



| | |
|---------------------------|--------------------|
| Fall-Nr.: | B 2020/195 |
| Stelle: | Verwaltungsgericht |
| Rubrik: | Verwaltungsgericht |
| Publikationsdatum: | 05.11.2020 |
| Entscheiddatum: | 07.10.2020 |

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 07.10.2020

Öffentliches Beschaffungsrecht, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 41 Abs. 3 VöB. Die Vergabebehörde anerkennt den Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsverfügung sei ungenügend begründet. Dass die Beschwerde hinsichtlich der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs als ausreichend begründet erscheint, rechtfertigt für sich allein nicht, ihr die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt in aller Regel nicht zur Aufhebung des Zuschlags und zur Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabebehörde, sondern wird im Beschwerdeverfahren geheilt. Ob dem Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entsprechen und der Vergabebehörde der Vertragsabschluss für die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu untersagen ist, setzt deshalb auch eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache voraus. Der Beschwerdeführerin ist Gelegenheit zu geben, die Beschwerde in der Sache zu begründen. Der Vergabebehörde bleibt der Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2020/195).

Verfügung vom 7. Oktober 2020

Verfahrensbeteiligte

Maxsolution GmbH, St. Gallerstrasse 16, 9300 Wittenbach,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Michael Manser, Grand & Nisple Rechtsanwälte,
Oberer Graben 26, 9000 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

gegen

Politische Gemeinde Wittenbach, vertreten durch den Gemeinderat,
Dottenwilerstrasse 2, Postfach, 9301 Wittenbach,

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

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

und

Cavelti AG, Druck und Media, Wilerstrasse 73, 9200 Gossau SG,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe GemeindePULS (Amtliches Publikationsorgan) / aufschiebende Wirkung / verfahrensleitende Verfügung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Maxsolution GmbH (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Wittenbach (Vorinstanz und Gesuchsgegner) am 15. September 2020 im Einladungsverfahren verfügten Zuschlag für Verlag, Herstellung und Vertrieb des amtlichen Publikationsorgans GemeindePULS an die Cavelti AG (Beschwerdegegnerin) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 25. September 2020 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat mit verfahrensleitender Verfügung vom 28. September 2020 der Vorinstanz den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Die Vorinstanz hat durch ihre Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 15. Oktober 2020 beantragt, es sei das Gesuch um aufschiebende



Wirkung, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Gleichzeitig hat sie dem Gericht die Vergabeakten übermittelt. Die Beschwerdegegnerin hat stillschweigend auf eine Vernehmlassung verzichtet. Weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin haben Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Eintreten

Die Eintretensvoraussetzungen, insbesondere die örtliche und sachliche Zuständigkeit, prüft das Gericht von Amtes wegen (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Gründe, aus denen auf das Gesuch der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden kann, sind nicht ersichtlich. Die Vorinstanz begründet ihren entsprechenden Antrag denn auch nicht. 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 VRP).

2. Prüfungsprogramm

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).

3. Ungenügende Begründung der Zuschlagsverfügung

Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, die Zuschlagsverfügung sei nicht genügend begründet. Die Begründung, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich



günstigste, sei inhaltsleer, weil sie nur das Ergebnis der Bewertung wiedergebe, sich aber zu den eigentlichen Entscheidungsgründen ausschweige. Es würden die Preisspanne und der Preis des berücksichtigten Angebots angegeben, nicht aber nachvollziehbare Angaben über die Bewertung nach den in der Ausschreibung bekanntgegebenen Zuschlagskriterien – Preis (40 Prozent), Visualität/Entwicklungspotential (20 Prozent), Erfahrung (20 Prozent), Produktion/Sicherstellung der Abläufe (15 Prozent) und Ausbildung Lernende (fünf Prozent) – gemacht.

Gemäss Art. 41 Abs. 3 VöB wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist (Satz 1); die Begründung enthält insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote (Satz 2). Nicht hinreichend ist eine Begründung dann, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Die Auftraggeberin muss in der Begründung einer Verfügung vielmehr kurz darlegen, weshalb sie das Angebot einer bestimmten Unternehmung als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert. Anbieter müssen aufgrund der Verfügung beziehungsweise deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert (vgl. beispielsweise VerwGE B 2018/93 vom 21. Juni 2018 E. 2 mit Hinweisen; GVP 2007 Nr. 43).

In der Zuschlagsverfügung vom 15. September 2020 hält die Vorinstanz fest, es seien drei Angebote eingegangen. Für die Vergabe seien Angebote mit Nettopreisen von CHF 83'000 bis CHF 190'000 berücksichtigt worden. Die Angebote seien nach den in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Kriterien beurteilt worden. Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhalte den Zuschlag. Den Zuschlag erhalte die Cavelti AG zu einem Preis von CHF 83'000. Im Begleitschreiben an die Beschwerdeführerin führt die Vorinstanz aus, sie habe sich insbesondere aufgrund der hohen Preisdifferenz zum Wechsel zum neuen Anbieter entschieden. Dem Begleitschreiben lag einzig die Zuschlagsverfügung bei. Von den Bewertungen der Angebote nach den Zuschlagskriterien erhielt die Beschwerdeführerin keine Kenntnis. Unter diesen Umständen und mit Blick auf die Rechtsprechung erweist sich – was die Vorinstanz zu Recht anerkennt – die Rüge der ungenügenden Begründung der Zuschlagsverfügung als begründet. Ob allein ein Hinweis der Vergabebehörde auf die Möglichkeit eines Debriefings während laufender Beschwerdefrist an dieser Beurteilung etwas ändern würde, kann offenbleiben, zumal die Vorinstanz die Beschwerdeführerin im Begleitschreiben nicht auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.



4. Rechtsfolge

Die Beschwerdeführerin leitet aus der ungenügenden Begründung ab, es sei ihr gar nicht möglich, ihre Beschwerde ausreichend zu begründen. Da keine zeitliche Dringlichkeit gegeben und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei, sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren. – Die Vorinstanz geht davon aus, der formelle Fehler hätte bereits mit einem Debriefing geheilt werden können. Dies sei üblich, aber von der Beschwerdeführerin nicht verlangt worden. Spätestens mit der Stellungnahme – zum Gesuch um aufschiebende Wirkung – und der Offenlegung der Bewertungstabellen komme sie ihrer Pflicht, die Zuschlagsverfügung zu begründen, nach. Der Fehler habe keinerlei Auswirkungen auf die Auswertung der Angebote und müsse als geheilt gelten.

Die Beschwerde erscheint hinsichtlich der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs als ausreichend begründet. Ob dieser Umstand allein es rechtfertigt, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren und der Vergabebehörde den Abschluss des Vertrags für die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu untersagen (so Präsidialverfügung B 2008/213 vom 26. November 2008), ist näher zu prüfen.

Selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs ist von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (vgl. anstelle vieler BGE 137 I 195 E. 2.3.2). Das Verwaltungsgericht geht deshalb davon aus, dass die mangelhafte Begründung einer Zuschlagsverfügung im Beschwerdeverfahren mit einem zweifachen Schriftenwechsel geheilt werden kann, und verzichtet in der Regel auf eine Aufhebung der Verfügung und eine Rückweisung an die Vergabebehörde (vgl. GVP 2007 Nr. 43). Auch die Vorinstanz geht davon aus, die mangelhafte Begründung der Zuschlagsverfügung könne im Beschwerdeverfahren geheilt werden und führe in aller Regel nicht zur Aufhebung des Zuschlags und zur Rückweisung an die Vergabebehörde. Das Verwaltungsgericht wird deshalb die Beschwerde in der Sache zu prüfen haben. Ob dem Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entsprechen und der Vergabebehörde der Vertragsabschluss für die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu untersagen ist, setzt deshalb auch eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache voraus.

Diese Beurteilung ist indessen nur möglich, wenn der beschwerdeführenden



Bewerberin die Begründung der Zuschlagsverfügung bekannt ist und sie ihrerseits ihre Beschwerde in der Sache begründen kann. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs zufolge ungenügender Begründung der Zuschlagsverfügung ist erst dann geheilt, wenn die nicht berücksichtigte Bewerberin, deren Anspruch verletzt wurde, sich zu den Gründen hat äussern und ihre Beschwerde in der Sache hat begründen können.

Dass die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz während der laufenden zehntägigen Beschwerdefrist nicht um ein Debriefing ersucht hat, kann ihr nicht zum Nachteil gereichen. Zum einen erwähnt Art. 41 Abs. 3 VöB die Möglichkeit, den Auftraggeber um die Bekanntgabe der wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung zu ersuchen, einzig im Zusammenhang mit Aufträgen, die internationalen Vereinbarungen unterstehen. Zum andern hat die Vorinstanz im Begleitschreiben die Beschwerdeführerin auch nicht darauf hingewiesen, dass ihr auf entsprechende Nachfrage hin weitere Auskünfte zu den Gründen erteilt würden.

5. *Ergebnis*

Eine Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist zurzeit nicht möglich. Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 5. Oktober 2020 keine öffentlichen Interessen am umgehenden Vertragsabschluss geltend macht (vgl. Präsidialverfügung B 2018/91 vom 19. April 2018 E. 3.5; kritische Anmerkung dazu von M. Beyeler, in: Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 428, wonach dieser Umstand gleich zu behandeln ist, wie der Fall, in welchem sich die Vergabebehörde dem Antrag nicht widersetzt). Die Beschwerdeführerin ist Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde vom 25. September 2020 innert zehn Tagen mit einer Begründung in der Sache zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

6. *Kosten*

Die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung sind von der Vorinstanz zu tragen (Art. 95 Abs. 2 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 2 und 3 VRP). Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für diesen Abschnitt des Zwischenverfahrens ausseramtlich ermessensweise mit CHF 1'500 zuzüglich pauschale Barauslagen von CHF 60 (vier Prozent von CHF 1'500) ohne Mehrwertsteuer – die Beschwerdeführerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig und kann die ihr vom Rechtsvertreter belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz,



St.Galler Gerichte

St. Gallen 2004, S. 194) – zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP; Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. c, Art. 28^{bis} und Art. 29 der Honorarordnung, sGS 963.75).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1.

Der Vorinstanz bleibt der Abschluss des Vertrags einstweilen weiterhin untersagt.

2.

Die Beschwerdeführerin wird eingeladen, ihre Beschwerde vom 25. September 2020 innert zehn Tagen mit einer Begründung in der Sache zu ergänzen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

3.

Die Vorinstanz bezahlt die amtlichen Kosten dieser verfahrensleitenden Verfügung von CHF 500.

4.

Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerin für diesen Abschnitt des Zwischenverfahrens mit CHF 1'560 ohne Mehrwertsteuer.

Der Abteilungspräsident

Eugster