

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/197 vom 12. September 2018

Sg Verwaltungsgericht, 2018-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2018_197

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/197 du 12 septembre 2018

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/197 del 12 settembre 2018

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Das Strassenbauprojekt steht im Zusammenhang mit anderen Strassen- und Tunnelprojekten, so dass eine Verzögerung das geplante optimale Zusammenspiel der einzelnen Realisationsphasen beeinträchtigt. Indessen stehen Infrastrukturprojekte wie das vorliegende stets in einem weiteren Kontext, mit welchem die Erforderlichkeit eines umgehenden Vertragsschlusses begründet werden könne. Bei solchen Beschaffungen die Ansprüche nicht berücksichtigter Bewerber von vornherein auf ein Feststellungsinteresse und einen – auf die Kosten der Offerte und des Prozesses – beschränkten Schadenersatzanspruch zu reduzieren, wäre mit dem Zweck des Vergaberechts nicht vereinbar. Das öffentliche Interesse am umgehenden Vertragsabschluss erscheint von einigem, aber nicht schon für sich allein betrachtet überwiegendem Gewicht. Die Preiskurve verläuft flach. Werden die Bewertungen nach den übrigen Zuschlagskriterien indessen auf die gleiche Spanne bezogen und die Kurven gleich steil, verändert sich das Ergebnis zulasten des Angebots der Beschwerdeführerinnen. Die Bewertung der strittigen Angebote hinsichtlich der Zuschlagskriterien der Erfahrung, der Qualität und der Termine erscheinen bei der gebotenen summarischen Betrachtung sachlich nachvollziehbar begründet und im Rahmen des vorinstanzlichen Ermessens liegend. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen (Präsidialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/197).

Erwägungen

E. 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, fällt der Entscheid über das Gesuch in die Zuständigkeit des Abteilungspräsidenten (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).

E. 2

Gemäss Art. 5 EGöB in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 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).

E. 3

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, öffentliche Interessen, welche einen sofortigen Vertragsabschluss rechtfertigten, bestünden nicht. Die Dringlichkeit dürfe nur eine Rolle spielen, wenn sie nicht auf eine ungenügende Zeitplanung der Vergabebehörde, welche die Möglichkeit einer Beschwerde bei ihrer Terminplanung zu berücksichtigen habe, zurückgehe. Es handle sich nicht um ein unerwartetes Bauprojekt. Die dagegen erhobenen Beschwerden seien vom Bundesgericht am 3. März 2016 abgewiesen worden (1C_393/2014). Die Arbeiten hätten so ausgeschrieben werden können, dass ein Beginn im September 2018 auch noch nach einem Beschwerdeverfahren möglich gewesen wäre. Stattdessen sei mit der Ausschreibung bis April 2018 zugewartet worden, so dass der Zuschlag erst einen Monat vor dem vorgesehenen Arbeitsbeginn habe erteilt werden können. Der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, welcher nach Abschluss des Vertrags noch geltend gemacht werden könne, sei offensichtlich kein adäquater Ersatz für den Zuschlag. Das Interesse der Beschwerdeführerinnen sei angesichts des entgehenden Gewinns und der entgehenden Referenzen für spätere Submissionen erheblich. – Die Vorinstanz hält dem entgegen, nach dem Abschluss der Beschwerdeverfahren gegen das Projekt im Frühjahr 2016 habe zunächst die Ausschreibung der Ingenieurarbeiten im selektiven Verfahren durchgeführt werden müssen. Diese Arbeiten seien im April 2017 vergeben worden. Bei einem Projekt dieser Grössenordnung benötigten die folgenden ordentlichen Planungsschritte des Bauprojekts und der Ausschreibung je zirka sechs Monate. Zudem hätten Landerwerbsverhandlungen die Planung beeinflusst. Der Baubeginn sei sodann bewusst auf den Herbst gelegt worden, damit der Oberbodenabtrag bei trockener Witterung erfolgen könnten. Andernfalls würden sich der Baubeginn um mindestens sechs Monate und die Fertigstellung bis auf den Deckbelag wegen des Winterunterbruchs um ein zusätzliches Jahr bis frühestens Ende 2022 verzögern. Die Arbeiten müssten sodann mit dem Tunnelbau koordiniert werden, da dessen Ausbruch als Schüttmaterial im Trasse verwendet werde. Die Inbetriebnahme der Umfahrung Bütschwil im Jahr 2020 werde zu undosiert und markant zunehmendem Verkehr führen, der über die ohnehin stark belastete Ebnaterstrasse fliessen und die Gefahr auch schwerer Unfälle in Wattwil erheblich erhöhen werde. Einerseits weisen die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich zu Recht darauf hin, dass die Vergabebehörde bei der Terminplanung auch die Möglichkeit einer Beschwerde im Vergabeverfahren mit zu berücksichtigen hat. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um einen Auftrag in der Grössenordnung des vorliegenden handelt, der für das wirtschaftliche Fortkommen der Anbieter von entsprechender Bedeutung ist und bei dessen Vergabe deshalb die Wahrscheinlichkeit einer Beschwerde erhöht erscheint. Zudem hat die Vorinstanz dem Zuschlagskriterium "Termine" selbst lediglich ein Gewicht von 10 Prozent zugemessen. Andererseits steht das Projekt im Zusammenhang mit anderen Strassen- und Tunnelprojekten, so dass eine Verzögerung das geplante optimale Zusammenspiel der einzelnen Realisationsphasen beeinträchtigt. Indessen stehen Infrastrukturprojekte wie das vorliegende stets in einem weiteren Kontext, mit welchem die Erforderlichkeit eines umgehenden Vertragsschlusses begründet werden könnte. Bei solchen Beschaffungen die Ansprüche nicht berücksichtigter Bewerber von vornherein auf ein Feststellungsinteresse und einen – auf die Kosten der Offerte und des Prozesses – beschränkten Schadenersatzanspruch zu reduzieren, wäre mit dem Zweck des Vergaberechts nicht

vereinbar. Unter den dargelegten Umständen erscheint das öffentliche Interesse am umgehenden Vertragsschluss von einigem, aber nicht schon für sich allein betrachtet überwiegendem Gewicht.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerinnen rügen die Handhabung des Preiskriteriums mit einer zu geringen Gewichtung bei gleichzeitig flachem Verlauf der Preiskurve. Bei der Vergabe der Arbeiten zur Ausarbeitung des Detailprojekts und die Bauausführung für den Sanierungstunnel "Belchen" habe das Bundesgericht eine Preiskurve, bei welcher ein im Vergleich mit dem billigsten um 50 Prozent teureres Angebot noch die Hälfte der maximalen Punktzahl erzielte, als unzulässig flach beurteilt (BGer 2P.230/2006 vom 5. März 2007). Die vorliegende Preiskurve – das um 42 Prozent teurere teuerste Angebot habe noch 60 Prozent der Maximalpunktzahl erzielt – sei noch flacher, und faktisch komme dem Preiskriterium nicht das bekanntgegebene Gewicht von 35 Prozent zu. Die Preisspanne müsse sich nach der realistisch zu erwartenden Streuung der Offertsummen richten. Sie müsse sich nicht automatisch nach dem teuersten Angebot – das vorliegend 18 Prozent teurer als das zweitteuerste sei – richten. Die übrigen Angebote lägen innerhalb einer Spanne von 20 Prozent. Bei einer Spanne von 25 Prozent und einer linearen Verteilung der Punkte hätte das Angebot der Beschwerdegegnerinnen mit maximal 103.2 Punkten bewertet werden dürfen. Konnte die Ausschreibung gestützt auf Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB selbständig angefochten werden, so darf auf sie im Anschluss an den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr zurückgekommen werden, es sei denn, die volle Bedeutung und Tragweite des Inhalts einzelner Anordnungen sei auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar und ergebe sich für die Interessenten erst im Verlauf des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit (vgl. GVP 2015 Nr. 41 mit Hinweisen). Dementsprechend können sich die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag nicht mehr gegen die mit der Ausschreibung bekanntgegebene Gewichtung des Preises mit 35 Prozent wenden. Zulässig ist jedoch vorliegend die Rüge, die – in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebene – Preiskurve gehe von einer unzulässig breiten oder engen Preisspanne aus. Wie steil die – zwar lineare – Preiskurve verläuft und insbesondere bei welchem Preis die minimale Punktzahl erreicht wird, kann erst ermittelt werden, wenn die konkret offerierten Preise bekannt sind (vgl. dazu VerwGE B 2017/84 vom 14. Dezember 2017 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch). Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die von fünf Anbieterinnen tatsächlich offerierten Preise – das mit CHF 60'416'460.45 teuerste Angebot ist um CHF 17'870'301.50 oder 42 Prozent teurer als das mit CHF 42'546'158.95 billigste Angebot – nicht eine realistische Preisspanne wiedergeben, sind nicht ersichtlich. Allein aus dem Umstand, dass die Preise nicht gleichmässig auf die Preisspanne verteilt sind, sondern die Differenz zwischen den beiden mit Offertpreisen von CHF 60'416'460.45 und CHF 50'828'323.95 teuersten Angeboten 18 Prozent beträgt, kann jedenfalls noch kein solcher Schluss gezogen werden, zumal es sich bei der Anbieterin, welche das teuerste Angebot einreichte, um ein im Tiefbau etabliertes Unternehmen handelt. Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Preiskurve entsprechend der bekanntgegebenen Formel gestützt auf die tatsächlich offerierten Preise ermittelt hat. Die Vorinstanz anerkennt, dass die Preiskurve flach verläuft. Ein solcher Verlauf ist – worauf die Beschwerdeführerinnen an sich zu Recht hinweisen – geeignet, die Gewichtung des Preiskriteriums zu unterlaufen, es sei denn, die Bewertungskurven für die übrigen Zuschlagskriterien verlaufen gleichermassen flach. Dies erscheint mit Blick auf die

Gesamtbeurteilung der Angebote nach den einzelnen Zuschlagskriterien zwar fraglich. Indessen verläuft die Preiskurve steiler als jene der übrigen Zuschlagskriterien (vgl. act. 8/21, grüne Linien). Insoweit ist davon auszugehen, dass dem Preis in der Bewertung vergleichsweise sogar ein grösseres als das bekanntgegebene Gewicht zukommt. Werden die Bewertungen auf die gleiche Spanne bezogen und die Kurven gleich steil, verändert sich zudem das Ergebnis zulasten des Angebots der Beschwerdeführerinnen (vgl. act. 8/21, rote Linien; act. 8/23, Bewertung mit angepassten Preis- und Bewertungskurven analog VerwGE B 2017/84 vom 17. Mai 2017 [Zwischenverfügung] und vom 14. Dezember 2017 [Hauptentscheid] sowie VerwGE B 2018/172 vom 20. Juli 2018 [Zwischenverfügung], www.gerichte.sg.ch), indem sich ihr Rückstand von 14.2 auf 78.4 von 400 gewichteten Punkten erhöht (Gesamtpunktzahl Beschwerdegegnerinnen 320.9 [grün] und 322.2 [rot], Gesamtpunktzahl Beschwerdeführerinnen 306.7 [grün] und 243.8 [rot]) führte.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerinnen erachten ihr Angebot hinsichtlich der Zuschlagskriterien "Erfahrung", "Qualität" und "Termine" als ungerechtfertigt tief bewertet.

E. 4.2.1

Der Vergabebehörde steht bei der Bewertung der Angebote hinsichtlich der Qualität aufgrund ihrer – dem Gericht selber abgehenden – technischen Kenntnisse ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in welchen das Verwaltungsgericht nicht einzugreifen befugt ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.4.4; 139 II 185 E. 9.3 mit Hinweisen auf BGE 135 II 356 E. 3.1, 135 II 384 E. 2.2.2, 133 II 35 E. 3, 130 II 449 E. 4.1). Dies gilt insbesondere bei der Beurteilung der Gleichartigkeit der Referenzen und technischer Berichte.

E. 4.2.2

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, Gründe für die erheblichen Abzüge bei der Erfahrung und die bessere Bewertung der Zuschlagsempfängerin würden aus dem Vergabeentscheid nicht ersichtlich. Die von ihnen angegebenen Referenzen erfüllten die bekanntgegebenen Anforderungen vollumfänglich. Sie deckten sämtliche Arbeitsgattungen ab. Ausführungsbedingungen, Komplexität und Bauvolumen der Projekte seien vergleichbar. Referenzobjekte dürfen und müssen – im Rahmen des Ermessens der Vergabebehörde – differenziert bewertet werden. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn mit den angegebenen Referenzobjekten aufgrund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit mit dem Ausschreibungsgegenstand die Eignung der Anbieterin dargetan wird. Die Vorinstanz erläutert die Bewertung der von den Beschwerdeführerinnen angegebenen Referenzobjekte in der Vernehmlassung vom 6. September 2018 detailliert und – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – sachlich nachvollziehbar, wenn sie ausführt, der Ausbau der Autobahn A8 Ulm-Augsburg oder der innerstädtische Knotenumbau sei mit einem Trasseeneubau im steilen Gelände weniger vergleichbar, jedoch sei dem Projekt "Schöllenen" eine hohe Ähnlichkeit attestiert worden. Demgegenüber hätten die Beschwerdegegnerinnen mehrere Projekte (Neubau Kantonsstrasse Pfäfers-Valens, Strassenausbau Gross-Steinbach mit Lehnenviadukt in Hanglage) mit einer hohen Ähnlichkeit und in der gleichen Grössenordnung bezeichnet.

E. 4.2.3

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, bei der Bewertung des Technischen Berichts – der nebst den Ausführungen zur Baustellenorganisation und Logistik zur Beurteilung des Angebots nach dem Zuschlagskriterium der "Qualität" führte – sei unklar, ob die

Aufzählung der Anforderungen an den Technischen Bericht beispielhaft oder abschliessend sei. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich zu sämtlichen genannten Anforderungen geäussert. Die Vorinstanz habe mit der Festlegung einer maximalen Seitenzahl dessen Detaillierungsgrad und Vollständigkeit selbst Grenzen gesetzt. In der Vernehmlassung vom 6. September 2018 führt die Vorinstanz mit Blick auf die Formulierungen im Anhang 6 der Ausschreibungsunterlagen nachvollziehbar aus, die Anforderungen seien in nicht abschliessender Weise angegeben worden ("zum Beispiel", act. 2/6). Ebenso ist aufgrund des Formulars Zuschlagskriterien, welches Teil der Ausschreibungsunterlagen war, klar, dass die Ausführungen der Anbieterinnen zur Baustellenorganisation und Logistik für die Bewertung der Angebote von Bedeutung sein sollten (act. 2/3, rotes Blatt). Sodann legt die Vorinstanz differenziert und sachlich nachvollziehbar dar, weshalb der Technische Bericht der Beschwerdeführerinnen schlechter als jener der Beschwerdegegnerinnen beurteilt wurde. Sie führt aus, der Bericht sei im Vergleich mit jenem der Beschwerdegegnerinnen weniger ausführlich, wobei die Risikoanalyse sehr allgemeingültig gehalten sei. Die auftragsspezifischen Risiken (Geologie, Hangwasser, Grundwasser, Altlasten, Umgang mit inventarisierten beziehungsweise geschützten Bereichen usw.) würden nicht abgehandelt. Die Baustellenbewirtschaftung erweise sich als umständlich, da diese durch den Baufortschritt behindert werde. Aufgrund der vor Ort vorgesehenen Betonanlage bestehe eine gewisse Unsicherheit bezüglich Qualität des Betons sowie der Einhaltung der Termine. Schliesslich sei auch die Ver- und Entsorgung der Baustelle mit Strom, Wasser und Abwasser unklar.

E. 4.2.4

Bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerinnen nach dem Zuschlagskriterium der Termine wird in der Beschwerde vorgebracht, wie es in den Ausschreibungsunterlagen verlangt worden sei, seien in ihrem Angebot die Hauptarbeiten aufgelistet und in sinnvolle Teilleistungen gegliedert worden. Es seien Abhängigkeiten aufgezeigt und der Ressourcen- und Personaleinsatz angegeben worden. Ob die Beschwerde in diesem Punkt als begründet erscheint, kann offenbleiben, da auch die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerinnen beim Zuschlagskriterium "Termine" mit dem Punktemaximum, das heisst mit 40 statt mit 30 gewichteten Punkten, am Gesamtergebnis nichts zu ändern vermöchte.

E. 4.2.5

Insgesamt erscheinen die Bewertungen der strittigen beiden Angebote durch die Vorinstanz hinsichtlich der Zuschlagskriterien der Erfahrung, der Qualität und der Termine bei der hier gebotenen summarischen Betrachtung sachlich nachvollziehbar begründet und im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens liegend.

E. 5

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die öffentlichen Interessen am unmittelbaren Vertragsschluss nicht von entscheidendem Gewicht sind, nicht als ausreichend begründet erscheint. Auch wenn – wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen – die aufschiebende Wirkung im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren nicht bloss ausnahmsweise erteilt werden darf, ist doch auch zu berücksichtigen, dass sie nur bei Vorliegen guter Gründe gewährt werden muss, kommt doch grundsätzlich dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids von Vornherein einiges Gewicht zu (BGer 2C_755/2009

vom 19. Januar 2010 E. 3.4, 2D_130/2007 vom 26. Februar 2008 E. 2.1, 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1). Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen formellen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

E. 6

Die Beschwerdegegnerinnen sind einzuladen, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 1. Oktober 2018 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 6. September 2018 gegebenenfalls zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen.

E. 7

Die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens sind dem Verfahrensausgang entsprechend zu verlegen, zumal die Vorinstanz die Zuschlagsverfügung entsprechend den Vorgaben von Art. 41 Abs. 3 VöB ausreichend begründet hat. Demnach sind sie den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 2'400 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 24'000 zu verrechnen. CHF 21'600 verbleiben bei der Hauptsache. Ausseramtliche Kosten sind für das Zwischenverfahren nicht zu entschädigen (vgl. Art. 98 Abs. 1 und Art. 98 bis VRP). Die Beschwerdeführerinnen unterliegen, und weder die Beschwerdegegnerinnen noch die Vorinstanz – der als den Zuschlag verfügendes Gemeinwesen ohne kein entsprechender Anspruch zukommt (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) – haben die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung unter Entschädigungsfolge beantragt. Der Abteilungspräsident verfügt: 1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. 2. Die Beschwerdegegnerinnen werden eingeladen, bis 1. Oktober 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 14. August 2018 zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. 3. Die Beschwerdeführerinnen bezahlen die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 2'400 unter Verrechnung mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 24'000. CHF 21'600 verbleiben bei der Hauptsache. 4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt. Der Abteilungspräsident Eugster

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.