



Fall-Nr.: B 2019/265
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.01.2020
Entscheiddatum: 17.12.2019

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 17.12.2019

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Vergabebehörde hat die Unternehmerinnen, welche die Ausschreibungsunterlagen über simap bezogen hatten, nachträglich mit E-Mail ebenfalls via simap über eine Ergänzung der Unterlagen mit den "Allgemeinen Vertragsbedingungen", die auch Teil der Abgabedokumente seien, informiert. Das Angebot der Beschwerdeführerin, welches diese Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht enthielt, wurde ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe das E-Mail nicht erhalten. Mit Blick auf die Bedeutung der Ergänzung und die gravierenden Folgen der Nichtbeachtung erscheint es angebracht, von den Vergabebehörden den Nachweis des Empfangs der neuen Bedingungen zu verlangen. Dieser Nachweis gelingt der Vergabebehörde nicht. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin erscheint jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung überspitzt formalistisch. Dem Gesuch um aufschiebende Wirkung ist zu entsprechen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2019/265).

Verfügung vom 17. Dezember 2019

Verfahrensbeteiligte

ASAG LÜFTUNG-KLIMA-ENERGIETECHNIK AG, Churerstrasse 115, 9470 Buchs SG,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Remo Dolf, Kunz Schmid, Gäuggelistrasse 1, Postfach 341, 7001 Chur,

gegen



St.Galler Gerichte

Politische Gemeinde Sevelen, Gemeinderat, Hauptstrasse 54, Postfach,
9475 Sevelen,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. HSG Christina Nossung, factum advocatur,
Teufener Strasse 3, Postfach 635, 9001 St. Gallen,

Gegenstand

Vergabe Neubau Betagtenheim Casa Sevellun (BKP 244 Lüftungsanlagen, Ausschluss vom Verfahren) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die ASAG LÜFTUNG-KLIMA-ENERGIETECHNIK AG (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Sevelen (Vorinstanz) am 21. November 2019 verfügten Ausschluss vom Verfahren der Vergabe der Lüftungsanlagen beim Neubau des Betagtenheims Casa Sevellun mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 2. Dezember 2019 Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat mit verfahrensleitender Verfügung vom 4. Dezember 2019 der Vorinstanz den Erlass einer Zuschlagsverfügung zur Vergabe der Lüftungsanlagen für den Neubau des Betagtenheims Casa Sevellun und den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Die Vorinstanz hat mit Eingabe vom 11. Dezember 2019 beantragt, das Gesuch sei – soweit darauf einzutreten sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Gleichzeitig hat sie dem Gericht die Vergabeakten – ohne die Angebote der weiteren Bewerberinnen – überwiesen.

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 bringt als öffentliches, der Gewährung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehendes Interesse vorab die Dringlichkeit der Erstellung des Neubaus als Ersatz für das Altersheim "Gärbi", das veraltet, zu klein und unattraktiv sei, dessen technische Ausstattung minimal und dessen Sanierungsbedarf sehr hoch sei, das den heutigen Bedürfnissen nicht mehr gerecht werde und das sowohl für die zu Pflegenden als auch für das Personal nicht mehr zumutbar sei. Pflegeleistungen und Betreuung könnten nicht mehr in der geforderten Qualität erbracht werden. Es laufe "auf dem letzten Zacken". Verzögerungen bei den Lüftungsanlagen führten zwangsläufig zu Verzögerungen beim Gesamtprojekt. Gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sprechende öffentliche Interessen lägen auch im haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln und im Funktionieren des öffentlichen Beschaffungsrechts.



