

## Gerichte des Kantons St.Gallen

Kanton St.Gallen | Kantonsrat | Regierung | Verwaltung



### Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 21.03.2018

#### Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.

Die Vorinstanz hat sich gegen das sinngemässe Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung nicht ausdrücklich zur Wehr gesetzt. Zudem liegen unterschiedliche Angaben der Vorinstanz zum Preis, zu welchem der Zuschlag erteilt wurde vor. Der Beschwerde ist deshalb die aufschiebende Wirkung zu gewähren (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/74).

#### Verfügung vom 21. März 2018

Verfahrensbeteiligte

**ARGE Fromm + Partner AG / Ingenieurbüro Rissi + Partner AG**, c/o Ingenieurbüro Rissi + Partner AG, Dornau 5, 9477 Trübbach,  
**Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen,**

gegen

**Politische Gemeinde Altstätten**, vertreten durch den Stadtrat, 9450 Altstätten,  
**Vorinstanz,**

und

**IG DOSB**, c/o Straub AG, Ingenieure + Geoinformatiker, Masanserstrasse 17,  
7000 Chur,  
Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Vergabe Brendenbach Geschieberückhalt Weidest (Ingenieurarbeiten) / aufschiebende Wirkung**

#### Der Abteilungspräsident stellt fest:

Der sowohl für die Fromm + Partner AG als auch für die Ingenieurbüro Rissi + Partner AG (Beschwerdeführerinnen) einzelzeichnungsberechtigte Patrick Rissi hat für die von den beiden Unternehmen gebildete Arbeitsgemeinschaft gegen die Verfügung des Stadtrates der Politischen Gemeinde Altstätten (Vorinstanz) vom 5. März 2018, mit welcher die Ingenieurarbeiten für das Auflageprojekt und die Realisierung des Geschieberückhalts „Weidest“ beim Brendenbach zum Preis von CHF 241'605.78 inklusive Mehrwertsteuer an die IG DOSB (Beschwerdegegnerin) vergeben wurde (act. 2/1), mit Eingabe vom 13. März 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben. Sinngemäss ersuchen die nicht rechtskundig vertretenen Beschwerdeführerinnen darum, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren. Der zuständige Abtei-

lungspräsident hat der Vorinstanz deshalb mit verfahrensleitender Verfügung vom 14. März 2018 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Innert der gleichzeitig angesetzten Frist haben sich weder die Beschwerdegegnerin noch die Vorinstanz zum sinngemässen Gesuch der Beschwerdeführerinnen um aufschiebende Wirkung vernehmen lassen. Ebenso wenig hat die Vorinstanz dem Gericht die Vergabeakten eingereicht. Bei der Klärung der Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung hat sich ferner ergeben, dass die Mitteilungen des Zuschlags und der Nichtberücksichtigung der übrigen Angebote den Anbietern lediglich mittels A-Post – und insbesondere nicht mit eingeschriebenem Brief – eröffnet wurden. Ferner ist im Schreiben der Vorinstanz an die Beschwerdegegnerin vom 6. März 2018 von einem Nettopreis inklusive Mehrwertsteuer von CHF 77'022.50 (und nicht wie in der Zuschlagsverfügung vom 5. März 2018 von CHF 241'605.78) die Rede.

### **Der Abteilungspräsident erwägt:**

1. 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. Die aufschiebende Wirkung kann erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (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). Die Vorinstanz hat sich zum Gesuch der Beschwerdeführerinnen um aufschiebende Wirkung nicht geäussert. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wird die aufschiebende Wirkung regelmässig gewährt, ohne die Erfolgsaussichten der Beschwerde näher zu prüfen, wenn sich die Vergabeinstanz - wie vorliegend der Fall - gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht ausdrücklich zur Wehr setzt (vgl. VerwGE B 2015/49 vom 9. April 2015, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch); VerwGE B 2015/90 vom 3. Juni 2015, VerwGE B 2015/33 vom 9. März 2015 E. 2 mit Hinweisen auf VerwGE B 2014/96 vom 5. Juni 2014 und VerwGE B 2013/206 vom 9. Oktober 2013). Gründe oder auf dem Spiel stehende Interessen, die eine Erteilung der aufschiebenden Wirkung a priori ausschliessen würden, sind ebenfalls keine ersichtlich.

3. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

4. In der Sache ist anzufügen, dass nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Verfügungen, die der betroffenen Person nicht korrekt eröffnet worden sind, nicht rechtskräftig werden. Wird die Eröffnung beziehungsweise der Erhalt einer Verfügung bestritten, trägt die Behörde die Beweislast für die Zustellung einschliesslich des Zeitpunkts derselben (vgl. BGer 5A\_264 und 495/2007 vom 25. Januar 2008 E. 3.3 mit Hinweisen auf BGE 122 I 97 E. 3a/bb und 3b; 130 III 396 E. 1.3 und 114 III 51 E. 4; BGer 2C\_71/2012 vom 26. April 2012 E. 2.2.1). Wird die Tatsache oder das Datum der Zustellung nicht eingeschriebener Sendungen bestritten, ist daher im Zweifelsfall auf die Darstellung des Empfängers abzustellen (BGer 9C\_282/2014 vom 25. März 2015 E. 3.2, 9C\_156/2014 vom 12. Juni 2014 E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 129

I 8 E. 2.2). Der Vorinstanz bleibt es unbenommen, von den nicht berücksichtigten Bewerbern schriftliche Bestätigungen über den Zeitpunkt der per A-Post erfolgten Zustellung der entsprechenden Mitteilungen und gegebenenfalls schriftliche Rechtsmittelverzicht einzuholen.

Ferner müssen mit der Rechtskraft des Zuschlags, welcher das öffentlich-rechtliche Verfahren der Vergabe abschliesst, alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen. Dazu gehören neben der Wahl des Vertragspartners insbesondere die zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen, und damit vorab auch der Preis, zu welchem die Vergabebehörde das mit dem Zuschlag bedachte Angebot annehmen will. Im Rahmen des Vertragsabschlusses, welcher gestützt auf den Zuschlag erfolgt, dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden, welche dieses Verfahren zu gewährleisten hat, wieder infrage gestellt würde. Im Zeitpunkt des Vergabeentscheides muss den Anbietenden wie der Vergabeinstanz bekannt sein, welchen Inhalt der künftige Vertrag im Fall eines Zuschlags für sie haben wird (vgl. Präsidentialverfügung B 2015/77 vom 22. Mai 2015 E. 2; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1089). Die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 5. März 2018 und die Mitteilung der Vorinstanz vom 6. März 2018 an die Beschwerdegegner stimmen hinsichtlich des Preises nicht überein. In ersterer ist von einem Nettopreis inklusive Mehrwertsteuer von CHF 241'605.78 und in letzterer von CHF 77'022.50 die Rede. Da die Vorinstanz dem Gericht die Vergabeakten und insbesondere die Angebote nicht eingereicht hat, ist der Preis, zu welchem die Beschwerdegegnerin ihre Leistungen offeriert hat, nicht bekannt.

Im Verwaltungsverfahren vor den verfügenden Behörden sind die Bestimmungen über das Institut der Berichtigung gemäss Art. 93<sup>quater</sup> ff. VRP nicht anwendbar. In diesen Verfahren stehen jedoch die Institute der Wiedererwägung beziehungsweise des Widerrufs zur Verfügung. Die Möglichkeit der Berichtigung ist in diesen Instituten enthalten (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 1076; Präsidentialverfügung B 2015/77 vom 22. Mai 2015 E. 2). Dementsprechend bleibt es der Vorinstanz unbenommen, erforderlichenfalls die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 5. März 2018 zu widerrufen.

**5.** Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 17. April 2018 (die Gerichtsferien gelten nicht) zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen würde. Die Vorinstanz ist zudem aufzufordern, dem Gericht sämtliche Akten der Vergabe einzureichen. Nach unbenützter Frist ist aufgrund der vorhandenen Akten zu entscheiden.

**6.** Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

#### **Der Abteilungspräsident verfügt:**

**1.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

**2.** Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.

**3.** Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 17. April 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. Die Vo-

rinstanz wird aufgefordert, innert gleicher Frist die vollständigen Vergabeakten einzureichen. Nach unbenützter Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.

4. Es gelten keine Gerichtsferien.

5. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Abteilungspräsident  
Zürn