



Fall-Nr.: B 2021/99
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 18.08.2021
Entscheiddatum: 10.06.2021

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 10.06.2021

Öffentliches Beschaffungsrecht, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Vorinstanz hat dieselben Arbeiten zweimal ausgeschrieben. Die Beschwerdeführerin, die in beiden Verfahren ein Angebot eingereicht hat, hat vom Abbruch des ersten Verfahrens erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag im zweiten Verfahren Kenntnis erhalten. Sie wendet sich nicht gegen die Rechtmässigkeit des Abbruchs. Ihre Befürchtung, die Zuschlagsempfängerin habe von den Einheitspreisen im ersten Angebot der Beschwerdeführerin Kenntnis erhalten und diese im zweiten Verfahren dann systematisch unterboten, erweist sich bei einem Vergleich der vier Angebote als offensichtlich unbegründet. Dass die Zuschlagsempfängerin aber ihre Kalkulation mit Blick auf das tiefste Angebot aus dem ersten Verfahren angepasst hat, ist nicht ausgeschlossen. Dass Anbieterinnen ihr Angebotsverhalten aufgrund früherer Erfahrung anpassen, ist nicht vergaberechtswidrig, sondern erwünscht. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2021/99).

Verfügung vom 10. Juni 2021

Verfahrensbeteiligte

TECTON AG St. Gallen, Industriestrasse 13, 9015 St. Gallen,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marcel Aebi, Contractus AG,
Lenzburgerstrasse 2, Postfach 112, 5702 Niederlenz,

gegen



St.Galler Gerichte

Politische Gemeinde Sevelen, vertreten durch den 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,

und

Burkhardt Gebäudehülle AG, Untere Industrie 3, 7304 Maienfeld,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Neubau Casa Sevellun (Bedachungsarbeiten) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die TECTON AG St. Gallen (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Sevelen (Vorinstanz) am 20. April 2021 verfügten und ihr am 23. April 2021 ausgehändigten Zuschlag der Bedachungsarbeiten beim Neubau des Betagtenheims Casa Sevellun zum Preis von CHF 271'986.40 (netto, inklusive Mehrwertsteuer) an die Burkhardt Gebäudehülle AG (Beschwerdegegnerin) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 3. Mai 2021 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 4. Mai 2021 einstweilen den Vertragsabschluss. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin überliess dem Gericht am 6. Mai 2021 eine rechtsgültig unterzeichnete Vollmacht. Die Vorinstanz hat mit Eingabe vom 11. Mai 2021 die Abweisung des Gesuchs beantragt und dem Gericht die Vergabeakten eingereicht. Die Beschwerdegegnerin hat stillschweigend auf eine Stellungnahme verzichtet. Weder die



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin haben innert der mit der verfahrensleitenden Verfügung vom 4. Mai 2021 angesetzten Frist oder auch später Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht.

Aus der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 11. Mai 2021 ergibt sich, dass sie am 21. Oktober 2019 im offenen Verfahren Bedachungsarbeiten für den Neubau des Betagtenheims Casa Sevellun ausgeschrieben, am 3. Dezember 2019 die rechtzeitig eingegangenen Angebote – darunter auch jenes der Beschwerdeführerin vom 28. November 2019 – geöffnet und den Anbieterinnen das darüber erstellte Protokoll zugestellt hat (act. 3, Beilage 4). Nach Prüfung der Angebote kam sie zum Schluss, das Verfahren sei abzubrechen. Den Abbruch hat sie am 28. Juli 2020 publiziert. Eine Verfügung gegenüber den Anbieterinnen, die rechtzeitig ein Angebot eingereicht hatten, hat sie nicht erlassen. In der Folge hat sie denselben Beschaffungsgegenstand – offenbar mit wesentlichen technischen Änderungen – am 9. Oktober 2020 erneut im offenen Verfahren ausgeschrieben. Auf die daraufhin eingegangenen Angebote – darunter auch jene der früheren Anbieterinnen und insbesondere jenes der Beschwerdeführerin vom 12. November 2020 – bezieht sich der Zuschlag vom 20. April 2021. Verfügung und Begleitschreiben nennen weder den Zeitpunkt der Ausschreibung noch die Daten der beurteilten Angebote.

Da die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen ihre Rügen nicht zwingend auf die erneute Ausschreibung vom 9. Oktober 2020 und ihr am 12. November 2020 eingereichtes Angebot ausrichten musste, gab ihr der zuständige Abteilungspräsident mit verfahrensleitender Verfügung vom 17. Mai 2021 Gelegenheit, ihre Beschwerde vom 3. Mai 2021 innert zehn Tagen mit einer Begründung in der Sache zu ergänzen. Der Vorinstanz blieb der Abschluss des Vertrags einstweilen weiterhin untersagt. Die Beschwerdeführerin äusserte sich am 25. Mai 2021. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhielten mit verfahrensleitender Verfügung vom 28. Mai 2021 Gelegenheit, sich zur Beschwerde zu äussern. Der Vorinstanz blieb der Abschluss des Vertrags einstweilen weiterhin untersagt. Mit Vernehmlassung vom 7. Juni 2021 beantragte die Vorinstanz, der Antrag um aufschiebende Wirkung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Zudem ergänzte sie die Vergabeakten mit der ersten Offerte der Beschwerdegegnerin vom 2.



St.Galler Gerichte

Dezember 2019 und einer tabellarischen Übersicht der in den Jahren 2019 und 2020 von der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin und zwei weiteren Anbieterinnen eingereichten Offerten, welche einen Vergleich nach Devis-Positionen ermöglicht. Die Beschwerdegegnerin verzichtete wiederum stillschweigend auf eine Vernehmlassung.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. *Eintreten*

Die für den Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung vorgesehene Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde (Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.11, VöB) ist obsolet, nachdem die Unklarheiten über die doppelte Ausschreibung desselben Beschaffungsgegenstandes durch die Vorinstanz ohne formell richtige Eröffnung des Abbruchs des ersten Verfahrens einen zusätzlichen Schriftenwechsel erforderlich gemacht hat. Zuständig zum Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist der Präsident des Verwaltungsgerichts, wobei diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zusteht, weil das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist (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. *Prüfungsprogramm*

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. *Summarische materielle Prüfung*

Die Beschwerdeführerin hat spätestens mit der Zustellung der Vernehmlassung der Vor-



St.Galler Gerichte

instanz vom 11. Mai 2021 zusammen mit der verfahrensleitenden Verfügung vom 17. Mai 2021 (Versand: 18. Mai 2021) Kenntnis vom Abbruch des ersten Verfahrens erhalten. Mit der Beschwerdeergänzung vom 25. Mai 2021 äussert sie sich nicht zu diesem Abbruch. Insbesondere macht sie nicht geltend, der Abbruch sei zu Unrecht erfolgt. Insbesondere macht sie nicht geltend, das erste Verfahren sei mit dem Ziel abgebrochen worden, eine versteckte Abgebotsrunde durchzuführen. In der Beschwerde wird einzig der Verdacht geäussert, die Beschwerdegegnerin habe vor Einreichung der zweiten Offerte Einsicht in die erste Offerte der Beschwerdeführerin erhalten und dann deren Einheitspreise mit einem prozentualen Abschlag verwendet.

Diese Befürchtung erweist sich als offensichtlich unbegründet. Zwar trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin – anders als die Beschwerdeführerin – bei verschiedenen Positionen des Leistungskatalogs die Einheitspreise – teilweise erheblich – geändert hat.

Beschwerdegegnerin 2019 Beschwerdeführerin 2019 Beschwerdeführerin 2020
Beschwerdegegnerin 2020

351/423.116 84.50 45.30 59.00 59.00

351/423.281 61.15 55.85 23.00 23.00

351/431.117 76.40 70.05 54.00 54.00

351/433.181 38.30 35.05 43.00 43.00

351/433.182 21.50 9.45 21.00 43.00

364/171.133 0.80 0.70 0.50 0.50

364/172.114 5.15 3.45 4.00 4.00

364/211.121 2.45 2.25 1.70 1.70

364/211.124 2.45 2.25 1.70 1.70

364/211.133 --- 4.40 --- 2.70

364/223.114 12.20 9.85 10.50 10.50



St.Galler Gerichte

364/261.122	4.40	3.45	3.50	3.50
364/261.123	5.80	4.40	6.00	6.00
364/271.121	7.95	10.85	6.00	6.00
364/271.131	11.90	7.25	6.00	6.00
364/273.121	7.95	1.45	5.00	5.00
364/273.122	15.85	8.70	12.00	12.00
364/284.131	2.40	1.00	26.00	26.00
364/326.101	26.20	25.20	23.50	23.50
364/326.103	21.70	23.35	23.00	23.00
364/326.104	19.10	17.35	17.00	17.00
364/326.801	55.65	51.50	53.00	53.00
364/412.124	3.25	3.70	1.70	1.70
364/421.237	25.75	21.85	23.00	23.00
364/421.238	23.55	20.40	20.50	20.50
364/461.122	12.55	10.00	10.00	10.00
364/461.124	18.70	15.85	18.00	18.00
364/461.125	12.55	10.00	10.00	10.00
364/461.223	15.65	12.80	14.00	14.00
364/462.112	---	6.40	---	20.00



St.Galler Gerichte

364/466.111	---	4.55	---	3.50
364/471.121	19.80	14.50	12.00	12.00
364/471.122	19.80	14.50	15.00	15.00
364/473.112	15.85	1.45	5.00	5.00
364/473.122	15.85	14.50	24.00	24.00
364/474.412	13.15	15.30	40.00	40.00
364/475.232	13.15	15.30	18.00	18.00
364/475.242	11.45	10.65	14.00	14.00
364/484.116	2.40	15.30	30.00	30.00
364/612.112	---	4.55	---	3.00
364/612.122	---	25.40	---	28.00
364/612.126	62.00	63.90	38.00	38.00
364/911.122	---	0.10	---	2.00
364/912.111	11.95	6.75	10.50	10.50
364/912.213	9.55	4.90	9.50	9.50
364/913.113	12.60	7.05	11.00	11.00
364/913.114	8.60	0.10	1.00	1.00
364/921.112	14.40	10.50	11.80	11.80
364/921.712	9.95	3.25	12.00	12.00



St.Galler Gerichte

364/921.901 44.15 43.45 52.00 52.00

364/931.317 53.65 32.90 22.00 22.00

364/932.433 7.85 7.95 11.00 11.00

364/932.612 --- 20.85 --- 16.00

364/932.654 23.80 21.70 28.00 28.00

364/947.112 --- 5.00 --- 78.00

Diese Übersicht geht von jenen Positionen im Leistungskatalog der Ausschreibung 2020 aus, deren Leistungsumfang mehr als eine Einheit beträgt. Es trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin bei den untersuchten Einheitspreisen im Angebot aus dem Jahr 2020 in den meisten Fällen tiefere Ansätze verwendet hat als im Angebot aus dem Jahr 2019. Es sind durchaus aber auch Ausnahmen zu verzeichnen. Es trifft zu, dass bei verschiedenen Positionen der Ansatz der Beschwerdegegnerin im Jahr 2019 über, im Jahr 2020 dann unter jenem – unveränderten – der Beschwerdeführerin lag. Es finden sich aber auch Positionen, bei denen die Reduktion nicht zu einer Unterschreitung des Ansatzes der Beschwerdeführerin führte. Einzelne Einheitspreise der Beschwerdegegnerin lagen bereits im Angebot aus dem Jahr 2019 unter jenen der Beschwerdeführerin. Die Abweichungen zwischen den Einheitspreisen der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin bleiben sodann bei verschiedenen Positionen erheblich. Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass auch die Einheitspreise der weiteren Anbieterinnen im Vergleich mit jenen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin bei den einzelnen Positionen des Leistungskatalogs kein homogenes Bild ergeben.

Dass die von der Beschwerdegegnerin im Angebot 2020 gegenüber dem Angebot 2019 vorgenommenen Anpassungen aufgrund eines Vergleichs mit den konkreten Positionen im Angebot 2019 der Beschwerdeführerin erfolgten, erscheint insgesamt bei der aktuell möglichen summarischen Betrachtung jedenfalls als nicht offenkundig. Dass die Beschwerdegegnerin aber ihre Kalkulation mit Blick auf das tiefste Angebot aus dem Jahr 2019 angepasst hat, ist nicht ausgeschlossen und – zumal die



Beschwerdeführerin sich nicht gegen die Zulässigkeit des Abbruchs wendet – nicht zu beanstanden. Dass Anbieterinnen ihr Angebotsverhalten aufgrund früherer Erfahrungen anpassen, ist nicht vergaberechtswidrig, sondern entsprechend dem Zweck des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb zu fördern und öffentliche Mittel wirtschaftlich zu verwenden (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. a und d IVöB), erwünscht. Jedenfalls aber lässt sich die von der Beschwerdeführerin vermutete Systematik bei einem konkreten Vergleich nicht erkennen. Dafür, dass die Beschwerdegegnerin – wie die Beschwerdeführerin vermutet – systematisch die ihr bekannt gewordenen Einheitspreise um einen bestimmten Prozentsatz unterboten hätte, liegen deshalb keine konkreten Anhaltspunkte vor.

3. Ergebnis

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde offensichtlich nicht als hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, obwohl die Vorinstanz keinerlei öffentliche Interessen an einem umgehenden Vertragsabschluss vorgebracht hat.

4. Weiteres Verfahren

Die Vorinstanz teilt dem Gericht einen allfälligen Abschluss des Vertrages umgehend mit (Art. 37 Abs. 2 VöB). Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, sich **bis 28. Juni 2021** zur Beschwerde in der Sache vernehmen zu lassen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Kosten

Die amtlichen Kosten des Zwischenentscheides 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 2'700 zu verrechnen. CHF 1'700 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, hat jedoch als Vergabebehörde und verfügende Partei keinen Anspruch auf ausseramtliche Entschädigung, und die Beschwerdegegnerin hat sich im Zwischenverfahren nicht



vernehmen lassen (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.

Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, innert einer **Frist bis 28. Juni 2021** zur Beschwerde in der Sache Stellung zu nehmen (in dreifacher 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 2'700. CHF 1'700 verbleiben bei der Hauptsache.

4.

Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Eugster