



Fall-Nr.: B 2020/43
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 02.10.2020
Entscheiddatum: 24.09.2020

Entscheid Verwaltungsgericht, 24.09.2020

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB. Die Vergabebehörde hat der Zuschlagsempfängerin nach Öffnung der Angebote Gelegenheit gegeben, veraltete Bestätigungen zu erneuern. Die entsprechenden Kontakte sind nicht dokumentiert. Ob die Formulare "Eignungsprüfung" und "Zuschlagskriterien Referenzen" Teil der Offerte der Zuschlagsempfängerin waren oder nachträglich eingereicht wurden, wird aus den Akten nicht ersichtlich. Die Beschwerde ist gutzuheissen, die Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Verwaltungsgericht, B 2020/43).

Entscheid vom 24. September 2020

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

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

Beschwerdeführerin,

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

gegen



St.Galler Gerichte

Politische Gemeinde Diepoldsau, vertreten durch den Gemeinderat,
9444 Diepoldsau,

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jürg Bereuter, Bratschi AG, Vadianstrasse 44,
Postfach 262, 9001 St. Gallen,

und

BB Klima GmbH, Lindenstrasse 5, 5027 Herznach,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Christoph Isler, epartners Rechtsanwälte AG,
Hardturmstrasse 11, 8005 Zürich,

Gegenstand

Vergabe Neubau Alters- und Pflegeheim Rheinauen (BKP 244 Lüftung)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Die Politische Gemeinde Diepoldsau hat am 14. Oktober 2019 die Beschaffung der Lüftungsanlagen für den Neubau des Zentrums Rheinauen (Alters- und Pflegeheim) im offenen Verfahren ausgeschrieben. Für die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise wurde auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen (ABI 2019-00.008.069). Innerhalb der bis 26. November 2019 offenen Eingabefrist reichten acht Anbieter insgesamt neun Offerten ein (act. 2/5). Der Gemeinderat vergab die Arbeiten am 28. Februar 2020 an die BB Klima GmbH, deren Angebot 475 von 500 gewichteten Punkten erzielt hatte (act. 2/6).

B.

Die ASAG LÜFTUNG-KLIMA-ENERGIETECHNIK AG (Beschwerdeführerin), deren



St.Galler Gerichte

Angebot mit 447.2 gewichteten Punkten den dritten Rang erreicht hatte, erhob gegen die Verfügung des Gemeinderates der Politischen Gemeinde Diepoldsau (Vorinstanz) vom 28. Februar 2020 mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 12. März 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen, eventualiter die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei für den Fall des rechtsgültigen Vertragsabschlusses mit der Zuschlagsempfängerin die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Dem gleichzeitig gestellten Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, entsprach der zuständige Abteilungspräsident mit Zwischenverfügung vom 19. März 2020, ohne die Erfolgsaussichten näher zu prüfen, da die Vorinstanz ausdrücklich darauf verzichtet hatte, sich dem Antrag der Beschwerdeführerin zu widersetzen.

Die BB Klima GmbH (Beschwerdegegnerin) liess sich mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 22. April 2020 vernehmen und beantragte, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die Beschwerde abzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, es sei ihr Einsicht in die beiden Angebote der zweitplatzierten Anbieterin, in sämtliche Unterlagen und Verfahrensakten zur Bewertung und in die Beilagen zur Beschwerde und anschliessend Gelegenheit zur Ergänzung der Vernehmlassung zu geben.

Die Vorinstanz beantragte durch ihren Rechtsvertreter mit Vernehmlassung 12. Mai 2020, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei die Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden könne, abzuweisen. Zum gleichzeitig gestellten Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen, teilte der zuständige Abteilungspräsident der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 14. Mai 2020 mit, er sehe aktuell keinen Anlass für eine Neuurteilung der damaligen Interessenabwägung.

Die Beschwerdeführerin nahm am 15. Juni 2020 Stellung zu den Vernehmlassungen. Die Beschwerdegegnerin äusserte sich dazu am 3. Juli 2020, die Vorinstanz am 7. Juli 2020. Die Verfahrensbeteiligten verzichteten stillschweigend auf weitere Eingaben.

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



Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Eintreten

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 drittplatzierte Beschwerdeführerin, die geltend macht, die erst- und zweitplatzierten Angebote hätten vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, hat reelle Chancen auf den Zuschlag und ist dementsprechend zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP; vgl. dazu BGer 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E. 1.3.1). Das Begehren der Beschwerdeführerin, es sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen, fällt mit der der Beschwerde am 19. März 2020 erteilten aufschiebenden Wirkung und dem damit verbundenen Verbot, den Vertrag abzuschliessen, dahin. Die Beschwerde gegen die am 2. März 2020 zugestellte Zuschlagsverfügung wurde mit Eingabe vom 12. März 2020 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. Streitgegenstand

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin. Sie macht geltend, deren Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Beschwerdegegnerin habe unzutreffende Angaben zu ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit – sie erbringe die Leistungen im Wesentlichen mit Freelancern und nicht mit Arbeitnehmern – und zu ihren Referenzprojekten – diese seien der in Konkurs gefallenen BB Projektleitungen GmbH zuzurechnen – gemacht und erfülle die Eignungskriterien nicht. Das Verwaltungsgericht darf gemäss Art. 63 VRP über die Begehren der Beschwerdeführerin nicht hinausgehen, wendet das Recht jedoch von Amtes wegen an und kann dem Begehren der Beschwerdeführerin auch mit einer abweichenden Begründung entsprechen. Eine nicht geltend gemachte Rechtsverletzung korrigiert das Verwaltungsgericht von sich aus, wenn diese eindeutig ist oder wenn erhebliche öffentliche (oder auch private) Interessen betroffen sind (vgl. VerwGE B 2018/12 vom 23. Oktober 2018 E. 3.2).

3. Inhalt der Vergabeakten

Die Vergabeakten enthalten die vom 17. November 2019 (Begleitschreiben) beziehungsweise vom 18. November 2019 (Formulare 1 und 2, BKP 244 Offertsumme, Allgemeine Submissionsgrundlagen, Nebenleistungen des Unternehmers, Devis) datierte Offerte der Beschwerdegegnerin in Kopie (act. 13/1). Die Offerte ging gemäss



Offertöffnungsprotokoll am 26. November 2019 bei der Vorinstanz ein (act. 12/3). Teil der Offerte waren unter anderem Auszüge aus dem Handelsregister und aus dem Betreibungsregister, wonach auf die Beschwerdegegnerin an deren Sitz keine Beteiligungen oder Verlustscheine registriert waren, sowie Bestätigungen der Suva über die Bezahlung der fälligen Prämienrechnungen, der Sozialversicherungsanstalt über die termingerechte Entrichtung der Beiträge, des Steueramts des Kantons Aargau über die fristgerechte Bezahlung der direkten Steuern, der Vorsorgeeinrichtung über die pünktliche Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen und der Schweizerischen Mobiliarversicherungsgesellschaft über die laufende Bezahlung der Prämien für eine Betriebs- und Produkte-Haftpflichtversicherung. Alle Auszüge und Bestätigungen datieren vom 14. Januar 2019. Nicht Teil der kopierten Offerte sind die Formulare 3a (Eignungsprüfung) und 3b (Zuschlagskriterien Referenzen).

Kopien der Formulare 3a und 3b hat die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Mailverkehr mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vor der Beschwerdeerhebung eingereicht (act. 12/6). Anders als die übrigen Teile des Angebots datieren die beiden Formulare vom 24. November 2019. Zusammen mit dem Mailverkehr hat die Vorinstanz auch Kopien von Auszügen aus dem Handelsregister vom 7. Januar 2020 und aus dem Betreibungsregister – enthaltend eine Beteiligung über knapp CHF 9'000 der Dresohn AG, die eine metallverarbeitende Werkstatt im Bereich des Lüftungsbaus betreibt (vgl. Internetinformation aus dem Handelsregister des Kantons Zürich) – vom 6. Januar 2020 sowie Bestätigungen der Vorsorgeeinrichtung vom 9. Januar 2020, der Mobiliar-Haftpflichtversicherung vom 7. Januar 2020 und des Steueramts des Kantons Aargau sowie der SVA Aargau vom 6. Januar 2020 eingereicht.

4. *Verletzung des Transparenzgebots*

Gemäss Art. 1 Abs. 3 IVöB soll das öffentliche Beschaffungsrecht insbesondere die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter gewährleisten (lit. b) und die Transparenz der Vergabeverfahren sicherstellen (lit. c). Gemäss Art. 31 VöB prüft der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien (Abs. 1), korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler (Abs. 2) und verlangt bei unklaren Angaben eines Angebots beim Anbieter Erläuterungen, die schriftlich festgehalten werden (Abs. 3). Es entspricht dem Zweck und Charakter des Submissionsverfahrens, dass sowohl seitens der Offerenten wie auch seitens der Vergabeinstanz bestimmte Formvorschriften eingehalten werden müssen, deren Missachtung zum Ausschluss der betreffenden Offerte führen oder die Ungültigkeit des Vergabeverfahrens nach sich ziehen kann. Nicht jede Unregelmässigkeit vermag aber eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf (und soll) vom Ausschluss



St.Galler Gerichte

einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (vgl. BGer 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4 mit Hinweisen). Mit dem beschaffungsrechtlichen Transparenzgebot soll namentlich eine unzulässige Beeinflussung des Bewertungsergebnisses verhindert werden (vgl. BGer 2D_17/2017 vom 7. März 2018 E. 3.4.1 zu entsprechenden zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz).

Aus den Vergabeakten ist zu schliessen, dass die Vorinstanz mit der Beschwerdegegnerin nach Eingang und Öffnung des Angebots in Kontakt stand. Dieser Kontakt ist indessen nicht dokumentiert. Was Inhalt dieser Kommunikation war, ist nicht bekannt, da dazu keine Unterlagen eingereicht wurden. Die Vorinstanz hat der Beschwerdegegnerin jedenfalls Gelegenheit gegeben, wesentliche Registerauszüge und Bestätigungen, die im Zeitpunkt der Einreichung der Offerte per 26. November 2019 bereits rund zehn Monate alt waren, zu erneuern und neu einzureichen. Von der Einreichung aktueller Angaben durften Anbieterinnen gemäss Formular 3a (Eignungsprüfung) nur absehen, wenn ein Anbieter dem Auftraggeber in den letzten sechs Monaten im Rahmen einer anderen Ausschreibung bereits ein identisches Formular für die gleiche Arbeitsgattung eingereicht hatte (vgl. act. 12/2). Abgesehen davon, dass die Auszüge und Bestätigungen mehr als ein halbes Jahr alt waren, liegen auch keine Hinweise dafür vor, dass die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz bereits früher ein Angebot für die gleiche Arbeitsgattung eingereicht hätte. Das Vorgehen der Vorinstanz erweckt den Eindruck, dass sie den Zuschlag der Beschwerdegegnerin erteilen wollte und ihr nachträglich Gelegenheit gab, ihr Angebot zumindest in formeller Hinsicht zu bereinigen. Dabei hat sich gezeigt, dass die Beschwerdegegnerin – indem sie zusammen mit ihrer Offerte einen Betriebsregisterauszug vom Januar 2019 eingereicht hatte – eine im September 2019 – und damit vor Einreichung der Offerte – angehobene Betreuung zunächst verschwiegen hatte. Zudem ist nicht klar, ob die Formulare 3a und 3b – so wie sie in Kopie vorliegen – bereits Teil des Originalangebots waren oder wie auch die verschiedenen aktuellen Bescheinigungen nachträglich – allenfalls auf entsprechende Aufforderung hin – eingereicht wurden. Der Ablauf des Auswahlverfahrens erscheint in den dem Gericht vorliegenden Vergabeakten nicht hinreichend dokumentiert und verletzt deshalb das Transparenzgebot (vgl. dazu BGer 2P.14/2007 vom 3. September 2007 E. 4.2). Da die Beschwerdegegnerin mit der Einreichung eines veralteten Auszugs aus dem Betriebsregister zwar nicht unwahre, sondern zeitlich unvollständige Angaben gemacht und die Vorinstanz sich vorbehalten hat, weitere Nachweise zu verlangen oder nachträglich einzufordern, kann offenbleiben,



ob das Verschweigen der Betreibung vom September 2019 für sich allein betrachtet zum Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin hätte führen müssen.

Die Beschwerde ist dementsprechend im Ergebnis gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung ist aufzuheben. Ob die Zuschlagsverfügung auch aufgehoben werden müsste, weil die Beschwerdegegnerin vom Verfahren wegen wahrheitswidriger Angaben zu ihrer Belegschaft und zu ihren Referenzen und mangels Eignung hätte ausgeschlossen werden müssen, kann unter diesen Umständen offenbleiben.

5. *Rückweisung*

Ein unmittelbarer gerichtlicher Zuschlag an die Beschwerdeführerin ist nicht möglich, da ein Angebot einer weiteren Bewerberin vor jenem der Beschwerdeführerin rangiert. Zwar hat sich jene Bewerberin mit der Nichtberücksichtigung abgefunden, indessen darf dies nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht dazu führen, dass sie nach Aufhebung des Zuschlags nicht die Möglichkeit haben muss, sich jedenfalls dazu zu äussern, ob sie an einem Zuschlag weiter interessiert bleibt (vgl. BGer 2C_979/2018 vom 22. Januar 2020 E. 1.2.4, zur Veröffentlichung bestimmt). Sie hatte schliesslich auch nicht die Möglichkeit, sich am vorliegenden Beschwerdeverfahren zu beteiligen und sich zur von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage des Ausschlusses des zweitplatzierten Angebots zu äussern. Unter diesen Umständen kann das Verwaltungsgericht kein reformatorisches Urteil fällen. Die Angelegenheit ist deshalb entsprechend Art. 64 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP im Sinne der Erwägungen zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. *Kosten*

Zwar führt die Gutheissung der Beschwerde nicht dazu, dass das Gericht der Beschwerdeführerin ihrem Antrag entsprechend den Zuschlag erteilen kann. Da indessen die Angelegenheit mit offenem Verfahrensausgang an die Vorinstanz zurückzuweisen und die Aufhebung der Zuschlagsverfügung auf die Verletzung des Transparenzgebots durch die Vorinstanz und die nachträgliche formelle Bereinigung des Angebots durch die Beschwerdegegnerin zurückzuführen ist, sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 und 2 sowie Art. 96^{bis} VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 4'000 – darin eingeschlossen die Kosten der Zwischenverfügung vom 19. März 2020 – erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 und 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Da die Vorinstanz überwiegend finanzielle Interessen verfolgt, ist auf die Erhebung ihres Anteils nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 6'700 zurückzuerstatten.



Die Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren für deren ausseramtliche Kosten ermessensweise mit CHF 5'000 zuzüglich pauschale Barauslagen von CHF 200 (vier Prozent von CHF 5'000) zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP). Da die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist und die vom Anwalt in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer ihrerseits als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld abziehen kann, kann die Mehrwertsteuer unberücksichtigt bleiben (Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28^{bis} und Art. 29 der Honorarordnung, sGS 963.75; VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012, R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen SZ/St. Gallen 2004, S. 194). Vorinstanz und Beschwerdegegnerin schulden die Entschädigung je zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit (Art. 98^{ter} VRP in Verbindung mit Art. 106 Abs. 3 ZPO).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 28. Februar 2020 aufgehoben.

2.

Die Angelegenheit wird zur weiteren Klärung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin bezahlen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 4'000 je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 6'700 zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin entschädigen die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit CHF 5'200 ohne Mehrwertsteuer. Sie tragen die Entschädigung je zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit.