



Fall-Nr.: B 2019/26
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 03.09.2019
Entscheiddatum: 01.07.2019

Entscheid Verwaltungsgericht, 01.07.2019

Beschaffungsrecht Art. 12 VöB, Verwaltungsverfahrenrecht Art. 88 Abs. 2 VRP. Anspruch des Zuschlagsempfängers auf Widerruf des (gerichtlichen) Zuschlags und / oder auf Abbruch des Vergabeverfahrens. Der Zuschlagsempfänger erhält mit dem Zuschlag keinen Anspruch auf den Abschluss eines Vertrags. Der Beschwerdegegner hat, mangels Betroffenheit des Zuschlagsempfängers im Rechtssinne, zu Recht keine Widerrufsverfügung erlassen. Es liegt keine Rechtsverweigerung vor (Verwaltungsgericht, B 2019/26).

Entscheid vom 1. Juli 2019

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Glaux Soft AG, Steigerhubelstrasse 3, 3008 Bern,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Carole Gehrler Cordey, SwissLegal
asg.advocati, Kreuzackerstrasse 9, 9000 St. Gallen,

gegen

Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32,
9001 St. Gallen,



Beschwerdegegner,

Gegenstand

Rechtsverweigerungsbeschwerde

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen hat für einen Verbund von 13 Nutzerkantonen gestützt auf einen Beschluss der Regierung des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 2017 den Zuschlag für die Beschaffung von IT-Dienstleistungen sowie einer "Software as a Service"-Lösung für die elektronische Prüfung und Abwicklung von Kostengutsprachen und von Spitalrechnungen (ELPAS) mit Verfügung vom 6. Juli 2017 an die Stammgemeinschaften Schweiz AG erteilt. Das Verwaltungsgericht hat am 26. Oktober 2017 die gegen diesen Zuschlag von der Glaux Soft AG, deren Angebot nicht berücksichtigt worden war, erhobene Beschwerde gutgeheissen und ihr den Zuschlag erteilt. Der Entscheid wurde unangefochten rechtskräftig (B 2017/154, www.gerichte.sg.ch).

B. Die Verhandlungsdelegation ELPAS stellte am 27. Juni 2018 das Scheitern der im März 2018 im Hinblick auf den Abschluss des Vertrags mit der Glaux Soft AG aufgenommenen Verhandlungen fest. Die Glaux Soft AG vertrat in der Folge gegenüber der Vergabestelle die Auffassung, unter diesen Umständen sei der Zuschlag zu widerrufen und/oder das Vergabeverfahren abubrechen. Der Rechtsdienst des Gesundheitsdepartements des Kantons St. Gallen teilte ihr am 5. Dezember 2018 mit, die Vergabebehörde könne stets auf die Beschaffung verzichten und der Zuschlagsempfänger erhalte mit dem Zuschlag keinen Anspruch auf den Abschluss eines Vertrags. Mit dem vollständigen Verzicht auf die Beschaffung werde der Zuschlagsempfänger in seiner vergaberechtlichen Rechtsstellung nicht betroffen. Mangels Betroffenheit im Rechtssinne habe die Glaux Soft AG keinen Anspruch auf Erlass einer Widerrufsverfügung. Ein Abbruch des mit dem rechtskräftigen Zuschlag abgeschlossenen Vergabeverfahrens sei nicht möglich.



St.Galler Gerichte

C. Die Glaux Soft AG (Beschwerdeführerin) erhob mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 17. Januar 2019 Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen (Beschwerdegegner) sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge anzuweisen, eine Verfügung betreffend Widerruf des ihr mit Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 26. Oktober 2017 erteilten Zuschlags sowie betreffend Abbruch des Vergabeverfahrens ELPAS zu erlassen.

Die Beschwerdegegner beantragte mit Vernehmlassung vom 13. März 2019, die Beschwerde sei abzuweisen, eventualiter darauf infolge Versäumnis der Rechtsmittelfrist nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin nahm dazu am 5. April 2019 Stellung. Die Beschwerdegegner äusserte sich am 30. April 2019 dazu. Die Beschwerdeführerin antwortete mit Eingabe vom 8. Mai 2019.

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. Die Beschwerdeführerin erhebt eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen. Das Verwaltungsgericht, das gemäss Art. 89 Abs. 1 Ingress und lit. c des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) über Rechtsverweigerungsbeschwerden gegen Departemente entscheidet, ist zur Behandlung der Angelegenheit zuständig. Die Beschwerdeführerin, deren Begehren um Widerruf des ihr vom Verwaltungsgericht am 26. Oktober 2017 erteilten Zuschlags und/oder um Abbruch des dem Zuschlag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens betreffend Beschaffung von IT-Dienstleistungen sowie einer "Software as a Service"-Lösung für die elektronische Prüfung und Abwicklung von Kostengutsprachen und von Spitalrechnungen (ELPAS) die Beschwerdegegner am 5. Dezember 2018 nicht entsprochen hat, ist zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 92 in Verbindung mit Art. 64 und Art. 45 Abs. 1 VRP).

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2018 teilte die Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin mit, sie werde weder den Widerruf des Zuschlags noch den



Abbruch des Vergabeverfahrens verfügen. Die Beschwerdeführerin nahm das Schreiben am 6. Dezember 2018 entgegen. Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 17. Januar 2019 unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes über Weihnachten und Neujahr vom 18. Dezember 2018 bis 2. Januar 2019 innerhalb der Frist von dreissig Tagen, nachdem die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegrund Kenntnis erhalten hatte, erhoben (Art. 90 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 VRP in Verbindung mit Art. 145 Abs. 1 Ingress und lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO). Die Beschwerdegegnerin ist der Auffassung, die Frist sei über Weihnachten und Neujahr nicht stillgestanden. Sie stützt sich auf Art. 15 Abs. 4 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB), wonach bei Beschwerden gegen Verfügungen der Auftraggeberin keine Gerichtsferien gelten. Ob diese Regelung auch in Verfahren gilt, in denen – wie vorliegend – nicht die zehntägige Beschwerdefrist gemäss Art. 15 Abs. 3 IVöB – auf die sich die Beschwerdegegnerin im Übrigen nicht beruft – anwendbar ist, kann offenbleiben. Das st. gallische Verwaltungsverfahrenrecht verlangt in Art. 30 Abs. 3 VRP, dass die Beteiligten auf die in Art. 30 Abs. 2 Ingress und lit. c VRP genannte Ausnahme der Beschwerdeverfahren nach dem Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, in denen die Gerichtsferien nicht gelten, hingewiesen werden müssen, andernfalls die Regeln über den Fristenstillstand anzuwenden sind (vgl. VerwGE B 2018/93 vom 21. Juni 2018 E. 1, www.gerichte.sg.ch; zur Ausnahme im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden gemäss Art. 30 Abs. 2 Ingress und lit. a VRP vgl. GVP 2013 Nr. 49). Einen Hinweis darauf, dass bei der Erhebung einer allfälligen Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen die Ablehnung des Begehrens der Beschwerdeführerin um Erlass einer Widerrufs- und/oder Abbruchsverfügung die Gerichtsferien nicht zu berücksichtigen seien, hat die Beschwerdegegnerin in ihrem Schreiben vom 5. Dezember 2018 indessen nicht angebracht. Unter diesen Umständen ist zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 17. Januar 2019 der Stillstand der Frist über die Weihnachts- und Neujahrsfeiertage zu berücksichtigen.

Die Eingabe vom 17. Januar 2019 erfüllt schliesslich in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 92 in Verbindung mit Art. 64 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist dementsprechend einzutreten.



2. Mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde kann gemäss Art. 88 Abs. 2 Ingress und lit. a VRP geltend gemacht werden, eine Behörde weigere sich, eine vorgeschriebene Amtshandlung vorzunehmen. Voraussetzung für eine formelle Rechtsverweigerung ist ein Anspruch des Betroffenen auf Erlass einer Verfügung (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 1208). Die Beschwerdeführerin macht einen Anspruch auf Erlass einer Widerrufsverfügung zum Zuschlagsentscheid des Verwaltungsgerichts vom 28. Oktober 2017 und/oder einer Abbruchsverfügung im Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung von IT-Dienstleistungen sowie einer "Software as a Service"-Lösung für die elektronische Prüfung und Abwicklung von Kostengutsprachen und von Spitalrechnungen (ELPAS) durch den Beschwerdegegner geltend. Zu prüfen ist einerseits, ob der Beschwerdegegner als Vergabestelle zum Widerruf des gerichtlichen Zuschlags zuständig ist (dazu nachfolgend Erwägung 3) und andererseits, ob er gegebenenfalls verpflichtet wäre, den Zuschlag zu widerrufen und/oder das Vergabeverfahren formell abzuberechnen (dazu nachfolgend Erwägung 4).

