



Fall-Nr.: B 2018/83
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.04.2018
Entscheiddatum: 11.04.2018

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 11.04.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 13 lit. c IVöB, Art. 22 VöB. Soweit das Vergaberecht selbst keine Fristen festlegt, gelten für deren Bemessung die allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens. Gemäss Art. 17 Abs. 1 VRP setzt die Behörde den Beteiligten für die Mitwirkung angemessene Fristen an. Der Betroffene soll die geforderte Handlung ohne Hast und mit der erforderlichen Sorgfalt vornehmen können. In der vergaberechtlichen Praxis wird zum Teil empfohlen, eine Begehung innerhalb von drei bis vier Tagen ab Submissionsbeginn durchzuführen. In der Ausschreibung vom Montag, 19. März 2018 wurde die obligatorische Begehung auf Freitag, 23. März 2018, 14.00 Uhr, festgesetzt. Anforderungen an die Vertreter der Interessenten wurden nicht gestellt. Angesichts der Grössenordnung und Komplexität des Vergabegegenstandes, durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass es sich bei den geeigneten Anbietern um Unternehmen handelt, welche personell in der Lage sind, innerhalb dieser Frist eine sachkundige Person für die Begehung freizustellen. Im Übrigen ist eine erste Reaktion der Beschwerdeführerin erst am 29. März 2018 aktenkundig geworden. Die Beschwerde erweist sich bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/83).

Verfahrensbeteiligte

Toneatti AG Bilten, Tschachenstrasse 9, 8865 Bilten,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Jeannette Fischer, Vincenz & Partner,
Masanserstrasse 40, 7000 Chur,



gegen

Politische Gemeinde Walenstadt, Gemeinderat, 8880 Walenstadt,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Bettina Deillon-Schegg, relevanz.legal,
Teufener Strasse 11, Postfach 1733, 9001 St. Gallen,

Gegenstand

**Vergabe (Ausschreibung Wasserbauarbeiten Renaturierung Berschnerbach) /
aufschiebende Wirkung**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Toneatti AG Bilten (Beschwerdeführerin) hat gegen die Ausschreibung der Wasserbauarbeiten zur Renaturierung des Berschnerbachs vom 19. März 2018 (ABI 2018 S. 1020 f.) durch die Politische Gemeinde Walenstadt (Vorinstanz) durch ihre Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 29. März 2018 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Die Vorinstanz hat mit Vernehmlassung ihrer Rechtsvertreterin vom 9. April 2018 die Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt und dem Gericht die Akten der Ausschreibung übermittelt.

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).

2.1. Gegenstand der Beschwerde ist die Ausschreibung der Wasserbauarbeiten zur Renaturierung des Berschnerbachs. Die Beschwerdeführerin – die ihre Eignung zur Einreichung eines Angebots glaubhaft dartut – macht geltend, ihre privaten Interessen, an der Ausschreibung mit vorgängiger Besichtigung teilzunehmen und eine korrekte Offerte einreichen zu können, seien erheblich. Da durch die zu kurze Frist für die obligatorische Besichtigung zahlreiche geeignete Anbieter ausgeschlossen würden, bestehe auch ein öffentliches Interesse an der korrekten Durchführung des Vergabeverfahrens. Überwiegend gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprechende öffentliche oder private Interessen seien nicht ersichtlich. Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, der Gutheissung der Beschwerde stünden die Interessen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der sich ausschreibungskonform verhaltenden Anbieter entgegen.

Der Erteilung der aufschiebenden Wirkung stehen zwar keine öffentlichen Interessen an der umgehenden Realisation der zu vergebenden Arbeiten entgegen. Die von der Beschwerdeführerin beantragte neue Ausschreibung mit einem neuen Termin für die obligatorische Begehung hätte jedoch zur Folge, dass die Anbieter, welche bereits



aufgrund der Ausschreibung vom 19. März 2018 innerhalb der bis 16. April 2018 angesetzten Frist ein Angebot einreichen, erneut an der – zur Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter wiederum als obligatorisch zu bezeichnenden – Begehung teilnehmen und ein neues Angebot einreichen müssten. Auch wenn ihnen für den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen wiederum keine Kosten entstehen würden (vgl. für die Ausschreibung vom 19. März 2018, ABI 2018 S. 1021), würde die Erstellung der neuen Offerte und insbesondere die erneute Teilnahme an einer Begehung für diese Anbieter zu zusätzlichen von der Vergabebehörde nicht entschädigten Kosten führen. Insoweit bestehen private wirtschaftliche Interessen, welche gegen eine erneute Ausschreibung und damit auch dagegen sprechen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Eine vergaberechtliche Benachteiligung der Anbieterinnen, welche innerhalb der bis 16. April 2018 angesetzten Frist ein Angebot einreichen oder aber darauf verzichten, weil sie an der obligatorischen Begehung vom 23. März 2018 nicht teilnehmen konnten, hätte eine neue Ausschreibung indessen nicht zur Folge. Eine solche Ungleichbehandlung der tatsächlichen und potenzieller Anbieter träte lediglich dann ein, wenn – was die Beschwerdeführerin indessen lediglich eventualiter und superprovisorisch beantragt – einzig mit der Beschwerdeführerin auf der Basis der Ausschreibung vom 19. März 2018 ein neuer Termin für die obligatorische Begehung und – zumal ein Entscheid durch die zuständige Abteilung des Verwaltungsgerichts in der Hauptsache vor Ablauf der Frist zur Einreichung der Angebote am 16. April 2018 ausgeschlossen ist – eine längere Frist zur Einreichung ihres Angebots vereinbart werden müssten.

2.2.

2.2.1. In der Sache macht die Beschwerdeführerin geltend, der in der Ausschreibung vom 19. März 2018 angesetzte Termin für die obligatorische Begehung am 23. März 2018, 14.00 Uhr, verletze das Vergaberecht. Ohne besondere Gründe dürften Fristen nicht kürzer als 14 Tage sein. Wichtige Gründe, welche zwingend für eine kürzere Frist sprechen würden, seien nicht ersichtlich. Die Vorinstanz habe ihr telefonisch mitgeteilt, die Ausschreibung hätte eigentlich zwei Wochen früher erfolgen sollen. Damit sei ihr offensichtlich bewusst gewesen, dass die Frist zwischen der öffentlichen



St.Galler Gerichte

Ausschreibung und der obligatorischen Begehung mindestens 14 Tage betragen müsse.

2.2.2. Die Verfahrensbeteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass die Ausschreibung der nachgefragten Arbeiten – mit einem Auftragsvolumen in der Grössenordnung von 1,6 Millionen Franken – keinen staatsvertraglichen Regeln unterliegt (vgl. Anhang 1 zur IVöB). Die auf internationale Verhältnisse ausgerichteten längeren minimalen Fristen für Angebote und Lieferungen (vgl. Art. XI Ziff. 2 des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422; vgl. auch Art. 4 Abs. 1 lit. b des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, SR 0.172.052.58) sind deshalb vorliegend nicht anwendbar.

Gemäss Art. 22 VöB setzt der Auftraggeber die Fristen für das Einreichen des Antrags auf Teilnahme und des Angebots so fest, dass allen Anbietern genügend Zeit zur Prüfung der Unterlagen sowie zur Ausarbeitung des Antrags auf Teilnahme und des Angebots bleibt (Abs. 1); ohne besonderen Grund dürfen die Fristen nicht kürzer als 14 Tage sein (Abs. 2). Bei der Regelung handelt es sich um eine kantonale Ausführungsbestimmung zu Art. 13 lit. c IVöB, wonach ausreichende Fristen für die Einreichung von Angeboten festzulegen sind. Aus dem klaren und eindeutigen Wortlaut von Art. 22 VöB und dem systematischen Zusammenhang mit Art. 13 lit. c IVöB ergibt sich, dass sich die minimale 14-tägige Frist einzig auf die Einreichung von Anträgen auf Teilnahme an einem – zweistufigen – Ausschreibungsverfahren und von Angeboten bezieht. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, die Frist für die Einreichung der Angebote sei vergaberechtswidrig zu kurz festgesetzt worden. Die Frist zwischen der Ausschreibung am 19. März 2018 und der Einreichung am 16. April 2018 beträgt im Übrigen beinahe einen Monat und selbst die Frist zwischen dem Termin für schriftliche Fragen am 29. März 2018 – die Antworten sollten wohl am 6. April 2018 vorliegen (vgl. Devis Pos. 234.300; act. 6/2) – und dem Termin zur Einreichung beträgt noch mehr als 14 Tage.

2.2.3. Soweit das Vergaberecht selbst keine Fristen festlegt, gelten für deren Bemessung die allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a



und Art. 2 VRP). Gemäss Art. 17 Abs. 1 VRP setzt die Behörde den Beteiligten für die Mitwirkung angemessene Fristen an. Was unter einer angemessenen Frist zu verstehen ist, bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Der Betroffene soll die geforderte Handlung ohne Hast und mit der erforderlichen Sorgfalt vornehmen können (VerwGE 2007/137 vom 13. März 2008 E. 3.1 mit Hinweis auf GVP 2000 Nr. 27). In Verfahren vor Zivilgericht müssen Vorladungen mindestens zehn Tage vor dem Erscheinungstermin versandt werden (Art. 134 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; SR 272, ZPO). Im Strafverfahren sind Vorladungen im Vorverfahren mindestens drei, im Verfahren vor Gericht mindestens zehn Tage vor der Verfahrenshandlung zuzustellen (Art. 202 Abs. 1 lit. a und b der Schweizerischen Strafprozessordnung; SR 312.0, StPO; vgl. dazu VerwGE B 2013/72 vom 11. März 2014 E. 2.2). In der vergaberechtlichen Praxis wird zum Teil empfohlen, eine Begehung innerhalb von drei bis vier Tagen ab Submissionsbeginn durchzuführen (vgl. www.astra.admin.ch, Fachleute und Verwaltung/Dokumente für Nationalstrassen/weitere filialspezifische Vorlagen/Filiale 4: Winterthur/F4_Terminplaner Beschaffung).

2.2.4. Die Vorinstanz hat – was vergaberechtlich zulässig ist (vgl. die Hinweise zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden bei M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich 2016, Rz. 109/110) – die Teilnahme an der Begehung als obligatorisch erklärt und gleichzeitig keine Anforderungen an die Person, welche den Anbieter anlässlich der Begehung vertreten soll, festgelegt. Mit Blick auf die Grössenordnung – die Auftragssumme beläuft sich auf rund 1,6 Millionen Franken, die Bauzeit wird mit rund einem Jahr veranschlagt – und die Komplexität – es sind differenzierte Regelungen zum Umweltschutz auf Baustellen und zu Bauten und Anlagen in Grundwassergebieten zu beachten (vgl. act. 6 Beilage 3), zu berücksichtigen ist ein detaillierter Bericht zu Geologie und Umweltfragen (vgl. act. 6 Beilage 4) – des Projekts, durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass es sich bei den geeigneten Anbietern um Unternehmen handelt, welche personell in der Lage sind, innerhalb dieser Frist eine sachkundige Person für die Begehung freizustellen. Insbesondere aber weist – wie die Vorinstanz dartut – die Beschwerdeführerin eine personelle Leistungsfähigkeit auf, welche es ohne weiteres zulassen sollte, auch innerhalb einer Frist von vier Tagen einen Mitarbeiter zu bezeichnen, der zumindest in der Lage ist, die wesentlichen Erkenntnisse aus der Begehung zuhanden des zuständigen Sachbearbeiters festzuhalten (vgl. www.toneattiag.ch, Mitarbeiter/Polier



und Vorarbeiter Bilten; act. 6/3). Darüber hinaus ist - was mit Blick auf das von Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) auch den Privaten im Verhalten gegenüber Behörden gebotene Handeln nach Treu und Glauben (BGE 131 I 166 E. 6) von Belang erscheint – eine erste Reaktion der Beschwerdeführerin auf das in der Ausschreibung vom 19. März 2018 für die obligatorische Begehung festgesetzte Datum vom 23. März 2018 erst am 29. März 2018 aktenkundig geworden (vgl. act. 2/5). Im Interesse der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und der Effizienz des Verfahrens ist nicht zu beanstanden, dass für sämtliche Interessenten ein gemeinsamer Termin festgelegt wird. Bei der Beurteilung, ob die Frist zwischen Ausschreibung und Begehung als angemessen zu beurteilen ist, fällt zudem ins Gewicht, dass bei der Festlegung eines Termins ohne vorgängige Absprache von den Anbietern unabhängig von der Frist stets eine gewisse Flexibilität erforderlich ist. Für die an der Einreichung eines Angebots interessierten Unternehmen wirkt deshalb nicht in erster Linie die Frist zwischen Ausschreibung und Begehung, sondern der Umstand, dass ein obligatorisch wahrzunehmender Termin einseitig von der Vergabebehörde festgelegt wird, erschwerend. Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung erscheint deshalb die Festlegung des Termins für die Begehung vier Arbeitstage nach der Publikation der Ausschreibung nicht als vergaberechtswidrig.

3. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde insbesondere auch mit Blick auf die privaten Interessen, welche gegen die erneute Durchführung einer inhaltlich unveränderten Ausschreibung sprechen, nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz ist damit befugt, das Vergabeverfahren fortzusetzen.

4. Die Vorinstanz hat mit ihrer Vernehmlassung vom 9. April 2018 zum Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung gleichzeitig auch zur Beschwerde Stellung genommen (vgl. act. 5, Ziffer 7). Der Beschwerdeführerin ist dementsprechend zusammen mit der verfahrensleitenden Verfügung betreffend das Gesuch um aufschiebende Wirkung die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 9. April 2018 zur Stellungnahme bis 30. April 2018 zuzustellen. 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 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die obsiegende Vorinstanz stellt ihre Anträge zwar unter Entschädigungsfolge. Sie hat indessen als verfügende Behörde im Vergabeverfahren praxisgemäss keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (vgl. Art. 98 Abs. 1 und 98^{bis} VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen SZ/ St. Gallen 2004, S. 177). Die unterliegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf Entschädigung ausseramtlicher Kosten.

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin wird eingeladen, bis 30. April 2018 zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 9. April 2018 Stellung zu nehmen (in zweifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'500.
4. Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Eugster