



Fall-Nr.: B 2019/194
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 29.10.2019
Entscheiddatum: 26.09.2019

Entscheid Verwaltungsgericht, 26.09.2019

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Das – sinngemässe – Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgewiesen. Die Vergabebehörde hat im selektiven Verfahren geeignete Anbieterinnen zur Einreichung von Angeboten eingeladen. Die Verhandlungen nach Eingang der Angebote mit den einzelnen Anbieterinnen wurden rechtsgleich geführt und das Vorgehen auch von der Beschwerdeführerin erst beanstandet, nachdem sie den Zuschlag schliesslich nicht erhalten hat (Präsidialverfügung Verwaltungsgericht, B 2019/194).

Verfügung vom 26. September 2019

Verfahrensbeteiligte

I.C.E. Industrial Contractors and Engineers AG, Hubstrasse 64, Postfach 547,
9501 Wil SG 1,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Zweckverband Abfallverwertung Bazenheid (ZAB), Zwizachstrasse 26, Postfach 45,
9602 Bazenheid,

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Roman Bögli, Forrer Lenherr Bögli & Partner,
Toggenburgerstrasse 31, 9532 Rickenbach b. Wil,

und



Martin GmbH für Umwelt- und Energietechnik, Leopoldstrasse 246,
DE-80807 München, Zustelladresse: Martin AG für Umwelt- und Energietechnik,
zuhanden Patrick Mussak, Landstrasse 176, 5430 Wettingen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe "Optimierung Energiepark" (Los "Kessel") / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die I.C.E. Industrial Contractors and Engineers AG (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Zweckverband Abfallverwertung Bazenheid (ZAB, Vorinstanz) am 2. September 2019 gestützt auf den entsprechenden Beschluss ihres Verwaltungsrates vom 29. August 2019 (act. 8, Ordner 2, Register 11) verfügten und am 3. September 2019 versandten Zuschlag für das Los "Kessel" im Rahmen der Optimierung des Energieparks an die Martin GmbH für Umwelt- und Energietechnik, DE-München (Beschwerdegegnerin), mit Eingabe vom 13. September 2019 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Sie beantragt, der Vergabeentscheid sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben, die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen und der Zuschlag ihr zu erteilen; eventuell sei die Vorinstanz anzuweisen, ihr den Zuschlag zu erteilen, oder aber die Ausschreibung zu wiederholen und ihr und ihren Subunternehmern Schadenersatz von CHF 271'000 zuzusprechen.

Da die Beschwerdeführerin in erster Linie den Zuschlag anstrebt und nicht rechtskundig vertreten ist, ist der zuständige Abteilungspräsident von einem sinngemässen Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde ausgegangen und hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 16. September 2019 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Die Vorinstanz hat mit Vernehmlassung vom 23. September 2019 beantragt, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu gewähren; eventualiter sei die Beschwerdeführerin zu angemessener Sicherheitsleistung zu verpflichten. Gleichzeitig



hat sie dem Gericht die Vergabeakten überwiesen. Die Beschwerdegegnerin hat stillschweigend auf eine Vernehmlassung verzichtet.

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 Gewährung der aufschiebenden 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 und je weniger schwer die gerügten Rechtsfehler und deren Folgen aus der Sicht des öffentlichen Interesses wiegen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349; M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 425).

2.1. Die Vorinstanz macht geltend, dass der Gesetzgeber im Beschaffungsrecht den Suspensiv-effekt nur als Ausnahme vorsehe, stelle eine Wertung dar, nach welcher per se ein öffentliches Interesse an der raschen Umsetzung eines Vergabeentscheides bestehe. Die Arbeiten der Lose 1 (Feuerung, Linie 3), 2 (Kessel, Linie 3), 3a (Entstaubung, Linien 1 und 3) und 3b (Sorption, Linien 1, 3 und 4; vgl. act. 7/1 Seite A-5, Losaufteilung) seien aufeinander abzustimmen und unterlägen einem



St.Galler Gerichte

projektbezogenen Gesamtterminplan mit Ausführung von Spätsommer 2019 bis Sommer 2022. Die komplexe Terminplanung gewährleiste die Aufrechterhaltung einer wichtigen Infrastrukturanlage und damit der Entsorgungs- und Versorgungssicherheit. Die Lose 1, 3a und 3b seien vergeben. Diese Angebote basierten aber auf dem beschriebenen Zeitplan. Ob die Anbieter bereit seien, bei zeitlich unbestimmten Verzögerungen zu den angebotenen Preisen abzuschliessen, sei nicht abschätzbar. Aus dem Vergleich mit der im Jahr 2014 in Betrieb genommenen Linie 1 ergebe sich ein täglicher Minderumsatz der bestehenden gegenüber der neuen Verbrennungslinie 3 von rund CHF 17'000, bei einer Verzögerung von 400 Tagen mithin von 6,8 Millionen Franken. Aus dem Ersatz der Entstaubung und der Neuinstallation der Sorption an Stelle der nasschemischen Rauchgasreinigung resultierten monatlich um CHF 125'000 geringere Betriebskosten, bei einer Verzögerung von 400 Tagen oder 15 Monaten wären die Betriebskosten um rund 1,8 Millionen Franken höher. Eine Verzögerung der Inbetriebnahme würde die Entsorgungssicherheit im Grossraum Ostschweiz grundsätzlich tangieren. Die Vorinstanz habe mit Blick auf die zeitliche Dringlichkeit im Anschluss an den Eingang der Angebote nach der technischen Bereinigung am 26. Juli 2019 die Beurteilung und Auswertung auch sehr zügig an die Hand genommen und über die Vergabe entschieden.

Die Vergabe der Lose war gemäss Allgemeinem Terminplan bis zum Ende des 2. Quartals 2019 vorgesehen (act. 7/1 Seite A-6). Bereits hier hat sich die Vorinstanz offenbar selbst einen zu knappen Terminplan auferlegt. Die Festlegung von lediglich unter den optimalsten Bedingungen einhaltbaren Terminplänen durch die Vergabebehörde darf jedoch nicht dazu führen, dass im Ergebnis die Umsetzung des Beschaffungsrechts verunmöglicht wird. Vielmehr muss die Vergabebehörde bei der Terminplanung auch die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass gegen Zuschlagsentscheide Beschwerde geführt wird. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die Vorinstanz die Vergabe der verschiedenen Lose zusammengelegt hat, was die Berücksichtigung eines entsprechenden Zeitraums für ein Beschwerdeverfahren erleichtert und sich auf das zeitliche Ineinandergreifen der Realisation der einzelnen Lose nicht ausgewirkt hätte. Insoweit sind die zahlreichen von der Vorinstanz angeführten öffentlichen Interessen am umgehenden Vertragsabschluss zu relativieren.



2.2. Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung verschiedener vergaberechtlicher Grundsätze.

2.2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der von der Beschwerdegegnerin ursprünglich offerierte Preis sei während der Phase der technischen und kommerziellen Angebotsüberprüfung mit mehrfachen Angebotsbesprechungen von 16,4 auf 14,95 Millionen Franken – genau eine Millionen Franken unter ihrem Offertpreis – gesenkt worden, ohne dass der Lieferumfang oder die Kesselgrösse (Kesselheizfläche unverändert, da Reisezeit und Abgastemperatur unverändert) merklich verändert worden wären. Nach kantonalem Vergaberecht gelte der Grundsatz des Verzichts auf Abgebotsrunden. Obwohl die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe nicht vorlagen, habe die Vorinstanz mit der Beschwerdegegnerin auch kommerzielle Verhandlung geführt. Bei den Verhandlungen zwischen ihr und der Vorinstanz sei es demgegenüber lediglich um technische Bereinigungen gegangen. – Die Vorinstanz hält dem entgegen, um Vergleichbarkeit der Angebote – beispielsweise hinsichtlich der "Reisezeit", wo die Anbieter mit 4'000 und/oder 6'000 Stunden rechneten – zu schaffen, seien technische Detailbesprechungen mit den Anbietern geführt worden. Veränderten sich technische Lösungen, wirke sich dies zwangsläufig auf den Preis aus. Auch die Beschwerdeführerin habe im Übrigen ihren Offertpreis angepasst. Weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin seien aber aufgefordert worden, Angebote einzureichen oder Preisnachlässe zu gewähren.

