



Fall-Nr.: B 2015/72
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 27.11.2015
Entscheiddatum: 27.11.2015

Entscheid Verwaltungsgericht, 27.11.2015

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 12 Abs. 1 lit. h VöB. Ob ein Angebot, welches fristgerecht in einem Umschlag ohne Vermerk eingereicht wird, vom Vergabeverfahren auszuschliessen ist, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Mit den Unterschriften auf dem Offertöffnungsprotokoll bestätigt die Vorinstanz die Rechtzeitigkeit der Einreichung des Angebots. Dass der Umschlag nicht bis zur offiziellen Offertöffnung verschlossen blieb, hat nicht zu einer Bevorteilung der Anbieterin geführt (Verwaltungsgericht, B 2015/72). Entscheid vom 27. November 2015

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder, Heer, Rufener, Bietenharder;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Martin Schönenberger AG Wil, Meisenweg 3, 9500 Wil SG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Sicherheitsverbund Region Wil, Tonhallestrasse 23, 9500 Wil SG,

Vorinstanz,



St.Galler Gerichte

und

Paul Angele AG, Industriestrasse 15, 9552 Bronschhofen,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roman Bögli, Toggenburgerstrasse 31,
9532 Rickenbach b. Will,

Gegenstand

Vergabe Neubau Betriebsgebäude (Spenglerarbeiten)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Der Sicherheitsverbund Region Wil schrieb am 1. Dezember 2014 für den Neubau des Betriebsgebäudes der Feuerwehr verschiedene Arbeitsgattungen, darunter auch die Spenglerarbeiten (BKP 222), im offenen Verfahren aus. Angebote mussten bis 16. Januar 2015, 16.00 Uhr beim Sicherheitsverbund Region Wil, Tonhallestrasse 23, 9500 Wil, eingehen (ABI 2014 S. 3359 f., 30. Januar 2015 gemäss Angebotsunterlagen für die Spenglerarbeiten, act. 9/5). Auch Angebote für die im freihändigen Verfahren zu vergebenden Flachdacharbeiten (BKP 224.1) mussten bis 16. Januar 2015 an derselben Adresse einlangen (Angebotsunterlagen für die Flachdacharbeiten, act. 9/4). In allen Fällen sollten auf dem Couvert Objekt und Arbeitsgattung der darin enthaltenen Angebote vermerkt werden (je Ziffer 1.10 der Ausschreibungsbedingungen Flachdacharbeiten und Spenglerarbeiten).

Am 15. Januar 2015 (Postaufgabe: 14.01.15) ging beim Sicherheitsverbund Region Wil ein Briefumschlag der Paul Angele AG (Sanitär – Spenglerei – Blitzschutz – Flachdach – Bedachungen – Fassadenbau) ein, auf welchem kein Hinweis zu dessen Inhalt – je ein Angebot für die Spenglerarbeiten und für die Flachdacharbeiten – angebracht war (act. 9/2). Das Couvert wurde auf dem Sekretariat des Sicherheitsverbundes Region Wil geöffnet. Weil bei der Prüfung des Inhalts lediglich das Angebot für die



Flachdacharbeiten wahrgenommen wurde, wurde es handschriftlich mit dem Vermerk „BKP 224.1 Bedachungsarbeiten“ versehen und für die offizielle Öffnung der für diese Arbeitsgattung eingegangenen Angebote bereitgelegt.

Am 19. Januar 2015 wurden die Angebote für eine Vielzahl von Arbeitsgattungen offiziell geöffnet. Nachdem die mit der Prüfung der Angebote betraute Schertenleib Baumanagement AG festgestellt hatte, dass die Paul Angele AG am 14. Januar 2015 auch ein Angebot für die Spenglerarbeiten eingereicht hatte, wurde am 20. Januar 2015 ein entsprechender Nachtrag zum Offertöffnungsprotokoll vom 19. Januar 2015 erstellt. Protokoll und Nachtrag sind vom Geschäftsführer des Sicherheitsverbundes und einem Mitarbeiter der Schertenleib Baumanagement AG unterzeichnet (act. 9/7 und 9/8). Der Zuschlag für die Spenglerarbeiten wurde am 28. April 2015 der Paul Angele AG, deren Angebot mit 3,75 gewichteten Punkten bewertet worden war (act. 9/9), zum Preis von CHF 283'037.35 inklusive Mehrwertsteuer erteilt.

