



Fall-Nr.: B 2017/233
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 02.12.2017
Entscheiddatum: 02.12.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 02.12.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Der Zuschlag beziehungsweise die Nichtberücksichtigung wurde vom Unternehmen, welches die eingereichten Angebote beurteilt hat, mit einem als „Verfügung“ bezeichneten Schreiben eröffnet. Nachdem der zuständige Abteilungspräsident die Nichtigkeit der Verfügung festgestellt hatte, wurden zu zwei Referenzprojekten der nicht berücksichtigten Beschwerdeführerin Bestätigungen eingeholt. An der Bewertung wurde nichts geändert. Ob die Handhabung des auf der Vergleichbarkeit der Referenzprojekte beruhenden Eignungskriteriums rechtsgleich erfolgte und ob bei allen Anbieterinnen die Referenzen gleichermassen verifiziert wurden, kann mangels Vollständigkeit der Vergabeakten nicht beurteilt werden. Dem Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, wird entsprochen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/233).

Verfahrensbeteiligte

Toneatti AG Bilten, Tschachenstrasse 9, 8865 Bilten,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

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

gegen

Ortsgemeinde Murg, Elektrizitätswerk, Alte Staatsstrasse 14, 8877 Murg,



Vorinstanz und Gesuchsgegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hubert Bühlmann, Museumstrasse 35, Postfach 41,
9004 St. Gallen,

Gegenstand

Vergabe Kraftwerk Merlen Los B (Baumeisterarbeiten, Ausschluss vom Verfahren) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Ortsgemeinde Murg hat am 27. Dezember 2016 die Baumeisterarbeiten für die Wasserfassung Bachlauri, die Druckleitung und die Zentrale des Kraftwerks Merlen (Los B) ihres Elektrizitätswerks im offenen Verfahren ausgeschrieben (ABI 2016 S. 3703 ff.). Innert der bis 27. Februar 2017 offenen Frist gingen sieben Angebote ein. Die I. AG, welche die Angebote auswertete, teilte den Anbietern mit als „Verfügung“ bezeichnetem Schreiben vom 13. April 2017 den Zuschlag zum Preis von CHF 1'596'637 an die aus der LINTH STZ AG, Bauunternehmung, und der STRABAG AG bestehende „Arbeitsgemeinschaft Kraftwerk Merlen“ mit. Auf Beschwerde der nicht berücksichtigten Toneatti AG Bilten hin stellte das Verwaltungsgericht mit unangefochten rechtskräftig gewordenem Entscheid des Abteilungspräsidenten vom 8. August 2017 die Nichtigkeit des Zuschlags fest (B 2017/81). In der Folge schloss die Ortsgemeinde Murg die Toneatti AG Bilten mit Verfügung vom 8. November 2017 mangels Eignung vom Vergabeverfahren aus.

Die Toneatti AG Bilten (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den von der Ortsgemeinde Murg (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 8. November 2017 verfügten Ausschluss vom Verfahren mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 20. November 2017 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit



verfahrensleitender Verfügung vom 21. November 2017 untersagte der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts der Vorinstanz einstweilen den Erlass einer Zuschlagsverfügung und den Abschluss des Vertrags. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 27. November 2017 die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und reichte dem Gericht einen Teil der Vergabeakten – von den eingegangenen Angeboten einzig jenes der Beschwerdeführerin sowie jenes der „Arbeitsgemeinschaft Kraftwerk Merlen“ – ein.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um 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. Die aufschiebende Wirkung kann erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (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). 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. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe das billigste Angebot eingereicht und damit Aussicht auf den Zuschlag. Werde das Vergabeverfahren parallel zum Ausschlussverfahren fortgesetzt und der Zuschlag an einen Mitanbieter erteilt, habe sie keine Möglichkeit mehr, den Zuschlag zu erhalten, selbst wenn der Ausschluss zu Unrecht erfolgt sein sollte. Die Vorinstanz führt dazu aus, es seien keine öffentlichen



oder privaten Interessen ersichtlich, welche die Erteilung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigten.

Die Vorinstanz führt keine der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen an. Insbesondere macht sie keine Dringlichkeit der Umsetzung des Projekts geltend. Vielmehr beruft sie sich einzig darauf, die Beschwerde erscheine nicht als ausreichend begründet. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Zu beurteilen bleiben deshalb die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels.

