widerspruch zu den im öffentlichen Beschaffungsrechte geltenden Grundsätzen stehe.

4.1. Gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB bezweckt die Vereinbarung die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren. Gemäss Art. 19 Abs. 1 Ingress und lit. f VöB muss die Ausschreibung die Zuschlagskriterien enthalten, wenn keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben werden. Werden Ausschreibungsunterlagen abgegeben, enthalten sie gemäss Art. 20 Ingress und lit. h VöB die Zuschlagskriterien. Das Transparenzgebot verlangt 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). Inwieweit Art. 34 Abs. 3 VöB, wonach allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung bekannt zu geben sind, strengere Voraussetzungen schafft (vgl. VerwGE B 2015/114 vom 28. Juni 2016 E. 3.1, B 2014/248 vom 28. Juli 2015 E. 3.1, B 2011/191 vom 14. Februar 2012 E. 2.3, www.gerichte.sg.ch), kann offen bleiben. Vorliegend waren den Bewerbern bereits in den im Präqualifikationsverfahren abgegebenen Ausschreibungsunterlagen vom 14. März 2017 (Ziffer 4.6.1 Kriterien und Gewichtung) die Reihenfolge der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung bekannt gegeben worden, nämlich „Qualifikation“ (50 Prozent) und „Preis“ (50 Prozent). In den Ziffern 4.6.2 wurden weitere Hinweise zu den Zuschlagskriterien gemacht, so bei der Qualifikation bezüglich „Auftragsverständnis“; „Projektlauf“ und „Team“. In Ziffer 4.6.3 wurden Ergänzungen zum Zuschlagskriterium „Preis“ gemacht, so bezüglich „Aufwandberechnung“, „Honorarberechnung“ und „Offertöffnung“. Die Ausschreibung war mit der erforderlichen Rechtsmittelbelehrung versehen (Ziffer 5.2 Rechtsschutz). Da die Ausschreibung gemäss Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. a IVöB als anfechtbare Verfügung gilt, kann im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag regelmässig nicht mehr beanstandet werden, was mit einem Rechtsmittel gegen die Ausschreibung hätte gerügt werden können.

4.2. Sind die Beschwerdeführerinnen der Auffassung, es hätte bei der Bewertung des Kriteriums „Preis“ eine andere „gängige“ Preisformel (bspw. jene des kantonalen Tiefbauamtes) zur Anwendung gebracht werden müssen, so scheinen sie übersehen zu haben, dass sie dies mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätten geltend machen müssen (vgl. dazu GVP 2015 Nr. 41 und VerwGE B 2015/75 vom 27. Oktober



2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch). Nachdem sie davon abgesehen hatten, erweist sich ihr erst in diesem Verfahren vorgebrachter Einwand daher als verspätet.

4.3. Vergleichbares gilt im Ergebnis für die Rüge, die Bewertung des Preises sei nicht unabhängig erfolgt. Das der Beurteilung der Preise zugrunde liegende Prinzip wurde bereits in der Ausschreibung bekannt gegeben (Ziff. 4.6.4., Teilaspekt „Offertöffnung“). Die im vorliegenden Verfahren vorgebrachte Rüge am zur Anwendung gebrachten Beurteilungsprinzip erweist sich entsprechend als verspätet.

4.4. Ebenso gilt dies für die bereits damals bekannt gegebene konkrete Gewichtung und Priorisierung der beiden jeweils mit 50 Prozent gewichteten Zuschlagskriterien. Der Umstand, dass der „Preis“ in den Ausschreibungsunterlagen als zweites Zuschlagskriterium nach „Qualifikation“ genannt wurde, sollte im Zusammenspiel mit den in den Ziffern 4.6.2 und 4.6.3 angeführten Hinweisen ein Indiz dafür sein, dass bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes der „Qualifikation“ die grössere Bedeutung als dem „Preis“ zukommen werde, mithin nicht einfach das preislich günstigste Angebot obsiegen werde. Ihre Auffassung, dass dem Preis bezüglich Priorisierung bei der Bewertung Vorrang hätte zukommen müssen und allenfalls auch dessen Gewichtung anders hätte vorgenommen werden müssen, hätten die Beschwerdeführerinnen dementsprechend ebenfalls mit in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vorbringen müssen. Diesbezüglich rechtfertigt es sich aber ihnen in Erinnerung zu rufen, dass das Verwaltungsgericht sich in solchen Fällen auf eine Rechtskontrolle beschränken muss, d.h. mit einer Beschwerde könnte die Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien wiederum ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt aber dem Offertpreis im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei komplexeren Werken oder Dienstleistungen weniger Gewicht zu als bei standardisierten Werken oder Dienstleistungen. Je aufwendiger eine ausgeschriebene Arbeit ist, desto mehr rücken neben dem Preis auch andere Kriterien wie bspw. die Qualifikation in den Vordergrund.

4.5. Als schlichtweg falsch, weil aktenwidrig, erweist sich der Einwand, in der Honorarsubmission seien keine Unterkriterien aufgeführt worden. Wie sich den allen im



St.Galler Gerichte

Verfahren betreffend Honorarsubmission eingeladenen Firmen abgegebenen Unterlagen (Stand 2. Mai 2017) unschwer entnehmen liess, wurden im Formular „Zuschlagskriterien/Qualifikation“ die bereits im Präqualifikationsverfahren angeführten Hinweise als gewichtete Unterkriterien aufgelistet, und zwar als „Auftragsverständnis und Referenzen“ (25 Prozent), „Projektlauf“ (15%) und „Team“ (10 Prozent). Die Gesuchstellerinnen haben das entsprechende Formular am 12. Mai 2017 handschriftlich unterzeichnet und entsprechend von den Unterkriterien und deren Gewichtung Kenntnis genommen. Diese Unterkriterien waren letztlich bereits in den Ausschreibungsunterlagen vom 14. März 2017 enthalten, stellen im übrigen Konkretisierungen des Zuschlagskriteriums „Qualifikation“ dar, weshalb sich der Einbezug der genannten Unterkriterien in die Benotung der eingegangenen Angebote - jedenfalls bei der im Rahmen dieses Zwischenverfahrens gebotenen summarischen Prüfung - so oder anders nicht beanstanden lässt.

5. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde trotz der nicht sehr gewichtigen öffentlichen Interessen am umgehenden Vertragsschluss 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.

6. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 10. August 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Die Gerichtsferien gelten nicht (Art. 15 Abs. 4 IVöB). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

7. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 95 Abs.1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000 zu verrechnen. CHF 3'500 verbleiben bei der Hauptsache. Für das Zwischenverfahren sind mangels Anspruchs der Vorinstanzen und Antrags der Beschwerdegegnerinnen einerseits und zufolge Unterliegens der Beschwerdeführerin andererseits keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP).



Der Abteilungspräsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 10. August 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung. Es gelten keine Gerichtsferien. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
- 3.** Die Beschwerdeführerinnen bezahlen die Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'500 unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000. CHF 3'500 verbleiben bei der Hauptsache.
- 4.** Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Zürn