B. Die Martin Schönenberger AG Wil (Beschwerdeführerin), deren Angebot für die Spenglerarbeiten mit 3,72 gewichteten Punkten den zweiten Rang erreicht hatte (act. 9/9), erhob gegen die Zuschlagsverfügung des Sicherheitsverbundes Region Wil (Vorinstanz) vom 28. April 2015 mit Eingabe vom 6. Mai 2015 (Postaufgabe 07.05.15) Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und die Paul Angele AG (Beschwerdegegnerin) von der Vergabe der Spenglerarbeiten auszuschliessen. Das in diesem Antrag sinngemäss enthaltene Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, wies der Präsident des Verwaltungsgerichts am 15. Mai 2015 ab. Die Beschwerdeführerin wurde verpflichtet, die amtlichen Kosten für das Zwischenverfahren von CHF 800 zu bezahlen und die Beschwerdegegnerin, die mit Vernehmlassung ihres Rechtsvertreters vom 12. Mai 2015 die Abweisung des Begehrens um aufschiebende Wirkung beantragt hatte, mit CHF 1'000 zuzüglich vier Prozent Barauslagen ausseramtlich zu entschädigen.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Vernehmlassung vom 20. Mai 2015, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Die Vorinstanz verzichtete am 2. Juni 2015 auf eine weitere Stellungnahme und verwies auf ihre Vernehmlassung vom 12. Mai 2015 zum Gesuch um aufschiebende Wirkung.



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. Der interkantonal tätige Zweckverband „Sicherheitsverbund Region Wil“ unterliegt – als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.21, IVöB) – den interkantonalen Regeln des öffentlichen Vergaberechts und – als öffentlich-rechtliche Körperschaft des st. gallischen Rechts im Sinn von Art. 140 ff. des Gemeindegesetzes (sGS 151.2, GG) – den dazu im Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) ergangenen st. gallischen Ausführungsbestimmungen. Die Zuschlagsverfügung ist gültig unterzeichnet, zumal der Verwaltungsratspräsident zur Vertretung des Verbandes nach aussen befugt ist (vgl. dazu VerwGE B 2015/75 vom 27. Oktober 2015 E. 1, www.gerichte.sg.ch). Die nicht berücksichtigte Beschwerdeführerin, deren Angebot den zweiten Rang erreicht und – da die Vorinstanz nicht geltend macht, inzwischen den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossen zu haben – für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würde, reelle Chancen auf den Zuschlag hat, ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 28. April 2015 wurde mit Eingabe vom 6. Mai 2015 (Postaufgabe 07.05.15) rechtzeitig erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Offerte der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten sei im Zeitpunkt der offiziellen Offertöffnung nicht vorgelegen. Die Einhaltung der Eingabebestimmungen erfahre durch den Umstand, dass die Arbeiten ihr vergeben worden seien, eine besondere Tragweite. Offertöffnung und Vergabe seien nicht korrekt erfolgt (dazu nachfolgend Erwägung 2.1). Daraus leitet sie



ab, das Angebot der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten beim Neubau des Betriebsgebäudes der Feuerwehr hätte vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen (dazu nachfolgend Erwägung 2.2).

2.1. Gemäss Art. 28 VöB reicht der Anbieter den Antrag auf Teilnahme und das Angebot der in der Ausschreibung bezeichneten Stelle innert der bekannt gegebenen Frist schriftlich, unterzeichnet und vollständig ein (Abs. 1); Antrag auf Teilnahme und Angebot sind vollständig, wenn alle vom Auftraggeber verlangten Unterlagen vollständig ausgefüllt eingereicht werden (Abs. 4). Art. 30 VöB schreibt unter anderem vor, dass die Angebote bis zum Zeitpunkt der Öffnung verschlossen bleiben (Abs. 1), der Auftraggeber die Angebote durch wenigstens zwei Beauftragte öffnen lässt (Abs. 2) und über die Öffnung ein Protokoll erstellt wird, das wenigstens Name und Unterschrift der anwesenden Personen, Bezeichnung der Anbieter, Einreichungs- und Eingangsdaten der Angebote und die Nettopreise der Angebote enthält (Abs. 3 lit. a-d).

Die Beschwerdegegnerin hat auf dem bei der Vorinstanz rechtzeitig am 15. Januar 2015 eingegangenen Couvert keinen Vermerk über den Inhalt angebracht. Damit hat sie die Formvorschrift gemäss Ziffer 1.10 der Ausschreibungsbedingungen, wonach auf dem Couvert Objekt ("Neubau Feuerwehr SVRW – Wil") und BKP-Nummer samt Arbeitsgattung ("BKP 224.1 Flachdacharbeiten" beziehungsweise "BKP 222 Spenglerarbeiten") zu vermerken gewesen wären, nicht beachtet. Unbestritten ist, dass das Couvert ein Angebot für die Flachdacharbeiten enthielt. Verschiedene Indizien sprechen dafür, dass die Beschwerdegegnerin im selben Briefumschlag auch ein Angebot für die Spenglerarbeiten einreichte. Im Betreff des vom 14. Januar 2015 datierten Begleitschreibens werden Spengler- und Flachdacharbeiten genannt und im Text wird ausgeführt, in der Beilage würden „unsere Angebote“ gesandt. Das Angebot selbst datiert vom 14. Januar 2015. Hinweise dafür, dass – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – das Angebot der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten im Zeitpunkt der Offertöffnung am 19. Januar 2015 nicht vorlag, sind nicht ersichtlich. Insbesondere bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Angebot nachträglich eingereicht worden wäre. Da die übrigen Angebote für die Arbeitsgattung erst am 19. Januar 2015 geöffnet wurden, waren im Vorfeld die Offertsummen nicht bekannt, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, es sei der Beschwerdegegnerin Gelegenheit gegeben worden, nachträglich ein preislich billigeres und rückdatiertes



