



Fall-Nr.:	B 2017/264
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	22.11.2019
Entscheiddatum:	08.09.2018

Entscheid Verwaltungsgericht, 08.09.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 12, Art. 31 Abs. 3 VöB. Mit der Rechtskraft des Zuschlags, welcher das öffentlich-rechtliche-Verfahren der Vergabe abschliesst, müssen alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen. Dazu gehört auch die unmissverständliche Bezeichnung des Vertragspartners, mit welchem die Vergabebehörde den Vertrag abschliessen will. Beim Abschluss dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden in Frage gestellt würde. Das Angebot muss eindeutig einem bestimmten Rechtssubjekt zugeordnet werden können. Ist dies nicht der Fall, sind die unternehmensbezogenen Angaben in einem Angebot – wie Höhe des Umsatzes, Personalbestand, Referenzen – letztlich nicht aussagekräftig. Die Abklärung, wer nun als Anbieter auftritt sprengt den Rahmen, innerhalb dessen die Vergabebehörde zur Einholung von Erläuterungen verpflichtet und berechtigt ist (Verwaltungsgericht, B 2017/264). Auf eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 30. Oktober 2019 nicht ein (Verfahren 2C_969/2018).

Entscheid vom 8. September 2018

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte



St.Galler Gerichte

Woertz AG (vormals Woertz Handels AG), Hofackerstrasse 47, Postfach 948,
4132 Muttenz,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Philippe Nordmann und/oder MLaw David M. Hill,
Walder Wyss AG, Aeschenvorstadt 48, Postfach 633, 4010 Basel,

gegen

Spitalanlagengesellschaft Kantonsspital St. Gallen, Rorschacher Strasse 95,
9007 St. Gallen,

Vorinstanz,

vertreten durch lic. iur. Claudia Schneider Heusi und/oder M.A. HSG Isabelle
Hanselmann, Schneider Rechtsanwälte AG, Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,

und

BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen, Holzstrasse 62, 9010 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. oec. HSG Thomas Frey, Frey & Partner,
Oberer Graben 16, Postfach 622, 9001 St. Gallen,

Gegenstand

**Vergabe Erweiterung und Erneuerung Haus 02 (BKP 232.3 Bettenkanäle; Widerruf,
Ausschluss und Zuschlag)**

Das Verwaltungsgericht stellt fest:



A. Im Rahmen der Erweiterung und Erneuerung des Hauses 02 hat die Spitalanlagengesellschaft Kantonsspital St. Gallen (Vergabestelle) am 24. Juli 2017 einen Bauauftrag für Bettenkanäle im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Am 9. Oktober 2017 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag der "Woertz AG". Dagegen gelangte die nicht berücksichtigte BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen, an das Verwaltungsgericht (B 2017/214), welches der Beschwerde am 30. Oktober 2017 antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilte mit der Begründung, die "Woertz AG" sei am 26. Juni 2012 aufgelöst und das Firmenvermögen auf die am 27. Juni 2012 neu im Handelsregister eingetragene Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG, die Woertz Handels AG, die Woertz Produktions AG und die Woertz Engineering AG übertragen worden. Unter den konkreten Umständen sei nicht nachvollziehbar, auf welches Unternehmen sich die in der Offerte gemachten "Angaben zum Anbieter" bezögen. Mit welcher Firma der Vertrag abgeschlossen werde, sei nicht klar, sodass die Beschwerde bei summarischer Prüfung als ausreichend begründet erscheine.

Mit Verfügung vom 8. November 2017 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag daraufhin widerrufswise der Woertz Handels AG. Die BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen, erhob auch dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht (B 2017/234). Ihrem Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde wiederum entsprochen mit der Begründung, die Erteilung des Zuschlags an die Woertz Handels AG vermöge nichts daran zu ändern, dass die Offerte ausdrücklich für und namens der nicht mehr existierenden "Woertz AG" eingereicht worden sei und die Woertz Handels AG ihrerseits gar nie ein rechtsverbindliches und rechtsgültiges Angebot eingereicht habe. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Woertz Handels AG als Zuschlagsempfängerin nicht in Betracht falle.

Mit Verfügungen vom 11. Dezember 2017 hob die Vergabestelle ihre Verfügung vom 8. November 2017 auf, schloss – sinngemäss, die Verfügung richtet sich an die damals als Firma nicht mehr bestehende "Woertz AG" – die Woertz Handels AG vom Verfahren aus und erteilte den Zuschlag der BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen (vgl. Darstellung des Sachverhaltes in der bundesgerichtlichen Verfügung vom 3. August 2018 im Verfahren 2C_64/2018).



B. Die Woertz Handels AG (seit 8. Juni 2018 wieder Woertz AG, Beschwerdeführerin) erhob gegen die Verfügungen der Spitalanlagengesellschaft Kantonsspital St. Gallen (Vorinstanz) vom 11. Dezember 2017 durch ihre Rechtsvertreter mit Eingabe vom 22. Dezember 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge seien die angefochtenen Verfügungen aufzuheben und die Zuschlagsverfügung vom 8. November 2017 zu bestätigen, eventualiter sei die Angelegenheit zur Klärung durch geeignete Fragen beziehungsweise die Einholung zusätzlicher Detailnachweise an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts wies das Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, mit Zwischenverfügung vom 9. Januar 2018 ab und auferlegte die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 der Beschwerdeführerin. Er verpflichtete sie zudem, die BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen, (Beschwerdegegnerin) mit CHF 2'496 (ohne Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundesgericht. Dessen zuständiger Abteilungspräsident wies das Begehren, es sei der Beschwerde gegen die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung im Verfahren vor Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung zu erteilen, am 25. April 2018 ab. In der Folge schloss die Vorinstanz am 2. Mai 2018 den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin ab. Das Bundesgericht schrieb das Verfahren am 3. August 2018 als gegenstandslos ab, auferlegte der Beschwerdeführerin die Gerichtskosten von CHF 2'000 und verpflichtete sie, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von CHF 3'000 auszurichten.

Bereits im Zwischenverfahren zur Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hatte die Beschwerdegegnerin mit Vernehmlassung vom 5. Januar 2018 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt. Mit Vernehmlassung vom 6. Februar 2018 beantragte die Vorinstanz, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei. Die Beschwerdegegnerin ergänzte ihre Vernehmlassung am 5. März 2018 und hielt an ihrem Rechtsbegehren vom 5. Januar 2018 fest. Den Antrag der Beschwerdeführerin vom 16. März 2018, das Beschwerdeverfahren sei bis zum Entscheid des Bundesgerichts über die Beschwerde gegen die Verweigerung der aufschiebenden



Wirkung zu sistieren, wies der zuständige Abteilungspräsident am 28. März 2018 ab. In der Folge nahm die Beschwerdeführerin am 13. April 2018 Stellung zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin. Am 14. Mai 2018 wies sie zudem darauf hin, die Vorinstanz habe den Vertrag am 2. Mai 2018 mit einer gemäss Handelsregister nicht existenten "BRECO-Bauelemente AG" abgeschlossen. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin äusserten sich am 22. Mai 2018 und am 30. Mai 2018 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. April 2018. Zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 14. Mai 2018 äusserten sie sich am 6. Juni 2018 und am 7. Juni 2018.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt ist die Vorinstanz Teil der Staatsverwaltung (Art. 1 Abs. 2 und lit. c des Staatsverwaltungsgesetzes, sGS 140.1, und Art. 17^{bis} Abs. 2 des Gesetzes über die Spitalverbunde, sGS 320.2). Sie muss ihre Aufträge deshalb entsprechend den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen vergeben (Art. 2 Abs. 1 lit. a 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).

Dass die Vorinstanz den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin mittlerweile abgeschlossen hat, schliesst die Beschwerdebefugnis der nicht berücksichtigten Bewerberin nicht aus, da ihr der Anspruch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit ihres Ausschlusses und des angefochtenen Zuschlags verbleibt, sollte sich ihre Beschwerde als begründet erweisen (vgl. Art. 18 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB; BGE 132 I 86 E. 3.2). Dass die Beschwerdegegnerin im Vertrag mit einer unvollständigen Firma – der Zusatz St. Gallen fehlt – genannt wird, ist allenfalls obligationenrechtlich, nicht aber für das vorliegende vergaberechtliche Verfahren – der Zuschlag in der angefochtenen Verfügung vom 11. Dezember 2017 bezieht sich unbestrittenermassen auf die Beschwerdegegnerin – von Bedeutung.



Die Beschwerde wurde von der Woertz Handels AG – nach der Fusion mit der Woertz Produktions AG und der Woertz Engineering AG seit 8. Juni 2018 Woertz AG (vgl. Internet Information aus dem Handelsregister des Kantons Basel-Landschaft) – erhoben. Der Ausschluss vom 11. Dezember 2017 richtet sich gegen die "Woertz AG", die vom 27. Juni 2012 bis 8. Juni 2018 nicht als Firma im Handelsregister aufschien. Da sie deshalb gleichermassen weder Adressatin des Zuschlags noch des Ausschlusses sein kann, ist davon auszugehen, dass – wie im bundesgerichtlichen Sachverhalt festgestellt – mit der angefochtenen Verfügung die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden sollte.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das auf ihrem Briefpapier von der "Woertz AG" eingereichte Angebot vom 4. September 2017 (act. 2/15) sei ihr – allenfalls im Sinn eines Konzernangebots – zuzurechnen und sie sei deshalb zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Erweise sich diese Rüge als begründet, hätte sie reelle Chancen auf die Feststellung, der Zuschlag wäre ihr zu erteilen gewesen, zumal die Vorinstanz ihr Angebot als das wirtschaftlich günstigere als jenes der Beschwerdegegnerin bewertete (vgl. die Zuschlagsverfügungen vom 9. Oktober 2017 und vom 8. November 2017; act. 2/16 und 19). Die Beschwerdeführerin ist deshalb zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 5 Abs. 1 EGöB und Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP).

Die Beschwerde gegen die Verfügungen vom 11. Dezember 2017 wurde mit Eingabe vom 22. Dezember 2017 rechtzeitig erhoben und erfüllt die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, es liege ein gültiges, ihr mit hinreichender Klarheit zuzurechnendes Angebot vor, weshalb kein Anlass für ihren Ausschluss bestehe.

2.1. Zur Begründung verweist die Beschwerdeführerin auf das Begleitschreiben zum Angebot auf ihrem Briefpapier und auf das Formular 5 (Projektqualitätsmanagement), das auf sie laute (act. 2/15). Die Vorinstanz habe nie Zweifel daran aufkommen lassen, dass sie die Beschwerdeführerin als Anbieterin betrachte. Sie sei ohne weiteres in der Lage, den aus dem Zuschlag resultierenden Verpflichtungen vollumfänglich



nachzukommen. Die "Woertz AG" sei als juristische Person nicht inexistent geworden, sondern habe als Teil der Woertz-Gruppe fortbestanden. Die vier Woertz-Gesellschaften – Woertz Engineering AG, Woertz Produktions AG, Woertz Handels AG und Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG – bildeten nach wie vor eine eng verflochtene, unter Leitung der Alleinaktionärin stehende wirtschaftliche Einheit, die nach aussen regelmässig unter der Marke "Woertz" auftrete.

