



Fall-Nr.:	B 2021/78
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	17.08.2021
Entscheiddatum:	12.04.2021

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 12.04.2021

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Vorinstanz hat das Angebot der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass die Realisierung der ausgeschriebenen Wasserbauarbeiten auch die Erstellung von Baupisten und die Installation einer Lichtsignalanlage erfordert und dass ihr Offertpreis die Kosten für diese Einrichtungen nicht enthält. Sie beruft sich allerdings darauf, das Leistungsverzeichnis gemäss Ausschreibungsunterlagen habe die Einrechnung dieser Kosten nicht verlangt. Die Vorinstanz hat sich bei der NPK 113 "Baustelleneinrichtung" für eine teilweise detaillierte Ausschreibung entschieden. Einerseits gelangte die Globale oder Pauschale im Unterabschnitt 110 zur Anwendung, andererseits waren insbesondere aus dem Abschnitt 200 "Baustellenerschliessung" einzelne spezielle Einrichtungen besonders zu offerieren. Diese besonders zu offerierenden Leistungen sind nicht Bestandteil der Globalen oder Pauschalen in Unterabschnitt 110. Im Abschnitt 200 hat die Vorinstanz die Ziffern 210 (Zufahrten) und 232 beziehungsweise 233 (Lichtsignale) nicht aufgeführt. Die Kosten für diese Einrichtungen waren deshalb – wie dies die weiteren Anbieterinnen taten – in der Globalen oder Pauschalen gemäss Unterabschnitt 110 zu berücksichtigen. Dies hat die Beschwerdeführerin bewusst nicht gemacht. Vielmehr vertrat sie die Auffassung, dafür werde sie mangels Erfassung im Leistungsverzeichnis Mehrkosten geltend machen können. Auch nachdem ihr die Auffassung der Vorinstanz klar war, hat sie diese Mehrkosten nicht quantifiziert. Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin erscheint deshalb bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als vergaberechtswidrig und ihr Gesuch um aufschiebende Wirkung erscheint nicht als ausreichend begründet (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2021/78).

Verfügung vom 12. April 2021



St.Galler Gerichte

Verfahrensbeteiligte

Toneatti AG Jona, Bauunternehmung, Stampfstrasse 50, 8645 Jona,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jon Andri Moder, Vinzenz & Partner,
Masanserstrasse 40, 7000 Chur,

gegen

Politische Gemeinde Bütschwil-Ganterschwil, vertreten durch den Gemeinderat,
Innerfeld 21, 9606 Bütschwil,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

dieser vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. HSG Christina Nossung, factum
advocatur, Teufenerstrasse 3, 9001 St. Gallen

Gegenstand

**Vergabe Bachoffenlegung Lerchenfeld (Lose 1-4, Ausschluss vom Verfahren) /
aufschiebende Wirkung**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Toneatti AG Jona (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Bütschwil-Ganterschwil (Vorinstanz) am 15. März 2021 verfügten Ausschluss vom Verfahren der Vergabe der Lose 1-4 der Bachoffenlegung Lerchenfeld mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 26. März 2021 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat der Vorinstanz deshalb mit verfahrensleitender Verfügung vom 29. März 2021 den Erlass einer Zuschlagsverfügung über den Ausschreibungsgegenstand und den Abschluss des Vertrags einstweilen



untersagt. Die Vorinstanz hat durch ihre Rechtsvertreterin mit Stellungnahme vom 6. April 2021 die Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt und dem Gericht die Akten der Vergabe 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).

3.

Die Beschwerdeführerin macht unter Hinweis auf ihr mit Abstand günstigstes Angebot geltend, es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse daran, "festzustellen", ob ihr Ausschluss zu Recht erfolgt sei oder nicht. Einer solchen Feststellung steht die Ablehnung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung – selbst, wenn die Vorinstanz den Zuschlag einer Mitbewerberin erteilt und den Vertrag abschliesse – nicht entgegen (vgl. Art. 18 Abs. 2 IVöB). Mit dem Antrag um aufschiebende Wirkung strebt die Beschwerdeführerin selbstredend aber effektiven Rechtsschutz an. Sie führt rechtsstaatliche – ein korrektes Vergabeverfahren – und wirtschaftliche – die haushälterische Verwendung öffentlicher Mittel – Interessen an. Die Vorinstanz macht



demgegenüber geltend, die eingereichten Angebote verlören ihre Gültigkeit per Ende April 2021. Bei einer Erneuerung bestehe das Risiko, dass die Preise nicht gehalten werden könnten und Mehrkosten zulasten der Steuerzahler entstünden, was dem Grundsatz des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln widerspreche. Sie beruft sich sodann auf die Vorteile einer gleichzeitigen Umsetzung des Wasserbauprojekts und paralleler Strassenprojekte.

Bei der Interessenabwägung fällt das öffentliche Interesse an einem *korrekten Vergabeverfahren* von vornherein weniger ins Gewicht, weil das Beschaffungsrecht selbst – abweichend vom übrigen Verwaltungsrecht, wo Rechtsmittel von Gesetzes wegen aufschiebend wirken (vgl. Art. 51 VRP) – vorschreibt, dass Beschwerden gegen vergaberechtliche Entscheide aufschiebende Wirkung nur auf Antrag hin und bei Erfüllung der Voraussetzungen gemäss Art. 17 Abs. 2 IVöB zukommen soll. Sie muss nur bei Vorliegen guter Gründe gewährt werden, kommt doch grundsätzlich dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des vergaberechtlichen Entscheides von vornherein einiges Gewicht zu (vgl. BGer 2D_31/2016 vom 2. Februar 2017 E. 2.3, 2C_755/2009 vom 19. Januar 2010 E. 3.4 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

Im Zusammenhang mit der *zeitlichen Dringlichkeit* des Vorhabens anerkennt die Vorinstanz, dass der Terminplan – Baubeginn im Dezember 2020 und Fertigstellung im Sommer 2021 beziehungsweise Baubeginn im Februar 2021 – auch ohne Beschwerdeverfahren nicht eingehalten werden kann. Zwar mag die gleichzeitige Realisierung des Wasserbauprojekts, welches Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung bildet, und paralleler Strassenprojekte zu Synergien mit entsprechenden Spareffekten führen. Indessen erfolgte offensichtlich selbst die ursprüngliche Planung des Wasserbauprojektes unabhängig von den jetzt angeführten Strassenprojekten. Die Vorinstanz nennt sodann in ihrer Stellungnahme auch keinen konkreten Termin für den – neuen – Baubeginn.

Zur Begründung ihres Standpunktes berufen sich sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerin auf das vergaberechtliche Ziel der *wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel* (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. d IVöB). Dass sich einerseits – worauf die Vorinstanz hinweist – die Preise bei einer nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens erforderlichen Aktualisierung der Angebote erhöhen, ist zwar nicht auszuschliessen. Mit der Differenz zwischen den Offertpreisen des nicht berücksichtigten Angebots und der weiteren Angebote nimmt andererseits – worauf sich die Beschwerdeführerin beruft – aber die Bedeutung des effektiven Rechtsschutzes für



den öffentlichen Haushalt zu. Auch die *privaten wirtschaftlichen Interessen* an der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sind ambivalent: Einerseits liegt die Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, im Interesse der ausgeschlossenen Beschwerdeführerin. Andererseits sind die weiteren Anbieterinnen, insbesondere aber die künftige Zuschlagsempfängerin wirtschaftlich an der Fortführung des Vergabeverfahrens interessiert.

Insgesamt erweisen sich sowohl die angeführten öffentlichen und privaten wirtschaftlichen Interessen, als auch das öffentliche Interesse an einer raschen Umsetzung des Projekts nicht als besonderes gewichtig.

4.

4.1.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen mit der Begründung, deren Angebot sei unvollständig. Baupisten und Installationen und damit auch Lichtsignalanlagen seien Bestandteil der ausgeschriebenen Leistungen, aber von der Beschwerdeführerin in ihrer Offerte nicht berücksichtigt worden. – Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Ausschreibung beruhe auf dem branchenüblichen Norm-Positionen-Katalog (NPK). *Baupisten* seien in Kapitel 113 "Baustelleneinrichtung" in der Position 212 und 213 auszuschreiben. Im Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen sei keine Position Baustrassen (oder Baupisten) ausgeschrieben. *Lichtsignalanlagen* seien in den Positionen 232 beziehungsweise 233 auszuschreiben und entsprechend dem Hinweis in Position 100 "nicht inbegriffene Leistungen". Unvollständig sei nicht das Angebot der Beschwerdeführerin, sondern das Leistungsverzeichnis der Vorinstanz.

4.2.

Art. 12 Abs. 1 VöB zählt die Gründe, aus denen ein Anbieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, nicht abschliessend auf. Ausgeschlossen werden kann gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB 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. Präsidialverfügung 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. Präsidialverfügung BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 3.3). Unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch ist der Ausschluss, wenn die Abweichungen von den Anforderungen geringfügig oder im Ergebnis unbedeutend sind (vgl. BGer 2C_969/2018 vom 30. Oktober 2019 E. 1.2.3). 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). (BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2).

Von einem Anbieter im öffentlichen Vergabeverfahren darf und muss verlangt werden, dass sein Angebot vollständig ist. Fehlen Angaben, die sich direkt auf die Beurteilung des Preis-Leistungs-Verhältnisses auswirken, sind die betreffenden Angebote grundsätzlich auszuschliessen. Wenn die Mängel der Offerte wesentliche Punkte betrifft (und nicht bloss technische Einzelheiten), ist eine nachträgliche Vervollständigung im Rahmen der Offertbereinigung in aller Regel ausgeschlossen. Im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgebots darf diesbezüglich eine strenge Haltung eingenommen werden (vgl. BGer 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4).

4.3.

Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass die Realisierung der ausgeschriebenen Wasserbauarbeiten auch die Erstellung von Baupisten und die Installation einer Lichtsignalanlage erfordert und dass ihr Offertpreis die Kosten für diese Einrichtungen nicht enthält (act. 3/5, Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10. Dezember 2020, Antworten auf Fragen 4 und 7). Sie beruft sich allerdings darauf, das Leistungsverzeichnis gemäss Ausschreibungsunterlagen habe die Einrechnung dieser Kosten nicht verlangt.

Die Vorinstanz hat sich bei der NPK 113 "Baustelleneinrichtung" für eine teilweise detaillierte Ausschreibung entschieden. Einerseits gelangte die Globale oder Pauschale im Unterabschnitt 110 zur Anwendung, andererseits waren insbesondere aus dem Abschnitt 200 "Baustellenerschliessung" einzelne spezielle Einrichtungen besonders zu offerieren. Diese besonders zu offerierenden Leistungen sind nicht Bestandteil der Globalen oder Pauschalen in Unterabschnitt 110 (vgl. Schweizerische Zentralstelle für Baurationalisierung, www.crb.ch Normen & Standards / Normpositionen / Anwendungshilfen / wichtige Hinweis zu NPK-Kapiteln / NPK 113



Baustelleneinrichtung). Im Abschnitt 200 hat die Vorinstanz die Ziffern 210 (Zufahrten) und 232 beziehungsweise 233 (Lichtsignale) nicht aufgeführt. Die Kosten für diese Einrichtungen waren deshalb – wie dies die weiteren Anbieterinnen taten – in der Globalen oder Pauschalen gemäss Unterabschnitt 110 zu berücksichtigen. Dies hat die Beschwerdeführerin bewusst nicht gemacht. Vielmehr vertrat sie die Auffassung, dafür werde sie mangels Erfassung im Leistungsverzeichnis Mehrkosten geltend machen können. Auch nachdem ihr die Auffassung der Vorinstanz klar war, hat sie diese Mehrkosten nicht quantifiziert (vgl. act. 3/7, Schreiben der Beschwerdeführerin vom 2. März 2021).

