



Fall-Nr.: B 2020/123
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 21.07.2020
Entscheiddatum: 06.07.2020

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 06.07.2020

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Beschwerdeführerin hat keine Detailpläne zu den von ihr offerierten Produkten eingereicht und wurde deshalb vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin hat sich weder gegen die Ausschreibung gewandt noch in ihrem Angebot geltend gemacht, die geforderten Pläne seien ihrer Auffassung nach objektiv nicht erstellbar oder überflüssig. Die Möglichkeit einer Nachreichung wurde in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich ausgeschlossen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Produkte der Beschwerdeführerin die Anforderungen erfüllen. Jedoch ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass die Vorinstanz mit Blick auf die Produktvielfalt einen eindeutigen, in Detailplänen niedergelegten Nachweis dafür verlangt, dass die eingereichten Angebote ihre ästhetischen Vorstellungen erfüllen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2020/123).

Verfügung vom 6. Juli 2020

Verfahrensbeteiligte

Jegen AG, Moosburgstrasse 5, 8307 Effretikon,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Politische Gemeinde St. Gallen, vertreten durch die Direktion Planung und Bau,
Neugasse 1, 9004 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegner,



und

Bach Heiden AG, Weidstrasse 4a, 9410 Heiden,

Beschwerde- und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Samuel Mäder, Stadelmann &
Mäder Rechtsanwälte, St. Galler Strasse 99, Postfach, 9201 Gossau,

Gegenstand

**Vergabe Oberstufenzentrum Zil (BKP 274 Spezialverglasungen und
Brandschutztore/Ausschluss vom Verfahren) / aufschiebende Wirkung**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Jegen AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Hochbauamt der Politischen Gemeinde St. Gallen (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 18. Juni 2020 verfügten Ausschluss vom Verfahren und den Zuschlag für die Spezialverglasungen und Brandschutztore (BKP 274) bei der Sanierung des Oberstufenzentrums Zil an die Bach Heiden AG (Beschwerde- und Gesuchsgegnerin) mit Eingabe vom 25. Juni 2020 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 26. Juni 2020 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Mit Eingabe vom 29. Juni 2020 beantragte die Beschwerdegegnerin durch ihren Rechtsvertreter, das Begehren um aufschiebende Wirkung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Gleichzeitig machte sie für ihre Offerte samt allen Beilagen das Geschäftsgeheimnis geltend. Die Vorinstanz beantragte ihrerseits mit Eingabe vom 2. Juli 2020 die Abweisung des Begehrens um aufschiebende Wirkung. Sie reichte dem Gericht die Akten der Vergabe ein, soweit sie die Beteiligten des Beschwerdeverfahrens betreffen. Die Beschwerdeführerin hat keine Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht.



Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Eintreten

Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, fällt der Entscheid über das Gesuch in die Zuständigkeit des Abteilungspräsidenten (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

2. Materielle Prüfung

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. Wesentliche Rügen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin erachtet den Ausschluss ihres Angebots vom Vergabeverfahren als nicht gerechtfertigt. Gleichzeitig macht sie geltend, das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte ausgeschlossen werden müssen. Darauf ist nicht weiter einzugehen, soweit sich die Beschwerde gegen den Ausschluss als nicht hinreichend begründet erweisen sollte.

2.2. Rechtliches

Art. 12 Abs. 1 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. Präsidualverfügung B 2019/265 vom 17. Dezember 2019 E. 2.2.2 mit Hinweis auf BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2). Die Behörde ist nicht verpflichtet, von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben zu vervollständigen (vgl. 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 verfügter 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).

