



Fall-Nr.: B 2016/16
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.02.2020
Entscheiddatum: 01.02.2016

Präsidialverfügung Verwaltungsgericht, 01.02.2016

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Dass das Vergaberecht grundsätzlich keinen Durchgriff auf Konzerngesellschaften kennt, lässt sich auch mit der strengen zivilrechtlichen Rechtsprechung zur Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen begründen. Aus den Hinweisen im Angebot musste die Vorinstanz nicht auf ein „Konzernangebot“ schliessen. Soweit sich das Konzernverhältnis aus den Referenzauskünften ergab, handelt es sich nicht um Erklärungen, welche der Anbieterin zuzuordnen sind. Aus den übrigen Angaben lässt sich insbesondere unter Berücksichtigung der weiteren Umstände nicht ableiten, mit der Anbieterin hätte sich auch die „Gebr. Hilti AG“ verpflichtet. Bei einer Prüfung des Angebots mit einem zumutbaren Aufwand musste die Vorinstanz nicht davon ausgehen, dass sich neben der Anbieterin weitere Konzerngesellschaften mit dem eingereichten Angebot rechtlich verpflichteten (Präsidialverfügung Verwaltungsgericht, B 2016/16).

Verfügung vom 1. Februar 2016

Verfahrensbeteiligte

LG Bau AG, Staatsstrasse 7a, 9470 Werdenberg,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jakob Rhyner, St. Gallerstrasse 46, Postfach 945,
9471 Buchs,

gegen



Baudepartement des Kantons St. Gallen, Hochbauamt, Lämmli brunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

Gegenstand

Vergabe Erneuerung und Erweiterung Spital Grabs (Baumeisterarbeiten; Ausschluss vom Verfahren) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 20. Januar 2016 hat die LG Bau AG (Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung des Hochbauamtes des Kantons St. Gallen (Vorinstanz) vom 5. Januar 2016 (zugestellt am 11. Januar 2016), mit welcher die Beschwerdeführerin vom Verfahren zur Vergabe der Baumeisterarbeiten für die Erneuerung und Erweiterung des Spitals Grabs ausgeschlossen wurde, beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. Januar 2016 einstweilen den Erlass einer Zuschlagsverfügung und den Abschluss des Vertrags. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 27. Januar 2016 die Abweisung des Gesuchs. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten, welche die Vorinstanz dem Gericht am 27. Januar 2016 einreichte, 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 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 (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

2.1. Mit den Baumeisterarbeiten soll gemäss Ausschreibung im Frühjahr 2016 begonnen werden (act. 10/1.1, 1.2 und 1.4). Die Beschwerdeführerin begründet das – öffentliche – Interesse an der aufschiebenden Wirkung einzig mit dem Argument, es dürfe nicht sein, dass aus überspitzt formalistischen Gründen ein Ausschluss erfolge, welcher die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel verhindere. Entsprechend Art. 17 Abs. 1 IVöB, wonach die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat, kann allein die behauptete Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften nicht zur aufschiebenden Wirkung führen. Vielmehr sind die Erfolgsaussichten und die Dringlichkeit des Projekts zu berücksichtigen. Die Vorinstanz begründet die Dringlichkeit damit, die Spitalplanung unterliege aufgrund des grossen Nachholbedarfs bei den Infrastrukturbauten einem engen Zeitplan und die ausgeschriebenen Arbeiten seien Teil eines komplexen Bauvorhabens mit insbesondere nachgelagerten Arbeiten, weshalb der Einhaltung der Termine der einzelnen Teilarbeiten für die zeitlich zuverlässige Planbarkeit der Erstellung innert absehbarer Frist ein grosses Gewicht zukomme. Umso mehr als die vorliegend ausgeschriebenen Arbeiten im Zusammenhang mit einer Spitalplanung stehen, welche mehrere – untereinander verbundene und voneinander abhängige – Projekte umfasst, ist die vorinstanzliche Begründung der Dringlichkeit der Vergabe nachvollziehbar. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung des vorgesehenen Baubeginns erscheint deshalb gewichtig.

2.2.

2.2.1. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 5. Januar 2016 hat einzig den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren zum Gegenstand. Gemäss Art. 12 Abs. 1 VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen sowie den Zuschlag widerrufen, wenn der Anbieter insbesondere die Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a), dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt (lit. b)



oder wesentliche Formvorschriften der Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt hat (lit. h).

2.2.2. Die Vorinstanz hätte das Angebot der Beschwerdeführerin dann nicht mit der Begründung, es liege kein „Konzernangebot“ vor, ausschliessen dürfen, wenn offenkundig auch die Muttergesellschaft beziehungsweise der „Konzern“ verpflichtet gewesen wäre.

2.2.2.1. Nach Rechtsprechung und Literatur gibt es keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Konzerngesellschaften. Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist im Vergaberecht strikt und ausschliesslich auf die Rechtsform abzustellen. Will sich eine Anbieterin auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss sie die fragliche Konzerngesellschaft als Konsortialpartnerin, als Subunternehmerin oder Lieferantin konkret in ihre Offerte einbinden. Die Muttergesellschaft wird insbesondere nicht schon aufgrund des unbestrittenen besonderen Näheverhältnisses Teil der Anbietersphäre. Schaffen die Angebotsunterlagen nicht letzte Klarheit darüber, welche Rolle die Muttergesellschaft innehat, erscheint ein Ausschluss der Anbieterin – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – vergaberechtlich nicht als unzulässig (vgl. dazu BVerwGer B-1600/ 2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.3; M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1374 ff.; Ders., Einbezug der Muttergesellschaft, in: BR 2015 S. 21 ff.).

Da für die Vergabebehörde von Bedeutung ist, inwieweit sie allfällige Ansprüche gegenüber einer Konzerngesellschaft der Anbieterin durchsetzen kann, ist die dargelegte Auffassung auch mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, die an strenge Voraussetzungen zu knüpfen ist, gerechtfertigt. Denn wie jedermann in Vertragsverhandlungen seine Interessen grundsätzlich selbst wahrzunehmen hat und sich nicht einfach auf deren Berücksichtigung durch den Verhandlungspartner verlassen darf, hat der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen, kann er somit das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen. Die Muttergesellschaft hat nicht unbesehen für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen und haftet bei dessen Scheitern den



Geschäftspartnern nicht ohne weiteres für allfälligen Schaden, der ihnen aus dem Misserfolg erwächst. Schutz verdient nicht, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit und Vertrauensseligkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird. Eine Haftung entsteht nur, wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht. Diesfalls hat die Muttergesellschaft für den Schaden einzustehen, den sie durch ihr gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten adäquat kausal verursacht hat. Hingegen führt die Vertrauenshaftung – im Gegensatz zur vertraglichen Garantiehaftung – nicht dazu, dass die Muttergesellschaft gegenüber Dritten für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft mithaften würde (vgl. insbesondere BGE 120 II 331 E. 5a).

2.2.2.2. Die Vorinstanz begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin damit, sie habe unzutreffende Angaben zum Unternehmen – 180 Mitarbeiter und 50 Millionen Franken Umsatz im Jahr 2014 statt 19 Mitarbeiter und zwei bis fünf Millionen Franken Umsatz – gemacht. Die Beschwerdeführerin sei offensichtlich nicht in der Lage, die Baumeisterarbeiten in der ausgeschriebenen Grössenordnung auszuführen. Da es sich um keine Bietergemeinschaft handle und die Gebrüder Hilti Aktiengesellschaft Bauunternehmung mit Sitz in Schaan (vgl. Handelsregister des Fürstentums Liechtenstein, frei zugänglicher Teilauszug) nicht als zusätzliche Vertragspartnerin erwähnt sei, dürften Mitarbeiter und Umsatzzahlen der Mutterbeziehungweise Konzerngesellschaft nicht berücksichtigt werden. Eine Anbieterin könne sich unter Umständen auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einer Konzerngesellschaft, insbesondere der Muttergesellschaft stützen, wenn sie nachweise, dass sie effektiv über die entsprechenden Mittel der Konzerngesellschaft verfüge. Die Vermutung, sie gehöre zur selben Unternehmung, genüge nicht. Die Beschwerdeführerin habe keine solche konzernbezogene Offerte abgefasst. Für eine eigentliche Bietergemeinschaft der Mutter- und Tochtergesellschaft lägen keine Indizien – wie beispielsweise eine gemeinsam abgeschlossene Haftpflichtversicherung oder eine Patronatserklärung – vor.

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Hinweise in ihrem Angebot, aus denen sich die persönliche und wirtschaftliche Verbindung zur „Gebr. Hilti AG“ ergebe, nämlich



dem Briefkopf auf dem Begleitschreiben der Beschwerdeführerin zu ihrem Angebot und der Rubrik „zusätzlicher Name“ („Ein Unternehmen der Gebr. Hilti AG“) sowie der Aufgabenanalyse („Firma LG Bau Grabs, Firma Gebr. Hilti AG Schaan sind in dieser Region seit über 130 Jahren tätig...“) und der Projektorganisation mit Angabe der Schlüsselpersonen, in welcher dasselbe Logo („LG Bau Ein Unternehmen der Gebr. Hilti AG“ und „Gebr. Hilti AG“) verwendet und ein Geschäftsleitungsmitglied der „Gebr. Hilti AG“ als für die „Oberaufsicht“ über die Baumeisterarbeiten zuständig bezeichnet wird (act. 10/4 passim). Eine Übersicht über die Konzernstruktur, wie sie die Beschwerdeführerin zusammen mit der Beschwerde einreichte (act. 4/5), lag dem Angebot nicht bei. Selbst eine nachgereichte Patronatserklärung könnte aber nach der Rechtsprechung nur dann berücksichtigt werden, wenn sich deren Erklärungsinhalt bereits aus dem Angebot selbst ergeben hat (vgl. BVerwGer B 1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.7.2 mit Hinweis auf Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB. 2008.00194 vom 8. April 2009 E. 5.2.1). Eine rechtlich verbindliche und deshalb real vollstreckbare Patronatserklärung im Sinn einer solidarischen Haftung mit der Anbieterin, die sich auf das gesamte Angebot in all seinen Aspekten beziehen müsste (vgl. Beyeler, Einbezug der Muttergesellschaft, a.a.O., S. 22), liegt im Übrigen nach wie vor nicht vor. Offen bleiben kann deshalb die rechtliche Tragweite einer solchen Erklärung.

2.2.2.3. Aus den Hinweisen im Angebot musste die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht auf ein „Konzernangebot“ schliessen. Aus den Angaben im Angebot lässt sich insbesondere unter Berücksichtigung der weiteren Umstände nicht ableiten, mit der Beschwerdeführerin hätte sich auch die „Gebr. Hilti AG“ verpflichtet. Die „Hilti-Gruppe“ umfasst verschiedene Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein, nämlich neben der Beschwerdeführerin – der „LG Bau AG“ mit Sitz in Grabs – auch die „Gebrüder Hilti Bau AG“ mit Sitz in Buchs sowie die „Gebrüder Hilti Aktiengesellschaft Bauunternehmung“ und die „Gebr. Hilti Generalunternehmung Aktiengesellschaft“ beide mit Sitz in Schaan. Welche dieser Unternehmen bei einem allfälligen Vertragsschluss mit der Beschwerdeführerin schliesslich mitverpflichtet würde, ist aus dem Angebot, in welchem die Bezeichnung „Gebr. Hilti AG“, teilweise mit dem Zusatz „Schaan“, verwendet wurde, nicht klar erkennbar. Die Beschwerdeführerin hat auch nicht – was ihr ohne weiteres möglich gewesen wäre – jene Konzerngesellschaft, welche die Arbeiten schliesslich ganz oder



St.Galler Gerichte

teilweise ausführen würde, in der entsprechenden Rubrik als Subunternehmerin aufgeführt oder das Angebot als Bietergemeinschaft eingereicht. Beides wäre gemäss Ausschreibung zulässig gewesen (vgl. act. 10/1.1, Ziffern 3.5 und 3.6 der Ausschreibung).

