



Fall-Nr.: B 2017/74
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 04.05.2017
Entscheiddatum: 04.05.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 04.05.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Beschwerde erweist sich nicht als ausreichend begründet. Das Angebot der vom Vergabeverfahren ausgeschlossenen Beschwerdeführerin erscheint sowohl formell als auch inhaltlich als mangelhaft. Formell hat die Beschwerdeführerin die Preisanalyse zu einer Devis-Position im Bereich „Pflästerungen und Abschlüsse“ abgeändert, indem sie zum ausdrücklichen Hinweis, dass bei der Kalkulation des Einheitspreises je Meter sowohl „Lieferrn“ als auch „Versetzen“ zu berücksichtigen seien, die Bemerkung anbrachte, sie offeriere lediglich das Lieferrn. Inhaltlich blieb das Angebot unvollständig, indem sie das „Versetzen“ nicht offerierte (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/74).

Verfahrensbeteiligte

Bernhard Frei AG, Lugwiesstrasse 19, 9443 Widnau,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Bürki, Auerstrasse 2, Postfach 91,
9435 Heerbrugg,

gegen

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

Vorinstanz,



und

Walo Bertschinger AG St. Gallen, Hofenstrasse 27, 9300 Wittenbach,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Vergabe Kantonsstrasse Nr. 41 Gestaltung Widnau Metropol bis Binnenkanal
(Tief- und Strassenbauarbeiten, Ausschluss vom Verfahren und Zuschlag) /
aufschiebende Wirkung**

Der Präsident stellt fest:

A. Die Bernhard Frei AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Baudepartement des Kantons St. Gallen (vertreten durch das Tiefbauamt; Vorinstanz und Gesuchsgegner) wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften am 7. April 2017 verfügt und am 10. April 2017 zugestellten Ausschluss vom Verfahren und den ihr gleichzeitig eröffneten Zuschlag der Tief- und Strassenbauarbeiten bei der Neugestaltung der Kantonsstrasse 41 in Widnau zwischen Metropol und Binnenkanal zum Preis von CHF 1'446'130 an die Walo Bertschinger AG St. Gallen (Beschwerdegegnerin) vom 4. April 2017 mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 19. April 2017 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 24. April 2017 untersagte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Vorinstanz einstweilen den Abschluss des Vertrages. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhielten Gelegenheit, sich bis 1. Mai 2017 zum Begehren um aufschiebende Wirkung vernehmen zu lassen. Die Vorinstanz wurde



St.Galler Gerichte

gleichzeitig aufgefordert, innert gleicher Frist sämtliche Akten der Vergabe einzureichen. Alle Verfahrensbeteiligten wurden aufgefordert, innert gleicher Frist die ihrer Auffassung nach dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Unterlagen konkret und begründet zu bezeichnen.

Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 27. April 2017, es sei das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen. Zusammen mit der Vernehmlassung reichte die Vorinstanz dem Gericht die Vergabeakten ein. Als dem Geschäftsgeheimnis unterliegende Akten bezeichnete sie die Offerten der Anbieterinnen.

Der Präsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts über das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde.

2. Die aufschiebende Wirkung kann erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (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). 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 Gesuchstellerin äussert sich zwar nicht zu den der Erteilung der aufschiebenden Wirkung allenfalls entgegenstehenden öffentlichen Interessen und insbesondere nicht zur Dringlichkeit des Bauvorhabens, legt aber mit der Begründung des Antrags in der Sache dar, aus welchen Gründen die Beschwerde gutzuheissen und Ausschluss und Zuschlag aufzuheben sind. Da beim Entscheid über das Gesuch um



St.Galler Gerichte

aufschiebende Wirkung die ausreichende Begründung der Beschwerde als wesentlicher Teilaspekt zu berücksichtigen ist, besteht kein Anlass, das Gesuch um aufschiebende Wirkung mangels Begründung nicht zu behandeln.

Die Vorinstanz bringt vor, der Ausführungsbeginn der Arbeiten sei auf den 24. April 2017 vorgesehen gewesen, damit die Arbeiten bis Mitte August 2017 abgeschlossen werden könnten. Von den drei Etappen beträfen die ersten beiden die Ostseite der Bahnhofstrasse und hätten keine Einschränkungen der Zugänglichkeit der Geschäftsliegenschaften auf der Westseite zur Folge. Die dritte Etappe mit den Arbeiten an der Westseite der Bahnhofstrasse sollte deshalb in den Sommerferien ausgeführt werden.

Die Vorinstanz hat den Auftrag am 23. Januar 2017 ausgeschrieben. Die Frist zur Einreichung von Angeboten endete am 1. März 2017 (ABI 2017 S. 378 f.). Die Offerten wurden am 6. März 2017 geöffnet (act. 6/2). Die Arbeiten sollten Ende März 2017 vergeben werden (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Besondere Bestimmungen NPK 102, R 239.200; act. 6/10 Register 3). Bei einem geplanten Baubeginn am 24. April 2017 (vgl. beispielsweise Ausschreibungsunterlagen, Besondere Bestimmungen NPK 102, Ziffer 632.100; act. 6/10 Register 3, Seite 13) hat die Vorinstanz – wozu sie allerdings verpflichtet wäre – bei der Projektplanung die Möglichkeit einer Beschwerde im Vergabeverfahren offenkundig nicht berücksichtigt. Dass die beschriebenen drei Etappen einzig in dieser Reihenfolge realisiert werden können und es aus technischen Gründen unmöglich wäre, die dritte Etappe, welche Fahrbahn, Gehweg und Vorplätze auf der Westseite der Bahnhofstrasse betrifft (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Besondere Bestimmungen NPK 102, Ziffer 621.100; act. 6/10 Register 3, Seite 13), vorzuziehen, ist weder den Ausschreibungsunterlagen noch der vorinstanzlichen Vernehmlassung zu entnehmen. Die von der Vorinstanz vorgebrachten, der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen wiegen unter diesen Umständen nicht sehr schwer.

2.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren.



2.2.1. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung den Ausschluss mit einem Verstoss gegen wesentliche Formvorschriften begründet. Die Beschwerdeführerin sei von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen. Aus der Preisanalyse zur Position R229.101 ergebe sich, dass sie nur die Lieferung des Betonrandabschlusses, nicht aber wie verlangt auch das Versetzen offeriert habe.

Die Beschwerdeführerin anerkennt dies als Kalkulationsfehler. Es liege aber ein kleiner und unbedeutender Formfehler vor, der es nicht rechtfertige, die Arbeiten zu einem um CHF 186'524.70 oder 15 Prozent höheren Preis zu vergeben. Im Normkatalog unter NPK 222 „Pflästerungen und Abschlüsse“ laute der Titel zu Ziffer 200 „Steine und Platten liefern“. Von „versetzen“ stehe nichts. Dies werde im Titel zu Ziffer 300 „Abschlüsse versetzen“ genannt. Die Vorinstanz habe – was ihr Recht sei – die Position R229.101 auf „Liefern und versetzen“ ausgeweitet. Sie habe aber auch einen Fehler gemacht, indem sie den Bereich „Versetzen“ unter dem Haupttitel „Liefern“ und nicht unter dem Haupttitel „Versetzen“ angebracht habe. Das Versetzen des Randabschlusses Typ 3 habe sie dann unter Position 229.300 nicht mehr aufgeführt. Das habe die Beschwerdeführerin nicht bemerkt. Sie habe, wenn man auf das Kleingedruckte achte, das Liefern und Versetzen des Randabschlusses für CHF 53'920 offeriert, obwohl sie hierfür lediglich das Liefern einkalkuliert habe. Mit der Preisanalyse habe sie lediglich einen Kalkulationsfehler transparent gemacht. Sei die Vorinstanz der Auffassung gewesen, das Angebot der Beschwerdeführerin sei unklar, hätte sie, die ja selber mit den fraglichen Titeln nicht für klare Transparenz gesorgt habe, eine Erläuterung verlangen können.

2.2.2. Das Angebot der Beschwerdeführerin erscheint sowohl formell als auch inhaltlich mangelhaft. Formell hat die Beschwerdeführerin die Preisanalyse zur Position R229.101 abgeändert, indem sie zum ausdrücklichen Hinweis, dass bei der Kalkulation des Einheitspreises je Meter sowohl „Liefern“ als auch „Versetzen“ zu berücksichtigen seien, die Bemerkung anbrachte, sie offeriere lediglich das Liefern. Inhaltlich blieb das Angebot der Beschwerdeführerin unvollständig, indem sie das „Versetzen“ nicht offerierte.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann ein Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, der wesentliche Formvorschriften der Verordnung



oder des Vergabeverfahrens verletzt. Die Gründe, aus denen ein Anbieter oder ein Angebot ausgeschlossen werden können, sind in Art. 12 Abs. 1 VöB nicht abschliessend aufgeführt. Inhaltlich muss die Vergabestelle kein an ihrem Bedarf vorbezielendes Angebot akzeptieren (vgl. Ch. Jäger, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 325 ff., Rz. 56).

Formvorschriften haben im öffentlichen Beschaffungsrecht eine zentrale Bedeutung und Funktion, da sie die Einhaltung der Vergabegrundsätze, insbesondere des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots sicherstellen und zu einer bedarfsgerechten Offerte beitragen sollen. Aus diesem Grund ist eine gewisse Formstrenge angezeigt. Formvorschriften dürfen nicht Selbstzweck sein, sondern dienen der Durchsetzung der inhaltlichen Vorschriften. Ausschlüsse wegen unwesentlicher Verstösse gegen solche Vorschriften verletzen das Verbot des überspitzten Formalismus und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. Jäger, a.a.O., Rz. 54). Inhaltlich muss das Angebot sämtliche als zwingend bezeichneten Ausschreibungsanforderungen an das Produkt und die Leistung enthalten. Auszugehen ist vom Grundsatz der Unveränderbarkeit der Angebote und damit vom Verbot der Änderung oder Ergänzung bei der Offertbereinigung. Vorbehalten bleiben unwesentliche Fehler oder Unterlassungen aus Versehen. Sie dürfen berichtigt werden, soweit darin nicht eine Benachteiligung der Mitbewerber liegt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl. 2013, Rz. 684).

2.2.3. In der Preisanalyse, welche die Vorinstanz für die Position NPK 222/R229.101 des Devis verlangt hat, wird die Zusammensetzung des Einheitspreises je Laufmeter aus Lohn, Material, Inventar und Fremdleistungen offen gelegt. Die Leistung wird ausdrücklich mit „Liefen und versetzen des Betonrandabschlusses“ umschrieben. Die Formulierung entspricht jener im Devis zu dieser Position. Die Beschwerdeführerin hat – im Gegensatz zu den beiden anderen Anbieterinnen – Löhne und Inventar nicht berücksichtigt und ausdrücklich festgehalten, sie offeriere lediglich die Lieferung. Damit hat sie – statt sich zur Klärung an die Vorinstanz zu wenden – das Formular, das Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen ist, abgeändert. Die Änderung hat sich inhaltlich auf ihr Angebot ausgewirkt, indem in der Offertsumme die Kosten für das Versetzen des Betonrandabschlusses nicht enthalten waren. Das nachträgliche



Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe für das Versetzen des Betonrandabschlusses keinen zusätzlichen Vergütungsanspruch, erscheint als Schutzbehauptung. Der Aufwand für Lohn und Inventar beträgt bei den beiden weiteren Angeboten CHF 39 beziehungsweise CHF 122 pro Meter, was bei der in Position NPK 222/229.101 ausgeschriebenen Strecke von 320 Metern zu Kosten von CHF 12'470 beziehungsweise von CHF 39'094 führte. Bezogen auf den Preis des Angebots der Beschwerdeführerin von CHF 1'259'605.80 entspricht dies einem Anteil in der Grössenordnung von immerhin zwei Prozent. Selbst wenn die Beschwerdeführerin, wie sie vorbringt, diese Leistungen mit CHF 40 pro Meter offerierte hätte, hätte dies eine Reduktion ihrer Marge von einem Prozent zur Folge und würde somit an der Beurteilung nichts ändern. Für die Vorinstanz hätte demzufolge das Risiko bestanden, dass die Beschwerdeführerin bei Abgabe ihres Angebots davon ausging, sie könne die Kosten für das Versetzen des Betonrandabschlusses bei einem allfälligen Zuschlag zusätzlich nach Regietarifen abrechnen. Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung erscheint der formelle Mangel angesichts seiner inhaltlichen Auswirkungen auf den Preis von wesentlicher Bedeutung und damit der Ausschluss als vertretbar.

3. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht als ausreichend begründet im Verhältnis zu den entgegenstehenden öffentlichen Interessen, 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 Beschwerdegegnerin ist einzuladen, bis 31. Mai 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 27. April 2017 innert gleicher Frist 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 1'200 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'400 zu verrechnen. CHF 6'200 verbleiben bei



der Hauptsache. Für das Zwischenverfahren sind mangels Anspruchs und Antrags der Vorinstanz einerseits und zufolge Unterliegens der Beschwerdeführerin andererseits keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP).

Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin wird eingeladen, bis **31. Mai 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 27. April 2017 zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'200 unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'400. CHF 6'200 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Präsident

Eugster