



Fall-Nr.: B 2017/233
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 26.04.2018
Entscheiddatum: 26.04.2018

Entscheid Verwaltungsgericht, 26.04.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 11 lit. a IVöB. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin erweist sich sowohl in formeller – vorgängige inhaltlich nicht dokumentierte telefonische Rücksprache mit den Auskunftspersonen für die Referenzprojekte der Beschwerdeführerin, nicht aber für jene der Zuschlagsempfängerin – als auch in materieller – kein Druckleitungsbau auch bei den Referenzprojekten der Zuschlagsempfängerin – Hinsicht mit dem vergaberechtlichen Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen als nicht vereinbar (Verwaltungsgericht, B 2017/233).

Besetzung

Präsident Eugster; Vizepräsident Zürn; Verwaltungsrichter Steiner; Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Toneatti AG Bilten, Tschachenstrasse 9, 8865 Bilten,

Beschwerdeführerin,

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

gegen



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

Vorinstanz,

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

Gegenstand

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

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Die Ortsgemeinde Murg hat für ihr Elektrizitätswerk am 27. Dezember 2016 die Baumeisterarbeiten für die Wasserfassung Bachlauri, die Druckleitung und die Zentrale Merlen im offenen Verfahren ausgeschrieben. Als Zuschlagskriterien wurden in der Reihenfolge ihrer Bedeutung „Angebotspreis“, „Technik“, „Referenzen“ und „Qualität“ genannt. Für die Eignungskriterien wurde auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen (ABI 2016 S. 3703 ff.). Die Eignungskriterien erfüllte, wer mindestens zwei vergleichbare Referenzobjekte in Wasserbau in den letzten fünf Jahren angab (vgl. Ausschreibungsunterlagen 1-I Ausschreibung und weitere Bedingungen, Ziffer 1.9 des Teils 2; act. 9/1).

Innert der bis 27. Februar 2017 offenen Frist reichten sieben Anbieter je ein Angebot ein. Die IM Maggia Engineering AG wertete die Angebote aus und empfahl am 10. April 2017, die Arbeiten an die aus der LINTH STZ AG, Bauunternehmung, und der STRABAG AG bestehende „Arbeitsgemeinschaft Kraftwerk Merlen“, deren Angebot sie die gewichtete Gesamtnote von 21,5 erteilt hatte, zu vergeben (Vergleich und Vergabeantrag, act. 9/6). Mit als „Verfügung“ bezeichnetem Schreiben vom 13. April 2017 teilte sie den Anbietern den Zuschlag mit. Auf Beschwerde der Toneatti AG Bilten hin, deren Angebot mit der Gesamtnote von 20,5 den zweiten Platz erreicht hatte



St.Galler Gerichte

(act. 2/3), stellte der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts am 8. August 2017 die Nichtigkeit des Zuschlags fest und trat auf die Beschwerde nicht ein (B 2017/81).

In der Folge verfügte die Ortsgemeinde Murg am 8. November 2017 den Ausschluss der Toneatti AG Bilten vom Vergabeverfahren mit der Begründung, die beiden für den Bereich des Kraftwerkbaus angegebenen Referenzprojekte erfüllten die Eignungskriterien nicht. Das Kraftwerk „Linth Limmern“ sei hinsichtlich der Druckleitungen mit dem ausgeschriebenen Projekt nicht vergleichbar und beim Kraftwerk „Russein“ habe die Anbieterin – entgegen ihren Angaben – die Druckleitung nicht selbst gebaut.