Dass sich mit dem Angebot jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht auch eine andere Konzerngesellschaft verpflichtete, legt auch der Umstand nahe, dass der das Angebot unterzeichnende Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin für die „Gebrüder Hilti Aktiengesellschaft Bauunternehmung“ mit Sitz in Schaan lediglich kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt ist. Anders als im Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, auf welchen sich die Beschwerdeführerin stützt (VB.2008.00194 vom 8. April 2009, www.vgrzh.ch), war das Angebot nicht konsequent konzernbezogen abgefasst. Aus den Angaben der Beschwerdeführerin auf dem Standardformular „Anbieterdaten“ (act. 10/7) war nicht erkennbar, dass nicht die Beschwerdeführerin selbst über 180 Beschäftigte verfügt und im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von 50 Millionen Franken erzielt hatte. Vielmehr wurde dort darauf hingewiesen, es handle sich um die frühere L. Gantenbein & Co. AG 1892. Ebenso wenig lag eine eindeutige Erklärung der Muttergesellschaft vor, nach welcher sie der Beschwerdeführerin in allen erforderlichen Bereichen die zur Erfüllung der Arbeiten notwendige Unterstützung zukommen lassen würde.

Bei einer Prüfung des Angebots mit einem zumutbaren Aufwand musste die Vorinstanz nicht davon ausgehen, dass sich neben der Beschwerdeführerin weitere Konzerngesellschaften mit dem eingereichten Angebot rechtlich verpflichteten. Jedenfalls kann es im vergaberechtlichen Verfahren nicht Aufgabe der Vergabebehörde sein, eingehende Abklärungen zur Frage der möglichen rechtlichen Verpflichtung weiterer Konzerngesellschaften zu treffen oder aber die Einreichung einer umfassenden Patronatserklärung der Muttergesellschaft zu verlangen. Der im Internet frei zugängliche Teilauszug aus dem Handelsregister des Fürstentums Liechtenstein gibt im Übrigen einzig Eintragungszeitpunkt, Sitz, Adresse sowie Tagebuch-Nummer und -Datum von insgesamt zehn Eintragungsänderungen wieder. Zur Ermittlung des Inhalts der Eintragungen und Änderungen wären je einzelne Abfragen erforderlich, wobei die Informationen erst ab dem Jahr 2003 im Internet zugänglich sind. Die Konzernstruktur



ist deshalb aus den frei zugänglichen Unternehmensinformationen nicht mit zumutbarem Aufwand und schlüssig zu ermitteln.

2.2.3. Die Vorinstanz durfte – und musste – deshalb das Angebot allein der Beschwerdeführerin zurechnen und zum Schluss kommen, dass diese nicht in der Lage sein würde, die offerierten Arbeiten allein zu erbringen. Dementsprechend war – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – ihr Ausschluss vom Vergabeverfahren mangels Eignung gestützt auf Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. a VöB gerechtfertigt.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde insbesondere auch mit Blick auf die gewichtigen öffentlichen Interessen an der zeitgerechten Realisation der Erneuerung und Erweiterung des Spitals Grabs nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dementsprechend abzuweisen.

4. Der Beschwerdeführerin ist Gelegenheit zu geben, sich bis 19. Februar 2016 zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 27. Januar 2016 zu äussern (in zweifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 3'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 9'200 zu verrechnen. CHF 6'200 sind bei der Hauptsache zu belassen. Für das Zwischenverfahren sind mangels Anspruchs und Antrags der Vorinstanz keine ausseramtlichen Entschädigungen zuzusprechen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP).

Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2. Die Beschwerdeführerin wird eingeladen, **bis 19. Februar 2016** zur vorinstanzlichen Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen (in zweifacher Ausfertigung); nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.



3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 3'000 unter Verrechnung mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 9'200. CHF 6'200 verbleiben bei der Hauptsache.

Der Präsident

Eugster