

# **SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2013/71 vom 2. Juli 2013**

Sg Verwaltungsgericht, 2013-07-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_B\\_2013\\_71](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2013_71)

FR: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2013/71 du 2 juillet 2013

IT: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2013/71 del 2 luglio 2013

## **Regeste**

Beschaffungsrecht, Art. 12 lit. a und h VöB. Bei unvollständigen Angaben zum Eignungskriterium kann der Anbieter wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften aus dem weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Im offenen Verfahren muss dafür kein separater Entscheid ergehen. Die vorangehende Gewährung des rechtlichen Gehörs zum vorgesehenen Ausschluss dient nicht der Ergänzung des Angebots. Im Übrigen hätte die Anbieterin bei Berücksichtigung der nachträglichen Angaben auch wegen Nichterfüllens des Eignungskriteriums ausgeschlossen werden können (Verwaltungsgericht, B 2013/71).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

(...).

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin ficht den Ausschluss ihres Angebots aus dem Vergabeverfahren (vgl. dazu nachfolgend E. 2.1.) und dessen Begründung (vgl. dazu nachfolgend E. 2.2.) sowie in der Folge auch den Zuschlag des Auftrages an die Beschwerdegegnerin an (vgl. dazu nachfolgend E. 2.3.).

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 13 Ingress und lit. d IVöB gewährleisten die kantonalen Ausführungsbestimmungen ein Verfahren zur Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen und Anbieter nach objektiven und überprüfbaren Kriterien. Art. 6 Abs. 1 EGöB ermächtigt die Regierung zur Regelung der Grundsätze und Verfahren des öffentlichen Beschaffungswesens durch Verordnung (Abs. 1). Gemäss Art. 8 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) legt der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung fest, welche Eignungskriterien die Anbieter erfüllen und welche Nachweise sie erbringen müssen. Gemäss Art. 12 VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn dieser insbesondere die Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a) oder wesentliche Formvorschriften der Verordnung oder des Vergabeverfahrens verletzt (lit. h). Nach Art. 28 VöB sind der Antrag auf Teilnahme und das Angebot vollständig einzureichen (Abs. 1); sie sind vollständig, wenn alle vom Auftraggeber verlangten Unterlagen vollständig ausgefüllt eingereicht werden (Abs. 4). Beim Erfordernis der Vollständigkeit des Angebots handelt es sich um eine wesentliche Formvorschrift im Sinn von Art. 12 Ingress und lit. h VöB (vgl. GVP 2001 Nr. 19). Der Auftraggeber prüft die Angebote nach einheitlichen Kriterien und korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler; sind Angaben eines Angebotes unklar, kann er vom Anbieter Erläuterungen verlangen, die schriftlich festgehalten werden (Art. 31 VöB). In Ziffer 1.2 der Submissionsunterlagen war das Eignungskriterium klar formuliert.

Bewerber sollten in den vergangenen fünf Jahren (September 2007 bis September 2012) mindestens fünf Projekte für Erdgas-Hochdruckleitungen mit Leitungslängen von mindestens zwei Kilometern, Leitungsdurchmessern von vierzig Zoll oder mehr und einem maximalen Betriebsdruck von siebzig bar oder mehr ausgeführt haben. Auch aus der Bezeichnung der Spalten in der Tabelle unter Ziffer 7 der Submissionsunterlagen – Jahr, ø, Länge, MOP, Ort, Ansprechpartner – wurde unmissverständlich ersichtlich, dass für die Beurteilung der Eignung des Anbieters Angaben insbesondere zu technischen Grössen (Rohrdurchmesser und –länge, maximaler Betriebsdruck) gemacht werden mussten. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen ergab sich, dass lediglich vier Referenzarbeiten Gasleitungen zum Gegenstand hatten (act. 6; Register 4, "Auszug Referenzprojekte" S. 2, 3, 6 und 7) und lediglich zu einer Arbeit Angaben zu Rohrdurchmessern und –längen sowie zum maximalen Betriebsdruck bestanden (S. 3). Das innerhalb der Eingabefrist eingereichte Angebot der Beschwerdeführerin war deshalb inhaltlich unvollständig, so dass sich die Rüge, die Sachverhaltsfeststellung der unvollständigen Offerte sei nachweislich falsch, weil die Referenzen eingereicht und ausdrücklich darauf verwiesen worden sei, als unbegründet erweist. Dies gilt in der Folge auch für die Rüge des überspitzten Formalismus, welche damit begründet wird, es wäre der Vorinstanz möglich gewesen, das Angebot ohne grossen Aufwand selbst zu ergänzen, und sie habe die Beschwerdeführerin wegen eines untergeordneten Mangels ausgeschlossen. Nach der Öffnung der fristgerecht eingereichten Angebote wies die Vorinstanz die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 21. Februar 2013 auf das Erfordernis der Vollständigkeit der Angebote hin. Sie hielt fest, in der Offerte seien namentlich die verlangten Angaben für die Eignungsprüfung unter 1.2 nicht deklariert worden. Aufgrund der bisherigen Erkenntnisse gehe sie davon aus, die Beschwerdeführerin habe die Offertunterlagen nicht vollständig ausgefüllt und damit gegen wesentliche Formvorschriften im Sinn von Art. 12 Abs. 1 lit. h und Art. 28 VöB verstossen, was zum Ausschluss vom Verfahren führen könne. Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einreichung oder Bezeichnung von Beweismitteln. Ob die Beschwerdeführerin ihr Angebot – wozu sie im Schreiben der Vorinstanz vom 21. Februar 2013 nicht aufgefordert worden war – in zulässiger Weise ergänzte (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 684 ff.), indem sie die Tabelle ausfüllte und Angaben machte, welche aus den Unterlagen zu den Referenzarbeiten nicht ersichtlich waren (vgl. act. 6; Register 4), kann offen bleiben, wenn die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 12 Ingress und lit. a VöB auch mangels Erfüllens der Eignungskriterien hätte ausgeschlossen werden dürfen (vgl. dazu unten E. 2.3.). Jedenfalls aber kann das Verhalten der Vorinstanz, welche einerseits der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör zum möglichen Ausschluss einräumte und andererseits nicht verpflichtet war, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Ergänzung des Angebots zu geben, nicht als widersprüchlich bezeichnet werden.

## **E. 2.2**

Gemäss Art. 13 IVöB gewährleisten die kantonalen Ausführungsbestimmungen unter anderem den Zuschlag durch Verfügung (lit. g) sowie die Mitteilung und kurze Begründung des Zuschlages (lit. h). Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten gemäss Art. 15 Abs. 2 IVöB der Ausschluss aus dem Verfahren (lit. d) sowie der Zuschlag, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens (lit. e). Nach Art. 6 Abs. 2 EGöB erlässt die Regierung ergänzende Vorschriften über den Rechtsschutz. Im offenen Vergabeverfahren muss - obwohl auch hier Eignungs- und Zuschlagskriterien

auseinanderzuhalten sind - kein selbständiger Entscheid über die Erfüllung der Eignungskriterien getroffen werden. Der Ausschluss eines Anbieters kann deshalb auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Bewerber erfolgen (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 449 mit Hinweis auf die Rechtsprechung zum Vergaberecht des Bundes sowie Rz. 633 und 576). Bei der Beurteilung, ob eine Verfügung ausreichend begründet und dem Betroffenen deren sachgerechte Anfechtung möglich ist, kann unter anderem ein vorangegangener Schriftenverkehr mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 108 Ia 264 E. 7; 113 II 205 E. 2; 117 Ib 481 E. 6b/bb; L. Kneubühler, Die Begründungspflicht, Bern/ Stuttgart/Wien 1998, S. 30 mit weiteren Hinweisen). Das Vorgehen der Vorinstanz ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden, da sie einerseits die Beschwerdeführerin nach der Öffnung der Angebote am 21. Februar 2013 unter Gewährung des rechtlichen Gehörs vorab auf die Unvollständigkeit ihrer Offerte und den möglichen Ausschluss vom Vergabeverfahren hingewiesen und andererseits am 26. März 2013 den Zuschlag insbesondere unter Hinweis auf den Ausschluss eines Angebots verfügt hat. Aus der Zuschlagsverfügung ergab sich implizite, dass der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren das Angebot der Beschwerdeführerin betraf: Es war die Rede von drei Angeboten zu bereinigten Preisen zwischen 1'535'318 und 4'396'387 Franken, dem Ausschluss eines Angebotes und dem Zuschlag an das wirtschaftlichste der beiden verbleibenden Angebote zum Preis von 2'313'155 Franken. Für die Beschwerdeführerin musste unabhängig von der Formulierung im Begleitschreiben zur Zuschlagsverfügung, wonach sie "nicht berücksichtigt" worden sei, damit klar sein, dass nach dem Ausschluss ihres Angebots das Angebot über 2'313'155 Franken, welches schliesslich den Zuschlag erhielt, und das wesentlich unwirtschaftlichere Angebot über 4'396'387 Franken bewertet worden waren. Davon geht im Übrigen auch die Beschwerdeführerin aus (Rz. 24 ff. der Beschwerde). Der Beschwerdeführerin war bekannt, welche Angaben die von ihr eingereichten Unterlagen zu ihren Referenzarbeiten enthielten. Insbesondere wusste sie, dass in ihren Referenzunterlagen lediglich vier Arbeiten den Bereich von Erdgasleitungen betrafen und davon nur bei einer Arbeit konkrete Angaben zu den technischen Grössen ersichtlich waren. Aus dem Schreiben vom 21. Februar 2013 musste die Beschwerdeführerin deshalb ohne Weiteres schliessen, dass die Beurteilung der Unvollständigkeit ihres Angebots nicht in erster Linie auf dem Umstand beruhte, dass sie die Tabelle unter Ziffer 7 der Submissionsunterlagen nicht ausgefüllt hatte, sondern dass in ihren Unterlagen die Angaben zu den technischen Grössen, anhand derer die Erfüllung des Eignungskriteriums zu beurteilen war, weitgehend fehlten. Die Begründung des Entscheides durch die Vorinstanz kann nicht als widersprüchlich und intransparent bezeichnet werden. Zwar hat die Vorinstanz weder in der Zuschlagsverfügung vom 26. März 2013 noch im Begleitschreiben mit gleichem Datum ausdrücklich auf die Auffassung der Beschwerdeführerin Bezug genommen, mit der Eingabe vom 4. März 2013 den Vorwurf der Unvollständigkeit des Angebots beseitigt zu haben. In der Zuschlagsverfügung führte sie aber aus, ein Bewerber habe "die Offertunterlagen nicht vollständig ausgefüllt", was im Übrigen der Formulierung in Art. 28 Abs. 4 VöB entspricht. Damit war für die Beschwerdeführerin erkennbar, dass die Vorinstanz ihre Angaben zu den Referenzarbeiten als unvollständig erachtete und – stillschweigend – die zusätzlichen Angaben in der am 4. März 2013 eingereichten Tabelle nicht daraufhin überprüfte, ob sie das Eignungskriterium erfüllte. Der Begründung der Zuschlagsverfügung durch die Vorinstanz lassen sich keinerlei Hinweise dafür entnehmen, dass sie den Ausschluss unter Berücksichtigung der zusätzlichen und neuen Angaben der Beschwerdeführerin vom 4. März 2013 auf die

Nichterfüllung des Eignungskriteriums stützte. Die Vorinstanz stellte im Schreiben vom 21. Februar 2013 auch nicht in Aussicht, sie werde zusätzliche Angaben bei der Beurteilung eines möglichen Ausschlusses noch berücksichtigen. Indem die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 15. April 2013 (act. 5, insbesondere Ziff. 5b) zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ausführte, bei allen im Register enthaltenen Referenzobjekten, die sich auf Erdgasleitungen bezogen, fehlten die zur Prüfung der Erfüllung der Eignungskriterien notwendigen Werte (Durchmesser, Länge und maximaler Betriebsdruck), verdeutlichte sie diese Begründung des Ausschlusses der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin wird damit - entgegen deren Auffassung in der Stellungnahme vom 21. Mai 2013 – nach wie vor mit einem formellen Versäumnis, nämlich damit begründet, dass ihr innert der bis 4. Februar 2013 laufenden Frist eingereichtes Angebot mangels technischer Angaben zu ihren Referenzarbeiten unvollständig war. Insbesondere schiebt die Vorinstanz damit in ihrer Vernehmlassung vom 15. April 2013 nicht nach, der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren stütze sich auf Art. 12 Ingress und lit. a VöB, nämlich die – materielle – Nichterfüllung des Eignungskriteriums. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin in der Stellungnahme vom 21. Mai 2013 (Rz. 13) wurde sie von der Vorinstanz im Schreiben vom 21. Februar 2013 auch nicht aufgefordert, die Unterlagen zu ihrem Angebot zu ergänzen. Vielmehr erhielt sie – entsprechend ihrem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs – die Gelegenheit, zur Auffassung der Vorinstanz, das Angebot sei hinsichtlich der Angaben zum Eignungskriterium unvollständig, Stellung zu nehmen und allenfalls zu begründen, weshalb sie die Auffassung der Vorinstanz nicht teilte. Ebenso wenig kann aus der – offenen – Formulierung im Begleitschreiben an die Beschwerdeführerin zur Vergabeverfügung vom 26. März 2013, sie sei "nicht berücksichtigt" worden, abgeleitet werden, ihr Angebot sei aus inhaltlichen Gründen ausgeschlossen oder es habe nach der Bewertung den Zuschlag nicht erhalten. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Unvollständigkeit des Angebots der Beschwerdeführerin für diese erkennbar nicht damit begründete, dass sie – wie im Übrigen auch der dritte, nicht ausgeschlossene, aber unwirtschaftlichere Anbieter (act. 7) – die Tabelle unter Ziffer 7 der Submissionsunterlagen nicht ausfüllte, sondern vielmehr damit, dass – anders als beim dritten Anbieter - die erforderlichen Angaben zur Beurteilung, ob das Eignungskriterium erfüllt sei, auch aus den Unterlagen zu den Referenzarbeiten, auf welche die Beschwerdeführerin verwiesen hatte, nicht hervorgingen. Zwar ging – wie in der Präsidialverfügung vom 17. April 2013 nach summarischer Prüfung der Angelegenheit im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin angebehrte Erteilung der aufschiebenden Wirkung festgestellt wurde – der Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht ausdrücklich aus der Vergabeverfügung und dem Begleitschreiben vom 26. März 2013 hervor. Aufgrund der Anforderungen an die Begründung von Ausschluss und Zuschlag einerseits und der konkreten Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung des Schreibens der Vorinstanz vom 21. Februar 2013, andererseits liegt darin indessen keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ob ihr Angebot ausgeschlossen worden oder unterlegen sei, sei nicht klar. Der Ausschluss vom Verfahren sei bisher nicht rechtlich haltbar begründet worden. Sie müsse zum Verfahren zugelassen werden. Die Vorinstanz habe zur Punktevergabe für ihr Angebot Stellung zu nehmen. Sie habe das mit Abstand günstigste Angebot eingereicht und werde bei einer Gutheissung der Beschwerde mit

grosser Sicherheit den Zuschlag erhalten. In der Beschwerde wird nicht geltend gemacht, das Erfordernis, fünf – ausgeführte – Projekte für Erdgas-Hochdruckleitungen mit einer Länge von mindestens zwei Kilometern, einem Durchmesser von über vierzig Zoll und einem maximalen Betriebsdruck von siebzig oder mehr bar, sei als Eignungskriterium unzulässig. Zu den Ausführungen der Vorinstanz in der Beschwerdevernehmlassung, die Beschwerdeführerin hätte auch ausgeschlossen werden müssen, wenn die nachträglich eingereichten Unterlagen zuzulassen oder von Anfang an eingereicht worden wären, weil die im Eignungskriterium genannten technischen Mindestanforderungen nicht erfüllt seien, bringt die Beschwerdeführerin vor, das sei "etwas völlig anderes" und sie habe damit aufgrund des Briefes der Vorinstanz "nicht rechnen" müssen. Zur Frage, ob die Referenzarbeiten die zum Nachweis der Eignung erforderlichen technischen Kriterien erfüllten, äussert sie sich nicht. Auch mit der ausgefüllten Tabelle und den weiteren Unterlagen weist die Beschwerdeführerin nicht fünf Referenzarbeiten im Bereich des Baus von Erdgas-Hochdruckleitungen nach, welche die technischen Mindestanforderungen erfüllen würden. Vergaberechtlich führt die Nichterfüllung von Eignungskriterien gleichermassen wie die Verletzung wesentlicher Formvorschriften zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Die Vorinstanz hat dementsprechend das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bewertet.

### **E. 3**

(...). Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt: 1./ Die Beschwerde wird abgewiesen. 2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von 8'000 Franken bezahlt die Beschwerdeführerin unter Anrechnung ihres Kostenvorschusses von 6'000 Franken. 3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt. V. R. W. Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic.iur. Beda Eugster Dr. Thomas Scherrer Versand dieses Entscheides an: - die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt Dr.iur. Lukas Pfisterer, 5401 Baden) - die Vorinstanz - die Beschwerdegegnerin am: Rechtsmittelbelehrung: Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.