



Fall-Nr.: B 2019/265
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 18.06.2020
Entscheiddatum: 17.05.2020

Entscheid Verwaltungsgericht, 17.05.2020

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 8 ZGB (Beweislast). Die Vergabebehörde hat insoweit den Parallelismus der Form beachtet, als sie auch die zusätzliche Ausschreibungsunterlage den Anbietern auf der simap.ch zur Verfügung stellte. Vergaberechtlich wäre es angezeigt gewesen, sich zu versichern, dass sämtliche Anbieterinnen, welche die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatte, auch Kenntnis von der Ergänzung erhalten hatten. Das wäre ohne erheblichen Aufwand möglich gewesen. Die Vergabebehörde hat die Vorgehensweise beim Offerieren von Alternativprodukten in den Ausschreibungsunterlagen beschrieben. Die Anbieterin hat in keinem Fall das im Leistungsverzeichnis "namentlich genannte" Produkt gestrichen. Sie durfte – und musste – davon ausgehen, dass die Vergabebehörde sie allenfalls zur Lieferung dieser Produkte zum offerierten Preis verpflichten werde. War das Angebot nach Auffassung der Vergabebehörde unklar, hätte sie von der Anbieterin Erläuterungen verlangen müssen. Ein Ausschluss war nicht gerechtfertigt (Verwaltungsgericht, B 2019/265).

Entscheid vom 17. Mai 2020

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

ASAG LÜFTUNG-KLIMA-ENERGIETECHNIK AG, Churerstrasse 115, 9470 Buchs
SG,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Remo Dolf, Kunz Schmid, Gäuggelistrasse 1,
Postfach 341, 7001 Chur,

gegen

Politische Gemeinde Sevelen, Gemeinderat, Hauptstrasse 54, Postfach,
9475 Sevelen,

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. HSG Christina Nossung, factum advocatur,
Teufener Strasse 3, Postfach 635, 9001 St. Gallen,

Gegenstand

**Vergabe Neubau Betagtenheim Casa Sevellun (BKP 244 Lüftungsanlagen,
Ausschluss vom Verfahren)**

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Die Politische Gemeinde Sevelen schrieb am 30. Juli 2019 die Lieferung und Installation der Lüftungsanlagen (BKP 244) beim Neubau des Betagtenheims "Casa Sevellun" im offenen Verfahren auf simap.ch und im Amtsblatt aus. Für die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise wurde auf die Unterlagen verwiesen, die über simap.ch zu beziehen waren (ABI 2019-00.003.854). Die Ausschreibungsunterlagen enthielten Angaben zu den erforderlichen Beilagen und Nachweisen (vgl. Originaltitelblatt Seite 2 und lit. H des Eingabeformulars Eignungsprüfung BKP 244 Seite 4; act. 3/4). Am 16. August 2019 versandte die Politische Gemeinde Sevelen via simap.ch (noreplay@simap.ch) ein E-Mail an alle Unternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten. Darin wurde mitgeteilt, die Unterlagen seien mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen ergänzt worden. Sie seien Teil der Abgabedokumente (act. 7/28).



B.

Die ASAG LÜFTUNG-KLIMA-ENERGIETECHNIK AG, die am 31. Juli 2019 über simap.ch die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatte (act. 7/36), reichte am 5. September 2019 ein Angebot ein (act. 3/4). Der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Sevelen teilte ihr nach Öffnung und Prüfung des Angebots am 5. November 2019 mit, sie habe die Offertunterlagen unvollständig ausgefüllt eingereicht. Namentlich fehlten die Allgemeinen Vertragsbedingungen komplett sowie die Bestätigung der Steuerbehörde und die Produktfixierung. In ihrer Offerte seien teilweise keine Produkte fixiert und meistens zwei Produkte angegeben worden. Es sei nicht klar, welches Produkt nun geliefert werde. Der Auftraggeber erwäge deshalb den Ausschluss vom Verfahren (act. 3/5).

Die ASAG LÜFTUNG-KLIMA-ENERGIETECHNIK AG nahm am 18. November 2019 Stellung (act. 3/9 und 7/35). Sie äusserte sich zur angeblich ungenügenden Produktfixierung und reichte die Bestätigung der Steuerbehörde (act. 3/10) sowie die ausgefüllten und am 15. November 2019 unterzeichneten Allgemeinen Vertragsbedingungen (act. 3/8) nach.

Der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Sevelen schloss die ASAG LÜFTUNG-KLIMA-ENERGIETECHNIK AG mit Verfügung vom 21. November 2019 vom Verfahren aus. Sie begründete den Ausschluss damit, die Allgemeinen Vertragsbedingungen seien Teil der Ausschreibungsunterlagen gewesen und von allen anderen Anbieterinnen mit dem Angebot eingereicht worden. Die fehlenden Angaben seien für die Prüfung der Eignung unerlässlich. Das Nachreichen spreche nicht gegen den Ausschluss. Vergaberechtlich sei der Ausschluss nicht nur zulässig, sondern geboten.

C.

Die ASAG LÜFTUNG-KLIMA-ENERGIETECHNIK AG (Beschwerdeführerin) erhob gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Sevelen (Vorinstanz) am 21. November 2019 verfügten Ausschluss vom Vergabeverfahren mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 2. Dezember 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz zu verpflichten, sie wieder ins Vergabeverfahren aufzunehmen und für den Vergabeentscheid zuzulassen, eventualiter die Sache zur Neubeurteilung der Ausschlussgründe an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dem gleichzeitig gestellten Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, entsprach der zuständige Abteilungspräsident mit Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2019 und untersagte der Vorinstanz, über den Zuschlag zu verfügen und den Vertrag



St.Galler Gerichte

abzuschliessen. Der Antrag der Beschwerdeführerin, ein allfälliger Zuschlag ohne Berücksichtigung ihres Angebots sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, fällt damit dahin.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung ihrer Rechtsvertreterin vom 10. Januar 2020, die Beschwerde sei, soweit darauf überhaupt einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Die Beschwerdeführerin nahm dazu am 10. Februar 2020 Stellung. Die Vorinstanz äusserte sich dazu am 27. Februar 2020. Die Beschwerdeführerin verzichtete stillschweigend auf eine Entgegnung.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Eintreten

Die Vorinstanz beantragt zwar, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Welche Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt sein sollen, legt sie allerdings nicht dar und ist auch nicht ersichtlich: Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Die Beschwerdeführerin, die vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, ist zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP; vgl. VerwGE B 2017/233 vom 26. April 2018 E. 1; BGer 2P.176/2003 vom 6. Februar 2004 E. 3.3 mit Hinweis auf 2P.42/2001 vom 8. Juni 2001 E. 2d). Die Beschwerde gegen die am 22. November 2019 zugestellte Ausschlussverfügung wurde mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 rechtzeitig erhoben und erfüllt die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.21, IVöB). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. nachträgliche zusätzliche Begründung des Ausschlusses

In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz den Ausschluss damit begründet, die Beschwerdeführerin habe die Allgemeinen Vertragsbedingungen mit den erforderlichen Angaben nicht zusammen mit dem Angebot eingereicht. In ihren Eingaben im Beschwerdeverfahren vom 10. Januar 2020 und vom 27. Februar 2020 begründet sie den Ausschluss zusätzlich mit einer unzureichenden Produktfixierung im Angebot der Beschwerdeführerin. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist dieses Verhalten der Vorinstanz widersprüchlich und mit dem Grundsatz von Treu und



Glauben nicht zu vereinbaren.

Nach Art. 61 Abs. 3 VRP sind im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht neue Begehren unzulässig. Grundsätzlich nicht mehr zu berücksichtigen sind Tatsachen, die nach Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens eingetreten sind (echte Noven). Hingegen dürfen Tatsachen vorgebracht werden, die sich vor Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens verwirklicht haben, der Vorinstanz aber nicht bekannt waren oder von ihr nicht berücksichtigt wurden (unechte Noven), es sei denn, dem Rechtsbegehren werde damit ein neues tatsächliches Fundament unterstellt (Änderung des "Klagefundaments"; vgl. Looser/Looser-Herzog, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Praxiskommentar, St. Gallen 2020, N 22 zu Art. 61 VRP mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 642 ff.).

Die Vorinstanz führte als mögliche Begründung des Ausschlusses der Beschwerdeführerin eine ihrer Auffassung nach unzureichende Produktreparatur bereits bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs am 5. November 2019 an. Dass sie sich in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung vom 21. November 2019 zur Begründung des Ausschlusses auf die fehlenden Allgemeinen Vertragsbedingungen beschränkte, verbietet es ihr nicht, im Beschwerdeverfahren erneut auch jene Tatsachen vorzubringen, aus denen sich ihrer Ansicht nach ein unklares Angebot hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin offerierten und schliesslich gelieferten Produkte ergibt. Da der Aspekt der ungenügenden Produktreparatur bereits im vorinstanzlichen Verfahren thematisiert worden war, stützt die Vorinstanz ihr Begehren im Beschwerdeverfahren nicht auf ein neues "Klagefundament". Das Verhalten der Vorinstanz erscheint auch nicht als widersprüchlich, zumal sie in der angefochtenen Verfügung im Sachverhalt auf die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage der zureichenden Produktreparatur hinwies und in den Erwägungen – anders als zur nachgereichten Bestätigung der Steuerbehörde – nicht ausdrücklich festhielt, sie anerkenne diesbezüglich Darstellung und Würdigung durch die Beschwerdeführerin. Da sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Produktreparatur auseinandergesetzt hatte, durfte aber der zuständige Abteilungspräsident im Zwischenverfahren zum Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung bei der gebotenen summarischen Beurteilung davon ausgehen, die Beschwerde erweise sich in diesem Punkt als ausreichend begründet (vgl. Präsidialverfügung B 2019/265 vom 17. Dezember 2019 E. 2.2.1). Die Vorinstanz war auch nicht verpflichtet, in der Begründung alle aus ihrer Sicht einen Ausschluss rechtfertigenden Argumente – im Sinne einer Eventualbegründung – anzuführen.



Vielmehr durfte sie sich auf die für sie wesentliche Überlegung beschränken (vgl. BGer 2C_158/2017 vom 27. März 2017 E. 3.2, 1C_125/2019 vom 20. Februar 2020 E. 5 je mit Hinweis auf BGE 129 I 232 E. 3.2). Anders zu entscheiden – und im Sinn der Beschwerdeführerin eine Verletzung von Treu und Glauben anzunehmen – wäre allenfalls dann, wenn die Vergabebehörde im Beschwerdeverfahren gestützt auf die ihr bekannt gewesenen Tatsachen neu nicht bloss eine schlechtere Bewertung eines Angebots, sondern den Ausschluss der betreffenden Anbieterin vom Vergabeverfahren beantragen würde (vgl. dazu VerwGE B 2017/233 vom 26. April 2018 E. 4).

Der Beschwerdeführerin war eine sachgerechte Anfechtung der Verfügung möglich, und sie hat sich denn auch in ihrer Beschwerde vom 2. Dezember 2019 und in der Stellungnahme vom 10. Februar 2020 zur vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 10. Januar 2020 mit dem Vorwurf der ungenügenden Produktfixierung eingehend auseinandergesetzt.

3. Streitgegenstand und Rechtsgrundlage

Umstritten und zu prüfen ist, ob sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin mit dem Umstand, dass sie die Allgemeinen Vertragsbedingungen erst im Ausschlussverfahren eingereicht hat (nachfolgend Erwägung 4) und/oder mit einer unzureichenden Produktfixierung im Angebot rechtfertigen lässt (nachfolgend Erwägung 5).

Art. 12 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) regelt den möglichen Ausschluss eines Anbieters vom Vergabefahren. Die Liste der Ausschlussgründe in Art. 12 Abs. 1 VöB ist nicht abschliessend. Ausgeschlossen werden können Anbieter, welche wesentliche Formvorschriften des Vergabeverfahrens verletzen (lit. h). Dies gilt gleichermassen für die Abweichung von inhaltlichen Vorgaben, liegt es doch in der Kompetenz und Verantwortung der Vergabestelle, zu bestimmen, welche Aufträge sie vergibt, solange die verlangten Spezifikationen keine Diskriminierung der Anbieterinnen bewirkt (BGer 2C_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Nicht gerechtfertigt ist indessen der Ausschluss, wenn die Unvollständigkeit nicht der Anbieterin angelastet werden kann. Ebenso wenig darf eine Anbieterin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn sie Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen inhaltlich in guten Treuen im Sinn ihres Angebots verstehen durfte. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. dazu BGer 2C_225/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 4.2 und 4.3; zur Auslegung von Eignungskriterien Präsidialverfügung B 2020/29 vom 13. März 2020 E. 2.3.2 mit Hinweis auf BGer 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 4.1.1, BGE 141 II 14 E. 7.1).



4. Nichteinreichen der Allgemeinen Vertragsbedingungen

Die Vorinstanz hat den Auftrag am 30. Juli 2019 im Amtsblatt und auf simap.ch ausgeschrieben (vgl. act. 7/26 und 27). Die Ausschreibungsunterlagen waren auf simap.ch zu beziehen (vgl. Ziffer 3.12 der Ausschreibung). Die Verfahrensbeteiligten sind sich einig, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen in diesem Zeitpunkt nicht Teil der Unterlagen waren.

4.1. Vorbringen der Beteiligten

Die Vorinstanz macht zusammengefasst geltend, sie habe mit E-Mail vom 16. August 2019 über simap.ch sämtliche interessierten Anbieterinnen, welche die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten, über die Ergänzung der Unterlagen mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen, welche Teil der Abgabedokumente seien, orientiert. Sie belegt dies mit einem Bildschirmausdruck aus simap.ch und einer aus simap.ch erzeugten Mailversandliste (act. 7/28). Daraus gehe hervor, dass Adressatin auch die Beschwerdeführerin – mit der Mailadresse info@asag.ag – gewesen sei. Dieses Vorgehen sei bei Anpassungen der Ausschreibung Standard. Rechtsprechung und Lehre verlangten keine erneute Ausschreibung. Von allen anderen Anbieterinnen seien die Allgemeinen Vertragsbedingungen mit dem Angebot eingereicht worden.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist zwar nichts dagegen einzuwenden, wenn die Auftraggeberin die Ausschreibungsunterlagen vor dem Eingabetermin anpasse und dabei sicherstelle, dass alle interessierten Anbieter darüber informiert würden. Berichtigung und Änderung der Ausschreibung müssten aber im gleichen Publikationsorgan wie die ursprüngliche Ausschreibung veröffentlicht werden. Das sei vorliegend offensichtlich nicht geschehen. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen seien ihr "nicht zur Verfügung gestellt" worden (Rz. 10 der Beschwerde vom 2. Dezember 2019, act. 1). Die Vorinstanz weise nicht nach, dass sie ihr "die Unterlagen" (Rz. 7 der Stellungnahme vom 10. Februar 2020, act. 14) per E-Mail nachgereicht habe. Die Beschwerdeführerin bestreitet aber auch, die E-Mail erhalten zu haben (Rz. 10 der Stellungnahme vom 10. Februar 2020, act. 14). Sie sei über die Ergänzung "nicht informiert" worden und habe bis zum Eingang des vorinstanzlichen Schreibens vom 5. November 2019 "keine Kenntnis" von der "Existenz eines zusätzlichen Dokuments" gehabt (Rz. 10 der Beschwerde vom 2. Dezember 2019, act. 1).

4.2. Würdigung

4.2.1. Änderung der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen

Die Vorinstanz hat die am 30. Juli 2019 im Amtsblatt und auf simap.ch veröffentlichte



Ausschreibung hinsichtlich des publizierten Textes nicht verändert. Insoweit konnte sie – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – grundsätzlich auch nicht verpflichtet sein, die Ausschreibung in diesen Publikationsorganen und insbesondere im Amtsblatt anzupassen ("Parallelismus der Formen"; vgl. dazu Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, U 16 70 vom 10. Januar 2017, zustimmend M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 104).

Hingegen hat die Vorinstanz am 16. August 2019 den Inhalt der *Ausschreibungsunterlagen* verändert. Sie hat die Unterlagen mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen ergänzt und diese zum notwendigen Bestandteil der Angebote erklärt. Auch die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, diese Änderung sei in dem Sinn wesentlich gewesen, dass sich dadurch der Kreis der interessierten Anbieter hätte verändern können, wie das bei Änderungen der Leistung oder bei einer Auflockerung der Eignungskriterien der Fall wäre (vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung bei M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 101). Mit Blick auf deren *Inhalt* ist die Ergänzung vergaberechtlich deshalb nicht zu beanstanden.

4.2.2. Verfahren und Beweislast

Umstritten ist, ob das *Vorgehen* der Vorinstanz – die Auslösung eines E-Mails auf simap.ch an alle interessierten Anbieter, welche die Unterlagen über simap.ch bezogen hatten, mit der Information über die Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen und deren Bedeutung für das Angebot – den vergaberechtlichen Anforderungen genügt und sie davon ausgehen durfte, sämtliche Anbieterinnen hätten von der Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen Kenntnis genommen oder nehmen müssen.

Wer die Beweislast trägt, bestimmt sich im öffentlichen Verfahrensrecht und damit auch im vergaberechtlichen Verfahren nach dem allgemeinen, in Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 210, ZGB) zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsatz, wonach die Beweislosigkeit einer Tatsache zu Ungunsten desjenigen ausschlägt, der aus ihrem Vorhandensein ein Recht ableitet (vgl. BGer 2P.60/2002 vom 16. April 2002 E. 2.4.2; H.-R. Arta, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], a.a.O., N 20 des Überblicks).

Die Vorinstanz hat insoweit den Parallelismus der Form beachtet, als sie auch die zusätzliche Ausschreibungsunterlage den Anbietern auf simap.ch zur Verfügung stellte.



Während die ab 30. Juli 2019 zur Verfügung gestellten Unterlagen von den interessierten Anbieterinnen aktiv bezogen werden mussten, musste ihnen diese Ergänzung durch die Vorinstanz allerdings individuell zur Kenntnis gebracht werden. Da den Anbieterinnen der negative Beweis, eine Information nicht erhalten zu haben, nicht möglich und die Vergabebehörde an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich gebunden ist, ist es vergaberechtlich angebracht, ihr den Nachweis aufzuerlegen, dass die Anbieterinnen von der Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen Kenntnis erhielten. Der Versand eines E-Mails an die interessierten Anbieterinnen, welche die Ausschreibungsunterlagen über diese elektronische Plattform bezogen hatten, mit einem Hinweis auf die Ergänzung der Unterlagen ist mit verschiedenen Unwägbarkeiten verbunden. Anders als in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, reichte neben der Beschwerdeführerin auch eine zweite Anbieterin die Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht ein (vgl. act. 7/33 und act. 10/46). Vergaberechtlich wäre es angezeigt gewesen, sich zu versichern, dass sämtliche Anbieterinnen, welche die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten, auch Kenntnis von der Ergänzung erhalten hatten und alle Anbieterinnen vom gleichen Kenntnisstand ausgingen. Das wäre ohne erheblichen Aufwand möglich gewesen. Das E-Mail vom 16. August 2019 hätte mit der Aufforderung an die Empfänger verbunden werden können, den Eingang zu bestätigen. Möglich wäre es wohl auch gewesen, über simap.ch in Erfahrung zu bringen, ob alle jene Unternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten, auch die Ergänzung abriefen. Ergänzend kann auf die Begründung der Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2019 verwiesen werden (E. 2.2.2-2.2.4).

Da der Vorinstanz der Nachweis nicht gelingt, dass die Beschwerdeführerin von der Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen Kenntnis erhielt, ist sie gehalten, der Anbieterin die nachträgliche Ergänzung ihres Angebots zu ermöglichen. Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, in welchem die Allgemeinen Vertragsbedingungen grundsätzlich nicht geeignet sind, sich auf den wesentlichen Inhalt des Angebots – nämlich den Leistungskatalog und den Preis – auszuwirken. Soweit allerdings der Skonto von acht Prozent bei Zahlung innerhalb von dreissig Tagen gewährt wurde (vgl. Angebot der Beschwerdeführerin, act. 3/4), wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, sich bei der Beschwerdeführerin zu erkundigen, ob der gleiche Skonto auch bei einem Zahlungsziel von 45 Tagen gewährt würde.

5. Ungenügende Produktfixierung



5.1. Vorbringen der Beteiligten

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, das Angebot der Beschwerdeführerin sei hinsichtlich der Produkte, die sie für den offerierten Preis liefern werde, unklar. In der Ausschlussverfügung vom 21. November 2019 hielt sie fest, namentlich fehle die "Produktefixierung". Teilweise seien "keine Produkte fixiert" und "meistens zwei Produkte angegeben" worden (act. 3/1).

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, es sei zulässig gewesen, Konkurrenzprodukte zu offerieren (act. 3/9). Sie habe immer das Fabrikat der Vorgabe des Planers angegeben und in vielen Fällen mit einem Konkurrenzprodukt ergänzt. Sämtliche Konkurrenzprodukte habe sie wie vorgesehen in den "Bedingungen für Angebot und Ausführung" aufgeführt. Sie habe damit darlegen wollen, dass es sich nicht um eine Variante handle und der offerierte Preis für beide Fabrikate gelte. Es sei klar, dass sie sich – unter dem Vorbehalt der Gleichwertigkeit – auf dieses Konkurrenzprodukt festgelegt habe. Scheitere vor der Ausführung der Nachweis der Gleichwertigkeit und/oder genehmige die Bauleitung das Konkurrenzprodukt jedoch nicht, sei sie verpflichtet, das vom Planer vorgegebene Produkt – selbstverständlich zum selben Preis – zu verwenden. Dieses Vorgehen sei in der Praxis weit verbreitet (Rz. 26/27 der Beschwerde vom 2. Dezember 2019, act. 1). Wo sich im Devis gewisse frei gelassene Stellen fänden, gelte in erster Linie das vom Planer vorgegebene Fabrikat. Fehle eine solche Vorgabe, sei sie bewusst leer geblieben, da diese Stelle in Verbindung mit dem unter dieser Position offerierten Gerät stehe, in diesem Gerät bereits inkludiert sei und damit nicht separat ausgewiesen werden könne. Die Preisangaben zu den einzelnen Gerätegruppen seien alle vollständig ausgefüllt, sodass die Vergleichbarkeit gegeben sei (Rz. 28 der Beschwerde vom 2. Dezember 2019, act. 1).

Die Vorinstanz leitet daraus ab, die Beschwerdeführerin bestreite den Vorwurf der ungenügenden Produktefixierung nicht. Konkurrenzprodukte seien zugelassen, soweit der Anbieter die Tauglichkeit für den vorgesehenen Zweck nachweise. Wo die Beschwerdeführerin Konkurrenzprodukte offeriert habe, fehle der Nachweis der Gleichwertigkeit. Eine transparente, nachvollziehbare Abwicklung des Submissionsverfahrens, namentlich ein aussagekräftiger Vergleich der Angebote sei wegen der damit verbundenen Unsicherheit ausgeschlossen. Der Grundsatz der gleichen Bedingungen für alle Bewerber sei verletzt, wenn ein Anbieter in seinem Angebot eine Auswahl von verschiedenen Produkten einsetze und erst vor der Ausführung die Gleichwertigkeit nachweise beziehungsweise entscheide, welches Produkt er liefere (Ziffer II/12 der Vernehmlassung vom 10. Januar 2020, act. 9). In



technischer Hinsicht weist die Vorinstanz für BKP 244.01.0 und 244.03.0 auf die Unterschiede zwischen dem vorgegebenen Produkt von "Seven-Air" und dem von der Beschwerdeführerin angeführten Konkurrenzprodukt von "Mountair" hin. Die von der Beschwerdeführerin für BKP 244.02.0 und 244.04.0 angeführten Konkurrenzprodukte seien mit den vorgegebenen vergleichbar, wobei die Wärmerückgewinnung beim Gerät für BKP 244.02.0 vier Prozent tiefer liege als beim vorgegebenen Produkt. Die Vergleichbarkeit sei schwierig zu prüfen, weil die Konkurrenzprodukte ein anderes System darstellten. Die beiden Systeme bedingten andere, grossmehrheitlich bauseits zu erbringende Voraussetzungen (andere Wasseraufbereitung, andere Abmessungen, mehr Unterhalt). Deshalb sei eine Erteilung des Zuschlags mit Genehmigung durch die Bauleitung vor der Ausführung nicht möglich. Zwei unterschiedliche Produktangaben im Sinn einer Auswahlendung führten zu Ungewissheiten, so dass das Angebot weder eins zu eins in den Vertrag übernommen noch mit den anderen Angeboten verglichen werden könne. Eine eigenmächtige Produktewahl durch die Vergabestelle stelle eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung dar. Korrekturen der Angebote durch die Vergabestelle seien auf offensichtliche Fehler zu beschränken. Es müsse sich ohne Zweifel ergeben, was der Anbieter in Abweichung von seiner ursprünglich abgegebenen Erklärung tatsächlich wollte. Die Korrektur dürfe nicht zuschlagsrelevant sein. Andernfalls sei der Ausschluss angebracht.

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, sie habe die Konkurrenzprodukte überall und ausnahmslos ohne Preisunterschied und lediglich als Alternative zur Vorgabe der Planer offeriert. Könne die Gleichwertigkeit der Konkurrenzprodukte den Planern vor der Ausführung nicht aufgezeigt werden, habe die Beschwerdeführerin das vorgegebene Produkt zu liefern und zu verbauen. Sie habe mit den angegebenen Konkurrenzprodukten keine Unternehmervariante mit einem unterschiedlichen Preis eingereicht. Sei – was sie allerdings bestreite – die Vergleichbarkeit nicht gegeben, müsse sie das in der Ausschreibung vorgesehene Produkt bei gleichbleibenden Preisbedingungen verwenden. Wodurch sich die Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Anbietern einen Vorteil verschaffen sollte, sei nicht einzusehen. Die Vorinstanz sei darauf zu behaften, dass der Nachweis der Gleichwertigkeit der Produkte beim Unternehmer liege und vor der Ausführung durch die Bauleitung genehmigt werde. Die Vorinstanz vermöge bei BKP 244.01.0 und 244.03.0 nicht aufzuzeigen, warum aufgrund der Unterschiede nicht von einer Gleichwertigkeit der Produkte ausgegangen werden dürfe. Dazu verweist sie auf eine Darstellung des Herstellers "Mountair" (act. 15/11). Zum Hinweis der Vorinstanz, aus den eingereichten Unterlagen sei nicht ersichtlich, mit welcher "effektiven Zulufttemperatur nach der adiabatischen Kühlung" zu rechnen sei, reicht die Beschwerdeführerin aktualisierte Datenblätter ein (act. 15/12). Je nach



St.Galler Gerichte

Vorliebe des verantwortlichen Ingenieurs werde das eine – "Seven-Air" – oder das andere – "Mountair" – Produkt bevorzugt. Gerade deshalb habe die Beschwerdeführerin beide Produkte angeboten. Das stelle keine Änderung des Angebots dar, da der offerierte Preis derselbe bleibe, und stelle die Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Anbietern nicht besser. Die Vergleichbarkeit der Offerten sei gewährleistet. Die Bauleitung könne selber entscheiden, welches Produkt zu liefern sei. Der Preis stehe unumstösslich fest.

Die Vorinstanz hält fest, sie habe das Angebot der Beschwerdeführerin mit der ungenügenden Produktfixierung nie als Unternehmervariante aufgefasst und behandelt. Die Gleichwertigkeit der Konkurrenzprodukte sei im Angebot nachzuweisen, weil die Vergabebehörde für den Vergleich und die Bewertung der Angebote zwingend auf diese Angaben angewiesen sei. Ergänzende Angaben und Bestätigungen im Beschwerdeverfahren seien verspätet. Sie änderten zudem nichts daran, dass sich die Produkte in wesentlichen Punkten unterschieden, was für das Gesamtprojekt enorme Auswirkungen habe. Die Produktwahl könne nicht vor der Ausführung durch die Bauleitung getroffen werden, da bauseits andere Voraussetzungen zu planen und schaffen seien (Osмосewasser oder nicht, Revisionsplatz für vorgelagerte Wasserbewirtschaftung oder nicht usw.). Ein Angebot mit erheblicher Ungewissheit sei nicht vergleichbar. Es stelle eine Änderung des Angebots dar, wenn – selbst bei gleichbleibendem Preis – eine andere Leistung, das heisst ein anderes Produkt geliefert wird. Für die Vergabestelle sei nicht klar gewesen, welches Produkt sie geliefert bekommen würde und welche Voraussetzungen bauseits zu erbringen sein würden.

5.2. Würdigung

Zwischen den Beteiligten ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin sich in ihrem Angebot nicht darauf beschränkt hat, die vorgeschlagenen Produkte zu offerieren, sondern zum Teil zusätzlich Konkurrenzprodukte zum gleichen Preis aufgeführt hat. Ist dieses Vorgehen mit den Ausschreibungsbedingungen vereinbar, erwiese sich der Ausschluss des Angebots als nicht gerechtfertigt. Vielmehr wäre die Vorinstanz in diesem Fall verpflichtet gewesen, die von ihr verursachte Unklarheit zu beseitigen.

Ziffer 252.300 der Besonderen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen war wie folgt formuliert: "Textleerstellen / Produkte- und Lieferantenangaben Im Positionstext der Leistungsverzeichnisse sind verschiedentlich Angaben über Lieferanten und spezielle Produkte zu machen. Wo diese bereits namentlich genannt werden, ist der Unternehmer berechtigt, auch gleichwertige Konkurrenzprodukte zu offerieren. In diesem Falle muss der Unternehmer für ein gleichwertiges Produkt die



St.Galler Gerichte

genaue Bezeichnung – sofern vorhanden – in die dafür vorgesehenen Zeilen eintragen bzw. die ausgesetzte Bezeichnung streichen und durch die von ihm offerierte ersetzen. Wo dies unterlassen wird, wird stillschweigend das namentlich genannte Produkt oder die Angabe des entsprechenden Lieferanten als verbindlich angenommen. Der Nachweis der Gleichwertigkeit der Produkte liegt beim Unternehmer und muss vor der Ausführung durch die Bauleitung genehmigt werden. Wo in den Positionstexten Lieferanten oder Produkte oder sonstige Detailangaben durch Punkte angedeutet sind, ist der Unternehmer verpflichtet, die entsprechenden Angaben einzusetzen" (act. 7/7 Seiten 13 und 14). Teil der Ausschreibungsunterlagen waren auch die "Bedingungen für Angebot und Ausführung" (act. 7/17). In Ziffer 10 waren unter dem Titel "Fabrikatvorgaben für Apparate/Armaturen" in einer ersten Spalte Fabrikat/Typ gemäss Vorschlag Planer/Bauherr aufgeführt, in die zweite leere Spalte konnte der "Variantenvorschlag (Typ gleichwertig wie Vorgabe)" eingetragen werden. Detailunterlagen wie Geräteabmessungen etc. zu *Varianten* waren der Offerte beizulegen.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Angebot (act. 7/30) bei den Apparaten (BKP 244.xx.0) jeweils unter dem Titel "Angebot Unternehmer für gleichwertiges Produkt gemäss separater Beilage" "Seven-Air/Mountair" angegeben. Auch beim Konkurrenzprodukt ist der Motor integriert (vgl. Beilagen zum Angebot, act. 7/30 am Schluss), so dass es nicht erforderlich war, auf den entsprechenden Zeilen Fabrikat und Typ anzugeben. Bei den Armaturen (BKP 244.xx.3) ist die Beschwerdeführerin unter dem gleichen Titel teilweise gleich vorgegangen (beispielsweise Seiten 64-67, 69), teilweise hat sie das vorgesehene Produkt nicht wiederholt (beispielsweise Seiten 68, 70). Bei den Peripheriegeräten (BKP 244.xx.4) hat die Beschwerdeführerin das vorgesehene Produkt ohne Angabe eines Konkurrenzproduktes wiederholt (beispielsweise Seiten 75-77). In keinem Fall hat die Beschwerdeführerin im von ihr ausgefüllten Leistungsverzeichnis das vorgesehene Produkt gestrichen. Die Beschwerdeführerin hat die Liste "Fabrikatvorgaben für Apparate/Armaturen" in Ziffer 10 der "Bedingungen für Angebot und Ausführung" mit den Bezeichnungen ihrer alternativ zu den vom Planer vorgegebenen Produkten offerierten Produkten vollständig ausgefüllt.

Die Beschwerdeführerin durfte angesichts der Liste in Ziffer 10 der "Bedingungen für Angebot und Ausführung" und der Ausgestaltung des Devis davon ausgehen, dass es die Ausschreibung erlaubte, neben den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Produkten alternative Konkurrenzprodukte vorzuschlagen, soweit sich dies auf den Preis nicht auswirken würde. Anhaltspunkte dafür, dass sie nicht bereit und in der Lage



war, die vorgesehenen Produkte zum offerierten Preis zu liefern und zu montieren, waren dem Angebot nicht zu entnehmen. Insbesondere hat sie keines der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Produkte gestrichen. Der Beschwerdeführerin kann deshalb nicht vorgehalten werden, sie habe wesentliche Formvorschriften des Verfahrens verletzt oder ein Angebot eingereicht, welches der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen nicht entsprach. – Die Vorinstanz hat sodann in Ziffer 252.300 der Besonderen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, wie beim Offerieren von Konkurrenzprodukten vorzugehen ist und was gelten soll, wenn sich eine Anbieterin nicht an diese Vorgaben hält. Wo bereits ein Produkt "namentlich genannt" werde, müsse ein gleichwertiges Produkt auf der dafür vorgesehenen Linie eingetragen "bzw. die ausgesetzte Bezeichnung gestrichen" werden. Wo dies unterlassen werde, werde stillschweigend das "namentlich genannte" Produkt als verbindlich angenommen. Da die Beschwerdeführerin in keinem Fall das "namentlich genannte" Produkt gestrichen hatte, durfte die Beschwerdeführerin ohne weiteres davon ausgehen, die Vorinstanz verpflichte sie allenfalls zur Lieferung der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen, das heisst der "namentlich genannten" Produkte zum offerierten Preis. Diese Verpflichtung ging die Beschwerdeführerin auch für den Fall ein, dass ihr der Nachweis der Gleichwertigkeit der Konkurrenzprodukte – unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem diese geprüft würde – nicht gelingen sollte. Ginge die Vorinstanz von einer anderen Auslegung von Ziffer 252.300 und ihrer Auffassung nach unklaren Angaben im Angebot aus, wäre sie gehalten gewesen, von der Beschwerdeführerin Erläuterungen zu verlangen. Ein Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin jedenfalls war aber auch aus diesem Grund nicht gerechtfertigt.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz geltend gemachte Unvollständigkeit – fehlende Allgemeine Vertragsbedingungen – und allfällige Unklarheit – fehlende Produktfixierung beziehungsweise Alternativprodukte neben den vorgesehenen Produkten – des Angebots der Beschwerdeführerin von ihr selbst zu vertreten sind. Deshalb ist ein Ausschluss des Angebots vergaberechtlich nicht gerechtfertigt. Die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen und die angefochtene Ausschlussverfügung vom 21. November 2019 aufzuheben. Die Vorinstanz wird bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots auch jenes der Beschwerdeführerin zu bewerten haben.

7. Kosten

7.1.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die amtlichen Kosten des



St.Galler Gerichte

Beschwerdeverfahrens von der Vorinstanz zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 4'300 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Da die Vorinstanz im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren überwiegend finanzielle Interessen verfolgt, ist auf die Erhebung nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'500 zurückzuerstatten.

7.2.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin, deren Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, für das Beschwerdeverfahren mit einem Pauschalhonorar von CHF 3'500 zuzüglich pauschale Barauslagen von CHF 140 (vier Prozent von CHF 3'500) zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP; Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28^{bis} der Honorarordnung, sGS 963.75, HonO). Anspruch auf die Hinzurechnung der Mehrwertsteuer hat die Beschwerdeführerin – die auch keinen entsprechenden begründeten Antrag gestellt hat (Art. 29 HonO) – nicht, zumal sie selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann (VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2019 aufgehoben.

2.

Die Vorinstanz bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 4'300. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'500 zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit CHF 3'640 (ohne Mehrwertsteuer).