



Fall-Nr.: B 2021/99
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 18.08.2021
Entscheiddatum: 17.05.2021

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 17.05.2021

Öffentliches Beschaffungsrecht, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass die Vorinstanz dieselben Arbeiten zweimal ausgeschrieben hat. Das erste Verfahren hat sie abgebrochen, ohne dies den Bewerberinnen gegenüber zu verfügen. Die Beschwerdeführerin hat in beiden Verfahren ein Angebot eingereicht. Dass sich der angefochtene Zuschlag auf die zweite Ausschreibung bezog, wurde aus der angefochtenen Verfügung nicht ersichtlich. Da die Beschwerdeführerin unter den konkreten Umständen ihre Rügen nicht zwingend auf die erneute Ausschreibung und ihr daraufhin eingereichtes zweites Angebot beziehen musste, ist eine Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung zurzeit nicht möglich. Der Vorinstanz bleibt der Abschluss des Vertrags einstweilen weiterhin untersagt (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2021/99).

Verfügung vom 17. Mai 2021

Verfahrensbeteiligte

TECTON AG St. Gallen, Industriestrasse 13, 9015 St. Gallen,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marcel Aebi, Contractus AG,
Lenzburgerstrasse 2, Postfach 112, 5702 Niederlenz,

gegen

Politische Gemeinde Sevelen, vertreten durch den Gemeinderat, Hauptstrasse 54,
Postfach, 9475 Sevelen,



Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

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

und

Burkhardt Gebäudehülle AG, Untere Industrie 3, 7304 Maienfeld,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Neubau Casa Sevellun (Bedachungsarbeiten) / aufschiebende Wirkung / verfahrensleitende Verfügung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die TECTON AG St. Gallen (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Sevelen (Vorinstanz) am 20. April 2021 verfügten und ihr am 23. April 2021 ausgehändigten Zuschlag der Bedachungsarbeiten beim Neubau des Betagtenheims Casa Sevellun zum Preis von CHF 271'986.40 (netto, inklusive Mehrwertsteuer) an die Burkhardt Gebäudehülle AG (Beschwerdegegnerin) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 3. Mai 2021 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 4. Mai 2021 einstweilen den Vertragsabschluss. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin überliess dem Gericht am 6. Mai 2021 eine rechtsgültig unterzeichnete Vollmacht. Die Vorinstanz hat mit Eingabe vom 11. Mai 2021 die Abweisung des Gesuchs beantragt und dem Gericht die Vergabeakten eingereicht. Die Beschwerdegegnerin hat stillschweigend auf eine Stellungnahme verzichtet. Weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin haben innert der mit der



verfahrensleitenden Verfügung vom 4. Mai 2021 angesetzten Frist
Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Eintreten

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. 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. Ausreichende Begründung der Beschwerde

3.1. Sachverhalt

Die Vorinstanz hat am 21. Oktober 2019 im offenen Verfahren Bedachungsarbeiten für den Neubau des Betagtenheims Casa Sevellun ausgeschrieben, am 3. Dezember 2019 die rechtzeitig eingegangenen Angebote – darunter auch jenes der Beschwerdeführerin vom 28. November 2019 – geöffnet und den Anbieterinnen das darüber erstellte Protokoll zugestellt (act. 3, Beilage 4). Nach Prüfung der Angebote kam sie zum Schluss, das Verfahren sei abubrechen. Den Abbruch hat sie am 28. Juli 2020 publiziert. Eine Verfügung gegenüber den Anbieterinnen, die rechtzeitig ein Angebot eingereicht hatten, hat sie nicht erlassen. In der Folge hat sie den selben



Beschaffungsgegenstand – offenbar mit wesentlichen technischen Änderungen – am 9. Oktober 2020 erneut im offenen Verfahren ausgeschrieben. Auf die daraufhin eingegangenen Angebote – darunter auch jene der früheren Anbieterinnen und insbesondere jenes der Beschwerdeführerin vom 12. November 2020 – bezieht sich der Zuschlag vom 20. April 2021. Verfügung und Begleitschreiben nennen weder den Zeitpunkt der Ausschreibung noch die Daten der beurteilten Angebote.

3.2. Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dem Zuschlag vom 20. April 2021 liege eine Beurteilung der Angebote gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 3. Dezember 2019 zugrunde. Ihr eigenes Angebot zum Preis von CHF 326'806.60 sei das billigste und jenes der Beschwerdegegnerin mit CHF 362'964.80 das zweit teuerste gewesen. Im "Vergabeprotokoll" vom 20. April 2021 finde sie weder den Brutto- (CHF 344'507.30) noch den Nettobetrag (CHF 326'806.60) ihres Angebots vom 28. November 2019. Aus der Differenz zwischen dem Offertpreis der Beschwerdegegnerin von CHF 362'964.80 gemäss Offertöffnungsprotokoll und dem Preis von CHF 271'986.40 gemäss Zuschlagsverfügung sei zu schliessen, dass die Beschwerdegegnerin ihr Angebot in der Zwischenzeit massiv – um fast CHF 100'000 oder dreissig Prozent – reduziert habe oder dass – ohne die Beschwerdeführerin zu kontaktieren – neue Angebote eingeholt worden seien. Abgebote seien indessen nicht zulässig und Verhandlungen unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Regeln – insbesondere nicht unter Ausschluss des billigsten Anbieters – durchzuführen. Auch sei zu keinem Zeitpunkt eine Mitteilung über den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens erfolgt.

3.3. Würdigung

3.3.1. Ausgangslage

Die Beschwerdeführerin geht irrtümlicherweise von falschen *Tatsachen* aus. Deshalb fragt sich vorab, ob sie von den Tatsachen, wie sie die Vorinstanz schildert, hätte ausgehen müssen, ob ihr also der Abbruch des ersten Verfahrens hätte bekannt sein müssen und sie die Zuschlagsverfügung nicht auf die Angebote gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 3. Dezember 2019 hätte beziehen dürfen.

Nach Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. e IVöB gilt der Abbruch des Vergabeverfahrens als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung. Gemäss Art. 38 Abs. 2 VöB wird den Anbietern der Abbruch des Verfahrens durch Verfügung mitgeteilt sowie im offenen Verfahren veröffentlicht. Entsprechend dem klaren und eindeutigen Wortlaut



der Bestimmung ist der Abbruch den Anbieterinnen in allen Verfahren durch Verfügung mitzuteilen. Eine Veröffentlichung ist insbesondere dann erforderlich, wenn der Vergabestelle nicht bekannt ist, wer eine Ausschreibung zur Kenntnis genommen und gegebenenfalls die Absicht hat, ein Angebot einzureichen. Dies ist dann der Fall, wenn ein offenes Verfahren vor Ablauf der Frist zur Angebotseinreichung abgebrochen wird. Ist der Vergabestelle aber bekannt, wer sich am Verfahren beteiligt, weil sie bestimmte Unternehmen zur Einreichung eines Angebots eingeladen hat oder im offenen Verfahren die Frist zur Einreichung der Angebote abgelaufen ist, besteht zu den Anbietern im Vergabeverfahren ein Rechtsverhältnis, das mit dem Abbruch des Verfahrens aufgelöst werden soll. Dazu bedarf es einer anfechtbaren Verfügung. Die Veröffentlichung des Abbruchs nach Art. 38 Abs. 2 VöB kann eine solche individuell-konkret wirkende Verfügung nicht ersetzen.

Die Vorinstanz macht nicht geltend, dass mit der Veröffentlichung auf simap – notabene ohne Rechtsmittelbelehrung – eine automatisierte Orientierung jener Unternehmen, welche über die Plattform die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten, verbunden war (vgl. dazu VerwGE B 2019/265 vom 17. Mai 2020 E. 4.2). Die Beschwerdeführerin musste auch nicht davon ausgehen, dass ihre Angebote vom 28. November 2019 und vom 12. November 2020 ein und denselben Auftrag zum Gegenstand hatten: Zwar trifft – entgegen der Darstellung in der Beschwerde – nicht zu, dass die Beschwerdeführerin nach der Mitteilung des Offertöffnungsprotokolls vom 3. Dezember 2019 von der Vorinstanz "nie mehr etwas gehört" hat. Immerhin hat sie auf die Ausschreibung der Vorinstanz vom 9. Oktober 2020 hin ein weiteres Angebot für Bedachungsarbeiten beim Neubau des Betagtenheims Casa Sevellun eingereicht, welches – wie ihr Angebot auf die Ausschreibung vom 21. Oktober 2019 – unter anderem von ihrem Delegierten des Verwaltungsrats unterzeichnet war. Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen in den beiden Verfahren schlossen nicht aus, dass sich die ausgeschriebenen Bedachungsarbeiten auf zwei verschiedene Gebäude oder Gebäudeteile des Betagtenheims Casa Sevellun beziehen. Insbesondere umfassten die Ausschreibungsunterlagen keinerlei Pläne, aus denen hätte ersichtlich werden können, dass es um ein und dieselbe Bedachung ging. Der Zuschlagsverfügung vom 20. April 2021 sind schliesslich keine konkreten Anhaltspunkte zu entnehmen, dass sie sich auf eine erneute Ausschreibung ein und desselben Beschaffungsgegenstandes vom 9. Oktober 2020 bezieht. Sie enthält weder zur Ausschreibung noch zu den geprüften Angeboten Datumsangaben oder andere Hinweise, welche einen Zusammenhang mit der Ausschreibung vom 21. Oktober 2019 ausschliessen würden. Zwar ist in der Zuschlagsverfügung die Rede von zehn Angeboten, während gemäss



Offertöffnungsprotokoll vom 3. Dezember 2019 fünf Angebote eingegangen sind. Das Protokoll enthält – anders als es Art. 30 Abs. 3 Ingress und lit. c VöB verlangt – keine Angaben zu den Einreichungs- und Eingangsdaten der Angebote. Es listet zudem zehn weitere Unternehmen auf, zu denen jede weitere Angabe fehlt. Insbesondere werden die Gründe dafür aus dem Protokoll, welches über die Öffnung der Angebote erstellt wird, nicht ersichtlich. Anders als im ersten Verfahren war die Offertöffnung im zweiten Verfahren nicht öffentlich und den Anbieterinnen das Offertöffnungsprotokoll nicht zugestellt worden.

Dass die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen die Zuschlagsverfügung vom 20. April 2021 auf die Ausschreibung vom 21. Oktober 2019 und die Angebote gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 3. Dezember 2019 bezog, ist – auch wenn dazwischen eine vergleichsweise lange Frist verstrichen ist – nachvollziehbar.

3.3.2. Rügen der Beschwerdeführerin

Unter den dargelegten Umständen war die Beschwerdeführerin nicht verpflichtet, Einwendungen gegen den Abbruch des Verfahrens beschwerdeweise gegen die Ausschreibung vom 9. Oktober 2020 oder aber spätestens mit der Einreichung des Angebots vom 12. November 2020 vorzubringen. Sie durfte sich darauf beschränken, geltend zu machen, dass die Zuschlagsverfügung vom 20. April 2021 aus ihrer Sicht nicht nachvollziehbar begründet ist und die Vorinstanz möglicherweise ohne ihr Wissen Verhandlungen geführt und Abgebote entgegengenommen und damit allgemeine vergaberechtliche Grundsätze verletzt hat.

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). Auch wenn die Anforderungen vergleichsweise gering sind, muss – entsprechend der verfassungsrechtlichen Mindestanforderung von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) – die Begründung aber so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben kann (vgl. BGer 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 3.2.1). Diesen Anforderungen genügt die Zuschlagsverfügung vom 20. April 2021 vor dem Hintergrund der doppelten Ausschreibung desselben Beschaffungsgegenstandes durch die Vorinstanz nicht, weil die Beschwerdeführerin aufgrund der konkreten Umstände die Zuschlagsverfügung auf



die Angebote gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 3. Dezember 2019 und insbesondere auf ihr Angebot vom 28. November 2019 beziehen durfte.

Dass die Beschwerdeführerin mit Blick auf die aus ihrer Sicht nicht nachvollziehbare Begründung der Zuschlagsverfügung vom 20. April 2021 und die seit der Offertöffnung vom 3. Dezember 2019 verstrichene Zeit und die Differenzen der Offertpreise die Frage nach *Abgeboten und Verhandlungen* aufwirft, ist nachvollziehbar. Das Vorgehen der Vorinstanz ist geeignet, den Verdacht zu erwecken, dass sie zwischen der Öffnung der Angebote gemäss Protokoll vom 3. Dezember 2019 und dem Zuschlag vom 20. April 2021 mit einzelnen Anbieterinnen und Anbietern Kontakt aufgenommen und die neue Ausschreibung allenfalls auf Hinweise in einzelnen Angeboten ausgerichtet hat. Die Vorinstanz äussert sich zu den Vermutungen nicht. Die vorinstanzlichen Akten enthalten keine Hinweise, aufgrund welcher konkreter Überlegungen das erste Verfahren am 28. Juli 2020 – mithin mehr als ein halbes Jahr nach der Offertöffnung – abgebrochen werden sollte. Jedenfalls aber erscheint die Frist zwischen der Öffnung der Angebote und dem Abbruch des Verfahrens, insbesondere aber bis zur neuen Ausschreibung als so lange, dass sich fragt, ob das Handeln der Vorinstanz mit den verfassungsmässigen Ansprüchen der Anbieterinnen und Anbieter auf Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV) und Handeln nach Treu und Glauben (Art. 9 BV) noch vereinbar ist (vgl. dazu St. Suter, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, Basel 2010, Rz. 355). Die gleichen Bedenken würde im Übrigen auch eine Sistierung des Verfahrens wecken (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 221).

4. *Ergebnis*

Da die Beschwerdeführerin unter den vorliegenden Umständen ihre Rügen nicht zwingend auf die erneute Ausschreibung vom 9. Oktober 2020 und ihr am 12. November 2020 eingereichtes Angebot ausrichten musste, ist eine Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zurzeit nicht möglich. Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 11. Mai 2021 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). Der Beschwerdeführerin ist Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde vom 3. Mai 2021 – unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich die angefochtene Verfügung vom 20. April 2021 auf ihr Angebot vom 12. November 2020 bezieht – innert zehn Tagen mit einer Begründung in der Sache zu ergänzen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.



Inwieweit die Beschwerdeführerin auch noch Beanstandungen gegen die neue Ausschreibung vorbringen darf, kann vorderhand offenbleiben. Zurzeit jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass ihr im zweiten Vergabeverfahren Nachteile entstanden sind. Sie hatte offenbar auch keinen Anlass, die Ausschreibung vom 9. Oktober 2020 in inhaltlicher Hinsicht als für sie ungünstig zu beanstanden, und hat ihr Angebot vom 12. November 2020 vorbehaltlos eingereicht.

5. *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 hat zu Recht keinen entsprechenden Antrag gestellt, zumal sie selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und die ihr vom Rechtsvertreter belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann (vgl. 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) – 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 3. Mai 2021 **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