In den Ziffern 630 ff. der Besonderen Bestimmungen werden das "4. Quartal 2019" für den Baubeginn und das 4. Quartal 2021" für die Inbetriebnahme, Abnahme und Bauübergabe genannt (act. 7/30 Seite 25). Im Rahmenterminplan ist für die Anlagen der Heizungs-, Lüftungs-, Klima- und Kältetechnik (HLKK) ein Zeitrahmen von 26. Februar 2020 bis 24. Juni 2021 als "Sammelvorgang" eingetragen (act. 7/25). In Ziffer 2.13 der Ausschreibung wurden unter dem Titel "Ausführungstermin" der Zeitraum vom 20. Februar 2020 bis 1. August 2021 genannt (act. 7/26). Auf dem Originaltitelblatt wird zu den Ausführungs- bzw. Lieferungsterminen die Angabe "1. Quartal 2020 bis 4. Quartal 2021" gemacht (act. 7/30). Die Vorinstanz beruft sich nicht auf einen detaillierten Terminplan, in welchem der als "Sammelvorgang" dargestellte Zeitrahmen gegliedert und insbesondere der Zeitpunkt des geplanten Zuschlags, für welchen die Legende im Rahmenterminplan durchaus ein Symbol vorsieht (act. 7/25), genannt würden. Aus dem Rahmenterminplan wird deshalb vor allem nicht ersichtlich, ob die Vorinstanz auch die Möglichkeit einer Beschwerde im Vergabeverfahren berücksichtigt hat. Der Ersatz öffentlicher Bauten, die ihre Funktion nicht mehr den aktuellen Erwartungen entsprechend erfüllen, ist in der Regel zeitlich mittel- bis langfristig planbar und nicht an einen zwingenden Zeitpunkt gebunden. Inwieweit die aufschiebende Wirkung einem haushälterischen Umgang mit den öffentlichen Mitteln – ausgenommen dem möglichen Wegfall der Kosten einer allfälligen Weiterführung des Beschwerdeverfahrens bei Verweigerung der aufschiebenden Wirkung – entgegensteht und das Funktionieren des öffentlichen Beschaffungsrechts hindert, konkretisiert die Vorinstanz nicht. Die öffentlichen Interessen an der unmittelbaren Weiterführung des Vergabeverfahrens für die Lüftungsanlagen erscheinen deshalb insgesamt nicht als besonders gewichtig.

2.2.

2.2.1. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin am 5. November 2019 zurecht die Gelegenheit gegeben, sich zum vorgesehenen Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen unvollständig ausgefüllter Offertunterlagen zu äussern. Sie führte an, namentlich fehlten die allgemeinen Vertragsbedingungen komplett, die Bestätigung der Steuerbehörde und die Produktfixierung. Teilweise seien keine Produkte fixiert und meistens zwei Produkte angegeben worden (act. 3/5). Nachdem die Beschwerdeführerin sich am 18. November 2019 zu diesen Vorwürfen geäußert und



eine Bestätigung der Steuerbehörde vom 12. November 2019 über die Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen nachgereicht hatte (act. 3/9), begründete die Vorinstanz den angefochtenen Ausschluss vom 21. November 2019 einzig noch damit, die Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen bildenden Allgemeinen Vertragsbedingungen fehlten in der Offerte der Beschwerdeführerin komplett.

Darüber, dass die im Angebot fehlende, jedoch am 18. November 2019 nachgereichte steueramtliche Bestätigung einen Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin nicht rechtfertigen liesse, sind sich die Verfahrensbeteiligten einig. Damit, dass die Vorinstanz den Ausschluss auch nicht mehr mit fehlenden Produktexemplaren begründete, bringt sie zum Ausdruck, dass das von der Beschwerdeführerin vorgetragene Verständnis der Position 252.300 der Besonderen Bestimmungen – wenn möglicherweise auch nicht zutreffend, so doch – nachvollziehbar ist und ein Angebotsmangel, der auf eine von der Vergabebehörde zu vertretende, nicht ohne Weiteres erkennbare Unklarheit in der Formulierung zurückzuführen ist, einen Ausschluss nicht rechtfertigt.

Summarisch zu prüfen ist damit einzig, ob die im Angebot der Beschwerdeführerin fehlenden Allgemeinen Vertragsbedingungen einen Ausschluss vom Vergabeverfahren rechtfertigten.

2.2.2. Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) regelt in einer nicht abschliessenden Aufzählung, aus welchen Gründen der Auftraggeber Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen kann. Ausgeschlossen werden kann unter anderem, wer wesentliche Formvorschriften der Verordnung oder des Vergabeverfahrens verletzt. Im Recht der öffentlichen Beschaffungen gilt die allgemeine Regel, wonach eine Offerte, die der Ausschreibung nicht entspricht, namentlich unvollständig ist, und deshalb mit den anderen Offerten nicht verglichen werden kann, ausgeschlossen werden kann (vgl. BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2 mit Hinweis auf M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Bern 2004, S. 222 f.). Die Behörde ist nicht verpflichtet, von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben zu vervollständigen (BGE 139 II 489 E. 3.2). Nach Lehre und Rechtsprechung ist eine nachträgliche Ergänzung unvollständiger Offerten zulässig, wenn der Mangel so



unbedeutend ist, dass ein deswegen verfügbarer Ausschluss überspitzt formalistisch erscheint (vgl. BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 3.3). Von einem Ausschluss ist abzusehen, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (vgl. BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2). Im Einzelfall kann sich die Abgrenzung zwischen der (zulässigen) Korrektur von Fehlern in der Offerte oder deren Klarstellung und der (unzulässigen) Modifizierung oder Ergänzung eines Angebots als heikel erweisen (vgl. BGer 2C_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1 mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung, insbesondere BGE 141 II 353 E. 8.2.2).