B. Die Toneatti AG Bilten (Beschwerdeführerin) erhob gegen die Ausschlussverfügung der Ortsgemeinde Murg (Vorinstanz) vom 8. November 2017 durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 20. November 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 2. Dezember 2017 entsprach der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und untersagte der Vorinstanz den Erlass einer Zuschlagsverfügung und den Abschluss des Vertrags. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 3. Januar 2018, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Die Beschaffung der Ortsgemeinde Murg für ihr Elektrizitätswerk unterliegt den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts (Art. 8 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, IVöB; Art. 2 Abs. 1 lit. c des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das



öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, EGöB). Das Verwaltungsgericht ist dementsprechend zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 EGöB). Die Beschwerdeführerin, deren Angebot mit der angefochtenen Verfügung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, ist zur Erhebung der Beschwerde befugt. Dies gilt umso mehr, als das Angebot nach der Bewertung durch das damit beauftragte Unternehmen am 10./13. April 2017 den zweiten Rang erreicht hatte und damit reelle Chancen auf einen Zuschlag hätte, sollten sich der Ausschluss als rechtswidrig und die gegen die Bewertung der Angebote erhobenen Rügen (vgl. Beschwerdeschrift im Verfahren B 2017/81) als berechtigt erweisen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde gegen die Ausschlussverfügung vom 8. November 2017 wurde mit Eingabe vom 20. November 2017 unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende rechtzeitig erhoben und erfüllt die formellen und inhaltlichen Voraussetzungen (Art. 15 Abs. 3 IVöB, Art. 30 VRP und Art. 142 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO).

2. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist unbestritten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin von der mit der Auswertung der Angebote betrauten IM Maggia Engineering AG am 10./13. April 2017 mit einer Gesamtnote von 20,5 bewertet wurde und nach der Zuschlagsempfängerin, deren Angebot die Gesamtnote von 21,5 erzielt hatte, den zweiten Platz erreichte. Unbestritten ist, dass die IM Maggia Engineering AG der Vorinstanz einen „Vergabeantrag“ stellte (vgl. act. 9/6 A1 und B1). Aus dem Umstand, dass die IM Maggia Engineering AG anschliessend entsprechend diesem Antrag „verfügte“, ist zu schliessen, dass die Vorinstanz diesem Antrag zugestimmt hatte. Umstritten ist, ob die Vorinstanz nach der Mitteilung des Zuschlags und der Nichtberücksichtigung durch die IM Maggia Engineering AG auf diese Beurteilung zurückkommen und die Beschwerdeführerin mangels Erfüllung der Eignungskriterien ausschliessen durfte.

3. Erweist sich der Ausschluss als nicht gerechtfertigt, kann die Frage, ob er das Gebot des Verhaltens der Vorinstanz nach Treu und Glauben verletzt, offen bleiben.

3.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe die Eignung der Anbieter geprüft und sei dabei offensichtlich zum Schluss gelangt, die Beschwerdeführerin



erfülle die Eignungskriterien. Anders sei die Mitteilung des Zuschlags vom 13. April 2017 nicht zu interpretieren. Dass der Zuschlag nicht von der dafür zuständigen Vergabebehörde eröffnet worden sei, ändere daran nichts. Die Vorinstanz habe im ersten Beschwerdeverfahren (B 2017/81) nicht geltend gemacht, der Zuschlag vom 13. April 2017 sei ohne oder gegen ihren Willen ergangen. Damit habe sie eine Vertrauensgrundlage geschaffen, auf die sich die Beschwerdeführerin habe verlassen dürfen. Die Vorinstanz verhalte sich auch widersprüchlich, wenn sie bei der ursprünglichen Prüfung zum Schluss komme, die Beschwerdeführerin erfülle die Eignungskriterien, und ihr die Eignung erst abspreche, nachdem sie sich gegen die ursprüngliche Zuschlagsverfügung erfolgreich zur Wehr gesetzt habe.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie habe der Kritik der Beschwerdeführerin im ersten Beschwerdeverfahren Rechnung getragen und die Referenzangaben der beiden günstigsten Anbieterinnen zusätzlich durch Nachfragen bei den betreffenden Kraftwerksbetreibern überprüft. Da bei materiell unveränderter Zuschlagsverfügung mit einer weiteren Beschwerde der Beschwerdeführerin zu rechnen gewesen wäre, sei dieses Vorgehen verfahrensökonomisch statthaft gewesen. Auch die Pflicht zu loyalem und vertrauenswürdigem Verhalten im Rechtsverkehr habe sie ermächtigt, aufgrund der Rüge der Beschwerdeführerin zusätzliche Abklärungen zu treffen und die Angebote umfassend zu prüfen. Das erstinstanzliche Vergabeverfahren sei aufgrund der nichtigen Verfügung vom 13. April 2017 nicht erledigt gewesen. Bis zu dessen Abschluss sei die Vergabebehörde berechtigt, zusätzliche Abklärungen zu treffen. Die gegensätzliche Rechtsfolge widerspräche den Rechtsfolgen der Nichtigkeit – nichtige Rechtsakte seien rechtlich inexistent, absolut unwirksam und damit auch keine Vertrauensgrundlage – fundamental. Dem Untersuchungsgrundsatz entsprechend sei die Beschwerdeinstanz sodann von Amtes wegen berechtigt, Fragen nachzugehen, zu deren Beantwortung aufgrund der Parteivorbringen durchaus Anlass bestehe. Es sei davon auszugehen, dass das Verwaltungsgericht die Beurteilung der Referenzangaben der Anbieter bei der materiellen Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin genauer geprüft hätte.

3.2. Da die Anbieter sich mit der Einreichung der Angebote einverstanden erklärt hatten, dass die Vorinstanz für die aufgeführten Referenzprojekte ohne Benachrichtigung des Anbieters Erkundigungen einholen dürfe



St.Galler Gerichte

(Ausschreibungsunterlagen 1-V, Ziff. 6 Angebotsformulare; act. 9/1), war sie befugt, sich die Angaben der Anbieterinnen zu den Referenzprojekten von den Auftraggebern bestätigen zu lassen. Sie hat die weiteren Abklärungen im Zusammenhang mit der Prüfung der Erfüllung der Eignungskriterien auf die Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin beschränkt. Sie holte die Erkundigungen mit Schreiben vom 13. September 2017 wobei sie bei den Referenzen der Beschwerdeführerin (act. 8/2+5) – nicht aber bei jenen der Zuschlagsempfängerin (act. 14/6-9) – offenbar vorgängig mit der Auftraggeberin telefonisch Kontakt aufgenommen hatte.

Die Vergabebehörde ist indessen nach dem in Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB verankerten vergaberechtlichen Gebot, die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter sowie eine unparteiische Vergabe zu gewährleisten, gehalten, bei der Beurteilung der Angebote aller Anbieterinnen und Anbieter gleich vorzugehen. Zumal die Bewertungen von fünf der sieben Angebote nach den Zuschlagskriterien mit Gesamtnoten zwischen 18.2 und 21.5 nahe beieinander liegen (vgl. act. 9/6 B1), konnte die vertiefte Prüfung der Erfüllung der Eignungskriterien nicht mit dem Hinweis darauf, die übrigen Angebote hätten ohnehin keine Aussicht auf den Zuschlag, auf die Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin beschränkt werden. Zudem sind keine sachlichen Gründe dafür erkennbar, dass für die Einholung der Bestätigungen zu den Referenzen der Beschwerdeführerin – anders als bei jenen der Zuschlagsempfängerin – ein vorgängiger telefonischer Kontakt mit der Auftraggeberin erforderlich war. Vergaberechtlich wäre es deshalb geboten gewesen, die Erfüllung der Eignungskriterien bei allen Anbieterinnen gleichermassen und mit gleichem Vorgehen zu verifizieren.

Aus der Bewertung der Angebote nach dem Zuschlagskriterium „Referenzen“ wird ersichtlich, dass jeweils sechs Referenzprojekte berücksichtigt wurden. Dabei wurden die Projekte den Bereichen „Kraftwerksbau“, „Gewässerbau“ und „Kanalbau“ zugeordnet. Projekte aus dem Bereich „Kraftwerksbau“ wurden mit je vier, Projekte aus dem Bereich „Gewässerbau“ mit je zwei und Projekte aus dem Bereich „Kanalbau“ mit je einem Punkt bewertet. Das Maximum von 24 Punkten erzielten damit Anbieterinnen mit sechs Referenzprojekten aus dem Bereich „Kraftwerksbau“ (vgl. act. 9/6 B1 Seite 5).



3.3. Gemäss Ausschreibungsunterlagen war das Eignungskriterium durch die Angabe von mindestens zwei vergleichbaren Referenzobjekten in Wasserbau in den letzten fünf Jahren zu erfüllen. Bei Bietergemeinschaften musste jedes einzelne Mitglied das Eignungskriterium erfüllen (Ausschreibungsunterlagen 1-I, Ziff. 1.9 Ausschreibung und weitere Bedingungen; act. 9/1).

Bei der Prüfung der Eignung wurden bei der Beschwerdeführerin die Referenzprojekte „Linth-Limmern“ und „Russein“, bei der Zuschlagsempfängerin die Referenzprojekte „Uznaberg“ und „Haslen“ für die LINTH STZ AG, Bauunternehmung, und „Hard“ und „Dünnern“ für die STRABAG AG beurteilt. Die Vorinstanz hat mit Schreiben vom 13. September 2017 Bestätigungen bei den Auftraggebern zu den Referenzprojekten „Linth-Limmern“ und „Russein“ der Beschwerdeführerin und zu den Referenzprojekten „Uznaberg“, „Haslen“ und „Ennenda“ der LINTH STZ AG, Bauunternehmung, sowie „Hard“ und „Dünnern“ für die STRAGAB AG eingeholt. Bei der Beschreibung der ausgeführten und bestätigten Arbeiten fällt auf, dass auch bei der Zuschlagsempfängerin bei den drei Projekten der LINTH STZ AG – „Uznaberg“ (Baumeisterarbeiten Wasserfassung und Fischstieg; act. 14/6), „Ennenda“ (Baumeisterarbeiten Wasserfassung, OW- und UW-Kanal, Zentrale; act. 14/7), „Haslen“ (Baumeisterarbeiten Sandfang, OW- und UW-Kanal, Zentrale; act. 14/8) - keine Druckleitung angeführt wird. Bei den beiden Projekten „Hard“ und „Dünnern“ der STRABAG AG wird die Ausführung der Baumeisterarbeiten für die Druckleitungen bestätigt (act. 14/9). Wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, die Beschwerdeführerin müsse vom Verfahren ausgeschlossen werden, weil sie bei einem der beiden Referenzprojekte die Druckleitung nicht selbst erstellt habe, erscheint nicht nachvollziehbar, warum nicht auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin auszuschliessen war, zumal das eine der beiden die Arbeitsgemeinschaft bildenden Unternehmen ebenfalls keine Erfahrung im Bereich des Baus von Druckleitungen nachwies.

Unbehelflich ist der Hinweis der Vorinstanz auf die im Beschwerdeverfahren B 2015/119 ergangene Präsidialverfügung vom 6. Juli 2015 (vgl. www.gerichte.sg.ch), wo festgestellt worden sei, die beiden Referenzobjekte erfüllten die Eignungskriterien nicht. In jenem Verfahren verlangte die Vergabebehörde von der federführenden Unternehmung insbesondere hohe Fachkompetenz im Bereich des Druckleitungsbaus,



wobei es um den eigentlichen Stahlwasserbau im Sinne von Planung, Lieferung Montage einer Druckleitung ging und nicht nur um den Aushub und die Rückfüllung des Leitungsgrabens (Baumeisterarbeiten). Gefordert war deshalb 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 (vgl. E. 2.2.1). Gegenstand der Ausschreibung im vorliegenden Verfahren sind demgegenüber die Baumeisterarbeiten. Dass besondere Erfahrung im Stahlwasserbau erforderlich ist, geht aus den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen nicht hervor. Die im Zusammenhang mit der Druckleitung stehenden Positionen im Leistungsverzeichnis stehen unter dem Titel „Bauarbeiten für Werkleitungen“. Die konkreten Aufgaben werden mit „Lieferten“ und „Verlegen“ von glasfaserverstärkten Kunststoffrohren und weiteren Elementen der Leitung umschrieben. Die Arbeiten an den Rohrstücken beschränken sich auf das maschinelle Schneiden (vgl. Ausschreibungsunterlagen 2/XXII, S. 52 Reservepositionen NPK 151 R 491.100, 491.200 und 491.301). Aus den Umschreibungen der ausgeschriebenen Leistungen ist zu schliessen, dass die Gegenstände in den beiden Vergabeverfahren nicht exakt vergleichbar sind.