Angebot einzureichen. Diesen Vorwurf erhebt im Übrigen auch die Beschwerdeführerin nicht. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin ihr Angebot für die Spenglerarbeiten rechtzeitig bei der Vorinstanz eingereicht hat.

Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin auf dem Briefumschlag, die ihre Angebote enthielt, Objekt und Arbeitsgattungen nicht vermerkt hatte, führte dazu, dass es der Vorinstanz auch nicht möglich war, die Angebote bis zum festgelegten Zeitpunkt der Offert-öffnung verschlossen zu halten und durch wenigstens zwei Beauftragte öffnen zu lassen. Die Vorinstanz konnte sich damit ihrerseits nicht an die Formvorschriften zur korrekten Öffnung der Angebote halten.

Zu prüfen ist, ob die Verletzung dieser Formvorschriften den Ausschluss des Angebotes der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten hätte nach sich ziehen müssen.

2.2.

2.2.1. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen sowie den Zuschlag widerrufen, wenn der Anbieter wesentliche Formvorschriften der Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt. Es entspricht dem Zweck und Charakter des Submissionsverfahrens, dass sowohl seitens der Offerenten wie auch seitens der Vergabeinstanz bestimmte Formvorschriften eingehalten werden müssen, deren Missachtung zum Ausschluss der betreffenden Offerte führen oder die Ungültigkeit des Vergabeverfahrens nach sich ziehen kann. Nicht jede Unregelmässigkeit vermag aber eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf (und soll) vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird. Bei der Frist für die Einreichung der Offerten handelt es sich um ein zentrales formelles Erfordernis, dessen Nichteinhaltung als schwerer Formfehler regelmässig zum Ausschluss vom Verfahren führt. Gleiches gilt im Grundsatz für die Offertöffnung sowie – damit verbunden – das Erfordernis, auf dem Umschlag einen Vermerk anzubringen, dass es sich um eine Offerte handelt. Letzteres soll sicherstellen, dass die Angebote



bis zum Öffnungstermin verschlossen bleiben und die formellen Regeln über die Offertöffnung eingehalten werden können, wie dies namentlich das interkantonale Beschaffungsrecht verlangt (BGer 2C_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4 mit Hinweisen auf die Literatur und die bundesgerichtliche Rechtsprechung, nämlich 2P. 176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4; 2P.339/2001 vom 12. April 2002; 2P.4/2000 vom 26. Juni 2000, in: ZBI 102/2001 S. 215 ff., E. 3).

Die als "Kann-Vorschrift" ausgestaltete Regel von Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB räumt dem Auftraggeber dementsprechend einen Spielraum bezüglich der Frage ein, ob ein Anbieter im Einzelfall vom Verfahren ausgeschlossen werden soll. Das Ermessen ist jedoch pflichtgemäss auszuüben, und insbesondere ist dem Rechtsgleichheitsgebot, dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Ein wirksamer Wettbewerb als wesentliche Zielsetzung einer jeden Submission gebietet, bei der Kontrolle der Bewerbungsunterlagen nicht zu kleinlich vorzugehen (vgl. GVP 2002 Nr. 33). Gemäss Art. 16 Abs. 2 IVöB kann mit der Beschwerde die Unangemessenheit einer Zuschlagsverfügung nicht geltend gemacht werden. Wie Art. 16 Abs. 1 Ingress und lit. a IVöB beschränken auch Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP die Kognition des Verwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren auf die Rechtskontrolle. Das Verwaltungsgericht hat den Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren, wenn diese beim Erlass der Zuschlagsverfügung von sachlichen und vernünftigen Überlegungen ausging, die im Einklang mit Sinn und Zweck des Gesetzes stehen (vgl. VerwGE B 2010/165 vom 9. November 2010 E. 4 mit Hinweisen unter anderem auf GVP 1999 Nr. 37, www.gerichte.sg.ch).

2.2.2. Das Erfordernis, auf dem Umschlag einen Vermerk anzubringen, dass es sich um eine

Offerte handelt, soll sicherstellen, dass die Angebote bis zum Öffnungstermin verschlossen bleiben und die formellen Regeln über die Offertöffnung eingehalten werden können. Ob der fehlende Vermerk auf dem Umschlag allerdings als schwerer Formfehler zu behandeln ist, der den Ausschluss des Angebots verlangt, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (vgl. dazu BGer 2D_50/2009 vom 25.



Februar 2010 E. 2.4). Formvorschriften sollen nicht Selbstzweck sein, sondern der Durchsetzung der inhaltlichen Vorschriften dienen (vgl. Ch. Jäger, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 325 ff., Rz. 54). Wenn die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin trotz dieses Formmangels nicht vom Verfahren ausgeschlossen hat, hat sie sich angesichts der konkreten Umstände innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums bewegt.

Die Vorinstanz hat den Ablauf des Eingangs des Angebots und der Offertöffnung offen gelegt und detailliert beschrieben. Sie legt dar, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin auch für die Spenglerarbeiten BKP 222 am 15. Januar 2015 bei ihr eingegangen war und anlässlich der Offertöffnung vom 19. Januar 2015 – wenn auch unerkannt – vorlag. Anhand der Akten lässt sich dieser Ablauf ohne weiteres nachvollziehen. Im Begleitschreiben der Beschwerdegegnerin vom 14. Januar 2015 werden – wie bereits dargelegt – im Betreff neben den Flachdacharbeiten (BKP 224.1) ausdrücklich auch die Spenglerarbeiten (BKP 222) erwähnt (act. 9/3). Das Angebot der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten datiert ebenfalls vom 14. Januar 2015 (act. 9/5). Der Briefumschlag der Beschwerdegegnerin wurde am 14. Januar 2015 der Post übergeben und trägt einen Eingangsstempel vom 15. Januar 2015 (act. 9/2). Mithin kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Offerte der Beschwerdegegnerin ein Angebot berücksichtigt wurde, welches nach Ablauf der Frist für die Einreichung eingegeben wurde. Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz in der Ausschreibung einerseits (ABI 2014 S. 3359; 16. Januar 2015, 16.00 Uhr) und in den Angebotsunterlagen andererseits (act. 9/5; 30. Januar 2015) widersprüchliche Bedingungen formuliert hatte. Der Nachtrag zum Offertöffnungsprotokoll vom 20. Januar 2015 ist von denselben Personen unterzeichnet wie das Protokoll vom 19. Januar 2015 (act. 9/7 und 8). Es erfüllt damit in formeller Hinsicht die Anforderung gemäss Art. 30 Abs. 3 VöB, wonach über die Öffnung ein Protokoll erstellt wird, zumindest insoweit, als die Vorinstanz unterschriftlich die Rechtsgültigkeit der Einreichung des Angebots bestätigt.

Nicht eingehalten wurden die Vorschriften von Art. 30 Abs. 1 und 2 VöB, wonach die Angebote bis zum Zeitpunkt der Öffnung verschlossen bleiben und durch mindestens zwei Beauftragte der Vergabebehörde zu öffnen sind. Die Vorinstanz hat indessen



diese Vorschrift nicht bewusst verletzt. Die Verletzung hat mit Blick auf den dargestellten Ablauf beim Eingang des Angebots auch nicht zu einer Bevorteilung der Beschwerdegegnerin geführt. Dass die Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten wesentliche Grundsätze des Vergaberechts – insbesondere die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter und die Transparenz des Vergabeverfahrens gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b und c IVöB – verletzt, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht.

2.3. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist dementsprechend abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens – über die Kosten für das Zwischenverfahren von CHF 800 wurde in der Verfügung vom 15. Mai 2015 entschieden – der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 2'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem bei der Hauptsache verbliebenen restlichen Kostenvorschuss in der gleichen Höhe zu verrechnen.

Beschwerdegegnerin und Vorinstanz stellen ihre Anträge auf Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge. Dem Gemeinwesen – zu dem auch ein als öffentlich-rechtliche Körperschaft im Sinn von Art. 140 ff. GG organisierter Zweckverband gehört – kommt, insbesondere soweit es verfügt, kein Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten zu (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829). Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat keine Kostennote eingereicht. Eine Entschädigung von CHF 1'500 zuzüglich 4 % Barauslagen ohne Mehrwertsteuer – die Beschwerdegegnerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig – erscheint unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Aufwendungen für das Zwischenverfahren bereits entschädigt worden sind, angemessen (Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, 28bis Abs. 1 und 29 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Entschädigungspflichtig ist die Beschwerdeführerin (Art. 98 und 98bis VRP).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:



1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 2'000 unter Verrechnung mit dem restlichen Kostenvorschuss in der gleichen Höhe.
3. Das Begehren der Vorinstanz um Entschädigung wird abgewiesen. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Hauptverfahren mit CHF 1'500 zuzüglich vier Prozent Barauslagen ohne Mehrwertsteuer.

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer