



Fall-Nr.: B 2019/238
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 21.11.2019
Entscheiddatum: 15.11.2019

Entscheid Verwaltungsgericht, 15.11.2019

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Das – sinngemässe – Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgewiesen. Trotz der grossen Preisdifferenz – die Zuschlagsempfängerin hat zum Preis von CHF 468'118.05 offeriert, die zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen zum Preis von CHF 837'330.45 – liegen keine Anhaltspunkte für ein unzulässiges Unterangebot vor. Der Antrag, die Beschwerdegegnerin sei vom Verfahren auszuschliessen, erscheint unbegründet (Präsidialverfügung Verwaltungsgericht, B 2019/238).

Verfügung vom 15. November 2019

Verfahrensbeteiligte

ARGE Casa Sevellun, bestehend aus

- **Meisterbau (Schweiz) AG**, Schwettiweg 2, Postfach 77, 9477 Trübbach,
- **MEISTERBAU AKTIENGESELLSCHAFT**, Kanalstrasse 7, FL-9496 Balzers,

Beschwerdeführerinnen,

c/o Meisterbau (Schweiz) AG, Schwettiweg 2, Postfach 77, 9477 Trübbach

gegen

Politische Gemeinde Sevelen, Gemeinderat, 9475 Sevelen,

Vorinstanz,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. HSG Christina Nossung, factum advocatur,
Teufenerstrasse 3, 9001 St. Gallen

und

Marty Bauleistungen AG, Seidenbaumstrasse 50, 9478 Azmoos,

Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Vergabe Neubau Casa Sevellun (Erdarbeiten/Pfähle)

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Thomas Vogt hat als einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrats der Meisterbau (Schweiz) AG namens der "ARGE Casa Sevellun" – aus der Offerte wird klar, dass es sich um die Meisterbau (Schweiz) AG, Trübbach, und die MEISTERBAU AKTIENGESELLSCHAFT, FL-Balzers, handelt (Beschwerdeführerinnen; Thomas Vogt ist auch für die liechtensteinische Gesellschaft zur Einzelunterschrift berechtigt; vgl. act. 7/35) – gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Sevelen (Vorinstanz) am 23. Oktober 2019 verfügten Zuschlag betreffend Erdarbeiten und Pfähle für den Neubau "Casa Sevellun" zum Preis von CHF 497'609 (netto; inkl. Mehrwertsteuer) an die Marty Bauleistungen AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe vom 2. November 2019 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, die Beschwerdegegnerin sei vom Verfahren auszuschliessen.

Ein Ausschluss der Beschwerdegegnerin hätte zwingend die Aufhebung des Zuschlags zur Folge. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen hat zudem den zweiten Rang erreicht. Unter diesen Umständen ist der zuständige Abteilungspräsident von einem



sinngemässen Gesuch um aufschiebende Wirkung ausgegangen und hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 6. November 2019 (act. 4) den Abschluss des Vertrages einstweilen untersagt. Die Vorinstanz hat mit Vernehmlassung vom 12. November 2019 (act. 6) beantragt, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu gewähren, soweit auf das entsprechende Gesuch überhaupt einzutreten sei. Gleichzeitig hat sie dem Gericht die Vergabeakten überwiesen. Die Beschwerdegegnerin beantragte ebenfalls, der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Ferner sei ihre Offerte samt allen Beilagen als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren und den Beschwerdeführerinnen nicht zu eröffnen. Die Beschwerdeführerinnen äusserten sich innert Frist weder zur Beschwerdebefugnis – was sich mit den nun vorliegenden Offertunterlagen und Handelsregisterauszügen erübrigt hat – noch bezeichneten sie die ihrer Auffassung nach dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Unterlagen.

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, fällt der Entscheid über das Gesuch in die Zuständigkeit des Abteilungspräsidenten (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 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 und je weniger



schwer die gerügten Rechtsfehler und deren Folgen aus der Sicht des öffentlichen Interesses wiegen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349; M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 425).

2.1. Die Vorinstanz verortet in der Einhaltung des vorgesehenen und publizierten Zeitplanes ein der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehendes öffentliches Interesse. Weil das bestehende Altersheim "Gärbi" veraltet, zu klein, unattraktiv und für Bewohner wie auch Pflegepersonal nicht mehr zumutbar sei, habe die Bürgerschaft mit einer überwältigenden Mehrheit von 90 Prozent den Kredit für einen Neubau bewilligt. Die streitgegenständlichen Bauleistungen stünden am Anfang des Neubauvorhabens und sollten am 1. Dezember 2019 beginnen. Eine Verzögerung führe schliesslich zum Kollaps des gesamten Terminplanes, was Mehrkosten auslöse. Das überwiegende öffentliche Interesse liege nicht nur in der Einhaltung des vorgesehenen Zeitplans und im haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln, sondern auch im Funktionieren des öffentlichen Beschaffungsrechts.

Der vorinstanzliche Terminplan sieht vor, dass die Zuschlagsempfängerin am 2. Dezember 2019 mit den streitigen Bauarbeiten beginnt (vgl. act. 7/29). Die Vorinstanz hat die Ausschreibung am 30. Juli 2019 publiziert (act. 7/32); die Frist zur Einreichung eines Angebots betrug 40 Tage. Die Offertöffnung fand am 17. September 2019 statt. Die Zuschlagsverfügung datiert vom 23. Oktober 2019. Gleichentags eröffnete die Vorinstanz den anderen Anbieterinnen die Absage (vgl. act. 7/80 ff.). Die Vorinstanz hat sich damit einen ehrgeizigen Terminplan auferlegt und die Möglichkeit, dass gegen Zuschlagsentscheide Beschwerde geführt werden kann, offensichtlich ausser Acht gelassen. Die Festlegung von lediglich unter den optimalsten Bedingungen einhaltbaren Terminplänen durch die Vergabebehörde darf nun aber nicht dazu führen, dass im Ergebnis die Umsetzung des Beschaffungsrechts verunmöglicht wird (vgl. z.B. Präsidialverfügung VerwGE B 2019/194 vom 26. September 2019 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch). Insoweit sind die zahlreichen von der Vorinstanz angeführten öffentlichen Interessen am umgehenden Vertragsabschluss deutlich zu relativieren.

2.2. Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, die grosse Preisdifferenz – die Beschwerdegegnerin hat zum Preis von CHF 468'118.05 (brutto)



offeriert, die zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen zum Preis von CHF 837'330.45 (brutto; vgl. act. 7/33) – lasse auf eine offensichtliche Unter- oder Fehlkalkulation seitens der Zuschlagsempfängerin schliessen. Eine fachgerechte Arbeitsausführung in Bezug auf die geforderte Materialisierung und die Entlohnung sei zu diesem Preis nicht möglich, und die Beschwerdegegnerin entsprechend vom Vergabeverfahren auszuschliessen.

2.2.1. Art. 12 Abs. 1 VöB enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Gründen, aus denen der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen und aus dem Verzeichnis über geeignete Anbieter streichen sowie den Zuschlag widerrufen kann. Sogenannte "Unterangebote" sind darin nicht vermerkt. Ein Ausschluss ist jedoch dann angezeigt, wenn der Anbieter die Eignungskriterien nicht erfüllt (Art. 12 Abs. 1 lit. a VöB). Der Anbieter eines ungewöhnlich niedrigen Angebots ist dann mangels Eignung auszuschliessen, wenn Anlass besteht, an seiner Fähigkeit zur Auftragserfüllung zu den angebotenen Konditionen und damit an der grundsätzlichen Seriosität des Angebots zu zweifeln (vgl. Präsidialverfügung B 2015/84 vom 29. Mai / 1. Juni 2015 E. 2.2.2, www.gerichte.sg.ch, mit Hinweis auf D. Lutz, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 295 f.). Die Beweislast liegt bei der Vergabebehörde (vgl. Lutz, a.a.O., S. 296). Unzulässig sind Unterangebote ferner, wenn sie unlauter im Sinne von Art. 2 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) sind ("Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst"). Unlauter ist ein Angebot dann, wenn der Unternehmer die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- oder Abgabehinterziehungen, Missachtung von Sicherheitsvorschriften und Ähnlichem resultieren (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1126). Zulässig ist es jedoch, zunächst den Preis zu kalkulieren, danach den Offertpreis zu senken und die Differenz aus eigenen finanziellen Reserven zu decken. Die Gründe für ein derartiges Unterangebot können vielfältig und durchaus lauter sein (GVP 1999 Nr. 35). Vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht erkannt, dass es



unzulässig ist, ungewöhnlich niedrige Angebote allein des tiefen Preises wegen zu sanktionieren (BGE 143 II 553 E. 7.1).

2.2.2. Werden ungewöhnlich niedrige Angebote eingereicht, kann der Auftraggeber gemäss Art. 32 VöB zusätzliche Unterlagen und Auskünfte verlangen, um die Einhaltung der Teilnahmebedingungen zu prüfen (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.1; 141 II 14 E. 10.3; 130 I 241). Bei einem Angebot, das rund 20 Prozent unter der preislich zweitniedrigsten Offerte liegt, sind nach der st. gallischen Vergabepraxis und Rechtsprechung zusätzliche Abklärungen jedenfalls gerechtfertigt (www.beschaffungswesen.sg.ch unter Vergabeverfahren/Zuschlag/ungewöhnlich niedrige Angebote, Ziffer 5; GVP 2002 Nr. 33). Eine Pflicht besteht nur dann, wenn Anhaltspunkte oder Verdachtsmomente dafür bestehen, dass der Anbieter Teilnahme- oder Auftragsbedingungen verletzt, wobei teilweise sogar offensichtliche und krasse Fälle verlangt werden (BGE 141 II 14 E. 10.3; BGer 2P.254/2004 vom 15. März 2005 E. 2.2; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG; vgl. sodann Lutz, a.a.O. S. 289 mit Hinweisen).

2.2.3. Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zum offerierten Preis zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3; BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3).

2.2.4. Im konkreten Fall hat die Vorinstanz – in Anwendung von Art. 32 VöB – bei allen vier Anbieterinnen Erläuterungen eingeholt (vgl. act. 7/75 ff.). Über das Einholen einzelner Bestätigungen hinaus fanden keine Offertbereinigungen statt; kein Angebot wurde demnach nachträglich abgeändert. Die Beschwerdegegnerin hat insbesondere bezüglich der von den Beschwerdeführerinnen bemängelten Positionen NPK 171.314.405, 171.314.406, 211.711.212 und 211.751.112 die offerierten Preise ausdrücklich bestätigt (act. 7/75). Anhaltspunkte für ein – nach den Ausführungen in



E. 2.2.1 f. hiervor – unzulässiges Unterangebot hat weder die Vorinstanz ausgemacht, noch haben die Beschwerdeführerinnen solche konkret dargelegt. Es besteht angesichts der bekannten Gegebenheiten und der hier gebotenen summarischen Prüfung kein Anlass, von fehlender Eignung der Beschwerdegegnerin auszugehen.

2.3. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin oder sonst ein Anbieter an der Vorbereitung der Ausschreibung – insbesondere bei der Abklärung des Baugrundes – beteiligt gewesen wäre, wie die Beschwerdeführerinnen insinuierten. Die Baugrunduntersuchung führte die IMPERGEOLOGIE AG, Heiligkreuz/Mels aus. Die notwendigen Baggerschlitze erstellte die Implenia Schweiz AG, Buchs, die ihrerseits kein Angebot einreichte (vgl. act. 6 Ziff. III 6 und act. 7/3).

2.4. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist.

3. Der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, sich bis 6. Dezember 2019 zur Beschwerde materiell vernehmen zu lassen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

4. Die amtlichen und ausseramtlichen Kosten des Zwischenverfahrens sind bei der Hauptsache zu belassen.

Der Abteilungspräsident verfügt:

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

2. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhalten Gelegenheit, sich bis **6. Dezember 2019** zur Beschwerde materiell vernehmen zu lassen. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

3. Die amtlichen und ausseramtlichen Kosten dieser Verfügung bleiben bei der Hauptsache.



Der Abteilungspräsident

Zürn

i. V. Eugster