2.2.3. Die Vorinstanz macht geltend, die Anbieter seien per E-Mail vom 16. August 2019 via SIMAP darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die Ausschreibungsunterlagen mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen ergänzt worden seien. Alle anderen Anbieterinnen hätten die Allgemeinen Vertragsbedingungen mit ihrem Angebot eingereicht. – Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, sie habe von der nachträglichen Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen mit den allgemeinen Vertragsbedingungen erst mit Eingang des Schreibens der Vorinstanz vom 5. November 2019 Kenntnis erhalten. Formell korrekt hätte die Ergänzung – entsprechend dem ihr von der Vorinstanz zugemessenen hohen Stellenwert – im kantonalen Amtsblatt erfolgen müssen und nicht über den unsicheren E-Mail-Verkehr (Firewalls, Spam etc.).

2.2.4. Der von der Vorinstanz beigebrachte Auszug aus SIMAP legt nahe, dass die Mitteilung "Allgemeine Vertragsbedingungen ergänzt. Diese sind Teil der Abgabedokumente." per E-Mail am 16. August 2019, 11:36, auch an die Beschwerdeführerin versandt werden sollte (act. 7/28). Aus der Kostenzusammenstellung ergibt sich, dass die allgemeinen Vertragsbedingungen – entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung – nicht nur im Angebot der Beschwerdeführerin, sondern auch in jenem einer weiteren Bewerberin fehlten (act. 7/33). Es besteht zumindest die Möglichkeit, dass zwei von sechs Anbieterinnen von der Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen und dem Umstand, dass die allgemeinen Vertragsbedingungen ebenfalls abzugeben waren, keine Kenntnis erhielten. Gegenstand der Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen und der Anforderungen an ein vollständiges Angebot war ein Element der Ausschreibung, deren



Nichtbeachtung nach Auffassung der Vorinstanz zum zwingenden Ausschluss des Angebots vom Vergabeverfahren führen sollte. Mit Blick auf diese Bedeutung der Ergänzung und die gravierenden Folgen der Nichtbeachtung erscheint es im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 12 Abs. 1 VöB angebracht, von der Vergabebehörde den Nachweis des Empfangs der neuen Bedingungen durch die Anbieterinnen, welche die Ausschreibungsunterlagen bezogen haben, zu verlangen. Ein solcher Nachweis ist allein mit dem beigelegten Auszug aus SIMAP nicht erbracht.

Hinzu kommt, dass der Ausschluss als Folge der dem Angebot nicht beigelegten Allgemeinen Vertragsbedingungen im E-Mail vom 16. August 2019 nicht angedroht wurde. Insbesondere blieb das Originaltitelblatt, in welchem die Beilagen zum Angebot – Leistungsverzeichnis, Plandossier Allgemein, Eingabeformular Eignungsprüfung und Allgemein, Ergänzungen zu den allgemeinen Vorschriften – aufgeführt wurden, unverändert.

2.2.5. Unter diesen Umständen erscheint der Ausschluss der Beschwerdeführerin jedenfalls bei der gebotenen summarischen Überprüfung als überspitzt formalistisch.

3. Aufgrund dieser Umstände sind die öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit geringer zu gewichten als die privaten Interessen der Beschwerdeführerin am Aufschub des Zuschlags. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

4. Der Vorinstanz ist eine Frist bis 10. Januar 2020 anzusetzen, um zur Beschwerde in der Sache Stellung zu nehmen. Es gelten keine Gerichtsferien. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'200 von der Vorinstanz zu bezahlen; auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 1 und 3 VRP, Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'500 verbleibt bei der Hauptsache. Die Vorinstanz hat die



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren ausseramtlich ermessensweise mit CHF 2'500 zuzüglich CHF 100 Barauslagen zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP; Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28^{bis} der Honorarordnung, sGS 963.75, HonO). Anspruch auf die Hinzurechnung der Mehrwertsteuer hat die Beschwerdeführerin nicht, zumal sie selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann (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) und im Übrigen diesbezüglich auch keinen begründeten Antrag gestellt hat (Art. 29 HonO).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.
2. Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Erlass einer Zuschlagsverfügung zur Vergabe der Lüftungsanlagen für den Neubau des Betagtenheims Casa Sevellun und der Abschluss des Vertrags untersagt.
3. Die Vorinstanz wird eingeladen, bis **10. Januar 2020** zur Beschwerde in der Sache Stellung zu nehmen (in doppelter Ausfertigung). Es gelten keine Gerichtsferien. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
4. Die Vorinstanz bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'200. Auf die Erhebung wird nicht verzichtet. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'500 verbleibt bei der Hauptsache.
5. Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerin für das Zwischenverfahren mit CHF 2'600 (ohne Mehrwertsteuer).

Der Abteilungspräsident

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Eugster