

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2024/224 vom 3. April 2025

Sg Verwaltungsgericht, 2025-04-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2024_224

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2024/224 du 3 avril 2025

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2024/224 del 3 aprile 2025

Regeste

Öffentliches Beschaffungsrecht, Bietergemeinschaft, Teilnahmebedingungen, Ausschluss, Art. 26, Art. 31 Abs. 1 und 3 sowie Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB. Die Teilnahmebedingungen müssen vom Anbieter und seinen Subunternehmern je einzeln eingehalten werden, während die Eignungskriterien von den Mitgliedern einer Bietergemeinschaft ohne explizit anderslautende Vorgabe zusammen erfüllt werden können. Die charakteristische Leistung ist grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen. Erfüllt ein Anbieter die Teilnahmebedingungen nicht, ist er vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Der Auftraggeber verfügt einen gewissen Ermessensspielraum bezüglich der Nachfrage bei Unklarheiten oder Unvollständigkeit eines Angebots. Ist offenkundig, dass es sich nicht um einen unbeabsichtigten Fehler oder Verschieb oder eine geringfügige Unvollständigkeit, sondern um eine bewusste Abweichung des Anbieters von den zwingend vorgegebenen Anforderungen handelt, besteht keine Nachfragepflicht. Vorliegend ging aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerin, das sie unter Hinzunahme einer weiteren Firma eingereicht hatte, nicht klar hervor, wer Anbieter und/oder Subunternehmer sein soll. In jedweder Variante waren die Teilnahmebedingungen und/oder auch das Eignungskriterium bzw. das Erfordernis der Erbringung der charakteristischen Leistung nicht erfüllt, weshalb die Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen war (Verwaltungsgericht, B 2024/224).

Erwägungen

E. 1

Eintreten Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 52 Abs. 1 der Inter- kantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.51, IVöB). Die Beschwerdeführerin argumentiert einerseits, die Zuschlagsempfängerin sei vom Verfahren auszuschliessen, was sie insbesondere mit formellen Mängeln des von der Beschwerde- gegnerin eingereichten Angebots begründet; andererseits rügt sie die materielle Bewertung der Angebote. Da lediglich zwei Angebote eingereicht wurden, besteht bei Ausschluss der Beschwerdegegnerin die Chance auf den Zuschlag und bei Feststellung von formellen Mängeln zumindest die Chance auf die nochmalige Durchführung des Verfahrens. Die Be- schwerdeführerin ist deshalb zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 4 Abs. 2 des Ein- führungsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen aus dem Jahr 2019, sGS 841.1, EGöB, Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP; dazu BGer 2C_35/2017 vom

E. 5

Überprüfung des Zuschlags

E. 5.1

Mit Begleitbriefen vom 4. und 7. Oktober 2024 reichte die Beschwerdegegnerin das Angebot in ihrem Namen ein ohne jeglichen Hinweis auf eine Bietergemeinschaft oder den Bezug einer Subunternehmerin. Der Name der E.___ GmbH wird in den beiden Schreiben nirgends erwähnt (act. 7.1/4b.1). Bei den eingereichten Unterlagen zeigt sich folgendes Bild: Die allgemeine Auftragsanalyse ist gemäss Angaben in der Kopfzeile von der E.___ GmbH, W.___ (I), verfasst worden, wobei auch das Logo der Beschwerdegegnerin aufgedruckt ist (act. 7.1/4b.2). Unter Ziff. 5 wird dort ausgeführt, dass die allgemeinen Fristen und Zeitpläne einem realistischen Umsetzungszeitraum entsprechen und daher von der Firma E.___ GmbH als in Ordnung empfunden und somit bestätigt würden. Der detaillierte Beschrieb, das Leistungsverzeichnis und die Selbstdeklaration, die Lieferanten-Selbstauskunft und der Lieferantenkodex sind von der Beschwerdegegnerin unterzeichnet (act. 7.1/4b.3, 5 und 6). Angaben zu Mitarbeitern, Schlüsselpersonen und Versicherungsnachweisen wurden für beide Unternehmen gemacht. Ein Handelsregister- und Betriebsauszug liegt nur für die Beschwerdegegnerin vor (act. 7.1/4b.7). Die Referenzen wurden von der E.___ GmbH eingereicht (act. 7.1/4b.8). Das SQS-Zertifikat und die Deklaration für die CO₂-Reduktion beziehen sich auf die Beschwerdegegnerin (act. 7.1/4b.9). Der (unausgefüllte) Werkvertrag wurde von der Beschwerdegegnerin unterzeichnet (act. 7.1/4b.10). Mit den Unterlagen wurde sodann eine Bestätigung vom 2. Oktober 2024 der E.___ GmbH eingereicht (act. 7.1/4b.7). Darin teilt diese mit, dass die Beschwerdegegnerin die Interessen der E.___ GmbH im gegenständlichen Bauvorhaben vertrete. In dieser Funktion sei die Beschwerdegegnerin berechtigt, an Ausschreibungen für ihre Produkte teilzunehmen sowie Angebote im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu stellen. Weiter wird bestätigt, dass die Beschwerdegegnerin über die erforderliche Erfahrung und Kapazität für den Vertrieb ihrer (der E.___ GmbH) Produkte sowie für die technische Unterstützung vor Ort verfüge.

E. 5.2

Für die Prüfung der Einhaltung der Teilnahme- und Eignungskriterien durch die Vergabebehörde ist entscheidend, wer als Anbieterin und potenzielle Vertragspartnerin (mit oder B 2024/224 11/17

ohne Subunternehmer) auftritt. Es stellt sich daher die Frage, in welchem vertraglichen Verhältnis die Beschwerdegegnerin und die E.___ GmbH stehen, wer Anbieterin und Vertragspartnerin ist und wer beim streitgegenständlichen Bauvorhaben welche Arbeiten leisten sowie dafür verantwortlich zeichnen soll. Letzteres ist auch in Bezug auf die Bewertung der Angebote von Interesse (z.B. beim Kriterium der Nachhaltigkeit).

E. 5.2.1

Die Beschwerdegegnerin hat sich im vorliegenden Verfahren nicht vernehmen lassen. Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdegegnerin bilde zusammen mit der E.___ GmbH eine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft. Angesichts der Ausführungen in Teil A Ziff. 5.1 der Ausschreibungsunterlagen, wonach das Angebot von einer Einzelunternehmung oder einer Arbeitsgemeinschaft zu erfolgen hat, erschiene dies trotz gegenteiliger Angabe in der im simap publizierten Ausschreibung grundsätzlich zulässig. Entgegen dem Erfordernis eines transparenten Angebots als Bietergemeinschaft erfolgte die Offerte der Beschwerdegegnerin allerdings im eigenen Namen ohne Hinweis auf eine Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft. Von der Vorinstanz wurde das Angebot stets als jenes der

Beschwerdegegnerin behandelt und bezeichnet, und zwar ab Offertöffnung (act. 7.1/3) bis zur Bewertung der Angebote (act. 7.1/5). Es findet sich kein Hinweis auf die E.___ GmbH. Auch der Zuschlag wurde nicht an eine Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus den beiden Unternehmungen, erteilt, sondern allein an die Beschwerdegegnerin. Es trifft zwar zu, dass erst nach dem Zuschlag von einer Arbeitsgemeinschaft gesprochen wird; zuvor bilden die auftretenden Unternehmen jedoch eine Bietergemeinschaft. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Merkblatt BKB. Auch wenn das eine Unternehmen innerhalb der Arbeitsgemeinschaft als das federführende auftritt, ist der Zuschlag unter Angabe der beteiligten Unternehmen an die Arbeitsgemeinschaft zu erteilen und der Vertrag auf beide auszustellen. Dass der Vertrag mit entsprechender Vollmacht anschliessend von einer Unternehmung unterzeichnet werden kann, ändert daran nichts. So, wie die Vorinstanz verfügt hat, war für die Beschwerdegegnerin als Mitbewerberin nicht erkennbar, dass eine Arbeitsgemeinschaft, zu welcher die E.___ GmbH gehört, den Zuschlag erhalten haben soll. Nicht hinreichend klar ist ferner nach wie vor, welche Leistungen von welcher der beiden Unternehmungen erbracht werden sollen.

E. 5.2.2

Sofern die Beschwerdegegnerin zusammen mit der E.___ GmbH eine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft bildet, wie von der Vorinstanz dargestellt, muss der Nachweis der Erfüllung der Teilnahmebedingungen für beide Unternehmen der Arbeitsgemeinschaft separat erbracht werden, ansonsten ein Ausschlussgrund vorliegt (anders liegen die Dinge bei den Eignungskriterien, die gemeinsam erfüllt werden können). In Bezug auf die E.___ GmbH fehlt der Nachweis mehrerer Teilnahmebedingungen, namentlich sind die geforderten Beilagen B 2024/224 12/17

Unternehmer (Teil F) gemäss Ziff. "5.4 Einzureichende Unterlagen" der Ausschreibungsunterlagen nicht vollständig (es fehlen ein Handelsregister- und Betreibungsregisterauszug bzw. etwas Vergleichbares für Italien, wo sich der Sitz der E.___ GmbH befindet); weiter fehlen die Selbstdeklaration (Teil E), worin unter anderem – wie in den Teilnahmebedingungen verlangt – die Einhaltung von Arbeitsschutzbedingungen, von Vorschriften über die Gleichbehandlung von Mann und Frau, etc. bzw. für die im Ausland zu erbringenden Leistungen der Nachweis der Einhaltung der diversen Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 3 der IVöB, bestätigt wird. Nicht dokumentiert sind zudem die Akzeptanz der Vertragsvorlage, die vorbehaltlose Unterzeichnung des Lieferantenkodex und der ausgefüllte Lieferantenfragebogen.

E. 5.2.3

Bei der Auswertung der Angebote wurde von der Vorinstanz offensichtlich nur geprüft, ob die Beschwerdegegnerin die Teilnahmebedingungen erfüllt (act. 7.1/5). Sie allein erhielt auch den Zuschlag. Als alleinige Anbieterin und Vertragspartnerin erfüllt sie indessen das Eignungskriterium – Lieferung und erfolgreiche Inbetriebnahme von mindestens 10 Schützen und / oder Klappen innerhalb der letzten 10 Jahre – nicht. Sämtliche Referenzen stammen von der E.___ GmbH. Diese könnte allenfalls Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin sein. Als solche könnte sie das erforderliche Eignungskriterium grundsätzlich erfüllen, diesfalls würde die Beschwerdegegnerin aber die charakteristische Leistung, namentlich die Lieferung und Inbetriebnahme der Regulier- und Abschlussorgane, nicht ausschliesslich selbst erbringen (vgl. Art. 31 Abs. 3 IVöB). Von diesem Grundsatz kann nur in begründeten Fälle abgewichen werden, z.B. bei Angeboten von Konzerngesellschaften

(JOSS, H. R. Trüeb [Hrsg.], a.a.O., N 40 zu Art. 31 IVöB). Die Beschwerdegegnerin gab im Übrigen nirgends an, eine Subunternehmerin beizuziehen. Auch die Vorinstanz verneint dies. Die Bestätigung der E. __ GmbH könnte auch dahingehend gedeutet werden, dass die E. __ GmbH als Anbieterin auftritt, sich aber durch die Beschwerdegegnerin vertreten lässt und diese allenfalls ihrerseits als Subunternehmerin beizieht. Auch diesfalls fehlte aber der vollständige Nachweis sämtlicher Teilnahmebedingungen bei der E. __ GmbH, was einen Ausschlussgrund darstellen würde.

E. 5.3

Es ist somit festzustellen, dass aus dem von der Beschwerdegegnerin eingereichten Angebot nicht hinreichend klar hervorgeht, wer Anbieter und/oder Subunternehmer ist. Die Vorinstanz geht von einer Bietergemeinschaft aus, hat den Zuschlag aber einzig an die Beschwerdegegnerin als alleinige Anbieterin erteilt. In jedweder Variante (Vergabe an die Beschwerdegegnerin mit oder ohne Subunternehmerin, Vergabe an die E. __ GmbH mit oder ohne Subunternehmerin, Vergabe an die Arbeitsgemeinschaft bestehend aus der Beschwerdeführerin und der E. __ GmbH) sind die Teilnahmebedingungen und/oder auch das B 2024/224 13/17

Eignungskriterium bzw. das Erfordernis der Erbringung der charakteristischen Leistung nicht erfüllt. Der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin erfolgte daher nicht rechtmässig und ein solcher hätte auch nicht rechtsgültig an die Arbeitsgemeinschaft oder die E. __ GmbH allein erfolgen können.

E. 5.4

Damit stellt sich die Frage, ob dies ohne Weiteres den Ausschluss der Beschwerdegegnerin (und damit auch der E. __ GmbH) zur Folge hat oder ob bei dieser Ausgangslage Raum für die Vergabestelle besteht, sich über das Angebot der Beschwerdegegnerin und der E. __ GmbH Klarheit zu schaffen.

E. 5.4.1

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt es in der Verantwortung der Anbieterin, eindeutig zu bezeichnen, von wem ein Angebot stammt und welcher natürlichen oder juristischen Person ein allfälliger Zuschlag zu erteilen ist. Im Lichte des beabsichtigten Vertragschlusses muss grundsätzlich aus dem Angebot ersichtlich werden, wer künftige Vertragspartei der Vergabebehörde werden soll (Zuordnung des Angebots). Es ist nicht die Aufgabe der Vergabebehörde im Rahmen ihrer Angebotsbeurteilung zu prüfen, welcher juristischen Person ein Angebot zuzuordnen ist. Ist nicht klar, welches Rechtssubjekt oder welche Rechtssubjekte gemeinsam ein Angebot eingereicht haben, liegt weder ein offensichtlicher Schreibfehler noch eine unbedeutende Unklarheit vor. Ein Ausschluss eines Angebots ist lediglich unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Anforderungen geringfügig oder im Ergebnis unbedeutend ist. Die Kenntnis der künftigen Vertragspartei ist ein wesentlicher Vertragspunkt und muss zur Beurteilung eines Angebots daraus in eindeutiger Weise hervorgehen. In diesem Sinne verpflichtet das Verbot des überspitzten Formalismus die Vergabebehörden nicht zu untersuchen, welches Rechtssubjekt ein Angebot eingereicht haben könnte (BGer 2C_969/2018 vom 30. Oktober 2019 E. 6.1 und 6.2, mit weiteren Hinweisen).

E. 5.4.2

Vorliegend fehlt es dem Angebot der Beschwerdegegnerin von vornherein an der Klarheit in Bezug auf die Person der Anbieterin, was sowohl für die Beurteilung der Einhaltung der Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien wie auch für die Bewertung des Angebots unabdingbar gewesen wäre. Dies stellt einen schwerwiegenden Mangel dar. Sodann führt auch die Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen grundsätzlich zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren (vgl. Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB; Wyss, H. R. Trüb [Hrsg.], a.a.O., N 4 zu Art. 26 IVöB). Ein Angebot muss im Zeitpunkt der Einreichung gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen vollständig sein (Art. 34 Abs. 1 IVöB). In den Ausschreibungsunterlagen war bekannt gegeben worden, dass die B 2024/224 14/17

Selbstdeklaration wie auch sämtliche Beilagen aller beteiligten Unternehmungen bei einer Arbeitsgemeinschaft einzureichen sind (Ziff. 5.4 "Einzureichende Unterlagen", Teil E und F). Deutete man das Angebot der Beschwerdegegnerin als solches einer Bietergemeinschaft mit der E. __ GmbH fehlten mehrere der erforderlichen Unterlagen. Als alleinige Anbieterin erfüllte die Beschwerdegegnerin ein Eignungskriterium – Lieferung und erfolgreiche Inbetriebnahme von mindestens 10 Schützen und / oder Klappen innerhalb der letzten

E. 10

Jahre – nicht (vgl. E. 5.2.3 hiervor), was ebenfalls einen Ausschlussgrund darstellt (vgl. Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB; BGer 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3). In jeder Hypothese ist nicht von einer geringfügigen Unvollständigkeit des Angebots auszugehen, bei welcher eine Frist zur Nachreichung der fehlenden Unterlagen gewährt werden könnte (vgl. E. 3.4.2 hiervor). Die Vorinstanz hat zudem in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben, dass die Nichterfüllung der Eignungskriterien und/oder der Teilnahmebedingungen, die Eingabe eines unvollständigen Angebots wie auch die Nichterfüllung der im Leistungsverzeichnis bezeichneten technischen Anforderungen einen Ausschlussgrund darstellen (Ziff. 6.3 "Ausschlussgründe" der Ausschreibungsunterlagen). Auch deshalb wäre sie gehalten gewesen, die Beschwerdeführerin auszuschliessen; dieselbe Verpflichtung bestand aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Da es insgesamt nur zwei Bewerberinnen gibt, ist der Ausschluss der Beschwerdegegnerin gleichbedeutend mit dem Zuschlag an die Beschwerdeführerin, welche gemäss Auswertung der Vorinstanz die Teilnahme- und Eignungskriterien erfüllt (act. 7.1/5, Anhang A). 6. Ergebnis Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet. Die angefochtene Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 19. November 2024 ist aufzuheben und die Beschwerdegegnerin ist antragsgemäss vom Vergabeverfahren auszuschliessen; der Zuschlag ist neu der Beschwerdeführerin zu erteilen. 7. Kosten 7.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens (vgl. E. 6 hiervor) sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von der Vorinstanz zu bezahlen (Art. 95 Abs. 1 RP). Die Beschwerdegegnerin hat sich nicht am Verfahren beteiligt und ist damit nicht kostenpflichtig. Eine Entschädigungsbüher von CHF 3'800 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 4'800 ist dieser zurückzuerstatten. 7.2. Die obsiegende Beschwerdeführerin stellt ihre Anträge unter Entschädigungsfolge. Der B 2024/224 15/17

Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat keine Honorarnote eingereicht. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung bereits mit CHF 2'000 entschädigt worden ist, erscheint eine Entschädigung für das Hauptverfahren von CHF 4'000 zuzüglich CHF 160 Barauslagen (pauschal vier Pro-

zent des Honorars) als angemessen (vgl. Art. 22 Abs. Abs. 1 lit. b, Art. 28 der Honorarordnung, sGS 963.75). Entschädigungspflichtig ist die Vorinstanz Die Beschwerdeführerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig (UID CHE-107.897.639) und deshalb grundsätzlich zum Abzug der ihr in Rechnung gestellten Mehrwertsteuer berechtigt. B 2024/224 16/17

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der angefochtene Vergabeentscheid der Vorinstanz vom 19. November 2024 wird aufgehoben. 2. Die Beschwerdegegnerin wird aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. 3. Das Angebot der Beschwerdeführerin erhält zu einem Preis von CHF 475'520 (netto, exklusive Mehrwertsteuer) den Zuschlag für die Regulier- und Abschlussorgane (Los 2) für die Sanierung C.__ bei der Wasserfassung D.__ in E.__/AR. 4. Die Vorinstanz bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 3'800. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 4'800 zurückerstattet. 5. Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit CHF 4'160 ohne Mehrwertsteuer. B 2024/224 17/17

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