3. Die Beschwerdeführerin hält dem Beschwerdegegner hinsichtlich seiner Weigerung, den Zuschlag zu widerrufen, eine Rechtsverweigerung vor, obwohl der das Vergabeverfahren abschliessende rechtskräftige Zuschlagsentscheid vom 26. Oktober 2017 vom Verwaltungsgericht ausging.

Die Verwaltung darf nach Abschluss eines Beschwerdeverfahrens eine Verfügung nur in Ausnahmefällen, insbesondere wenn ein gerichtliches Urteil einen Dauerzustand schafft, in Wiedererwägung ziehen oder widerrufen, ansonsten sie die Rechtsprechung unterlaufen könnte; Gerichtsentscheide ihrerseits können nicht widerrufen oder in Wiedererwägung gezogen, sondern im Verfahren der Wiederaufnahme revidiert werden (vgl. Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 935 und Rz. 1178 ff.; Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 2714).

Eine Revision des rechtskräftigen Entscheides des Verwaltungsgerichts vom 26. Oktober 2017 beantragt die Beschwerdeführerin nicht. Mit dem rechtskräftigen Beschwerdeentscheid wurde die Zuschlagsverfügung des Beschwerdegegners vom 6. Juli 2017, mit welcher das Angebot einer Mitbewerberin der Beschwerdeführerin berücksichtigt worden war, bereits aufgehoben. Es liegt damit – anders als in den



Fällen, in denen ein Rechtsmittel gegen eine Verfügung abgewiesen wird – keine erstinstanzliche Zuschlagsverfügung mehr vor, welche der Beschwerdegegner im Hinblick auf einen Abbruch des Vergabeverfahrens nach gescheiterten Vertragsverhandlungen widerrufen könnte. Anders als beispielsweise die Bewilligung zum Aufstellen und Betreiben eines Geldspielautomaten (BGE 97 I 748), die Verpflichtung zur Wiederherstellung des (bau-)rechtmässigen Zustandes (BGer 1C_673/2013 vom 7. März 2014 E. 5.2, 1C_784/2013 vom 23. Juni 2014 E. 7.2) oder eine sozialversicherungsrechtliche Rentenverfügung (BGer 8C_842/2016 vom 18. Mai 2017 E. 5.1.1; vgl. BGer 1C_8/2019 vom 20. Mai 2019 E. 5.2 für weitere Beispiele) schafft der Zuschlag keinen Dauerzustand. Ist ein Widerruf des sich auf einen zeitlich abgeschlossenen Sachverhalt beziehenden Zuschlags durch den Beschwerdegegner nicht möglich, steht grundsätzlich auch kein Abbruch des mit dem rechtskräftigen Zuschlagsentscheid des Verwaltungsgerichts vom 26. Oktober 2017 abgeschlossenen Vergabeverfahrens durch den Beschwerdegegner in Frage. Ein Abbruch des Vergabeverfahrens setzt grundsätzlich voraus, dass es nicht bereits mit einer Zuschlagsverfügung abgeschlossen wurde (vgl. St. Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren – Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Stöckli/Zufferey [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 285 ff., S. 287; M. Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784 ff., Rz. 6).

Die Beschwerde gegen die Weigerung des Beschwerdegegners, den Zuschlag zu widerrufen und – in der Folge – das Vergabeverfahren abzubrechen, ist dementsprechend abzuweisen.

4. Im Übrigen käme der Beschwerdeführerin – unbeachtet des Zuschlagsentscheides des Verwaltungsgerichts vom 26. Oktober 2017 – wohl auch kein Anspruch auf Widerruf eines ihr erteilten Zuschlags zu (dazu nachfolgend Erwägung 4.1). Ebenso wenig hätte sie – gegebenenfalls auch ohne Widerruf des Zuschlagsentscheides – Anspruch auf einen Abbruch des Vergabeverfahrens durch den Beschwerdegegner (dazu nachfolgend Erwägung 4.2).