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die nichtige Verfügung vom 13. April 2017 sei nicht ohne den Willen der Vorinstanz ergangen. Sie habe damit eine Vertrauensgrundlage geschaffen, auf die sich die Beschwerdeführerin habe verlassen dürfen. Wenn die Vorinstanz die Eignung der Beschwerdeführerin – nachdem sich diese gegen die ursprüngliche Zuschlagsverfügung erfolgreich gewehrt habe – neu prüfe und anders als im ursprünglichen Verfahren beurteile, verhalte sie sich widersprüchlich. Die Vorinstanz hält dem entgegen, bei der Prüfung der Angebote habe sich herausgestellt, dass drei Bewerber die Eignungskriterien nicht erfüllten. Stellung genommen und den Ausschluss angefochten habe einzig die Beschwerdeführerin. Die nichtige Verfügung sei rechtlich inexistent und habe zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen entfaltet. Deshalb könne sie nicht mit anderem Verhalten der Vorinstanz verglichen werden. Gestützt auf die nichtige Verfügung vom 13. April 2017 könne der Vorinstanz auch nicht Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden. Die neue Verfügung sei zu beurteilen, wie wenn die nichtige nicht erfolgt sei. Aus Nichts könne keine Vertrauensgrundlage entstehen. Die Beschwerdeführerin selbst habe im Beschwerdeverfahren B 2017/81 behauptet, ihre Referenzen seien offensichtlich nicht eingehend geprüft worden. Dass die Vorinstanz diesen Rügen Rechnung getragen habe, sei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und aus prozessökonomischen Gründen nicht zu beanstanden. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Rechtsprechung beziehe sich auf das Nachschieben von Alternativbegründungen im Beschwerdeverfahren. Hier gehe es aber um die Beurteilung von Vergabekriterien im



Submissionsverfahren, das aufgrund der Nichtigkeit der Verfügung vom 13. April 2017 immer noch andauert.

2.2.2. Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) gebietet staatlichen Organen, nach Treu und Glauben zu handeln. Die nachträgliche Geltendmachung eines zuvor verworfenen Standpunktes läuft auf ein durch Art. 5 Abs. 3 BV untersagtes widersprüchliches Verhalten hinaus (vgl. BGer 2C_929/2014 vom 10. August 2015 E. 2.4 mit Hinweis, 2C_502/2016 vom 24. Mai 2017 E. 2.4; VerwGE B 2017/121 vom 22. November 2017 E. 3.1 und 4). Unterlässt es der Auftraggeber, einen Anbieter wegen fehlender oder nicht ausreichender Referenzen als ungeeignet vom Verfahren auszuschliessen, kann er darauf nicht mehr zurückkommen. Die Vergabestelle darf sich insbesondere im späteren Rechtsmittelverfahren nicht auf einen Ausschlussgrund berufen, wenn sie sich nicht bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat. Nach festgestellter Eignung darf ein Anbieter – vorbehaltlich neuer Tatsachen – nicht mehr ausgeschlossen werden. Die Vergabestelle verhält sich widersprüchlich, wenn sie einem Anbieter in der internen Beurteilung zwar die Eignung abspricht, sein Angebot anschliessend aber doch anhand der Zuschlagskriterien beurteilt (vgl. C. Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 393 ff., Rz. 18).

2.2.3. Als Eignungskriterien wurde in Ziffer 1.9 Band 1 -Teil I (Ausschreibung und weitere Bedingungen) der Ausschreibungsunterlagen die Angabe von mindestens zwei vergleichbaren Referenzobjekten in Wasserbau in den letzten fünf Jahren genannt. Die Referenzen wurden gleichzeitig in Ziffer 2.14 auch als drittes von vier Zuschlagskriterien genannt. Anzugeben waren dabei je zwei Referenzprojekte für die beiden Schlüsselpersonen Projektleiter und Bauleiter sowie drei Referenzprojekte der Anbieterin beziehungsweise aller beteiligter Firmen. Für sämtliche Referenzen behielt sich die Vorinstanz in den Ziffern 4 und 6 Band 1 – Teil V (Angebotsformulare) der Ausschreibungsunterlagen das Recht vor, ohne zusätzliche Benachrichtigung Erkundigungen einholen zu dürfen.

Die Vorinstanz hat die I. AG mit der Durchführung der Ausschreibung und mit der Beurteilung der eingereichten Angebote betraut. Die I. AG hat die Angebote verglichen