2.3. Vorbringen der Beteiligten

2.3.1. Vorinstanzliche Begründung des Ausschlusses

Die Vorinstanz hat den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin damit begründet, in den Ausschreibungsunterlagen sei – mit dem Hinweis auf den Ausschluss entsprechend unvollständiger Angebote – explizit verlangt worden, dass der Offerte Detailpläne im Massstab 1:1 oder 1:2 beizulegen seien. Um die Offerte auf die Einhaltung der Voraussetzungen gemäss Ausschreibungsunterlagen überprüfen zu können, wären der Detailplan für die Mittelpartie Festverglasung / Festverglasung sowie die Eckverbindung Festverglasung / Festverglasung zwingend nötig gewesen. Da diese Unterlagen fehlten, sei diese Überprüfung nicht oder nur teilweise möglich und das Angebot mit jenen der anderen Anbieterinnen, welche sämtliche geforderten Details (unter anderem im geforderten Massstab) beigelegt hätten, nicht vergleichbar. Die Beilagen seien als wesentlich zu betrachten. Dass diese im Rahmen des rechtlichen Gehörs teilweise nachgeliefert worden seien, ändere nichts, weil dies die Ausschreibungsunterlagen explizit verböten.

2.3.2. Begründung der Beschwerde

Die Beschwerdeführerin bringt vor, mit den zwingend einzuhaltenden Maximalmassen seien offensichtlich die in den Architektenplänen Nrn. 6551-6556 detailliert dargestellten Masse der Ansichtsbreiten der verschiedenen Holzprofile gemeint. Da die



Ansichtsbreiten zwingend vorgegeben seien, könne mit der Profilstärke in der Position 631 R000.970 nur die in den Architektenplänen nicht vermasste Bautiefe der Profile gemeint sein. Gemäss Prüfnormen der Vereinigung der Kantonalen Feuerversicherungen (VKF) gebe es generell keine maximal zulässige, sondern lediglich eine minimale Profilstärke, die in der jeweiligen ihrem Angebot beigelegten VKF-Anerkennung ausgewiesen sei. Bei ihren Produkten seien dies minimale Profilstärken von 67 Millimetern für die Fensterverglasungen sowie 68 Millimeter für die Türen. Da die Profilstärke hinsichtlich der Vergrösserung variabel sei, stelle sich die Frage, welche Zeichnungen in welcher Profilstärke dem Angebot beigelegt werden sollen. Die geforderte Beilage sei objektiv unmöglich. Für die Deckenlaufschiene werde im Ausschreibungstext lediglich eine maximale Einbauhöhe von 120 Millimetern beziehungsweise eine maximale Schienenhöhe von 100 Millimetern genannt. Die für ihre Brandschutzschiebetore verwendbaren Schientypen mit Schienenhöhen von 50 beziehungsweise 78 Millimetern erfüllten dieses Kriterium. Da die maximale Bauhöhe im Text klar benannt sei, sei nicht nachvollziehbar, wieso hier eine Detailzeichnung zwingend sei.

2.3.3. Vernehmlassung der Vorinstanz

Die Vorinstanz bringt in ihrer Vernehmlassung vom 2. Juli 2020 vor, der Ausschreibungsgegenstand umfasse auch permanent sichtbare verglaste Brandschutzabschlüsse, welche die Qualität der Räume erheblich beeinflussten. Deren Gestaltung stütze sich auf ein architektonisches Gesamtkonzept. Das Verhältnis zwischen der Verglasung und den Holzprofilen sei auf die Proportionierung des angrenzenden Lernraums und der bestehenden Fenster abgestimmt. Jede Anpassung an den Massen der verschiedenen Holzprofile für die Brandschutzverglasungen beeinflusse deshalb immer auch das architektonische Gesamtkonzept. Dasselbe gelte für die Deckenlaufschienen, welche möglichst in den vorhandenen Zwischenraum im Hohlraum der abgehängten Decke befestigt werden sollten. Eine Überschreitung verändere den Charakter des Raums. Weil sich bei früheren Vergaben herausgestellt habe, dass eine Zuschlagsempfängerin verlangte Maximalmasse nicht einhalten konnte, obwohl dies in der Ausschreibung explizit verlangt worden war, habe die Vergabebehörde sich entschieden, von den Anbieterinnen zwingend Detailpläne zu verlangen. Damit könne überprüft werden, ob die Anbieterin die Aufgabenstellung verstanden habe und die Maximalmasse tatsächlich einhalten könne. Da der Zulassungsprozess für die Bauteile mehrere Monate in Anspruch nehmen könne, komme eine Anpassung der Profile im Rahmen der Ausführung nicht in Frage.



2.4. Würdigung

2.4.1. Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

Die Vorinstanz hat im Devis ausdrücklich festgelegt, der Offerte seien die Details im Massstab 1:1 oder 1:2 zu den Deckenführungsschienen – die maximale Einbauhöhe von 120 mm sei zwingend einzuhalten – zwingend beizulegen (act. 7/1 Beilage 2 Seite 2/23 Position 381/D12 R000.970). Bei fehlenden Details werde das Angebot als unvollständig bewertet und ausgeschlossen. Ebenso wurde festgehalten, die Einhaltung der Maximalmasse für die Holzprofile sei zwingend. Zur Prüfung der maximal zulässigen Profilstärken seien der Offerte die Details im Massstab 1:1 oder 1:2 zu den Wandanschlussprofilen Festverglasung (Plan Nr. 6551), zu den Boden-/ Deckenanschlussprofilen Festverglasungen (Plan Nr. 6552) zur Mittelpartie Festverglasung zu Festverglasung (Plan Nr. 6553), zur Eckverbindung (90°) Festverglasung zu Festverglasung (Plan Nr. 6554), zur Mittelpartie Festverglasung zu verglastem Türflügel (Plan Nr. 6555) und zur Mittelpartie verglaster Türflügel zu verglastem Türflügel (Plan Nr. 6556) einzureichen (act. 7/1 Beilage 2 Seite 11/23 Position 631/D07 R000.970). Das Nachreichen von Unterlagen sei nicht möglich. Entsprechende, als provisorisch bezeichnete Pläne waren Teil der Ausschreibungsunterlagen (act. 7/1 Beilage 9). Dass Detailpläne 1:1 zu den Vorgaben zur Position 631 R000.970 beizulegen waren, wurde im Übrigen – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – auch in Ziffer 1.10 der Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich festgehalten (act. 7/1). Dass dies für die Position 381 R000.970 nicht der Fall war, schadet nicht, da sich das entsprechende Erfordernis – wie dargelegt – klar und eindeutig aus der Formulierung im Devis ergab.

Beschwerdeführerin und Vorinstanz messen dem Begriff der Profilstärke in der Position 631 R000.970 nicht die gleiche Bedeutung zu. Erstere geht davon aus, dass damit nur die Bautiefe der Profile gemeint sein könne, letztere versteht darunter die Breite der Profile. Die im Devis erwähnten Pläne (Nrn. 6551-6556) enthalten keine Massangaben zur Profilstärke im Sinn der Bautiefe. Kam die Beschwerdeführerin deshalb zur Auffassung, es sei objektiv unmöglich, die verlangten Detailpläne, deren Fehlen zwingend zum Ausschluss des Angebots führen sollten, zu erstellen, hätte sie dies – worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist – mit der Vergabebehörde klären müssen. In den Architektenplänen ist die Breite der Profile vermassst. Daraus und aus der Formulierung der Position 631 R000.970 konnte geschlossen werden, dass es sich dabei um Maximalmasse handeln sollte. Hinsichtlich des Erfordernisses der zwingenden Einreichung massstäblicher Detailpläne zu den Deckenführungsschienen



gemäss Position 381 R 000.970 bestehen keine divergierenden Auffassungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz.

2.4.2. Inhalt des Angebots

Wie sich aus dem von der Vorinstanz eingereichten Angebot (act. 7/2) ergibt, lagen dem Angebot der Beschwerdeführerin die gemäss Devis 381 und 631 je R000.970 verlangten massstäblichen Pläne nicht bei. In den vier beigelegten Produktbroschüren waren zwar auch "Detailpläne" enthalten, denen allerdings keine zuverlässigen Angaben zur Breite der Profile entnommen werden konnten.

