



Fall-Nr.: B 2011/83
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 20.09.2011
Entscheiddatum: 20.09.2011

Urteil Verwaltungsgericht, 20.09.2011

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 27 VöB (sGS 841.11). Unzulässigkeit der Berücksichtigung einer "Variante", weil die Anbieterin entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 27 VöB zusätzlich zur Variante kein Hauptangebot eingereicht hat (Verwaltungsgericht, B 2011/83).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder,
Dr. B. Heer,

lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. H. Fenners

In Sachen

Diethelm Umwelttechnik AG, Postfach 209, 8832 Wollerau,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. D. B.,

gegen

Politische Gemeinde Buchs, vertreten durch den Gemeinderat, 9471 Buchs SG 1,

Vorinstanz,

und



Aquamarine Technologies AG, Altwisstrasse 4, 8153 Rümlang,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Werdenbergersee, Sanierungsarbeiten,
Sedimententfernung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Politische Gemeinde Buchs führte zwecks Einholung von Angeboten für eine Sedimentsentfernung am Werdenbergersee ein Einladungsverfahren durch. Innert der angesetzten Frist bis zum 28. Februar 2011 reichten sechs Anbieter eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 5. April 2011 erteilte die Politische Gemeinde Buchs den Zuschlag an die Aquamarine Technologies AG, Rümlang, zum Preis von Fr. 918'681.60 (inkl. MWST).

B./ Mit Eingabe vom 15. April 2011 erhob die Diethelm Umwelttechnik AG, Wollerau, Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, das Projekt sei neu auszuschreiben mit einer klaren Definition, welche Möglichkeiten berücksichtigt werden dürften oder könnten.

Mit Schreiben vom 19. Mai 2011 teilte die Politische Gemeinde Buchs mit, sie habe mit der Aquamarine Technologies AG einen Werkvertrag abgeschlossen; es wurde eine Vertragskopie ins Recht gelegt.

In ihrer Vernehmlassung vom 24. Mai 2011 schliesst die Politische Gemeinde Buchs auf Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen.



St.Galler Gerichte

Am 20. Juni 2011 wurden dem zwischenzeitlich beigezogenen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin Kopien einzelner Akten zugestellt, welche von der Politischen Gemeinde Buchs ins Recht gelegt wurden.

Mit Eingabe vom 29. Juli 2011 liess die Diethelm Umwelttechnik AG eine ergänzende Stellungnahme einreichen. Dabei stellte sie zum einen den Antrag, es sei festzustellen, dass der angefochtene Vergabeentscheid rechtswidrig sei; zum anderen beantragte sie für ihre Aufwendungen im Vergabe- und Rechtsmittelverfahren eine Entschädigung in Höhe von Fr. 16'000.- (exkl. Anwaltskosten).

Am 18. August 2011 reichte die Politische Gemeinde Buchs eine Duplik sowie weitere Akten ein.

Am 31. August 2011 erstattete die Beschwerdeführerin eine weitere Eingabe. Diese wurde am 1. September 2011 zur Kenntnisnahme an die Politische Gemeinde Buchs weitergeleitet.

Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin sowie der Vorinstanz wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht und erfüllt inhaltlich und formal die gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB; Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten, jedenfalls soweit die Beschwerdeführerin beantragt, es sei die Zuschlagsverfügung



aufzuheben. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt dabei sinngemäss als mitenthalten (BGE 132 I 86 ff. [88 ff.],

E. 3.2).

Auf das erst im Rahmen der Replik gestellte Schadenersatzbegehren kann hingegen nicht eingetreten werden. Eine nachträgliche Erweiterung des Rechtsbegehrens ist unzulässig (vgl. dazu GVP 2001, Nr. 18; VerwGE B 2008/161 vom 19. Februar 2009). Das Schadenersatzbegehren hätte gemäss Art. 4 Abs. 2 EGöB bereits mit der Beschwerde gestellt werden müssen.

2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit. a), sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (lit. b) gerügt werden. Aufgrund von Abs. 2 der gleichen Bestimmung kann hingegen Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden. Diese Regelung entspricht der Vorschrift von Art. 61 VRP.

Aus Art. 16 IVöB leitet das Verwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüfen muss, sondern die Beschwerdeführerin im Einzelnen darzulegen hat, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Die Beschwerdeführerin muss also dartun, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht oder Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (vgl. dazu GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

3. Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Rechtsmittelbelehrung in der Zuschlagsverfügung sei ungenügend, weil sie keinen Hinweis enthalte, dass bereits mit der Beschwerde ein Antrag um aufschiebende Wirkung zu stellen sei, wenn die Beschwerdeführerin noch den Zuschlag erhalten wolle; ausserdem fehle ein Hinweis, dass bereits mit der Beschwerde ein Schadenersatzbegehren einzureichen sei.



Dem kann nicht gefolgt werden. Nach Art. 24 Abs. 1 lit. d VRP soll eine Verfügung eine Belehrung über das zulässige Rechtsmittel, die Frist und die Instanz enthalten. Darüber gibt die Verfügung der Vorinstanz vom 5. April 2011 Auskunft. Zudem weist sie darauf hin, dass die Gerichtsferien nicht gelten. Damit wird Art. 30 Abs. 3 VRP Genüge getan. Weitergehende Anforderungen an die Rechtsmittelbelehrung sieht das Gesetz nicht vor. Entsprechend erweist sie sich als gültig.

4. Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die von der Beschwerdegegnerin angebotene Variante, welche ein Trennverfahren vorsehe, wäre von der Vergabe auszuschliessen gewesen. Die Ausschreibung lasse nur das Einleitungsverfahren zu. Zwar seien gemäss der Ausschreibung Varianten, welche die Hauptkriterien beinhalteten, zulässig, doch seien diese Hauptkriterien so zu verstehen, dass die Ausbaggerung des Werdenbergersees, die Ableitung über ein Rohrsystem und die Einleitung in den Rhein vorgeschrieben sei. Ausserdem hätten die Anbieter nach der Offert-öffnung keine Mitteilung über die Höhe der offerierten Nettopreise erhalten. Die Beschwerdeführerin wisse daher gar nicht, ob die Beschwerdegegnerin neben ihrer Variante auch ein Hauptangebot für das Einleitungsverfahren eingereicht habe, wie dies gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung notwendig sei.

4.1 Art. 27 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) bestimmt, dass der Anbieter zusätzlich zum verlangten Angebot Varianten oder Teilangebote einreichen kann. Die Möglichkeit zur Einreichung von Varianten ist denn auch in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen. So hält Ziff. 222.300 des Leistungsverzeichnisses fest, dass Varianten, welche die Hauptkriterien beinhalten, zulässig sind. Welches jedoch die Hauptkriterien sind, wird nicht definiert und auch von der Vorinstanz nicht dargelegt. Mit der Beschwerdeführerin ist eher davon auszugehen, dass die Sedimentsentfernung anhand des Einleitungsverfahrens (Ableitung der Sedimente über ein Rohrsystem und Einleitung in den Rhein) erfolgen soll. Die gesamten Ausschreibungsunterlagen deuten jedenfalls in diese Richtung (vgl. "Leistungsverzeichnis", "Linienführung", "Grundlagen Einleitung Alpenrhein", "Projektbeschreibung/Rahmenbedingungen"). Die Frage kann letztlich aber dahingestellt bleiben, da die Beschwerde bereits aus anderen Gründen gutzuheissen ist.



4.2 Gemäss dem Wortlaut von Art. 27 VöB sind Varianten zusätzlich zum Hauptangebot einzureichen. Ein solches Hauptangebot hat die Beschwerdegegnerin offensichtlich nicht eingereicht. Ihr Angebot hat sie selbst als "Unternehmervariante" bezeichnet. Auch in den Bemerkungen im Offertöffnungsprotokoll wird es so bezeichnet (act. 4 zur Duplik). Ein weiteres (Haupt-)Angebot der Beschwerdegegnerin ist nicht aufgeführt. Dies hätte eigentlich dazu führen müssen, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. In der Lehre wird diese Rechtsfolge zwar kritisiert. So weisen beispielsweise Gauch/Stöckli (zu Recht) darauf hin, die fehlende Möglichkeit zur Einreichung bloss einer Variante schwäche den Wettbewerb (Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, S. 46 f.). Der Wortlaut von Art. 27 VöB macht indessen die Berücksichtigung einer Variante ausdrücklich vom Einreichen eines Hauptangebotes abhängig; insofern ist er eindeutig. Zudem sehen auch die Ausschreibungsunterlagen in Ziff. 260.100 vor, dass Varianten hinsichtlich Nutzung, Gebrauchstauglichkeit und Sicherheit dem Hauptangebot entsprechen müssen.

5. In Betracht fällt überdies, dass zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin nach der Offertöffnung offensichtlich Gespräche stattfanden. So weicht jedenfalls der im Offertöffnungsprotokoll angegebene Preis von Fr. 799'761.60 vom Zuschlagspreis von Fr. 918'681.60 ab. Ob die entsprechende Abweichung auf einer zulässigen (bloss kalkulatorischen) Offertbereinigung oder aber auf Verhandlungen beruht, die Art. 33 Abs. 2 VöB widersprechen, lässt sich aufgrund der im Recht liegenden Akten nicht beurteilen. Wie sich aus der von der Beschwerdegegnerin eingereichten Offerte ergibt (act. 4 zur Vernehmlassung, S. 18), basiert die Preisanpassung offensichtlich auf einer Email vom 28. März 2011; im Werkvertrag vom 15. April 2011 werden ebenfalls diese Email sowie ein Protokoll eines "Unternehmergesprächs vom 8. März 2011" erwähnt und zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt (vgl. Ziff. 1.1). Weder die Email noch das Protokoll wurden jedoch von der Vorinstanz ins Recht gelegt, was nicht angehen kann, weil dies dem Grundsatz der Transparenz im Vergabeverfahren zuwiderläuft und damit dessen gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen ist (vgl. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schaden-ersatz, Diss. Freiburg 2004, Nr. 240 ff.). Überdies muss von einer Gehörsverletzung ausgegangen werden, da sich aufgrund der Nichteinreichung der entsprechenden Unterlagen gar nicht abschätzen lässt, ob die Beschwerdeführerin



St.Galler Gerichte

über einen Anspruch auf Einsichtnahme verfügt. Die angefochtene Verfügung erweist sich somit auch insoweit als mangelhaft.

6. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet, soweit darauf einzutreten ist. Es wird festgestellt, dass die Vorinstanz in rechtswidriger Weise den Zuschlag für die Sediments-entfernung am Werdenbergersee an die Beschwerdegegnerin erteilt hat. Auf das erst in der Replik gestellte Schadenersatzbegehren wird demgegenüber zufolge Verspätung nicht eingetreten.

7. Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Beschwerdeführerin in etwa zur Hälfte. Entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens je hälftig der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 5'000.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 des Gerichtskostentarifs, sGS 941.12). Die auf die Beschwerde-führerin entfallende Entscheidgebühr von Fr. 2'500.-- ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'500.-- zu verrechnen. Der Restbetrag von Fr. 5'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurücker-stattet. Auf die Erhebung der Kosten bei der Vorinstanz von Fr. 2'500.- ist nicht zu verzichten, da sie durch Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften veranlasst worden sind (Art. 95 Abs. 2 VRP). So hat die Vorinstanz nicht nur den Grundsatz der Transparenz verletzt, sondern auch den Vergabe-entscheid nur ungenügend begründet und damit eine (weitere) Gehörsverletzung begangen. Schliesslich wurde der Vertrag mit der Beschwerdegegnerin in rechtswidriger Weise schon vor Ablauf der Beschwerdefrist geschlossen. Darauf war jedoch aufgrund der im Beschwerdeverfahren bestehenden (strengen) Rügepflicht nicht weiter einzugehen.

Da die Beschwerdeführerin nur zur Hälfte obsiegt, hat sie keinen Anspruch auf eine Parteient-schädigung (Art. 98bis VRP).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:



St.Galler Gerichte

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Es wird festgestellt, dass die Vergabe vom 5. April 2011 rechtswidrig war.

2./ Die amtlichen Kosten von Fr. 5'000.-- werden je zur Hälfte der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz auferlegt. Der Anteil der Beschwerdeführerin wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'500.-- verrechnet. Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt Dr. D. B.)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin

am:

Rechtsmittelbelehrung:



St.Galler Gerichte

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.