und der Vorinstanz am 10. April 2017 deren Bewertung nach den Zuschlagskriterien unter Hinweis auf eine „Beilage 3“ (die allerdings vom 13. April 2017 datiert; act. 9/6 B1) samt Vergabeantrag unterbreitet (act. 9/6 A1). Im Vergleich vom 10. April 2017 wurden sämtliche Angebote kurz zusammengefasst dargestellt. Unter anderem wurde die Eignung der Anbieterinnen anhand der Referenzprojekte beurteilt. Obwohl sich ein breites vom Grossprojekt bis zur Bachverbauung reichendes Spektrum zeigte, wurde keiner Anbieterin die Eignung mangels Vergleichbarkeit eines Projekts mit den ausgeschriebenen Arbeiten abgesprochen. Einzig bei einem Angebot wurde die Eignung der Anbieterin verneint, weil eines der beiden Referenzobjekte zeitlich zu weit zurück lag. Bei sämtlichen übrigen Angeboten und insbesondere auch beim Angebot der Beschwerdeführerin (act. 9/6/A1 Ziff. 3.1 S. 2) wurde festgestellt, mit den angegebenen Referenzprojekten seien die Eignungskriterien erfüllt. Am 13. April 2017 teilte die I. AG den Bewerberinnen den Zuschlag beziehungsweise die Nichtberücksichtigung mit. In der Folge korrespondierte die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Erhebung einer Beschwerde gegen die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes mit der I. AG (vgl. act. 8/4 M).

Nachdem der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts am 8. August 2017 die vergaberechtliche Nichtigkeit dieser Mitteilung festgestellt hatte, holte die I. AG bei den Auftraggebern der beiden von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzprojekte mit Schreiben vom 13. September 2017 Bestätigungen ein (act. 8/2 und 5). Eine neue Beurteilung nahm sie nicht vor. Jedenfalls liegen keine Anpassungen ihres am 10. April 2017 verfassten Vergleichs sämtlicher Angebote vor. Vielmehr hat die Vorinstanz selbst im Ausschluss vom 8. November 2017 angeführt, weshalb sie die Referenzprojekte der Beschwerdeführerin als mit den ausgeschriebenen Arbeiten nicht vergleichbar erachtete.

2.2.4. Das Vergabeverfahren war zwar vorliegend mit der nichtigen Eröffnung des Zuschlagsentscheides formell nicht abgeschlossen. Ob dies – wie die Vorinstanz geltend macht – dazu führt, dass von der Beurteilung der Angebote durch die mit dieser Aufgabe betraute I. AG, wie sie der Vorinstanz in Form eines begründeten Vergabeantrags am 10. April 2017 als Grundlage für die nichtige(n) Verfügung(en) vom 13. April 2017 vorlag, ohne Verletzung des Verbots, sich im Vergabeverfahren widersprüchlich zu verhalten, abgewichen werden darf, kann offen bleiben.



Unabhängig davon, ob das Vorgehen mit der Verpflichtung, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, vereinbar wäre, hat sich die Vorinstanz an die vergaberechtlichen Grundsätze der Stabilität der Ausschreibung und der Gleichbehandlung der Anbieterinnen zu halten. Dass die Vorinstanz – wozu sie aufgrund des Gleichbehandlungsgebots gemäss Art. 11 Ingress lit. a IVöB und Art. 5 Abs. 1 VöB verpflichtet ist (vgl. Schneider Heusi, a.a.O., S. 408, Rz. 37) – auch zu den Referenzprojekten der übrigen Anbieterinnen und insbesondere der möglichen Zuschlagsempfängerin gleiche Bestätigungen eingeholt hat, lässt sich jedenfalls den von ihr dem Gericht eingereichten Akten nicht entnehmen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die mit der Beurteilung der eingegangenen Angebote betraute I. AG aufgrund der eingeholten Bestätigungen einen neuen, jenen vom 10. April 2017 ersetzenden Bericht und eine neue, jene vom 13. April 2017 ersetzende Bewertung der Angebote erstattet hätte. Die Vorinstanz macht geltend, sie habe weitere Anbieterinnen aufgrund einer neuen Beurteilung der Referenzprojekte mangels Eignung vom Verfahren ausgeschlossen. Ob die Handhabung des auf der Vergleichbarkeit der Referenzprojekte beruhenden Eignungskriteriums rechtsgleich erfolgte und ob bei allen Anbieterin die Referenzen gleichermassen verifiziert wurden, kann mangels Vollständigkeit der Vergabeakten nicht beurteilt werden.

3. Aufgrund dieser Umstände erscheint die Beschwerde jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung und mit Blick darauf, dass die öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit geringer zu gewichten sind als das ebenfalls öffentliche Interesse an einer korrekten Umsetzung des Vergaberechts und der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes (vgl. BVGer B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 2) und die privaten Interessen der Beschwerdeführer am Aufschub der Rechtswirksamkeit ihres Ausschlusses vom Vergabeverfahren, als ausreichend begründet. Dem Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist deshalb zu entsprechen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

4. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin sind aufzufordern, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 3. Januar 2018 (die Gerichtsferien gelten nicht) zur Beschwerde



materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen würde.

5. Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.
2. Der Vorinstanz werden bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Erlass einer Zuschlagsverfügung und der Vertragsschluss untersagt.
3. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis **3. Januar 2018** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. Die Gerichtsferien geltend nicht.
4. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Abteilungspräsident

Eugster