Die Vorinstanz hat zunächst am 22. Mai 2018 ein Präqualifikationsverfahren ausgeschrieben. Gegenstand bildeten Feuerung und Kessel der Verbrennungslinie 3 sowie die Trockenreinigung für diese und weitere Linien. Vorgesehen war eine Aufteilung mindestens in die Lose Feuerung, Kessel und Trockenreinigung. Die Präqualifikationsunterlagen waren bis spätestens 15. Juni 2018 einzureichen (ABI 2018 S. 2094). Gestützt auf die eingegangenen Unterlagen und Präqualifikationsgespräche hat die Vorinstanz im August 2018 den ausgewählten Anbietern die Einladung zur Einreichung einer Offerte in Aussicht gestellt (act. 8, Ordner 1, Register 5, Brief an die Beschwerdeführerin vom 8. August 2018; Ordner 2, Register 7, Brief an die Beschwerdegegnerin vom 31. Juli 2018). Am 11. Oktober 2018 hat sie ihnen die Unterlagen für alle Lose zugestellt mit der Möglichkeit, bis spätestens 11. Januar 2019 ein Angebot oder mehrere Angebote einzureichen. Während laufender Einreichungsfrist



fand am 24. Oktober 2018 eine Begehung statt (act. 8, Ordner 1, Register 5 [Beschwerdeführerin], Ordner 2, Register 7 [Beschwerdegegnerin]). Zudem wurden die Unterlagen zur Einladung ergänzt (vgl. act. 8, Ordner 1, Register 5 [Beschwerdeführerin], Ordner 2, Register 7 [Beschwerdegegnerin], E-Mail vom 7. November 2018) und Fragen der Unternehmen kontinuierlich beantwortet (act. 8, diverse E-Mails und Unterlagen sowohl in Ordner 1, Register 5 [Beschwerdeführerin] als auch in Ordner 2, Register 7 [Beschwerdegegnerin]). Des Weiteren fand am 8. November 2018 eine Besprechung mit einem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin statt, der auch die Rost-Ofenlinie 1 besichtigte und Betriebsdaten sammelte (act. 8, Ordner 1, Register 5, E-Mail vom 8. November 2018). Auch die Beschwerdegegnerin wandte sich während der offenen Frist zur Einreichung der Angebote an die Vorinstanz unter anderem mit der Frage, ob von der bestehenden Anlage Bestandspläne in 2D/3D zur Verfügung gestellt werden können (act. 8, Ordner 2, Register 7, E-Mail vom 11. Oktober 2018). Am 23. November 2018 wurde die Frist zur Einreichung der Angebote bis 31. Januar 2019 verlängert (act. 8, Ordner 1, Register 3, Ordner 2, Register 7).

Nach dem Eingang der Offerten am 31. Januar 2019 fanden zwischen den Vertretern der Vorinstanz einerseits und Vertretern der Beschwerdeführerin sowie der Beschwerdegegnerin andererseits im Hinblick auf die Klärung offener Fragen und die Anpassung der Angebote neben einer breiten Korrespondenz (vgl. act. 8, Ordner 1, Register 5 für die Beschwerdeführerin: Fragen der Vorinstanz vom 19. März 2019, Antworten der Beschwerdeführerin vom 18. April 2019, E-Mails der Vorinstanz vom 3. Mai und vom 1. Juli 2019 mit Beilagen, Antworten der Beschwerdeführerin gemäss E-Mails vom 1., 12. und 15. Juli 2019 mit Beilagen, Bemerkungen der Vorinstanz in den E-Mails vom 17./18. Juli 2019, Antwort der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 19. Juli 2019, Fragen der Vorinstanz zu Referenzen der Beschwerdeführerin gemäss E-Mail 6. August 2019, umfangreiche Unterlagen zu Referenzobjekten der Beschwerdeführerin vom 12. August 2019, E-Mail der Beschwerdeführerin vom 14. August 2019 zum Inconel Cladding im unteren Feuerraum, Ordner 2, Register 7 für die Beschwerdegegnerin: Fragen der Vorinstanz vom 19. März 2019, Fragen und Antworten der Beschwerdegegnerin vom 28. März, vom 18. April 2019 und vom 10. Mai 2019, E-Mail der Vorinstanz vom 1. Juli 2019, E-Mails der Beschwerdegegnerin vom 1./3. Juli 2019, Bemerkungen der Vorinstanz in den E-Mails vom 17./18. Juli 2019,



St.Galler Gerichte

Unterlagen der Beschwerdegegnerin vom 25. Juli 2019, Fragen der Vorinstanz zu Referenzobjekten der Beschwerdegegnerin gemäss E-Mail vom 6. August 2019, Antworten der Beschwerdegegnerin vom 8. August 2019) insbesondere auch noch je vier protokollierte Besprechungen – mit der Beschwerdeführerin am 28. Februar, am 13. und 31. Mai sowie am 4. Juli 2019, mit der Beschwerdegegnerin am 6. März, am 15. und 31. Mai sowie am 10. Juli 2019 – statt (vgl. act. 7/3).

Eine – der gebotenen summarischen Prüfung Rechnung tragende – kursorische Durchsicht sowohl dieser Protokolle, als auch der weiteren Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und den beiden Anbieterinnen zeigt, dass Gegenstand im Wesentlichen einzig technische Fragen, unter anderem auch Abweichungen von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen, und die Auswirkungen der Änderungen auf den jeweiligen Offertpreis waren. Es trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin während der Bereinigung des Angebots auch ihren Schlusspreis des Gesamtpaketes mit den Losen "Feuerung" und "Kessel" unter Hinweis auf ihr "hohes Interesse" am Auftrag von 23,936 auf 23,3 Millionen Franken herabgesetzt hat, allerdings unter der Bedingung, dass sie über den Unterlieferanten für den Kessel frei entscheiden könne (vgl. act. 8, Ordner 2, Register 7, Brief vom 25. Juli 2019). Die Beschwerdeführerin ihrerseits hat die Phase der Überarbeitung der Angebote ebenfalls genutzt, um ihre Kalkulation "eingehend" zu prüfen und der Vorinstanz ein möglichst vorteilhaftes Angebot zu unterbreiten. Sie hat der Vorinstanz "nochmals einen Zusatzrabatt" offeriert (vgl. act. 8, Ordner 1, Register 4, Brief vom 26. Juli 2019, Seite 1 unten). Sie selbst hat also das Verfahren der Bereinigung ebenfalls zu einer – von Art. 11 Ingress und lit. c IVöB grundsätzlich ausgeschlossen und von Art. 33 Abs. 3 VöB auf das freihändige Verfahren beschränkten – Abgebotsrunde werden lassen. Das diesbezüglich übereinstimmende Vorgehen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin deutet zwar daraufhin, dass – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – anlässlich der letzten Angebotsbesprechung vom 4. beziehungsweise 7. Juli 2019 hinsichtlich des Preises nicht nur die Auswirkungen der Angebotsbereinigungen, sondern die Preiskalkulation als solche thematisiert wurden. Darauf weist auch die Anmerkung in Ziffer 5 "weiteres Vorgehen" der beiden Protokolle hin, wonach "der letzte Preis in einem verschlossenen Couvert... bis spätestens Freitag 26. Juli um 16:00 beim ZAB eingetroffen sein" müsse. Ins Gewicht fällt bei dieser Betrachtung allerdings auch, dass beide Anbieterinnen diesbezüglich "gleichbehandelt" wurden, und dass auch die Beschwerdeführerin



damals nicht geltend machte, ein Abgebot sei vergaberechtlich gar nicht zulässig. Unter diesen Umständen kann aus der Rüge, die Vorinstanz habe eine Abgebotsrunde durchgeführt, nicht geschlossen werden, der angefochtene Zuschlag sei rechtswidrig.

2.2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe die Ausschreibung in ihre eigene Richtung optimieren und sich länger auf das Angebot vorbereiten können, weil sie für eine Vorstudie, auf welcher die Ausschreibung basiert, beigezogen wurde. Das verstosse gegen das Gebot des wirksamen Wettbewerbs. – Die Vorinstanz führt dazu aus, bei der Verbrennungslinie 1 seien Feuerung und Kessel 2013/2014 ersetzt worden. Dort habe die Beschwerdegegnerin die Feuerung ausgeführt und sei projektbezogen auch für die Kesselausführung unterstützend tätig gewesen. Die Machbarkeitsstudie habe dazu gedient, die räumlichen/baulichen Rahmenbedingungen für das nun ausgeschriebene Projekt zu definieren. Wenn Anbieter, die für den Energiepark Bazenheid bereits Leistungen erbrachten, für Optimierungen und Rückfragen aber nicht mehr in Frage kämen, würden sich in diesem sehr beschränkten Anbietermarkt – wie die Zahl von lediglich zwei Anbieterinnen in der vorliegenden Ausschreibung zeige – überhaupt gar keine Anbieter mehr finden lassen.

Wie bereits dargestellt, waren die möglichen Anbieterinnen, insbesondere auch die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin, mit der Vorinstanz während des Präqualifikationsverfahrens gleichermassen im Austausch. Die Ausschreibungsunterlagen und damit die konkreten technischen Vorgaben wurden in dieser Phase konkretisiert. Die Vorinstanz hat damit sowohl der Beschwerdegegnerin als auch der Beschwerdeführerin die Möglichkeit gegeben, auf die technische Ausgestaltung einzuwirken. Dass sie mit der Beschwerdegegnerin bereits Erfahrungen bei Beschaffungen und Optimierungen für die Verbrennungsreihe 1 gewonnen hat, lässt das Verhalten der Vorinstanz nicht als Verletzung des in Art. 11 Ingress und lit. a IVöB verankerten Gebots, die Anbieter gleich zu behandeln, erscheinen. Bei einer – wie im vorliegenden Verfahren – sehr beschränkten Anzahl von Anbietern hätte eine andere Betrachtungsweise zur Folge, dass es einer Vergabebehörde nicht erlaubt wäre, die konkreten Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand mit Blick auf ihre praktischen Erfahrungen, die sich gezwungenermassen aus der Zusammenarbeit mit einer früheren Zuschlagsempfängerin ergeben, zu umschreiben. Soweit die Beschwerdegegnerin über einen ihr von der Beschwerdeführerin zugeschriebenen



Wissensvorsprung verfügt haben sollte, beruhte dieser vorab auf dem Umstand, dass sie bei der Beschaffung der Verbrennungslinie 1 zum Zug gekommen ist (vgl. dazu 2P. 146/2006 vom 8. November 2006 E. 2.2.2). Eine Verletzung des in Art. 11 Ingress und lit. d IVöB verankerten Grundsatzes, die Ausstandsregeln zu beachten, ist daher – jedenfalls bei der im vorliegenden Zwischenverfahren gebotenen summarischen Prüfung – nicht erkennbar.

2.2.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Halbierung der "Reisezeit" zwischen zwei "Abreinigungen" des Kessels von 8'000 auf 4'000 Betriebsstunden komme einer wesentlichen Änderung der Ausschreibung gleich, was eigentlich zu einer neuen Ausschreibung hätte führen müssen. Die ursprünglich hohe "Reisezeit" habe möglicherweise andere Kesselbauer abgehalten, ein Angebot einzureichen. – Die Vorinstanz weist darauf hin, keiner der ursprünglich drei Anbieter habe die vorgegebene "Reisezeit" von 8'000 Stunden erfüllen können. Deshalb sei nicht nachvollziehbar, dass andere Anbieter wegen dieser einzelnen von vielen Vorgaben von der Einreichung eines Angebots abgehalten worden sein sollten. Ziel seien gleiche "Reisezeiten" bei allen Anlageteilen. Alle Anbieter seien darüber informiert worden, die "Reisezeit" auf mindestens 4'000 Stunden auszulegen. Die Anbieter hätten dies technisch bereinigen und die Auswirkungen auf den Preis nennen können. Dies hätten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin getan.

Auch die Beschwerdeführerin hat in ihrem Angebot dem Garantiewert für die Reisezeit der Gesamtanlage Los "Kessel" auf 6'000 Stunden beschränkt (act. 8, Ordner 1, Register 4, Seite F-7). Im Übrigen ging der Einladung zur Einreichung eines Angebotes ein Präqualifikationsverfahren voraus, sodass Unternehmen, die sich nicht daran beteiligt haben, von der Einreichung eines Angebots – unabhängig von der Ausformulierung der technischen Spezifikationen – nicht abgehalten werden konnten. Die Unternehmen, die sich nach der Präqualifikation weiter am Verfahren beteiligten, hatten zudem – wie die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin – die Gelegenheit, mit der Vorinstanz in Kontakt zu bleiben und beispielsweise die Frage aufzuwerfen, ob die Garantieanforderung für eine Reisezeit von 8'000 Stunden zwingend ist, und auf die mit der Einhaltung dieser Anforderungen verbundenen technischen Schwierigkeiten und allfällige finanzielle Folgen hinzuweisen. Insoweit ist – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – nicht davon auszugehen, dass



die Anforderungen an die garantierte Reisezeit unter Missachtung der Gleichbehandlung der Anbieter angepasst wurden.

2.2.4. In der Beschwerde wird sodann vorgebracht, die Vorinstanz habe technische Informationen der Beschwerdeführerin – beispielsweise die von ihr nach intensiven Berechnungen festgelegte Kesselbreite von fünf Metern – an die Beschwerdegegnerin – die einen Kessel von 4,4 Metern offeriert habe – weitergeleitet. Damit habe sie gegen den Grundsatz der Vertraulichkeit verstossen. – Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie habe im Winter 2017/Frühling 2018 eine Machbarkeitsstudie zur Optimierung der Verbrennungslinie 1 erarbeitet und dabei erkannt, dass eine Ausweitung der Kesselbreite eine Optimierung sein könne. Das sei beiden Anbietern in den technischen Bereinigungsgesprächen erläutert worden. Aber auch hier seien andere technische Lösungen denkbar. Die konkrete Lösung sei den Anbietern überlassen worden.

Auch zu diesem Vorwurf ist anzumerken, dass es das Vergaberecht der Vergabebehörde nicht verbietet, aus früheren Beschaffungen Erfahrungen für künftige Beschaffungen zu gewinnen. Die Beschwerdeführerin hat sich im Übrigen – nicht anders als die Beschwerdegegnerin – in den Prozess der Angebotsbereinigung eingelassen und Einfluss auf die technischen Anforderungen und die technische Ausgestaltung ihres Angebots genommen. Davon, dass allein die Kesselbreite – ohne Kenntnis der weiteren technischen Lösungen – als Geschäftsgeheimnis angesehen werden könnte, kann nicht ausgegangen werden. Zudem hat die Beschwerdeführerin im Hinblick auf das Los "Feuerung" mit der Beschwerdegegnerin zusammengearbeitet. Auch diese Zusammenarbeit setzt wohl weitgehende gegenseitige Kenntnis der technischen Umsetzung der Lose "Feuerung" und "Kessel" voraus. Aus dem Verhalten der Vorinstanz in den Phasen der Konkretisierung der Bedingungen und der Bereinigung der Angebote ist – auch hier wiederum bei der gebotenen summarischen Prüfung – nicht auf eine Verletzung des in Art. 11 Ingress und lit. g IVöB verankerten Grundsatzes der Vertraulichkeit der Informationen zu schliessen.

2.2.5. Die Beschwerdeführerin ist ferner der Auffassung, sie habe ihr Angebot nicht optimal abstimmen können, weil die Vorinstanz die Gewichtung der Zuschlagskriterien weder zusammen mit der Ausschreibung noch während der Angebotsphase auf Nachfrage hin offengelegt habe. Dieses Vorgehen verstosse gegen den Grundsatz der



Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung. – Die Vorinstanz hält dagegen, die Zuschlagskriterien seien in den Angebotsbedingungen bestimmt worden. Die Beschwerdeführerin bestreite die Gewichtung der einzelnen Kriterien, insbesondere des Preises mit 50 Prozent, nicht. Auch eine tiefere Gewichtung hätte indes keinen Einfluss auf das Ergebnis.

Das st. gallische Vergaberecht lässt gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung zu und verlangt keine Festlegung der Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen. Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, andere Anbieterinnen und insbesondere die Beschwerdegegnerin seien über die Gewichtung der Zuschlagskriterien vor Einreichung der bereinigten Angebote im Bild gewesen. Den – kursorisch durchgesehenen – Vergabeakten sind auch keine entsprechenden Hinweise zu entnehmen. Das Verhalten der Vorinstanz widerspricht damit nicht vergaberechtlichen Grundsätzen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin in diesem Punkt ungleich behandelt hätte.

2.2.6. Die Beschwerdeführerin macht zudem geltend, die unüblich lange Nutzungsdauer von 15 Jahren, die für die Berechnung der Betriebs- und Unterhaltskosten benutzt worden sei, sei in der Ausschreibung nicht aufgeführt worden. Auch deshalb habe die Beschwerdeführerin ihr Angebot nicht optimal abstimmen können. Auch dieses Vorgehen verstosse gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung. – Die Vorinstanz weist darauf hin, gemäss Ausschreibung seien erosions- und korrosionsexponierte Anlageteile auf eine Nutzungsdauer von mindestens 15 Jahren auszulegen gewesen. Der Kessel stelle offensichtlich den in der Verbrennungslinie diesbezüglich am stärksten gefährdeten Anlageteil dar.

Die Vorinstanz hat im Vertragsentwurf, der Teil der Unterlagen bildete, die sie den präqualifizierten Bewerbern und damit auch der Beschwerdeführerin zustellte, für die Anlagentechnik einen Korrosionsschutz auf eine Lebensdauer von 15 Jahren ausgerichteten Korrosionsschutz verlangt (act. 8, Ordner 1, Register 3, Seite C-5). Die Beschwerdeführerin hat sich mit diesem Vertragsinhalt bewusst auseinandergesetzt



und vorgeschlagen, rauchgasbeaufschlagte Teile hiervon auszuschliessen (vgl. act. 8, Ordner 1, Register 4, Teil 10: Vertragskommentare Seite 2/2). Der Beschwerdeführerin war diese Anforderung damit nicht anders als auch der Beschwerdegegnerin also bekannt. Sollte es sich dabei um eine unübliche Voraussetzung gehandelt haben, welche einer optimalen Abstimmung des Angebots entgegenstand, war auch die Beschwerdegegnerin davon betroffen. Dass die Bewertung der Unterhalts- und Betriebskosten mit Blick auf die geforderte Nutzungsdauer erfolgen würde, ergibt sich damit – wenn auch nicht ausdrücklich, so doch sinngemäss – aus den Unterlagen zur Einladung. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin diesbezüglich über einen anderen Informationsstand als die Beschwerdeführerin verfügte. Die Grundsätze der Transparenz der Ausschreibung gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB und der Gleichbehandlung der Bewerber gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b und Art. 11 Ingress und lit. a IVöB erscheinen damit – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – nicht verletzt.

2.2.7. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die grössere Cladding-Fläche – schützende Aufplattungen zur Verlängerung der Kesselstandzeiten – hätte ihr bei den Betriebs- und Unterhaltskosten eine bessere – und nicht eine schlechtere – Bewertung einbringen müssen, weil Cladding explizit eingesetzt werde, um Unterhaltskosten zu sparen. – Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, es sei unbestritten, dass eine grosszügige Auslegung von Cladding-Flächen die Unterhaltskosten erhöhe. Wenn andere Anbieter die Vorgaben/Garantien der funktionalen Ausschreibung ebenfalls erfüllten, dürfe dies dort nicht zu einer schlechteren Bewertung führen.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Berechnung der Kosten, welche bei den einzelnen Angeboten für den Ersatz des Cladding entstehen, nicht (vgl. act. 8, Ordner 2, Register 10, Seite 2 von 4). Sie führt auch nicht weiter aus, wo und inwieweit übrige Betriebs- und Unterhaltskosten, die ihrer Auffassung nach bei ihrem Angebot tiefer ausfallen werden, bei der Bewertung fehlerhaft ermittelt oder bewertet wurden. Auch diesbezüglich erscheint die Beschwerde deshalb bei der gebotenen summarischen Würdigung nicht als begründet.

2.2.8. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Beschwerdegegnerin habe ein Kombiangebot für Feuerung und Kessel für 23.5 Millionen Franken eingereicht. Ein



solches Kombiangebot sei nicht ausgeschrieben worden. Ihr gegenüber habe im Übrigen eine mögliche Anbieterin für das Los "Feuerung" die Anfrage, ob sie an einem Kombiangebot interessiert sei, klar verneint. Es sei ihr deshalb nicht möglich gewesen, ein solches Angebot einzureichen – Die Vorinstanz führt dazu an, sie sei bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin vom tieferen, bei einer Vergabe der Feuerung an die Beschwerdegegnerin offerierten Preis ausgegangen. Entsprechend hätte sie – was aber nicht geschehen sei – bei der Beschwerdegegnerin den von dieser bei einer Vergabe der Feuerung an sie offerierten Rabatt von einem Prozent berücksichtigen müssen.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin am 13. August 2019 darauf hingewiesen, sie habe ein Gesamtangebot für die Lose "Feuerung" und "Kessel" eingereicht. Für die Bewertung der Angebote müsse die Aufteilung des Gesamtpreises auf die zwei Lose bekannt gegeben werden. Die Beschwerdegegnerin hat daraufhin den Gesamtpreis von 23,3 Millionen Franken auf das Los "Feuerung" mit 8,35 und das Los "Kessel" mit 14,95 Millionen Franken aufgeteilt und für den Fall des Zuschlags beider Lose einen Gesamtvergaberabatt von einem Prozent gewährt (vgl. act. 8, Ordner 2, Register 7, Brief vom 16. August 2019). Bei der Bewertung des Angebots für das Los "Kessel" hat die Vorinstanz indessen diesen Rabatt nicht berücksichtigt (vgl. act. 8, Ordner 2, Register 9 und 10, Offertauswertung und Punktevergabe Los "Kessel"). Die Beschwerdegegnerin geht sodann – zu Recht – davon aus, dass auch sie grundsätzlich befugt gewesen wäre, allein oder zusammen mit einem Unternehmen, welches sich um das Los "Feuerung" bewarb, ein Gesamtangebot einzureichen. Dass ihr dies mangels Interesses des möglichen Partnerunternehmens nicht möglich war, kann indessen nicht der Vorinstanz als Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und des Diskriminierungsverbots angelastet werden. Ein Nachteil in der Bewertung ist der Beschwerdeführerin aus der Bewertung des von der Beschwerdegegnerin offerierten Preises nicht erwachsen. Insoweit erscheinen ihre Rügen, soweit sie im Zusammenhang mit dem Gesamtangebot der Beschwerdegegnerin und dem Preis für das Los "Kessel" stehen, bei der gebotenen summarischen Prüfung als unbegründet.

2.3. Auch wenn die öffentlichen Interessen am umgehenden Abschluss des Vertrags nicht als besonders gewichtig erscheinen, ist das – sinngemässe – Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren,



abzuweisen, da die Beschwerde bei summarischer Beurteilung nicht als hinreichend begründet erscheint. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsabschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

3. Zum Antrag der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei zu einer Sicherheitsleistung gemäss Art. 17 Abs. 3 Satz 1 IVöB zu verpflichten, ist anzumerken, dass ein solcher Anspruch nur dann besteht, wenn die aufschiebende Wirkung – was vorliegend aber nicht der Fall ist – auf Gesuch der Beschwerdeführerin erteilt würde. Die Vorinstanz hat denn auch ihren Antrag für den Fall gestellt, dass ihrem Hauptantrag, es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung, nicht entsprochen würde. Abgesehen davon reicht einerseits der erhobene Kostenvorschuss in der Regel zur Deckung der amtlichen Kosten aus und hat die zwar anwaltlich vertretene Vorinstanz als verfügende Vergabebehörde keinen Anspruch auf Entschädigung ihrer Vertretungskosten (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen SZ/St. Gallen 2004, S. 176) und dementsprechend keinen Anspruch auf die Entschädigung von Vertretungskosten. Es erübrigt sich deshalb, die Beschwerdeführerin zur Leistung einer Sicherheit für die Verfahrenskosten und mögliche Parteientschädigungen zu verpflichten. Dies umso weniger, als andere Kosten nicht Gegenstand einer Sicherheitsleistung im Sinn von Art. 17 Abs. 3 Satz 1 IVöB sein können.

Ebenso wenig ist angesichts des Ausgangs dieses Zwischenverfahrens – der Beschwerde wird keine aufschiebende Wirkung gewährt – auf die Auffassung der Vorinstanz einzugehen, der zuständige Abteilungspräsident hätte aus dem Antrag und der Begründung der Beschwerde nicht auf ein sinngemässes Gesuch der nicht rechtskundig vertretenen Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, schliessen dürfen.

4. Der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, sich bis 25. Oktober 2019 zur Beschwerde materiell vernehmen zu lassen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.



5. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens zu bezahlen (Art. 95 Abs. 1 und 2 VRP). Eine Entscheidegebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'200 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Mangels Anspruchs – die Beschwerdeführerin unterliegt, die Beschwerdegegnerin hat sich zum Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht vernehmen lassen und die Vorinstanz ist zwar anwaltlich vertreten und hat einen Entschädigungsantrag gestellt, ist jedoch verfügende Vergabebehörde – sind für das Zwischenverfahren keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 und Art. 98^{bis} VRP).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Beschwerdegegnerin und Vorinstanz werden eingeladen, sich bis **25. Oktober 2019** materiell zur Beschwerde vernehmen zu lassen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'200.
4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Zürn

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte

