



Fall-Nr.: B 2018/124
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 31.05.2018
Entscheiddatum: 31.05.2018

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 31.05.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 8 VöB. Zwar kommt der Vergabestelle bei der Definition und der Anwendung der Eignungskriterien erhebliches Ermessen zu. Indessen bindet sie sich durch den vorweg bekannt gegebenen Text ihrer Eignungskriterien und hat diesen grundsätzlich entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch zu verstehen beziehungsweise in die Praxis umzusetzen. Zur Erfüllung der Eignung als "Unternehmer für die Lieferung der gesamten elektromechanischen Ausrüstung von Wasserkraftwerken" mindestens drei Referenzen anzugeben, deren Lieferumfang als Generalunternehmer mindestens "Turbine, Generator und Leittechnik" umfasste. Die Vorinstanz anerkennt, dass beim Referenzobjekt 1 der Beschwerdegegnerin die Leittechnik nicht zum Leistungsgegenstand gehörte. Die Beschwerde erscheint bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als unbegründet. Dem Gesuch um aufschiebende Wirkung ist deshalb zu entsprechen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/124).

Verfahrensbeteiligte

ANDRITZ HYDRO AG, Obernauerstrasse 4, 6010 Kriens,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Beat Messerli, LL.M., Gesellschaftsstrasse 27, Postfach 6858, 3001 Bern,

gegen



St.Galler Gerichte

EW Schils AG, Bergstrasse 33, 8890 Flums,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

und

Geppert GmbH Hall in Tirol, c/o Kloter Rechtsanwälte AG, Rietstrasse 50,
8702 Zollikon,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Michael Kloter und/oder Rechtsanwalt lic. iur.
Sibin Heuser, Kloter Rechtsanwälte AG, Rietstrasse 50, Postfach 326, 8702 Zollikon,

Gegenstand

**Erneuerung Kraftwerke an der Schils (Los 2 - Elektromechanik) / aufschiebende
Wirkung**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die ANDRITZ HYDRO AG (Beschwerdeführerin) hat gegen den von der EW Schils AG (Vorinstanz) am 1. Mai 2018 verfügten und mit A-Post samt Begleitbrief vom 2. Mai 2018 zugestellten Zuschlag für die Elektromechanik bei der Erneuerung der Kraftwerke an der Schils an die Geppert GmbH, Hall in A-Tirol, Zweigniederlassung Zollikon/ZH (Beschwerdegegnerin) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 17. Mai 2018 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 22. Mai 2018 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Die Vorinstanz beantragte am 29. Mai 2018 unter anderem, unter



Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen, und reichte dem Gericht die Akten der Vergabe – ohne die Angebote der weiteren drei nicht berücksichtigten Anbieter – ein. Ebenfalls am 29. Mai 2018 bezeichnete die Beschwerdegegnerin die unter das Geschäftsgeheimnis fallenden Teile ihres Angebots; auf eine Vernehmlassung zur Frage der aufschiebenden Wirkung verzichtete sie.

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 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 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, 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).

2.1. Die Vorinstanz macht geltend, es bestehe ein überwiegendes öffentliches Interesse, das Vorhaben zügig umzusetzen. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, das öffentliche Interesse beinhalte auch das Interesse an der Beschaffung der wirtschaftlich günstigsten Leistung. – Der Zeitplan in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen geht – nach Eingang der Offerten



am 20. März 2018, Öffnung der Angebote am 20. März 2018 und Entscheid über den Zuschlag am 20. April 2018 – von einem „Beginn“ des Vertrags am 1. Juni 2018, einem Beginn der Installation am 1. Juni / 1. August 2019 und der Inbetriebnahme per 1. März 2020 aus (ABI 2017 S. 3440, act. 2/7a Seite 4). In dieser zeitlichen Planung – der Vertrag sollte einen Monat nach dem Zuschlag, der erst mit Schreiben vom 2. Mai 2018 mitgeteilt wurde, abgeschlossen werden – hat die Vorinstanz der Möglichkeit eines Rechtsmittelverfahrens nicht ausreichend Rechnung getragen. Zudem macht sie auch nicht geltend, die Verzögerung der Inbetriebnahme der elektromechanischen Teile – gemäss Umschreibung der Ausgangslage bezieht sich die Dringlichkeit auf das grösstenteils 1931 errichtete Triebwassersystem (Druckstollen und Druckleitungen; vgl. act. 2/7a, Ziffer 1.1, Seite 3) – aufgrund eines Beschwerdeverfahrens um einige Monate führe zu einem Betriebsunterbruch. Unter diesen Umständen wiegt das öffentliche Interesse an der zügigen Umsetzung des Vorhabens nicht besonders gewichtig.

2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin hätte mangels Eignung vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Bei ihrem Referenzobjekt für eine Maschine mit einer Leistung von mehr als 10 MW habe sie die Leittechnik nicht geliefert. Die Vorinstanz vertritt demgegenüber die Auffassung, beim entsprechenden Referenzobjekt werde in der Tat zwar keine Leittechnik für die verlangte Leistung von mehr als 10 MW aufgeführt. Jedoch sei zumindest bei zwei Referenzobjekten der Beschwerdegegnerin, bei denen die einzelne Maschinenleistung mehr als 5 MW habe betragen müssen, die Leittechnik enthalten. Wenn ein Eignungskriterium nur in einem Unterpunkt nicht vollständig erfüllt sei, könne dies vernünftigerweise nicht die gleichen Konsequenzen haben, wie wenn ein Eignungskriterium mit mehreren Punkten oder gar nicht erfüllt sei. Sie sei zum Schluss gelangt, das Fehlen der Leittechnik beim Referenzobjekt der Beschwerdegegnerin für eine Maschine mit einer Leistung von mehr als 10 MW sei nicht so schwerwiegend, dass ein Ausschluss hätte vorgenommen werden müssen.

Der Auftraggeber legt im Rahmen der Ausschreibung gemäss Art. 8 VöB fest, welche Eignungskriterien der Anbieter erfüllen und welche Nachweise er erbringen muss. Gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a VöB kann ein Auftraggeber einen Anbieter, der die Eignungskriterien nicht erfüllt, vom Vergabeverfahren ausschliessen. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt grundsätzlich zum Ausschluss des Anbieters (BGE 139 II



489 E. 2.2.4; vgl. Ch. Jäger, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 325 ff., Rz. 47; Galli/Moser/ Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 603). Zwar kommt der Vergabestelle bei der Definition und der Anwendung der Eignungskriterien erhebliches Ermessen zu. Indessen bindet sie sich durch den vorweg bekannt gegebenen Text ihrer Eignungskriterien und hat diesen grundsätzlich entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch zu verstehen beziehungsweise in die Praxis umzusetzen (vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts bei M. Beyeler, Vergaberechtliche Urteile 2012-2013, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 467 ff., Rz. 84 ff.).

Die Vorinstanz hat nach der Ausschreibung vom 20. November 2017 während der bis 15. März 2018 laufenden Frist zur Einreichung der Offerten (vgl. ABI 2017 S. 3440 ff.) am 1. Dezember 2017 das Eignungskriterium gemäss Ziffer 3.2 der Anweisungen zur Offertabgabe vom 15. November 2017 angepasst. Ursprünglich waren zur Erfüllung der Eignung als „Unternehmer für die Lieferung der gesamten elektromechanischen Ausrüstung von Wasserkraftwerken“ mindestens drei Referenzen anzugeben, welche nicht älter als 15 Jahre sein sollten, deren Lieferumfang als Generalunternehmer mindestens „Turbine, Generator und Leittechnik“ umfasste und eine Maschine des Typs Pelton mit einer Leistung von mindestens 10 MW beinhaltete (act. 2/7a Seite 6). Neu durfte sich bei im Übrigen unveränderten Voraussetzungen bei zwei der drei Referenzen die Leistung von über 10 MW aus mehreren Maschinen mit einer Leistung von je mehr als 5 MW ergeben (act. 2/8 und 9 Seiten 6 f.).

Im Angebot der Beschwerdegegnerin werden unter Ziffer 3.1 drei Referenzobjekte angeführt. Beim Referenzobjekt 1 – Kraftwerk Tschär AG – beträgt die Leistung der grösseren von zwei Maschinen 10,147 MW. Beim Referenzobjekt 2 – Kraftwerk Stanzertal – wurden 3 Maschinen mit je 4,985 MW, beim Referenzobjekt 3 – Kraftwerk Avcilar – 3 Maschinen mit je 5,581 MW geliefert (vgl. act. 13B/Ordner 1, Register 2, Teil 1 – Anhang 2 Selbstdeklaration, Seite 11). Die Vorinstanz anerkennt, dass – entgegen den Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen – beim Referenzobjekt 1 der Beschwerdegegnerin die Leittechnik nicht zum Leistungsgegenstand gehörte. Gemäss Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung besteht die Leittechnikeinrichtung aus



Kraftwerksleitstand, Kraftwerks-LAN in Ringtechnologie, Fernwirkkomponenten, abgesetzten Prozessteuerungen inkl. Stromverteilung für zwei Wasserfassungen und ein Wasserschloss, NTP Timeserver, sowie einer Engineering Station/Mobilem Arbeitsplatz (act. 2/7a, Ziffer 1.2, Seiten 3 f.). Die Leittechnikeinrichtung stellt – mit Blick auf den gesamten Leistungsgegenstand – ein wesentliches Element des Beschaffungsgegenstandes dar. Die Vorinstanz hat in den Ausschreibungsunterlagen und in deren Anpassung vom 1. Dezember 2017 klar zum Ausdruck gebracht, dass der Lieferumfang bei sämtlichen drei Referenzprojekten – das heisst also auch bei jenem, bei welchem eine Maschine mit einer Leistung von mehr 10 MW Gegenstand der Lieferung war – nebst Turbine und Generator auch diese Leittechnik umfassen sollte.

Unter den dargelegten Umständen erscheint die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte mangels Erfüllung der Eignungskriterien ausgeschlossen werden müssen, jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung betrachtet nicht als unbegründet.

3. Aufgrund dieser Umstände sind die öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit geringer zu gewichten als die privaten Interessen der Beschwerdeführerin am Aufschub des Zuschlags. 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. Die Beschwerdegegnerin ist einzuladen, bis 29. Juni 2018 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Der Vorinstanz ist Gelegenheit einzuräumen, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 29. Mai 2018 gegebenenfalls mit einer weiteren Begründung zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

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 wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.
3. Die Beschwerdegegnerin wird eingeladen, bis 29. Juni 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 29. Mai 2018 innert gleicher Frist zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
4. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Abteilungspräsident

Zürn