



Fall-Nr.: B 2017/30
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 07.03.2017
Entscheiddatum: 07.03.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 07.03.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 12 Abs. 1 lit. h VöB. Die Nichteinhaltung der Frist zur Einreichung des Angebots stellt auch dann einen den Ausschluss rechtfertigenden Formfehler dar, wenn die Frist nur geringfügig überschritten wurde. Der Ausschluss ist nicht überspitzt formalistisch, umso mehr als in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich auf diese Folge der Verspätung hingewiesen worden war. Die Behauptung, die Post habe die Sendung erst am folgenden Tag abgestempelt, wird nicht weiter belegt. Umso mehr als der Normalschalter im Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerinnen ihr Angebot in das für Pakete vorgesehene Fach eingeworfen hatte, noch geöffnet war, besteht auch kein Anlass, die verpasste Frist wiederherzustellen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/30).

Verfahrensbeteiligte

E. Weber AG, Ebnaterstrasse 79, 9630 Wattwil,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Tiefbauamt, Lämmli Brunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegner ,



Gegenstand

Vergabe Kantonsstrasse Nr. 13 Sanierung Wildhauserstrasse (Baumeisterarbeiten, Ausschluss vom Verfahren) / aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

Die E. Weber AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Baudepartement des Kantons St. Gallen (vertreten durch das Tiefbauamt; Vorinstanz und Gesuchsgegner) wegen verspäteter Einreichung des Angebots am 10. Februar 2017 verfügten Ausschluss vom Verfahren betreffend Vergabe der Baumeisterarbeiten (Strassenbau) für die Sanierung der Kantonsstrasse Nr. 13 zwischen Wildhaus-Alt. St. Johann mit Eingabe vom 16. Februar 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben. Die anwaltlich nicht vertretene Beschwerdeführerin führte in ihrer Stellungnahme zur Verspätung vor Vorinstanz aus, sie sei an den Arbeiten weiterhin interessiert. Daraus und aus ihrem Antrag, es sei der Ausschluss aufzuheben, ist auf ein stillschweigendes Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, zu schliessen. Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 17. Februar 2017 einstweilen den Erlass einer Zuschlagsverfügung und den Abschluss des Vertrags.

Mit Vernehmlassung vom 22. Februar 2017 beantragte die Vorinstanz, das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen. Auf die Ausführungen der Gesuchstellerin und des Gesuchsgegners sowie die von der Vorinstanz eingereichten Vergabeakten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:

1. Der Entscheid über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) in die Zuständigkeit des Präsidenten des Verwaltungsgerichts.



2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 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. Die Beschwerdeführerin, die keinen ausdrücklichen Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung gestellt hat, äussert sich auch nicht zur – fehlenden – Dringlichkeit der Strassensanierung. Gemäss Ausschreibung ist die Ausführung der Sanierungsarbeiten für die Zeit vom 10. April bis 1. September 2017 vorgesehen. Die Vorinstanz macht geltend, die Bauarbeiten seien bewusst für das Sommerhalbjahr geplant, damit sie vor Kälteeinbruch fertiggestellt seien. Strassenbelagsarbeiten seien ab November je nach Witterungsbedingungen nur noch erschwert oder gar nicht möglich. Könnten die Arbeiten nicht wie geplant durchgeführt werden, müssten sie deshalb mindestens bis zum Frühjahr 2018 verschoben werden. Dies wäre mit erheblichen Einschränkungen für die betroffenen Verkehrsteilnehmer verbunden. Es seien zudem Mehrkosten zu erwarten. Abgesehen davon, dass der Abschluss der Arbeiten noch vor November 2017 auch bei einer Verzögerung des Baubeginns um einen bis zwei Monate nicht ausgeschlossen erscheint, legt die Vorinstanz nicht konkret dar, welche Strassenmängel während eines weiteren Halbjahres zu welchen Einschränkungen der Verkehrsteilnehmer führen würden und mit welchen Mehrkosten genau bei einer Verzögerung der Sanierung zu rechnen wäre. Im Übrigen hat die Vergabebehörde im vorgesehenen Zeitplan grundsätzlich auch ein Rechtsmittelverfahren einzubeziehen (vgl. VerwGE B 2016/241 vom 16. Dezember 2016 E. 2.1 mit Hinweis auf VerwGE B 2015/300 vom 13. November 2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch). Die öffentlichen Interessen, welche gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprechen, erscheinen deshalb nicht als sehr gewichtig.

2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr Angebot sei zu Unrecht wegen verspäteter Einreichung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Sie habe die Offerte am 9. Dezember 2016, dem letzten Tag der Einreichfrist, vor 17.30 Uhr bei der



Poststelle in Wattwil im Paketfach eingeworfen. Da gemäss Angabe der Poststelle die letzte Leerung um 18.00 Uhr erfolge, sei sie davon ausgegangen, dass das Paket wie üblich noch an diesem Tag abgestempelt werde. Trotz telefonischer Reklamation sei es am 13. Januar 2013 zu einem erneuten Fehler gekommen, indem ein vor 17.30 Uhr im Paketfach eingeworfenes Express-Paket erst am nächsten Tag um 10.43 Uhr abgestempelt worden sei. Gemäss Poststellenleiter sollte das Paketfach täglich um Punkt 18.00 Uhr nochmals geleert und verarbeitet werden; er könne dafür aber auch zukünftig keine Garantie abgeben. Er sei auch nicht bereit gewesen, seine Aussage „Wo gearbeitet wird, passieren halt Fehler.“ schriftlich „zu dokumentieren“. Die Fehler für die verspäteten Verarbeitungen lägen definitiv bei der Poststelle Wattwil.

2.3. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter, der wesentliche Formvorschriften der Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt, vom Vergabeverfahren ausschliessen. Bei der Frist zur Eingabe der Angebote handelt es sich um eine solche Formvorschrift. Die Beweislast für das fristgerechte Einreichen von Eingaben trifft grundsätzlich jene Partei, welche die entsprechende Handlung vorzunehmen hat. Eine Ausnahme gilt, wenn die beweispflichtige Partei den Beweis aus Gründen nicht erbringen kann, die nicht von ihr, sondern von der Behörde zu verantworten sind. In diesem Fall tritt eine Umkehrung der Beweislast ein; diese ist dann von der Behörde zu tragen (vgl. anstelle vieler 2P.60/2002 vom 16. April 2002 E. 2.4.2 mit Hinweisen). Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Angebot wurde von der Post mit Stempel vom 10. Dezember 2016 um 8:12 Uhr als aufgegeben registriert (act. 3.2). Dass die Beschwerdeführerin – wie sie behauptet – das Paket am Vortag vor 17.30 Uhr in den für die Aufgabe von Paketen vorgesehenen Kasten der Poststelle Wattwil gelegt hat, ist nicht belegt. Da die Gründe, aus denen sie diesen Beweis nicht erbringen kann, nicht von der Vorinstanz zu verantworten sind, besteht auch kein Anlass für eine Umkehrung der Beweislast.

Bei der Frist für die Einreichung der Angebote handelt es sich um ein zentrales formelles Erfordernis, dessen Nichteinhaltung als schwerer Formfehler regelmässig zum Ausschluss vom Verfahren führt (vgl. BGer 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4 mit zahlreichen Hinweisen). Die Nichteinhaltung der Frist zur Einreichung stellt auch dann einen den Ausschluss rechtfertigenden Formfehler dar, wenn diese Frist nur geringfügig überschritten wurde. Der Ausschluss ist nicht überspitzt formalistisch (vgl.



Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O, Rz. 507/508). Dies gilt umso mehr, als in Ziffer 236.100 der Besonderen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, für die Rechtzeitigkeit der Einreichung sei das Datum des Poststempels – wie bereits in der Ausschreibung im Amtsblatt (act. 7/1) – einer schweizerischen Poststelle massgebend und verspätet eingereichte Angebote seien ungültig und würden von der Submission ausgeschlossen.

Es besteht auch kein Anlass, die verpasste Frist zur Einreichung des Angebots wiederherzustellen. Gemäss Art. 30ter Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) kann die Wiederherstellung ausser nach Art. 148 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272, ZPO) auch angeordnet werden, wenn der Verfahrensgegner zustimmt. Weder liegt eine solche Zustimmung vor noch macht die Beschwerdeführerin glaubhaft, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Einerseits erschöpfen sich ihre Vorbringen in der Behauptung, die Poststelle Wattwil habe zweimal ihre vor 17.30 Uhr in das dafür vorgesehene Fach eingeworfenen Pakete nicht gleichentags mit dem Aufgabevermerk versehen. Insbesondere bringt sie für die Behauptung, der Poststellenleiter habe einen solchen Fehler nicht ausgeschlossen, keine Bestätigung bei. Zumal der Normalschalter von Montag bis Freitag bis 18.00 Uhr geöffnet ist, hätte die Beschwerdeführerin andererseits auch die Möglichkeit gehabt, das Paket am Schalter aufzugeben, und so die rechtzeitige Verarbeitung durch die Post sicherstellen und die korrekte Stempelung kontrollieren können.

3. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

4. Der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, bis 24. März 2017 ihre Eingabe vom 22. Februar 2017 mit weiteren materiellen Ausführungen zur Beschwerde zu ergänzen. 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 800 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'500 zu verrechnen. CHF 1'700 verbleiben bei der Hauptsache. Über ausseramtliche Kosten ist mangels Anspruchs und Antrags nicht zu befinden (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP).

Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Vorinstanz wird eingeladen, bis **24. März 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in zweifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 800 unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'500. CHF 1'700 verbleiben bei der Hauptsache.

Der Präsident