Insoweit erweist sich das Angebot der Beschwerdeführerin daher in einem wesentlichen Punkt als unvollständig. Ein Vergleich der Wirtschaftlichkeit mit den übrigen Angeboten ist umso weniger möglich, als die Beschwerdeführerin die von ihr dafür kalkulierten Kosten nicht bekannt gegeben hat. Der Ausschluss erscheint deshalb bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als vergaberechtswidrig.

4.4.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin die Rüge, der Leistungskatalog enthalte die Baupisten und Lichtsignalanlagen nicht, nicht spätestens mit der Einreichung ihres Angebots hätte vorbringen müssen.

Wer vorbehaltlos die Ausschreibungs- oder Einladungsunterlagen akzeptiert und diese zur Grundlage seines Angebots macht, dem ist es grundsätzlich verwehrt, nach einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens Mängel der Unterlagen zu rügen. Im Beschwerdeverfahren muss auf die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen zurückgekommen werden, wenn die volle Bedeutung und Tragweite ihres Inhalts auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich die Interessenten erst im Verlauf des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben (vgl. GVP 2015 Nr. 41).

Die Beschwerdeführerin hat im Technischen Bericht auf das Erfordernis von Baupisten und Lichtsignalanlagen hingewiesen (vgl. act. 8, Beilage 6, insbesondere Ziffer 4 des Technischen Berichts). Sie war sich damit bewusst, dass die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen die Erstellung von Baupisten und die Einrichtung einer Lichtsignalanlage voraussetzen. Sie konnte auch nicht davon ausgehen, dass diese beiden Einrichtungen in einem separaten Verfahren vergeben würden. Vielmehr ging sie selbst davon aus, die entsprechenden Leistungen im Rahmen des Auftrags zu erbringen und dafür Mehrkosten in Rechnung stellen zu können. Es musste ihr deshalb



klar sein, dass die damit verbundenen Kosten für die Bewertung der Angebote von Bedeutung sein würden. Trotzdem hat sie bei der Einreichung ihres Angebots nicht darauf hingewiesen, der Leistungskatalog sei ihrer Auffassung nach lückenhaft, und die entsprechenden Einrichtungen zumindest ergänzend offeriert. Erst in der Stellungnahme vom 10. Dezember 2020 hat sie Baupisten und Lichtsignalanlagen als Unternehmervarianten taxiert, welche als Mehrkosten in Rechnung gestellt werden müssten (vgl. act. 8, Beilage 15). Unter diesen Umständen erscheint – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – das Vorbringen, der Leistungskatalog der Vorinstanz sei unvollständig gewesen, nach Treu und Glauben als verspätet.

5.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde selbst unter Berücksichtigung der nicht besonders gewichtigen Interessen an der umgehenden Weiterführung des Vergabeverfahrens als nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Das mit der verfahrensleitenden Verfügung vom 29. März 2021 gegenüber der Vorinstanz angeordnete einstweilige Verbot, über den Ausschreibungsgegenstand eine Zuschlagsverfügung und gegebenenfalls – entsprechend den Voraussetzungen von Art. 37 Abs. 1 VöB – einen Vertrag abzuschliessen, fällt damit dahin. Der Vorinstanz ist eine Frist bis 3. Mai 2021 anzusetzen, um zur Beschwerde in der Sache Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

6.

Die amtlichen Kosten des Zwischenentscheidendes gehen zulasten der Beschwerdeführerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'500 zu verrechnen. CHF 2'500 sind bei der Hauptsache zu belassen. Ausseramtliche Kosten für das Zwischenverfahren sind nicht zu entschädigen: Die Beschwerdeführerin ist unterlegen. Die berufsmässig vertretene Vorinstanz obsiegt zwar und stellt ihre Anträge unter Entschädigungsfolge. Sie hat jedoch als Vergabebehörde und verfügende Partei nach der ständigen Praxis des Verwaltungsgerichts keinen Anspruch auf ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829).



Der Abteilungspräsident verfügt:

1.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Die Vorinstanz wird eingeladen, bis **3. Mai 2021** zur Beschwerde in der Hauptsache Stellung zu nehmen (in doppelter Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

3.

Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'000 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'500. CHF 2'500 verbleiben bei der Hauptsache.

4.

Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Zürn