4.1. Hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruchs der Zuschlagsempfängerin auf Widerruf des Zuschlags sind ausgehend von den einschlägigen Rechtsgrundlagen (dazu nachfolgend Erwägung 4.1.1) die privaten



Interessen der Zuschlagsempfängerin (dazu nachfolgend Erwägung 4.1.2) und die vergaberechtlich geschützten öffentlichen Interessen (dazu nachfolgend Erwägung 4.1.3) an einem solchen Widerruf zu klären.

4.1.1. Nach Art. 12 Abs. 1 VöB *kann* der Auftraggeber den Zuschlag widerrufen, wenn er den Anbieter vom Vergabeverfahren hätte ausschliessen können. Sämtliche in lit. a-i nicht abschliessend aufgezählten Voraussetzungen für den Ausschluss und damit auch für den Widerruf beziehen sich deshalb auf Eigenschaften des Anbieters. Der Wortlaut der Regelung lässt offen, ob der Widerruf auch aus Gründen, die sich nicht auf den Anbieter beziehen, zulässig ist, und ob und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber einen Zuschlag widerrufen *muss*. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *kann* die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abbrechen und einen allfällig bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist (vgl. BGE 134 II 192 E. 2.3; Art. 30 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.11). Nach der allgemeinen Regel zum Widerruf von Verfügungen gemäss Art. 28 Abs. 1 VRP *können* Verfügungen durch die erlassende Behörde geändert oder aufgehoben werden, wenn der Widerruf die Betroffenen nicht belastet oder wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist.

Auszugehen ist davon, dass Verfügungen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens formell rechtskräftig und damit grundsätzlich unabänderlich werden. Nach Lehre und Rechtsprechung kann auf eine als materiell fehlerhaft erkannte Verfügung dennoch insbesondere wegen unrichtiger Sachverhaltsfeststellung, fehlerhafter Rechtsanwendung oder nachträglicher Änderung der Sach- oder Rechtslage zurückgekommen werden, sofern wichtige öffentliche Interessen berührt sind. Fehlen positivrechtliche Bestimmungen über die Möglichkeit einer Änderung einer Verfügung, so ist darüber anhand einer Interessenabwägung zu befinden, bei welcher das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts dem Interesse am Vertrauensschutz gegenüberzustellen ist (vgl. BGer 6B_840/2014 vom 6. Februar 2015 E. 3.4.1). Widerrufen werden können nur fehlerhafte Verfügungen, wobei die Fehlerhaftigkeit ursprünglicher oder nachträglicher Natur sein kann (vgl. St. Scherler, Die Verfügungen



im Vergaberecht, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 347 ff., Rz. 51 mit Hinweis auf Y. Hangartner, Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, St. Gallen 1959, S. 25). Im Übrigen ist die Vergabebehörde Herrin des – noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen – Vergabeverfahrens. Sie kann von den Anbieterinnen grundsätzlich auch dann nicht zum Abbruch des Verfahrens gezwungen werden, wenn ein solcher weitaus empfehlenswerter als die Fortsetzung erscheint. Diese Beurteilung obliegt mit allen damit verbundenen Risiken der Vergabebehörde allein (vgl. M. Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005, S. 784 ff., Rz. 21).

4.1.2. Während im Beschwerdeverfahren *gegen* den Widerruf des Zuschlags – und den Abbruch des Verfahrens – das Interesse der Zuschlagsempfängerin an einer Beschwerde darin begründet liegt, dass mit dem Widerruf des Zuschlags und dem Abbruch des Verfahrens ihre Chance, ihre Offerte effektiv zu verwirklichen, geschmälert wird und sie erneut und unter Konkurrenz an einem Vergabeverfahren teilnehmen muss (vgl. BVGer B-6136/2007 Zwischenverfügung vom 30. Januar 2008 E. 6.3), liegen die Prozessabsichten einer Zuschlagsempfängerin, die sich *für* den Widerruf des ihr erteilten Zuschlags – und den Abbruch des Verfahrens – einsetzt, nicht auf der Hand. Auszugehen ist davon, dass die Zuschlagsempfängerin so oder anders keinen Anspruch auf den Abschluss des Vertrags hat.

Strebt die Beschwerdeführerin den Widerruf der Zuschlagsverfügung an, um gleich anschliessend beschwerdeweise feststellen zu lassen, dass ein solcher unter den gegebenen Umständen rechtswidrig ist, will sie an ihrer Position als Zuschlagsempfängerin nichts ändern. Besteht der Zuschlag weiter, ist die Rechtsstellung der Zuschlagsempfängerin *vergaberechtlich* insoweit günstiger, als die Vergabebehörde vergaberechtlich nicht befugt ist, einen Vertrag über den fraglichen Beschaffungsgegenstand mit einer anderen Anbieterin abzuschliessen. Auch *privatrechtlich* erscheint die Stellung als Zuschlagsempfängerin besser, da der Zuschlag zwar nicht einen Anspruch auf den Abschluss des Vertrags vermittelt, jedoch Schadenersatz aus culpa in contrahendo möglich ist (vgl. St. Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren – Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Stöckli/Zufferey [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 285 ff., Rz. 38/39).



Würde der Widerruf des Zuschlags rechtskräftig, wäre das Vergabeverfahren wieder ins Evaluationsstadium versetzt. Das Verbot, denselben Beschaffungsbedarf erneut zu vergeben, würde dahinfallen (vgl. BVGer B-6136/2007 Zwischenverfügung vom 30. Januar 2008 E. 2.3 mit Hinweis auf M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, Rz. 362). Hinsichtlich des ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstandes stünde die Zuschlagsempfängerin wieder in Konkurrenz mit den weiteren Anbieterinnen. Allerdings könnte wohl auf die – üblicherweise befristeten – Angebote nicht mehr abgestellt werden, weshalb entweder von den Anbieterinnen eine Erklärung zur weiteren Gültigkeit ihrer Offerten oder – gegebenenfalls unter Umsetzung der Erkenntnisse aus den gescheiterten Vertragsverhandlungen – neue Offerten eingeholt werden müssten.

4.1.3. Hinsichtlich der vom Vergaberecht geschützten öffentlichen Interessen insbesondere an der Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB) darf der Abbruch der Verhandlungen zum Abschluss eines Vertrags über den Beschaffungsgegenstand nicht dazu führen, dass die Vergabestelle vergaberechtlich frei ist. Ohne den Widerruf des Zuschlags bleibt die Vergabestelle hinsichtlich des ausgeschriebenen und vergebenen Beschaffungsgegenstandes vergaberechtlich gegenüber der Zuschlagsempfängerin gebunden. Insbesondere ist ihr vergaberechtlich untersagt, mit einer anderen Anbieterin einen Vertrag über diesen Beschaffungsgegenstand zu schliessen. Mit dem von der Beschwerdeführerin angestrebten Widerruf des Zuschlags und insbesondere mit dem Abbruch des Verfahrens hingegen würde ihr vergaberechtlicher Spielraum grösser. Insbesondere wäre ein Abschluss über denselben Beschaffungsgegenstand mit einer anderen Anbieterin oder eine neue Ausschreibung ein und desselben Gegenstandes grundsätzlich wieder zulässig.

4.2. Nach Art. 13 Ingress und lit. i IVöB gewährleisten die kantonalen Ausführungsbestimmungen die Beschränkung von Abbruch und Wiederholung des Vergabeverfahrens auf wichtige Gründe. Art. 38 Abs. 1 VöB sieht dementsprechend vor, dass der Auftraggeber das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen und wiederholen *kann*. Der Abbruch des Vergabeverfahrens ist nur bei entsprechendem öffentlichen Interesse zulässig, wobei der Vergabebehörde ein nach pflichtgemäßem Ermessen ausübender Ermessensspielraum zusteht (St. Scherler, Die Verfügungen



im Vergaberecht, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 347 ff., Rz. 27). Daraus, dass es nach einem mit einem Zuschlagsentscheid abgeschlossenen Vergabeverfahren nicht zu einem Vertragsabschluss kommt, kann noch nicht auf eine Verpflichtung der Vergabebehörde geschlossen werden, das Vergabeverfahren abubrechen. Der Abbruch des Verfahrens stellt – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht das Pendant zum Vertragsabschluss dar. Vielmehr kann das einmal eingeleitete Vergabeverfahren nur durch Zuschlagserteilung oder Abbruch beendet werden (vgl. Beyeler, Abbruch, a.a.O., Rz. 4; vgl. abweichendes Verständnis der Auffassung von Beyeler bei S. Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, Rz. 18). Ein Abbruch des Verfahrens setzt deshalb einen Widerruf des Zuschlags voraus, der sich auf die gleichen Gründe wie der Abbruch stützen lässt (vgl. Beyeler, Abbruch, a.a.O., Rz. 11). Soweit der berücksichtigte Bewerber keinen Anspruch auf Widerruf des Zuschlags hat (vgl. dazu oben Erwägung 4.1), kann die Vergabestelle deshalb auch nicht zum Abbruch des Verfahrens verpflichtet sein.

Mündet der Widerruf der Zuschlagsverfügung – was die Beschwerdeführerin offenbar anstrebt – im Abbruch des Verfahrens, ist es denkbar, dass sie sich gegen diesen Abbruch wenden möchte. Wäre sie erfolgreich, bliebe das Vergabefahren im Evaluationsstadium. Würde der Abbruch rechtskräftig, wäre für die Beschwerdeführerin einzig klar, dass sie sich nicht weiter um einen Vertragsabschluss bemühen müsste. Die Vergabebehörde wäre ihrerseits frei, die Situation neu zu analysieren, den Beschaffungsgegenstand neu zu fassen und auszuschreiben. Ändert der Beschwerdegegner den Beschaffungsgegenstand, indem er beispielsweise die bisherige Lösung weiterentwickelt oder eine andere neue Lösung auf neuer Grundlage ins Auge fasst, ist er – unabhängig davon, ob das vorliegende Vergabeverfahren formell auch noch abgebrochen wird – verpflichtet, sich an die vergaberechtlichen Vorgaben vorab bei der Wahl des Verfahrens und einer allfälligen neuen Ausschreibung zu halten. Das Vergaberecht verbietet ihm, ohne ein neues, den vergaberechtlichen Anforderungen genügendes Verfahren mit einer anderen Anbieterin als der Beschwerdeführerin einen Vertrag über den Beschaffungsgegenstand, wie er dem Zuschlagsentscheid vom 26. Oktober 2017 zugrunde lag, abzuschliessen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin der Zuschlag gerichtlich mit Entscheid vom 26. Oktober 2017 erteilt wurde und sie deshalb



gegenüber dem Beschwerdegegner keinen Anspruch auf Widerruf des Zuschlags hat. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, inwieweit der Widerruf des Zuschlags und der Abbruch des Verfahrens ihre vergabe- und vertragsrechtliche Stellung gegenüber der Vergabebehörde verbessern würde. Vielmehr bleibt die Vergabebehörde ohne Widerruf und Abbruch gegenüber der Beschwerdeführerin als Zuschlagsempfängerin vergabe- und vertragsrechtlich gebunden, indem sie einen Vertrag über den zugeschlagenen Beschaffungsgegenstand einzig mit der Beschwerdeführerin aushandeln und abschliessen darf. Fasst die Vergabebehörde ein neues Vorgehen hinsichtlich der Beschaffung von Dienstleistungen im Bereich des Beschaffungsgegenstandes ins Auge, hat sie sich in jedem Fall, insbesondere unabhängig des Widerrufs des Zuschlags und des Abbruchs des Verfahrens, an das Vergaberecht zu halten. Der Beschwerdegegner hat deshalb mit der Weigerung, den Zuschlag zu widerrufen und das Vergabeverfahren abubrechen, gegenüber der Beschwerdeführerin keine Rechtsverweigerung begangen. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

6. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Verfahrens von der Beschwerdeführerin zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin in der gleichen Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

- 1.** Die Beschwerde wird abgewiesen.
- 2.** Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 1'500 unter Verrechnung mit dem von ihr in der gleichen Höhe geleisteten Kostenvorschuss.
- 3.** Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Zürn

Scherrer