2.4.3. Rechtfertigung des Ausschlusses

Dass die Profillbreite für den architektonischen Charakter von wesentlichem Einfluss ist und sie deshalb eine bestimmte maximale Breite nicht überschreiten soll, hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 2. Juli 2020 nachvollziehbar dargelegt. Gleiches gilt für die Deckenführungsschienen mit einer maximalen Einbauhöhe von 120 Millimetern gemäss Position 381 R000.970 beziehungsweise einer maximalen Höhe von 100 Millimetern gemäss Positionen 381 R452.001 ff. (act. 7/1 Beilage 2 Seite 5/23 ff.).

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin gehen dahin, es sei nichts Anderes denkbar, als dass die von ihr offerierten Produkte die verlangten Masse einhielten. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Produkte der Beschwerdeführerin die Anforderungen erfüllen. Jedoch ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass die Vorinstanz mit Blick auf die Produktvielfalt eine eindeutige, in Detailplänen niedergelegte Bestätigung dafür verlangt, dass die eingereichten Angebote ihre ästhetischen Vorstellungen erfüllen. Die Vorinstanz hat ausdrücklich ausgeschlossen, Detailpläne nachzufordern oder nachzureichen. Dies war der Beschwerdeführerin bekannt. Sie hat weder die Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen beanstandet noch in ihrem Angebot geltend gemacht, sie erachte die verlangten Detailpläne als überflüssig beziehungsweise als objektiv nicht erstellbar. Damit erweist sich jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz als gerechtfertigt.

3. Zusammenfassung

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde – unabhängig von der Bedeutung eines umgehenden Vertragsabschlusses – nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist.

4. Weiteres Verfahren

Zum gleichen Beschaffungsgegenstand ist eine weitere Beschwerde hängig (B



2020/121). Die Beschwerdeführerin in jenem Verfahren hat für ihre Beschwerde keine aufschiebende Wirkung beantragt. Die Vorinstanz wird deshalb ersucht, dem Gericht den Abschluss des Vertrags mit der Beschwerdegegnerin umgehend mitzuteilen (Art. 37 Abs. 2 VöB). Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ist eine **Frist bis 31. Juli 2020** anzusetzen, um zur Beschwerde in der Sache Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen. Es gelten keine Gerichtsferien.

5. Kosten

Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 von der Beschwerdeführerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 4'500 zu bezahlen (Art. 95 Abs. 1 VRP, Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). CHF 3'500 verbleiben bei der Hauptsache.

Die Beschwerdeführerin hat die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 1'200 zuzüglich CHF 48 pauschale Barauslagen zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP, Art. 6, Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. c und Art. 28^{bis} Abs. 1 der Honorarordnung, sGS 963.75, HonO). Da die Beschwerdegegnerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann, kann die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben; sie hat im Übrigen zu Recht auch keinen entsprechenden begründeten Antrag gestellt. (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194; Art. 29 HonO).

Die obsiegende Vorinstanz hat als verfügende Vergabebehörde keinen Anspruch auf Entschädigung (vgl. Präsidialverfügung B 2019/194 vom 26. September 2019 E. 5, VerwGE B 2019/278 vom 20. März 2020 und B 2019/45 vom 23. Mai 2019 je E. 6, VerwGE B 2018/53 vom 13. Oktober 2018 E. 7, VerwGE B 2017/129 vom 20. April 2018 E. 4; A. Linder, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2020, N 20 zu Art. 98^{bis} VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829). Sie hat denn auch zu Recht keinen Entschädigungsantrag gestellt.

Der Abteilungspräsident verfügt:

1.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.



2.

Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, **bis 31. Juli 2020** zur Beschwerde in der Sache Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. Es gelten keine Gerichtsferien.

3.

Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 unter Verrechnung mit dem von ihr in der Höhe von CHF 4'500 geleisteten Kostenvorschuss. CHF 3'500 verbleiben bei der Hauptsache.

4.

Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 1'248 (ohne Mehrwertsteuer).