2.2. Der Vertrag wird mit jener Anbieterin abgeschlossen, welche das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht und deshalb den Zuschlag erhalten hat (vgl. Art. 34 Abs. 1 und Art. 37 Abs. 1 Ingress der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.11, VöB). Mit der Rechtskraft des Zuschlags, welcher das öffentlich-rechtliche Verfahren der Vergabe abschliesst, müssen deshalb alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen. Dazu gehört – neben den zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen und dem Preis – insbesondere auch die unmissverständliche Bezeichnung des Vertragspartners, mit welchem die Vergabebehörde den Vertrag abschliessen will. Beim Abschluss des Vertrages, welcher gestützt auf den Zuschlag erfolgt, dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden, welche dieses Verfahren zu gewährleisten hat, wieder infrage gestellt würde. Im Zeitpunkt des Vergabeentscheides muss den Anbietenden wie der Vergabeinstanz nicht nur bekannt sein, welchen Inhalt der künftige Vertrag im Fall eines Zuschlags für sie haben wird (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1089), sondern es muss auch klar sein, mit wem der Vertrag abgeschlossen wird.

Das Angebot muss mithin eindeutig einem bestimmten Rechtssubjekt zugeordnet werden können. Ist dies nicht der Fall, sind die unternehmensbezogenen Angaben in einem Angebot – wie Höhe des Umsatzes, Personalbestand, Referenzen – letztlich nicht aussagekräftig. Eine solche Unbestimmtheit schliesst die Beurteilbarkeit des Angebots aus. Offen bleibt vorab die Frage, ob das Angebot einer geeigneten Anbieterin zuzurechnen ist. Zudem kann es unter anderem angesichts der unklaren Haftungsverhältnisse auch hinsichtlich seiner Wirtschaftlichkeit nicht abschliessend bewertet werden.



2.3. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass im Angebot, welches die Beschwerdeführerin sich zugerechnet wissen will, verschiedene Unternehmen der Woertz-Gruppe erwähnt werden. Das Begleitschreiben zum Angebot vom 4. September 2017 wurde auf Briefpapier der Woertz Handels AG aufgesetzt, jedoch für die "Woertz AG" unterzeichnet. Auf der ersten Seite des Angebotes wird als Anbieter die "Woertz AG" genannt (act. 2/15 Seite 1). Die Zusammenfassung des Angebotes ist mit dem Stempel der "Woertz AG" versehen (act. 2/15 Seite 2). Auf dem Formular 1 (Angaben zum Anbieter) wird als "Name der Unternehmung" die "Woertz AG" mit Gründungsjahr 1928, einer Haftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von 30 Millionen Franken, einem Umsatz in der Höhe von 30 Millionen Franken aus 250 Projekten in den Jahren 2014-2016 und 150 Vollzeitstellen, verteilt auf 180 Mitarbeiter, davon 4 leitende, 10 Fach- und 5 Hilfsmitarbeiter, genannt (act. 2/15 Seite 5). Auch das Formular 2 (Selbstdeklaration), in welchem unter anderem erklärt wird, die Anbieterin habe die Steuern und Sozialabgaben bezahlt, und die Steuerorgane, die Einrichtungen der Sozialversicherungen, die paritätischen Berufskommissionen und andere öffentliche Organe ausdrücklich ermächtigt werden, der Beschaffungsstelle Auskünfte im Zusammenhang mit den gestellten Fragen zu erteilen, ist mit dem Stempel der "Woertz AG" versehen (act. 2/15 Seite 6). Auf dem Formular 6 (Technischer Bericht) ist ebenso wie bei den Referenzen allgemein von "Woertz" die Rede (act. 2/15 Seiten 12 und 14). Die Anmerkungen zum Formular 5 (Projektqualitätsmanagement) sind auf Briefpapier der Woertz Handels AG festgehalten und wurden auch von ihr verfasst. Die darin enthaltenen Aussagen beziehen sich auf "das Unternehmen Woertz mit ihren Tochterfirmen Woertz Engineering AG, Woertz Produktions AG, Woertz Handels AG". Das von der Schweizerischen Vereinigung für Qualitäts- und Management-Systeme SQS am 25. Juni 2017 ausgestellte und bis 24. Juni 2020 gültige Zertifikat lautet denn auch neutral auf "Woertz" und erwähnt im Anhang sämtliche vier Unternehmen der Woertz-Gruppe. Die Projektorganisation mit dem allgemeinen Logo "Woertz" trägt den Vermerk "Woertz AG"(act. 2/15 nicht nummerierte Seiten). Die Bedingungen für Angebot und Ausführung tragen den Stempel der "Woertz AG" (act. 2/15 Seite 3/16). Die technischen Zeichnungen und Angaben sind auf Blättern mit dem Logo "woertz" widergegeben (act. 2/15 Seiten 108-112).

2.4. Insgesamt ist aus diesen Angaben zu schliessen, dass das Angebot vom 4. September 2017 einer "Woertz AG" zuzurechnen ist. Die Vorinstanz hat denn auch –



ohne zu klären, ob eine solche Firma im Handelsregister eingetragen ist – den Zuschlag am 9. Oktober 2017 zunächst der "Woertz AG" erteilt. Diese Firma war indessen bereits am 27. Juni 2012 aufgelöst und das Firmenvermögen unter gleichzeitiger Anpassung ihres Zwecks und Übertragung ihres Vermögens auf die neu geschaffenen Woertz Engineering AG, Woertz Handels AG und Woertz Produktions AG in die Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG überführt worden. Einer "Woertz AG" konnte das Angebot deshalb gar nicht mehr zugerechnet werden.

Wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, die "Woertz AG" sei nicht untergegangen, so trifft das damit lediglich insoweit zu, als dass die ursprünglich als Woertz AG firmierende juristische Person im Handelsregister nicht gelöscht wurde. Die Beschwerdeführerin macht indessen – was unter den dargelegten Umständen allenfalls noch etwas näher läge, aber am Ergebnis nichts ändern könnte – nicht geltend, das Angebot sei der Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG zuzurechnen. Wie die Unternehmen der Gruppe im Zeitpunkt der Einreichung des Angebots gegenseitig aneinander beteiligt waren, ist nicht bekannt. Insbesondere ist nicht bekannt, ob die drei neu geschaffenen juristischen Personen vollständig im Eigentum der Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG standen. Dass die Angaben zur Anbieterin für die Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG gälten, behauptet auch die Beschwerdeführerin nicht.

Die Beschwerdeführerin bringt vielmehr vor, das Angebot vom 4. September 2017 sei ihr, das heisst der damaligen Woertz Handels AG, zuzuordnen. Allein daraus, dass im Angebot von den im Zeitpunkt der Einreichung des Angebots bestehenden Unternehmen der Woertz-Gruppe neben der nicht mehr bestehenden Firma "Woertz AG", die auf allen wesentlichen Dokumenten als Anbieterin erscheint, zweimal auch die Woertz Handels AG genannt wird, war aber nicht zu schliessen, das Angebot und insbesondere die Angaben zur Anbieterin seien letzterer zuzurechnen. Zumal die – zwar vom 4. September 2017 datierende – Erklärung der weiteren Unternehmen der Woertz-Gruppe, die Beschwerdeführerin könne auf deren Erfahrung und Ressourcen zurückgreifen, der Vorinstanz unbestrittenermassen nicht zusammen mit dem Angebot, sondern erst zusammen mit der Stellungnahme vom 5. Dezember 2017 zum geplanten Ausschluss vom Vergabeverfahren eingereicht wurde (act. 2/22 und 2/14), war das Angebot für die Vorinstanz – selbst wenn es sich dabei um eine vergaberechtlich



ausreichende Konzernklärung handeln sollte – nicht als Konzernangebot erkennbar. Obwohl die Bestimmungen des Vergabeverfahrens dies ausdrücklich zuliesse, hat die Woertz-Gruppe ihr Angebot auch nicht als Bietergemeinschaft oder Konzern eingereicht. Kein Unternehmen der Woertz-Gruppe als Anbieter zu betrachten, war unter den gegebenen Umständen nicht überspitzt formalistisch (vgl. dazu BGer 2P. 66/2001 vom 2. Juli 2001).

2.5. Soweit mit der Beschwerde geltend gemacht wird, das Angebot sei – allenfalls als Konzernangebot – ohne Weiteres der Beschwerdeführerin zuzurechnen gewesen, erweist sie sich damit als unbegründet.

3. In zweiter Linie macht die Beschwerdeführerin geltend, das Angebot sei ihr – allenfalls als Konzernangebot – aufgrund der nachträglichen Erklärungen, zu deren Einholung die Vorinstanz angesichts der Zweifel an der Identität der Anbieterin verpflichtet gewesen sei, zuzurechnen.

3.1. In der Beschwerde wird vorgebracht, der Ausschluss sei unverhältnismässig und überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Anforderungen geringfügig oder im Ergebnis unbedeutend sei. Zudem sei die nachträgliche Einreichung von Detailnachweisen zulässig. Die Beschwerdeführerin beruft sich dabei auf die Erklärung sämtlicher Woertz-Gesellschaften vom 4. September 2017, wonach sie als Anbieterin aufgetreten sei und auf die Ressourcen der übrigen Woertz-Gesellschaften zurückzugreifen könne (act. 2/14). Die Vergabestelle könne – und müsse unter Umständen auch – vom Anbieter Erläuterungen verlangen, wenn Angaben eines Angebots unklar seien. Lügen lediglich zwei Offerten vor, spreche das Interesse an Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit gegen eine strenge Handhabung der Ausschlussvorschriften. Die – unsorgfältige – Verwendung der Firma "Woertz AG" oder der Marke "Woertz" im Angebot stelle allein einen geringfügigen, einfach zu korrigierenden Mangel dar, welcher den Ausschluss nicht rechtfertige. Bereits eine einfache schriftliche Bestätigung, wonach sie als Anbieterin auftrete und auf die Ressourcen der übrigen Woertz-Gesellschaften – Bietergemeinschaften und Subunternehmer seien ausdrücklich zugelassen und Konzernangebote nicht ausgeschlossen gewesen – zurückgreifen könne, hätte den Zweck erfüllt, ohne das Gleichbehandlungsgebot zu verletzen. Spätestens im vorliegenden Verfahren sei der



Mangel als geheilt zu betrachten, so dass das Verwaltungsgericht die angefochtene Verfügung aufheben und den Zuschlag vom 8. November 2017 an die Beschwerdeführerin bestätigen könne. Werde die Angelegenheit nicht als spruchreif erachtet, sei sie zur Einholung der erforderlichen Auskünfte an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.2.

3.2.1. 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). Der Auftraggeber prüft gemäss Art. 31 VöB die Angebote nach einheitlichen Kriterien (Abs. 1), korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler (Abs. 2) und kann – sind Angaben eines Angebots unklar – vom Anbieter Erläuterungen verlangen, die schriftlich festgehalten werden (Abs. 3). Art. 31 Abs. 3 VöB umschreibt nicht näher, was unter unklaren Angaben eines Angebots zu verstehen ist. Da indes eine Erläuterung grundsätzlich nur technische und rechnerische Überlegungen zum Gegenstand haben kann, müssen sich auch allfällige Unklarheiten auf technische oder rechnerische Angaben beziehen. Als unklar sind Angaben etwa dann zu bezeichnen, wenn sie missverständlich, nicht eindeutig oder nicht aussagekräftig sind. Allerdings dürfen die Unklarheiten des Angebots nicht so geartet sein, dass der Anbieter im Sinn von Art. 12 VöB ausgeschlossen werden kann. Das Angebot darf insbesondere nicht unvollständig sein (vgl. dazu GVP 2002 Nr. 32 mit Hinweisen).

Art. 12 Abs. 1 VöB nennt Gründe, aus denen der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen kann. Dies ist unter anderem insbesondere dann der Fall, wenn der Anbieter die Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a) oder wenn wesentliche Formvorschriften der Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt werden (lit. h). Die Aufzählung in Art. 12 Abs. 1 VöB ist nicht abschliessend. 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 den Ausschluss der betreffenden Offerte 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 (vgl. BGer 2P.276/3005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4 mit Hinweisen auf weitere bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Bei Unklarheiten keine Erläuterungen einzuholen und den Anbieter auszuschliessen findet seine Grenze am Verbot des überspitzten Formalismus. Überspitzter Formalismus ist eine spezielle Form der Rechtsverweigerung und liegt insbesondere vor, wenn eine Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV), der auch im Lichte von Art. 5 und 9 BV zu würdigen ist, ist verletzt, wenn die strikte Einhaltung einer Formvorschrift durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum Selbstzweck wird und auf unhaltbare Weise die Verfolgung des materiellen Rechts behindert oder kompliziert. Die einschlägigen Normen über das öffentliche Beschaffungswesen gehen von der Konzeption aus, dass der Auftraggeber an Anbieter herantritt und diese auffordert, im Hinblick auf den Abschluss eines Vertrages ein Angebot einzureichen. Der Zuschlag darf deshalb nur an einen Anbieter ergehen und der Vertrag nur mit einem solchen abgeschlossen werden (vgl. BGer 2P.66/2001 vom 2. Juli 2001 E. 2a und b).

3.2.2. Kann – wie vorliegend – ein Angebot keinem Rechtssubjekt und damit keinem Anbieter zugeordnet werden, ist rechtlich ein Ausschluss an sich nicht möglich, da dieser sich entsprechend dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 Ingress VöB auf den Anbieter bezieht. Insoweit wiegt die Unmöglichkeit, das Angebot einer Anbieterin zuzuordnen, schwerer als eine andere Unklarheit. Deshalb wäre die Vergabebehörde nach der dargelegten Rechtsprechung nicht verpflichtet, die Zuordnung des Angebots zu einer Anbieterin zu klären. Art. 31 Abs. 3 VöB bezieht sich indessen auf die Unklarheiten des Angebots, worunter ausnahmsweise auch die fehlende Zuordnung des Angebots zu einer Anbieterin gehören kann.



Die Erteilung eines Zuschlags an die "Woertz AG" war rechtlich nicht möglich. Die Abklärung, wer nun als Anbieter auftritt, sprengt den Rahmen, innerhalb dessen die Vergabebehörde gestützt auf Art. 31 Abs. 3 VöB zur Einholung von Erläuterungen verpflichtet und berechtigt ist. Auch wenn die klärenden Angaben zum Angebot sich nicht auf den Preis und die dafür erbrachte Leistung auswirken, sind sie vorliegend doch geeignet, allenfalls Anpassungen bei den Angaben zum Unternehmen und bei der Zuordnung der Referenzen auszulösen und damit zu Anpassungen des Angebots zu führen. Der Verzicht der Vorinstanz, weitere Angaben einzuholen und das Angebot gegebenenfalls hinsichtlich der Angaben zum Unternehmen anzupassen, erscheint unter diesen Umständen nicht als überspitzt formalistisch. Vielmehr hielte die Einräumung einer solchen Möglichkeit zur Anpassung des Angebots vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter nicht stand.

3.2.3. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin das Angebot der "Woertz AG" mehrfach – insbesondere nach dem zweiten Zuschlag vom 8. November 2017 – erläutert. Nach diesen Erläuterungen ist das Angebot der – im Zeitpunkt der Einreichung noch bestehenden – Woertz Handels AG zuzurechnen. Die Beschwerdeführerin anerkennt allerdings selbst, dass sie nicht über die Produktionskapazität verfügt, wenn sie ausführt, die Werke in Hölstein beziehungsweise Muttenz gehörten formell der – im Zeitpunkt der Einreichung des Angebots noch bestehenden – Woertz Produktions AG. Ob die nachträglich eingereichte Erklärung der Woertz-Gesellschaften, dass die Beschwerdeführerin auf die Kapazitäten der übrigen Woertz-Gruppe zurückgreifen könne, den Anforderungen an eine vergaberechtlich verbindliche Konzernklärung genügt, ist schliesslich fraglich, kann aber offenbleiben. Für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens ohne Bedeutung ist, dass mittlerweile die Beschwerdeführerin (seit 8. Juni 2018) unter der Bezeichnung "Woertz AG" firmiert.

4. Erweist sich die Beschwerde gegen die vorinstanzliche Ausschlussverfügung vom 11. Dezember 2017 als unbegründet, erübrigt sich die Überprüfung der Verfügung vom gleichen Tag, mit welcher die Vorinstanz die Zuschlagsverfügung vom 8. November 2017 widerrufen und den Zuschlag der Beschwerdegegnerin erteilt hat. Insoweit ist auf die Beschwerde mangels schutzwürdigen Interesses der – vom Vergabeverfahren zu Recht ausgeschlossenen – Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Deshalb ist auch auf



die Frage, ob auf das Schadenersatzbegehren der Beschwerdeführerin mangels Rechtzeitigkeit nicht eingetreten werden könnte, nicht weiter einzugehen.

5. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von der Beschwerdeführerin zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'500 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Vom Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin in der Höhe von CHF 2'500 wurden die ihr auferlegten amtlichen Kosten der Zwischenverfügung vom 9. Januar 2018 von CHF 1'000 bezogen. Der Rest von CHF 1'500 ihres Kostenvorschusses ist mit der Gebühr für den Hauptentscheid zu verrechnen.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das Hauptverfahren ausseramtlich zu entschädigen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat eine Kostennote mit einem pauschalen Honorar über CHF 5'500 zuzüglich CHF 220 Barauslagen (pauschal vier Prozent) und 7,7 Prozent Mehrwertsteuer eingereicht. Für das Zwischenverfahren wurde ihr mit – rechtskräftig gewordener – Zwischenverfügung vom 9. Januar 2018 eine Entschädigung von CHF 2'400 zuzüglich Barauslagen zugesprochen. Für das Hauptverfahren verbleibt ein geltend gemachter Honoraranspruch von CHF 3'100, ebenfalls zuzüglich Barauslagen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beschwerdegegnerin zwar bereits in den die gleiche Thematik beschlagenden Verfahren B 2017/214 und 234 ausseramtliche Entschädigungen zulasten der Vorinstanz von CHF 2'600 und CHF 3'000 zugesprochen wurden, jedoch im vorliegenden Verfahren eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses erforderlich war, bewegt sich das geltend gemachte Honorar in der Grössenordnung, in welcher in vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren üblicherweise Pauschalentschädigungen zugesprochen werden (vgl. Art. 19, Art. 22 Abs. 1 lit. b und Art. 28^{bis} Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Die Mehrwertsteuer bleibt unberücksichtigt, da die Beschwerdegegnerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen



2004, S. 194). Die obsiegende Vorinstanz hat sich im Beschwerdeverfahren zwar rechtskundig vertreten lassen und ihre Anträge unter Entschädigungsfolge gestellt. Als verfügende Vergabebehörde hat sie indessen praxisgemäss keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829; Hirt, a.a.O., S. 176 f.). Daran vermag nichts zu ändern, dass die Vorinstanz den Fall als ausserordentlich aufwendig beurteilt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 1'500 unter Verrechnung mit dem bei der Hauptsache verbliebenen restlichen Kostenvorschuss.
3. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Hauptverfahren mit CHF 3'224 (ohne Mehrwertsteuer).

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Zürn

Scherrer