3.4. Zusammenfassend erweist sich damit der Ausschluss der Beschwerdeführerin sowohl in formeller Hinsicht – vorgängige inhaltlich nicht dokumentierte telefonische Rücksprache mit den Auskunftspersonen für die Referenzprojekte der Beschwerdeführerin, nicht aber für jene der Zuschlagsempfängerin – als auch in materieller – kein Druckleitungsbau auch bei den Referenzprojekten der Zuschlagsempfängerin – Hinsicht mit dem vergaberechtlichen Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter als nicht vereinbar.

4. Unter diesen Umständen kann an sich offen bleiben, ob die Vorinstanz auf die Beurteilung der Angebote, wie sie die von ihr damit beauftragte Fachspezialistin vornahm und welche sie bestätigt hatte, zurückkommen durfte. Anzumerken ist allerdings, dass zwar die Nichtigkeit des von der IM Maggia Engineering mitgeteilten Zuschlags festgestellt wurde, der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft



(SR 101, BV) und das daraus abgeleitete Verbot, sich widersprüchlich zu verhalten (vgl. BGE 111 Ib 269 E. 3a/cc), für die Behörde indessen nicht erst nach dem Erlass einer Verfügung, sondern – zumal selbst beim verfassungsmässigen Anspruch auf Vertrauensschutz im Sinn von Art. 9 BV ein Vertrauen nicht bloss durch einen förmlichen behördlichen Akt begründet werden kann (vgl. beispielsweise BGE 137 II 182 E. 3.6.2) – während des ganzen Verfahrens gilt. Dabei hat sie sich auch das Verhalten der von ihr als Hilfspersonen beigezogenen Sachverständigen anrechnen zu lassen (vgl. BGer 2C_990/2015 vom 19. Februar 2016 E. 3.4 mit Hinweis auf 1C_85/2010 vom 4. Juni 2010 E. 1.4.3 und BGE 127 I 31 E. 3b/bb). Dass die Beschwerdeführerin – anders als dies für den verfassungsmässigen Anspruch auf Vertrauensschutz erforderlich wäre – keine Dispositionen getroffen hat, schadet ihr nicht, zumal sie die Verletzung von Art. 5 Abs. 3 BV als Grundsatz des kantonalen Verwaltungsverfahrenrechts (vgl. BGer 1P.701/2004 vom 7. April 2005 E. 4.2) im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens mit umfassender Prüfungszuständigkeit wie jede andere Rechtsverletzung geltend machen kann (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5), soweit sie in schützenswerten Interessen verletzt ist.

5. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 8. November 2017 ist aufzuheben und das Vergabeverfahren fortzuführen unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von der Vorinstanz zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 7'100 – darin eingeschlossen die Kosten der Verfügung vom 2. Dezember 2017 – ist angemessen (Art. 7 Ziff. 211 und 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Da die Vorinstanz überwiegend finanzielle Interessen verfolgt, ist auf die Erhebung nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 7'100 zurückzuerstatten.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich zu entschädigen (Art. 98 und 98bis VRP). Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. Eine pauschale Entschädigung von CHF 5'000 zuzüglich pauschale Barauslagen von CHF 200 (vier Prozent von CHF 5'000) und acht Prozent



Mehrwertsteuer – die anwaltlichen Leistungen wurden im Wesentlichen noch vor dem 1. Januar 2018 erbracht – erscheint angemessen (vgl. Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, 28^{bis} Abs. 1 und 29 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75; vgl. Ziff. 2.1 der MWST-Info 19 zur Steuersatzänderung per 1. Januar 2018, www.estv.admin.ch).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 8. November 2017 aufgehoben.
2. Die Vorinstanz bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 7'100.
3. Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit CHF 5'200 zuzüglich acht Prozent Mehrwertsteuer.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer