



Fall-Nr.:	B 2018/32
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	02.02.2018
Entscheiddatum:	02.02.2018

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 02.02.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Vergabebehörde hat den Zuschlag am 16. Oktober 2017 auf simap und im Amtsblatt publiziert, nicht aber den nicht berücksichtigten Bewerbern gegenüber eröffnet. Auf Nachfrage der Beschwerdeführerin hin erging – nachdem die Vergabebehörde am 21. Dezember 2017 Verfahrensfehler eingeräumt hatte – am 9. Januar 2018 eine mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene, individuelle Zuschlagsverfügung. Wenn sie im Beschwerdeverfahren die Auffassung vertritt, die Beschwerdeführerin hätte trotzdem Beschwerde gegen eine noch nicht ergangene individuelle Zuschlagsverfügung erheben müssen, verhält sie sich widersprüchlich. Die Beschwerde erweist sich allerdings in materieller Hinsicht als nicht ausreichend begründet, weshalb der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen ist (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/32).

Verfahrensbeteiligte

Landolt + Co AG Bauunternehmung, Schaffhauserstrasse 10, 8451 Kleinandelfingen,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Hans Bertschinger Rechtsanwalt, Oberfeldstrasse 158, Postfach 5,
8408 Winterthur,

gegen

obvita Ostschweizerischer Blindenfürsorgeverein, Bruggwaldstrasse 45,
Wittenbach, 9008 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Stephan Staub, GM Rechtsanwälte, St. Jakob-Strasse 37, 9000 St. Gallen,

und

Morscher AG, Flurhofstrasse 22, 9000 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Simon Ulrich, Fürer Partner Advocaten, Rheinstrasse 16, 8500 Frauenfeld,

Gegenstand

Vergabe Neubau Zentrumsbau obvita (Baumeisterarbeiten) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Der Ostschweizerische Blindenfürsorgeverband publizierte den Zuschlag der Baumeisterarbeiten beim Neubau des Zentrumsbaus obvita an die Morscher AG ohne Rechtsmittelbelehrung am 16. Oktober 2017 auf simap und im Amtsblatt (ABI 2017 S. 3123). Der Landolt + Co AG Bauunternehmung teilte er die Nichtberücksichtigung ihres Angebots am 7. Dezember 2017 per E-Mail mit (act. 8/6). Auf deren Nachfrage hin wurde ihr ebenfalls elektronisch am 11. Dezember 2017 die Nutzwertanalyse zugestellt und am 14. Dezember 2017 die Bewertung erläutert. Wiederum per E-Mail bezog sich der Verwaltungsratspräsident der Landolt + Co AG Bauunternehmung am 18. Dezember 2017 auf die Publikation des Zuschlags auf simap und im Amtsblatt und



St.Galler Gerichte

verlangte die Eröffnung der Zuschlagsverfügung, damit dagegen Beschwerde erhoben werden könne (act. 8/9). Am 21. Dezember 2017 teilte die Vorinstanz sämtlichen Anbietern schriftlich mit, es sei ihr ein Verfahrensfehler unterlaufen, und stellte ihnen für die Kalenderwoche 02/2018 die Zuschlagsverfügung mit Rechtsmittelbelehrung in Aussicht.

In der Folge erhob die Landolt + Co AG Bauunternehmung (Beschwerdeführerin) gegen die vom Ostschweizerischen Blindenfürsorgeverband (Vorinstanz) am 9. Januar 2018 versandte, vom 10. Januar 2018 datierte Zuschlagsverfügung mit Eingabe vom 22. Januar 2018 durch ihren Rechtsvertreter, der gleichzeitig kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin ist, unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende innerhalb der Frist gemäss Rechtsmittelbelehrung beim Verwaltungsgericht Beschwerde und stellte unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung. Der zuständige Abteilungspräsident untersagte der Vorinstanz mit Verfügung vom 23. Januar 2018 den Abschluss des Vertrags einstweilen. Die Morscher AG (Beschwerdegegnerin) beantragte mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 26. Januar 2018, es sei der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen. Mit fristgerecht persönlich überbrachter Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 29. Januar 2018 beantragte die Vorinstanz, es sei der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge keine aufschiebende Wirkung zu gewähren. Gleichzeitig überwies sie dem Gericht die Vergabeakten.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des



Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

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 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).

3. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin machen geltend, die Beschwerde erscheine nicht ausreichend begründet im Sinn von Art. 17 Abs. 2 IVöB, weil sie verspätet erhoben worden sei.

Nach Auffassung der Vorinstanz lief die Beschwerdefrist von zehn Tagen seit Kenntnis des Vergabeentscheidendes deshalb selbst dann weit vor dem 22. Januar 2018 ab, wenn als Kenntnisnahme erst das Mail vom 18. Dezember 2017 des Verwaltungsratspräsidenten, der auch Rechtsanwalt sei, genommen werde. Die Beschwerdeführerin sei anwaltlich beraten gewesen und könne sich daher nicht auf die bei der Publikation fehlende Rechtsmittelbelehrung berufen. Die Beschwerdegegnerin hält fest, die Beschwerdeführerin sei beschaffungsrechtlich in der Ostschweiz äusserst aktiv und professionell vertreten. Die Publikation des Zuschlags oder die Pflicht zur Erhebung einer Beschwerde nach Kenntnis der Publikation hätten ihr auffallen müssen. Mit der Beschwerde verhalte sie sich rechtsmissbräuchlich.

Anders als im Bundesrecht gilt im kantonalen Vergaberecht entsprechend Art. 35 VöB der Primat der individuellen Zustellung der Zuschlagsverfügung. Ein Beteiligter, dem der Vergabeentscheid individuell zugestellt werden muss und kann, darf sich daher auf diese Eröffnung verlassen und ist nicht gehalten, zusätzlich amtliche Publikationsorgane zu konsultieren (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1275). Die Publikation vom 16. Oktober 2011 war deshalb nicht geeignet, gegenüber der Beschwerdeführerin eine Rechtsmittelfrist auszulösen. Gleiches gilt – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – auch



für die elektronische Mitteilung des Zuschlags und der Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin am 7. Dezember 2017 mit dem Hinweis auf die Publikationen auf simap und im Amtsblatt und die folgende elektronische Korrespondenz. Zwar waren der Beschwerdeführerin ab 14. Dezember 2017 nebst der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes auch die Gründe dafür bekannt.

Nach der Rechtsprechung ist nicht jede mangelhafte Eröffnung schlechthin nichtig mit der Konsequenz, dass die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen beginnen könnte. Aus dem Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen, folgt vielmehr, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht. Das bedeutet nichts anderes, als dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen ist, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der auch in diesem prozessualen Bereich geltende Grundsatz von Treu und Glauben, an welchem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet (BGer 9C_791/2010 vom 10. November 2010 E. 2.2 mit zahlreichen Hinweisen). Im vorliegenden Vergabeverfahren erging – anders als in VerwGE B 2013/244 vom 23. Januar 2015 (vgl. www.gerichte.sg.ch), wo die Verfügung dem Betroffenen und nicht dem Vertreter zugestellt wurde, der Vertreter aber die Verfügung vom Betroffenen erhalten hatte – erst am 9. Januar 2018 eine mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene, individuelle Zuschlagsverfügung. Die Vorinstanz hat am 21. Dezember 2017 gegenüber den Anbietern Verfahrensfehler eingeräumt und die Eröffnung einer Zuschlagsverfügung mit Rechtsmittelbelehrung in Aussicht gestellt. Wenn sie nun im Beschwerdeverfahren die Auffassung vertritt, die Beschwerdeführerin hätte trotzdem Beschwerde gegen eine noch nicht ergangene individuelle Zuschlagsverfügung erheben müssen, verhält sie sich widersprüchlich.

4. Die Beschwerdegegnerin vertritt sodann die Auffassung, aufgrund des publizierten Zuschlags und des – angesichts von bereits durchgeführten zwei Bausitzungen – konkludenten Vertragsschlusses mache eine aufschiebende Wirkung betreffend Vertragsschluss vergaberechtlich keinen Sinn mehr, weil der Vertrag nach der Publikation schon geschlossen worden sei. Der Vertrauensschutz – sie habe teilweise bereits vertraglich Arbeiten geleistet und im Hinblick auf den Baubeginn bereits



Bewehrungen und Beton bestellt – sei beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung mit zu berücksichtigen.

Ob bei einem in Missachtung von Art. 14 Abs. 1 IVöB bereits vor Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossenen Vertrag mit der Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung lediglich noch ein Feststellungsurteil erwirkt werden kann und deshalb von vornherein kein Raum für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren besteht (vgl. dazu unter anderem die Hinweise auf die Rechtsprechung in M. Beyeler, Vergaberechtliche Urteile 2012-2013, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, Rz. 269 und 270), kann offen indes bleiben.

5. Unabhängig davon, ob die Beschwerde rechtzeitig erhoben worden ist und ob angesichts eines vergaberechtswidrig bereits abgeschlossenen Vertrags noch ein vergaberechtliches Gestaltungsurteil ergehen kann, erweist sie sich in materieller Hinsicht bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als hinreichend begründet.

Die Beschwerdeführerin anerkennt – wenn auch mit Zweifeln – ausdrücklich die Bewertung der Angebote nach den Zuschlagskriterien „Qualität/Erfahrung“, „Termin“, „QM/EKAS“ und Lehrlingsausbildung, gleichgültig ob die Maximalpunktzahl von 60 Punkten gemäss Ausschreibung oder von 160 Punkten gemäss Nutzwertanalysen zur Anwendung komme. Dementsprechend bleibt einzig zu prüfen, ob die Beschwerde hinsichtlich der Bewertung der Angebote nach dem Preiskriterium als hinreichend begründet erscheint.

Die Vorinstanz hat der Preisbewertung die Spanne der tatsächlich offerierten Preise zugrunde gelegt. Bei Angeboten mit Preisen zwischen CHF 2'894'440.55 und 3'192'248.85 beträgt die Preisspanne damit etwas mehr als zehn Prozent. Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei der unterirdischen Einstellgarage mit 50 Einstellplätzen handle es sich um einen völlig „normalen“ Bau, bei welchem praxisgemäss eine Preisspanne von mindestens 50 Prozent zur Anwendung kommen müsse. Selbst bei einer Preisspanne von 20 Prozent und einer linearen Preiskurve erweise sich ihr Angebot als das wirtschaftlich günstigste, weil es beim Zuschlagskriterium des Preises mit 100 – statt mit 81 – Punkten zu bewerten sei und



der Rückstand in der Gesamtbewertung lediglich 14 Punkte (Beschwerdeführerin 241, Beschwerdegegnerin 255 Punkte; vgl. act. 2.4) betrage.

Vergaberechtlich ist das Abstellen auf die tatsächlich offerierten Preise grundsätzlich nicht zu beanstanden. Abweichungen von diesem Grundsatz sind indessen zulässig, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auch tiefere und/oder höhere als die tatsächlich offerierten Preise noch realistisch sind (vgl. VerwGE B 2017/73 vom 26. Oktober 2017 E. 5.2, www.gerichte.sg.ch). Bei der vorliegend gebotenen summarischen Beurteilung fällt ins Gewicht, dass der Preis innerhalb der Zuschlagskriterien mit 40 Prozent mit Blick auf die vergebenen Baumeisterarbeiten relativ tief gewichtet ist, so dass sich auch eine steile Preiskurve grundsätzlich rechtfertigt. Da die Arbeiten – worauf auch die Beschwerdeführerin, die von einem völlig normalen Bau spricht, hinweist – nicht als besonders spezialisiert erscheinen, rechtfertigt sich daher eine an den tatsächlich offerierten Preisen ausgerichtete Preisspanne.

6. 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 formellen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

7. Der Beschwerdegegnerin ist eine Frist bis 5. März 2018 anzusetzen, um sich zur Beschwerde in der Sache vernehmen zu lassen. Der Vorinstanz ist Gelegenheit zu geben, innert gleicher Frist gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 29. Januar 2018 zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

8. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 9'000 zu verrechnen. CHF 8'000 verbleiben bei der Hauptsache. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Entschädigung ihrer ausseramtlichen Kosten (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829). Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für



das Zwischenverfahren ausseramtlich ermessensweise mit CHF 2'000 zuzügliche CHF 80 pauschale Barauslagen und Mehrwertsteuer zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP, Art. 6, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, 28^{bis} Abs. 1 und 29 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Die Beschwerdeführerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin erhält Gelegenheit, bis 5. März 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen; die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert gleicher Frist ihre Vernehmlassung vom 29. Januar 2018 zu ergänzen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'000 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 9'000. CHF 8'000 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 2'080 (ohne Mehrwertsteuer).

Der Abteilungspräsident

Zürn