



Fall-Nr.: B 2015/72
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 10.02.2020
Entscheiddatum: 15.05.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 15.05.2015

Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 12 Abs. 1 lit. h und Art. 30 VöB. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde vorzeitig geöffnet, weil auf dem Briefumschlag – entgegen den Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen – der Inhalt nicht angegeben war. Weil im Couvert allerdings noch ein Angebot für eine andere Arbeitsgattung enthalten war, wurde das Angebot für den Gegenstand des Zuschlags erst bei der Prüfung der einzelnen Angebote entdeckt. Da das Angebot nicht verspätet eingereicht worden war und der Nachtrag zum Offertöffnungsprotokoll die formellen Anforderungen erfüllt, ist nicht ersichtlich, inwieweit die Berücksichtigung des Angebots wesentliche Grundsätze des Vergaberechts verletzte. Die Vergabebehörde war dementsprechend nicht verpflichtet, das Angebot auszuschliessen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/72).

Verfügung vom 15. Mai 2015

Verfahrensbeteiligte

Martin Schönenberger AG Wil, Meisenweg 3, 9500 Wil SG,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Sicherheitsverbund Region Wil, Tonhallestrasse 23, 9500 Wil SG,

Vorinstanz,

und



Paul Angele AG, Industriestrasse 15, 9552 Bronschhofen,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roman Bögli, Forrer Lenherr Bögli & Partner
Rechtsanwälte, Toggenburgerstrasse 31, 9532 Rickenbach b. Will,

Gegenstand

Vergabe Neubau Betriebsgebäude (Spenglerarbeiten) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Die nicht anwaltlich vertretene Martin Schönenberger AG Wil (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat den vom Sicherheitsverbund der Region Wil (Vorinstanz) am 28. April 2015 verfügten Zuschlag für die Spenglerarbeiten (BKP 222) beim Neubau des Betriebsgebäudes zum Preis von CHF 283'037.35 inklusive Mehrwertsteuer an die Paul Angele AG, Wil (Beschwerdegegnerin), mit Beschwerde vom 6. Mai 2015 (Postaufgabe 07.05.15) fristgerecht angefochten mit dem Antrag, die Verfügung sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei von der Vergabe auszuschliessen. Da die Beschwerdeführerin zudem auf dem zweiten Rang platziert ist (act. 9/9), wurde in diesem Antrag sinngemäss auch ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung erblickt und der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 8. Mai 2015 superprovisorisch der Abschluss des Vertrags untersagt. Gleichzeitig erhielten Vorinstanz und Beschwerdegegnerin Gelegenheit, sich zum sinngemässen Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu äussern. Mit Vernehmlassungen vom 12. Mai 2015 beantragen Vorinstanz und Beschwerdegegnerin übereinstimmend, das Gesuch sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die von der Vorinstanz am 13. Mai 2015 eingereichten Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:



1. Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde.

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 (dazu nachfolgend Erwägung 2.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (dazu nachfolgend Erwägung 2.1). Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

2.1. Weder die Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin äussern sich zur Dringlichkeit der Vergabe. Der angefochtene Zuschlag betrifft die mit Ausführungsbeginn März 2016 geplanten Spenglerarbeiten (BKP 222), welche gleichzeitig und mit gleicher Eingabefrist wie die vorab auszuführenden Baugrubenabschlüsse (BKP 172, Ausführungsbeginn April 2015), Baumeisterarbeiten (BKP 211, Ausführungsbeginn Juni 2015), Gerüste (BKP 2111, Ausführungsbeginn September 2015) sowie Aussentüren und Tore aus Metall (BKP 2216, Ausführungsbeginn Februar 2016) ausgeschrieben wurden (act. 9/1 und ABI 2014 S. 3359 f.). Aufgrund des zeitlichen Ablaufs der Realisation der Arbeiten erscheint die im Streit liegende Vergabe der Spenglerarbeiten nicht als dringlich und damit das einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende öffentliche Interesse nicht als besonders gewichtig.

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdeführerin bringt keine Gründe vor, aus denen der Zuschlag nicht der Beschwerdegegnerin hätte erteilt werden dürfen. Hingegen macht sie geltend, die Beschwerdegegnerin hätte vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen, weil deren Angebot im Zeitpunkt der offiziellen Offertöffnung nicht vorgelegen sei.



Vielmehr sei am Folgetag ein Nachtrag zum Offertöffnungsprotokoll erstellt worden. Offertöffnung und Vergabe seien damit nicht korrekt erfolgt.

2.2.2. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen sowie den Zuschlag widerrufen, wenn der Anbieter wesentliche Formvorschriften der Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt. Die "Kann-Vorschrift" räumt dem Auftraggeber einen Spielraum bezüglich der Frage ein, ob ein Anbieter im Einzelfall vom Verfahren ausgeschlossen werden soll. Das Ermessen ist jedoch pflichtgemäss auszuüben, und insbesondere ist dem Rechtsgleichheitsgebot, dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Ein wirksamer Wettbewerb als wesentliche Zielsetzung einer jeden Submission gebietet, bei der Kontrolle der Bewerbungsunterlagen nicht zu kleinlich vorzugehen (vgl. GVP 2002 Nr. 33). Gemäss Art. 16 Abs. 2 IVöB kann mit der Beschwerde die Unangemessenheit einer Zuschlagsverfügung nicht geltend gemacht werden. Wie Art. 16 Abs. 1 Ingress und lit. a IVöB beschränken auch Art. 61 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) die Kognition des Verwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren auf die Rechtskontrolle. Das Verwaltungsgericht hat den Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren, wenn diese beim Erlass der Zuschlagsverfügung von sachlichen und vernünftigen Überlegungen ausging, die im Einklang mit Sinn und Zweck des Gesetzes stehen (vgl. VerwGE B 2010/165 vom 9. November 2010 E. 4 mit Hinweisen unter anderem auf GVP 1999 Nr. 37; www.gerichte.sg.ch).

2.2.3. Die Beschwerdegegnerin reichte der Vorinstanz zusammen mit einem Begleitschreiben vom 14. Januar 2015 Angebote für die Spenglerarbeiten (BKP 222, im offenen Verfahren) und für die Bedachungsarbeiten (BKP 224.1, im Einladungsverfahren) ein. Der mit A-Post versandte Brief ging am 15. Januar 2015 bei der Vorinstanz ein und wurde – da auf dem Umschlag keine Angaben zum Inhalt angebracht waren – zusammen mit der übrigen Post auf dem Sekretariat der Vorinstanz geöffnet. Weil dort bei der Prüfung des Inhalts lediglich das Angebot zu den Bedachungsarbeiten wahrgenommen worden war, wurde auf dem Couvert der handschriftliche Vermerk "BKP 224.1 Bedachungsarbeiten" angebracht und der Brief



St.Galler Gerichte

für die offizielle Offertöffnung bereitgelegt. Am 19. Januar 2015 wurden nach der offiziellen und ordnungsgemäss protokollierten Offertöffnung, die gleichzeitig für eine Vielzahl von Arbeitsgattungen stattfand, sämtliche Couverts der Schertenleib Baumanagement GmbH, die mit der Bewertung der Angebote betraut worden war, zur materiellen Prüfung übergeben. Diese stellte fest, dass das Couvert der Beschwerdegegnerin auch ein Angebot für die Spenglerarbeiten enthielt. Gestützt darauf wurde am 20. Januar 2015 ein Nachtrag zum Offertöffnungsprotokoll erstellt (act. 3.3 und 3.4).

Die Vorinstanz nahm das Angebot der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten zunächst nicht wahr, weil auf dem Briefumschlag, mit welchem die Beschwerdegegnerin auch ihr Angebot für die Bedachungsarbeiten eingereicht hatte, dessen Inhalt nicht vermerkt war. Damit hat die Beschwerdegegnerin zwar die Formvorschrift gemäss Ziffer 1.10 der Ausschreibungsbedingungen, wonach auf dem Couvert Objekt ("Neubau Feuerwehr SVRW – Wil") und BKP-Nummer samt Arbeitsgattung ("BKP 224.1 Flachdacharbeiten" beziehungsweise "BKP 222 Spenglerarbeiten") zu vermerken gewesen wären, nicht beachtet. Das Erfordernis, auf dem Umschlag einen Vermerk anzubringen, dass es sich um eine Offerte handelt, soll sicherstellen, dass die Angebote bis zum Öffnungstermin verschlossen bleiben und die formellen Regeln über die Offertöffnung eingehalten werden können. Ob der fehlende Vermerk auf dem Umschlag allerdings als schwerer Formfehler zu behandeln ist, der den Ausschluss des Angebots verlangt, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (vgl. dazu BGer 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4).

Formvorschriften sollen nicht Selbstzweck sein, sondern der Durchsetzung der inhaltlichen Vorschriften dienen (vgl. Ch. Jäger, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 325 ff., Rz. 54). Wenn die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin trotz dieses Formmangels nicht vom Verfahren ausgeschlossen hat, hat sie sich angesichts der konkreten Umstände innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums bewegt.

2.2.4. Die Vorinstanz hat den Ablauf des Eingangs des Angebots und der Offertöffnung offen gelegt und detailliert beschrieben. Sie legt dar, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin auch für die Spenglerarbeiten BKP 222 am 15. Januar 2015 bei ihr eingegangen war und anlässlich der Offertöffnung vom 19. Januar 2015 – wenn



auch unerkannt – vorlag. Anhand der Akten lässt sich dieser Ablauf ohne Weiteres nachvollziehen. Im Begleitschreiben der Beschwerdegegnerin vom 14. Januar 2015 werden im Betreff neben den Flachdacharbeiten (BKP 224.1) ausdrücklich auch die Spenglerarbeiten (BKP 222) erwähnt (act. 9/3). Das Angebot der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten datiert ebenfalls vom 14. Januar 2015 (act. 9/5). Der Briefumschlag der Beschwerdegegnerin wurde am 14. Januar 2015 der Post übergeben und trägt einen Eingangsstempel vom 15. Januar 2015 (act. 9/2). Mithin kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Offerte der Beschwerdegegnerin ein Angebot berücksichtigt wurde, welches nach Ablauf der Frist für die Einreichung eingegeben wurde. Der Nachtrag zum Offertöffnungsprotokoll vom 20. Januar 2015 ist von denselben Personen unterzeichnet wie das Protokoll vom 19. Januar 2015 (act. 9/7 und 8). Es erfüllt damit in formeller Hinsicht die Anforderungen gemäss Art. 30 Abs. 2 und 3 VöB, wonach die Angebote durch wenigstens zwei Beauftragte des Auftraggebers zu öffnen sind und über die Öffnung ein Protokoll erstellt wird.

Nicht eingehalten wurde allerdings die Vorschrift gemäss Art. 30 Abs. 1 VöB, wonach die Angebote bis zum Zeitpunkt der Öffnung verschlossen bleiben. Die Vorinstanz hat indessen diese Vorschrift nicht bewusst verletzt. Die Verletzung hat mit Blick auf den dargestellten Ablauf beim Eingang des Angebots auch nicht zu einer Bevorteilung der Beschwerdegegnerin geführt. Dass die Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdegegnerin für die Spenglerarbeiten wesentliche Grundsätze des Vergaberechts – insbesondere die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter und die Transparenz des Vergabeverfahrens gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b und c IVöB – verletzte, ist nicht ersichtlich. Das rechtzeitig eingereichte Angebot der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen, war umso mehr angezeigt, als in den Ausschreibungsunterlagen als Eingabetermin der 30. Januar 2015 angegeben war (act. 9/5), obwohl gemäss Ausschreibung der 16. Januar 2015 galt (vgl. act. 9/1 und ABI 2014 S. 3359 f.).

2.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde auch unter Berücksichtigung der fehlenden Dringlichkeit der Vergabe nicht als ausreichend begründet erscheint. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist deshalb abzuweisen. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhalten Gelegenheit, bis



St.Galler Gerichte

15. Juni 2015 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist wird Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen.

3. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten dieser Verfügung von CHF 800 der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP; Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin ausseramtlich mit CHF 1'000 zuzüglich vier Prozent Barauslagen – jedoch ohne Mehrwertsteuer, da die Beschwerdegegnerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist – ausseramtlich zu entschädigen (Art. 6, Art. 19, Art. 22 Abs. 1 lit. b, Art. 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Auch die Vorinstanz stellt ihren Antrag auf Abweisung des Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Das Gemeinwesen hat indessen, wenn es am Beschwerdeverfahren als verfügende Behörde – wie dies im öffentlichen Beschaffungswesen der Fall ist – beteiligt ist, keinen Entschädigungsanspruch (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829).

Der Präsident verfügt:

- 1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 2.** Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 15. Juni 2015 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
- 3.** Die amtlichen Kosten für diesen Zwischenentscheid von CHF 800 bezahlt die Beschwerdeführerin.
- 4.** Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 1'000 zuzüglich vier Prozent Barauslagen.

Der Präsident

Eugster