



Fall-Nr.: B 2022/219
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 13.11.2023
Entscheiddatum: 04.07.2023

Entscheid Verwaltungsgericht, 04.07.2023

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 64 Abs. 1 aIVöB, Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 aIVöB. Vergabeverfahren, welche vor dem Inkrafttreten der neuen Interkantonalen Vereinbarung am 1. Juni 2023 eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Als ursprüngliche Zuschlagsempfängerin kommt die Beschwerdeführerin grundsätzlich weiterhin als Beauftragte in Frage, sollte sich der Widerruf des Zuschlags nicht als rechtmässig erweisen. Sie ist dementsprechend zur Beschwerdeerhebung berechtigt. Vergabebehörde und Beschwerdeführerin haben sich über den Inhalt des Vertrags nicht einigen können. Damit liegt ein wichtiger Grund vor, der den Abbruch des Vergabeverfahrens nach vorgängigem Widerruf des Zuschlags rechtfertigt. Auch der Umstand, dass die Vorinstanz bei der Formulierung des Devis, auf dessen Grundlage die Anbieterinnen Gelegenheit erhielten, ein Angebot einzureichen, besondere denkmalpflegerische und archäologische Anforderungen nicht berücksichtigt hatte, erscheint als wichtiger Grund, welcher den Abbruch des Vergabeverfahrens nach Widerruf des Zuschlags rechtfertigt. Das Verwaltungsgericht weist dementsprechend die Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlags und den Abbruch des Verfahrens ab. (Verwaltungsgericht, B 2022/219).

Entscheid vom 4. Juli 2023

Besetzung

Abteilungspräsidentin Lendfers; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner; Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Grob Bauunternehmung AG,



Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marcel Landolt, Knus Gnädinger Landolt,
Molkereistrasse 1, Postfach, 8645 Jona,

gegen

Politische Gemeinde Eschenbach,

Vorinstanz,

Gegenstand

Sanierung Kirchenmauer: Widerruf des Zuschlags und Abbruch des Verfahrens

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Die Politische Gemeinde Eschenbach erteilte der Grob Bauunternehmung AG (seit 16. Mai 2023: Grob Bauunternehmung AG) am 4. November 2022 den Zuschlag für die Bauarbeiten zur Sanierung eines Teils der die Kirche St. Vincentius umgebenden Mauer zum Preis von CHF 51'152 im freihändigen Verfahren mit Abgebotsrunde (act. 3/3). Dieser Preis entsprach dem Bruttopreis ohne Mehrwertsteuer. Der Nettopreis mit Mehrwertsteuer belief sich gemäss Angebot auf CHF 53'988.90 (act. 10/2). Die weiteren Anbieterinnen hatten Nettopreise mit Mehrwertsteuer von CHF 52'518.75 und CHF 79'925.35 offeriert (act. 10/5 und 6). Der Zuschlag wurde unangefochten rechtskräftig.

B.

Im Hinblick auf die Umsetzung der Arbeiten zog die Grob Bauunternehmung AG einen Produktberater für Stahlarmierungsgitterbahnen (Marmoran – Marmonet) bei, der sie darauf aufmerksam machte, es sei für die Bauleitung eine Fachperson hinzuzuziehen. Der Leiter der Abteilung Liegenschaften und Strassen der Politischen Gemeinde ESCHENBACH vertrat dazu die Auffassung, soweit die Anbieterinnen eine solche Bauleitung als erforderlich erachteten und sie selbst nicht gewährleisten könnten, wären die Kosten in die Einheitspreise des Angebots einzurechnen gewesen. In der



Folge teilte die Politische Gemeinde Eschenbach der Grob Bauunternehmung AG am 30. November 2022 mit, sie beabsichtige, ihr die Vergabe zu entziehen. Es sei nicht klar, ob die weiteren Unternehmen, welche Gelegenheit zur Einreichung eines Angebots erhalten hatten, die Fachberatung einkalkuliert hätten oder aufgrund ihrer Kompetenzen die Garantie für eine einwandfreie Arbeit ohne solche Beratung böten. Die Arbeiten seien sodann noch nicht mit der Denkmalpflege abgesprochen worden. Allenfalls sei der Leistungskatalog mit weiteren Ausführungskriterien zu ergänzen. Die Grob Bauunternehmung AG nahm am 6. Dezember 2022 Stellung und machte geltend, die Behauptung ihrer ungenügenden Qualifikation treffe nicht zu. Wichtige Gründe für ein zweites Submissionsverfahren fehlten. Der Widerruf habe mit anfechtbarer Verfügung zu erfolgen. Am 7. Dezember 2022 widerrief der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Eschenbach den Zuschlag vom 4. November 2022 und brach das Vergabeverfahren ab.

C.

Die Grob Bauunternehmung AG (Beschwerdeführerin) erhob gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Eschenbach (Vorinstanz) am 7. Dezember 2022 verfügten Widerruf des Zuschlags vom 4. November 2022 und den Abbruch des Vergabeverfahrens mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 19. Dezember 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, es sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer und Erteilung der aufschiebenden Wirkung die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventualiter der Zuschlag vom 4. November 2022 zu bestätigen.

Die verfahrensleitende Abteilungspräsidentin gab der Vorinstanz am 21. Dezember 2022 Gelegenheit, sich bis 14. Januar 2023 zur Beschwerde zu äussern. Sie hielt fest, über den Antrag auf aufschiebende Wirkung werde nach Eingang der vorinstanzlichen Vernehmlassung – vorbehältlich eines raschen Entscheides in der Hauptsache – vorab entschieden. Die Vorinstanz beantragte innert erstreckter Frist mit Vernehmlassung vom 27. Januar 2023, unter Kostenfolge sei die Beschwerde abzuweisen. Die Beschwerdeführerin nahm dazu am 20. März 2023 Stellung und hielt an ihren Anträgen fest. Die Vorinstanz äusserte sich dazu am 21. April 2023. Auch sie hielt an ihren Begehren fest. Zur weiteren Eingabe der Beschwerdeführerin vom 22. Mai 2023, mit welcher sie weiterhin an ihren Anträgen festhielt, äusserte sich die Vorinstanz nicht mehr.

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



Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. *Zuständigkeit und anwendbares Recht*

Seit 1. Juni 2023 sind im Kanton St. Gallen die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (sGS 841.51, IVöB), das Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen aus dem Jahr 2019 vom 15. November 2022 (sGS 841.1, EGöB) und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. April 2023 (sGS 841.11, VöB) in Vollzug. Nach dem geltenden Recht ist das Verwaltungsgericht in Angelegenheiten des öffentlichen Beschaffungsrechts Beschwerdeinstanz und damit zur Beurteilung der Beschwerde in der Sache zuständig (Art. 4 Abs. 1 EGöB). Nach dem neuen Recht ist die Beschwerde jedoch erst ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert zulässig (Art. 52 Abs. 1 IVöB). Die Offertpreise für die Arbeiten, dessen Zuschlag die Vorinstanz widerrufen hat, liegen zwischen rund CHF 50'000 und rund CHF 80'000 (act. 3/7 vor, act. 3/3 nach der Abgebotsrunde). Damit liegen sie unterhalb des für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwertes im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich. Ob die Sanierung eines Putzaufbaus (vgl. act. 5, Betreff zum Devis) zum Baunebengewerbe mit einem Schwellenwert für das Einladungsverfahren ab CHF 150'000 oder zum Bauhauptgewerbe mit einem Schwellenwert ab CHF 300'000 zu rechnen ist, ist nicht von Belang (vgl. Anhang 2 zur IVöB, zur Abgrenzung von Bauhaupt- und Baunebengewerbe vgl. Anhang zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998, nGS 45-62 mit späteren Änderungen, aVöB). Nach dem neuen Recht erwiese sich die Beschwerde deshalb als unzulässig. Es hätte ein Nichteintretensentscheid zu ergehen.

Indessen werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der neuen Interkantonalen Vereinbarung eingeleitet wurden, nach Art. 64 Abs. 1 IVöB nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die Beurteilung des von der Vorinstanz am 7. Dezember 2022 verfügten Widerrufs des Zuschlags vom 4. November 2022 und des Abbruchs des – freihändigen – Verfahrens richtet sich dementsprechend nach den Regeln der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (Stand vom 1. Juli 2010; sGS 841.32, rIVöB), des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998 (Stand vom 21. Juni 2002; nGS 33-49, nGS 37-98, aEGöB) und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998.

2. *Eintreten*

Das Verwaltungsgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (vgl.



Art. 64 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP; C. Reiter, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2020, N 14 zu Art. 6 VRP mit weiteren Hinweisen). Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 aEGöB). Die Beschwerde gegen den von der Vorinstanz am 7. Dezember 2022 verfügten und von der Beschwerdeführerin am 9. Dezember 2022 entgegen genommenen (act. 3/4) Widerruf des Zuschlags vom 4. November 2022 wurde mit Eingabe vom 19. Dezember 2023 rechtzeitig erhoben und erfüllt die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 5 Abs. 1 aEGöB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 3 rIVöB).

Von Amtes wegen zu prüfen ist auch die Beschwerdeberechtigung der Beschwerdeführerin. Art. 5 Abs. 1 aEGöB und Art. 15 rIVöB enthalten keine ausdrücklichen Regeln zur Beschwerdeberechtigung. Gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung der Beschwerde berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Nach dieser allgemeinen Regel kann die Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde nur bejaht werden, wenn der beschwerdeführenden Partei bei Gutheissung seiner Begehren ein effektiver praktischer Vorteil erwächst (vgl. Geisser/Zogg, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], a.a.O., N 9 zu Art. 45 VRP mit Hinweis auf VerwGE 2014/229 vom 7. April 2017 E. 3.2; BGE 141 II 14 E. 4.5 zur entsprechenden Regel im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren gemäss Art. 89 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht; Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110, BGG). Als ursprüngliche Zuschlagsempfängerin kommt die Beschwerdeführerin grundsätzlich weiterhin als Beauftragte in Frage, sollte sich der Widerruf nicht als rechtmässig erweisen. Sie ist dementsprechend zur Beschwerdeerhebung berechtigt (vgl. BGer 2C_29/2022 vom 6. Mai 2022 E. 1.5.2, 2C_762/2017 vom 11. September 2018 E. 1.3). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

3. *Materielles*

3.1. *Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens*

Die Vorinstanz hat für die Sanierung der Kirchenmauer verschiedenen Baumeistern Gelegenheit zur Einreichung eines Angebotes gegeben, jedoch sowohl bei der Einholung der Offerten am 30. September 2022 als auch beim Zuschlag vom 4. November 2022 ausdrücklich darauf hingewiesen, die Vergabe erfolge im – vergaberechtlich vorliegend unbestrittenermassen zulässigen – freihändigen Verfahren (act. 3/3 und 5). Der klare und eindeutige Hinweis auf die Verfahrensart schliesst es



aus, aus der auch im freihändigen Verfahren zulässigen Einladung ausgewählter Anbieter zur Einreichung eines Angebots (Art. 18 und 19^{ter} aVöB; vgl. im neuen Recht Art. 21 Abs. 1 Satz 2 IVöB) zu schliessen, die Vorinstanz habe sich freiwillig den Regeln des Einladungsverfahrens unterworfen (vgl. VerwGE B 2023/46 vom 12. Mai 2023 E. 2.2.2, B 2010/28 vom 16. September 2010 E. 2.1, GVP 1999 Nr. 36).

3.2. Zulässigkeit des Widerrufs und Abbruchs

Auch im freihändigen Verfahren ergeht der Zuschlag in der Form einer Verfügung (vgl. VerwGE B 2022/69 vom 11. November 2022 E. 1.3 mit Hinweisen, vgl. im neuen Recht Art. 56 Abs. 5 IVöB). Umstritten ist, ob die Vorinstanz die rechtskräftige Zuschlagsverfügung vom 4. November 2022 widerrufen durfte.

3.2.1. Rechtliches Gehör

In formeller Hinsicht bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe keine Gelegenheit gehabt, sich vorgängig zum Widerruf des Zuschlags vom 4. November 2022 und zum Abbruch des Verfahrens zu äussern (insbesondere Rz. 26 f. und Rz. 44 der Beschwerde vom 19. Dezember 2022). Aus den Akten ergibt sich indessen, dass die Vorinstanz ihr mit Schreiben vom 30. November 2022 zwar nicht ausdrücklich den Widerruf des Zuschlags in Aussicht stellte, jedoch ausführte, ein Zusatzauftrag könne nicht ohne nochmalige Ausschreibung erteilt werden. Sie werde das Devis anpassen und es allen Unternehmungen nochmals zur Offertstellung zustellen (act. 3/11). Die Beschwerdeführerin hat sich am 6. Dezember 2022 durch ihren Rechtsvertreter ausdrücklich zur Zulässigkeit eines Widerrufs der Zuschlagsverfügung und eines Abbruchs des Verfahrens geäussert (act. 3/12). Unabhängig davon, ob einer Zuschlagsempfängerin vor dem Widerruf des Zuschlags und dem Abbruch des Vergabeverfahrens das rechtliche Gehör einzuräumen ist (vgl. zum Anspruch auf rechtliches Gehör beim Abbruch des Verfahrens vor dem Zuschlag VerwGE B 2021/65 vom 27. Oktober 2021 E. 2.2), erweist sich die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör deshalb als unbegründet.

3.2.2. Gründe für den Widerruf des Zuschlags und den Abbruch des Vergabeverfahrens

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin liegen keine Gründe vor, welche den Widerruf des Zuschlags und den Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigen könnten.

Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. a-i aVöB zählt beispielhaft Gründe auf, aus welchen der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen oder den Zuschlag widerrufen kann. Gestützt auf Art. 38 Abs. 1 aVöB kann der Auftraggeber das Verfahren



aus wichtigen Gründen abbrechen und wiederholen (vgl. Art. 13 Ingress und lit. i rIVöB). Zu den entsprechenden Regelungen im Beschaffungsrecht des Bundes hat das Bundesgericht erwogen, die Vergabestelle könne ein Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abbrechen und einen allenfalls bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist. Eine weitergehende Bedeutung komme auch dem Vorbehalt in Art. XIII Abs. 4 lit. b des internationalen Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422, GPA), wonach die Vergabebehörde im "öffentlichen Interesse" auf die Vergabe eines Auftrags verzichten dürfe, nicht zu. Es sei vorab Sache der Vergabestelle, darüber zu befinden, ob sachliche Gründe bestünden, das Vergabeverfahren im öffentlichen Interesse abzuberechnen. Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, kann für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen (BGE 134 II 192 E. 2.3; Präsidialverfügung B 2020/71 vom 11. Mai 2020 E. 3.1.2).

Die Gründe, aus denen ein Ausschluss vom Vergabeverfahren oder ein Widerruf des Zuschlags zulässig ist, sind angesichts der unterschiedlichen Natur und des Zeitpunkts der Anwendung nicht völlig deckungsgleich. Zwar kann ein Widerruf nicht mit Mängeln begründet werden, welche der Vergabestelle im Zeitpunkt des Zuschlags bekannt waren und einen Ausschluss der Anbieterin gerechtfertigt hätten. Wenn sich jedoch nach dem Zuschlag herausstellt, dass mit deutlich höheren Realisierungskosten (des Projekts) zu rechnen ist als vorausgesetzt und das Vertrauensverhältnis erheblich Schaden nimmt, was sich schliesslich auch im definitiven Scheitern der Vertragsverhandlungen äussern kann, muss nach Sinn und Zweck von Art. 12 Abs. 1 aVöB ein Widerruf des Zuschlags möglich sein (BGer 2C_29/2022 vom 6. Mai 2022 E. 6.5 und 6.6).

Da die Vergabebehörde entsprechend dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 aVöB ein Verfahren abbrechen *kann*, kommt ihr bei Vorliegen sachlicher Gründe ein Ermessensspielraum zu. In der Handhabung des Ermessens durch die Vorinstanz innerhalb dieses Spielraums darf das Verwaltungsgericht, bei welchem gemäss Art. 16 Abs. 2 rIVöB Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden kann, nicht eingreifen. Soweit die von der Vorinstanz vorgebrachten Gründe für den Abbruch des Verfahrens zumindest nachvollziehbar erscheinen, ist es deshalb nicht angebracht, die Vergabebehörde zur Durchführung eines Verfahrens zu verpflichten, welches sie als



unzumutbar erachtet (vgl. die auf einer summarischen Prüfung beruhenden Präsidialverfügungen B 2020/71 vom 11. Mai 2020 E. 3.1.2, B 2007/138 vom 29. August 2007).

3.2.3.

Die Frage des Verschuldens der Vergabebehörde ist für die Zulässigkeit des Abbruchs des Verfahrens nicht von Belang (vgl. oben Erwägung 3.2.2). Deshalb sind die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte als zuständige Fachbehörde wissen müssen, dass bei baulichen Arbeiten im Ortsbildschutzgebiet zwingend der Denkmalschutz einzubeziehen sei, nicht relevant (Rz. 6 der "Triplik" der Beschwerdeführerin vom 11. Mai 2023).

3.2.4.

Die Vorinstanz begründet Widerruf und Abbruch damit, dass sich die Beteiligten über den Inhalt des abzuschliessenden Vertrags uneinig sind. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sofern nach der Rechtskraft des Zuschlags zur Entstehung des Werkvertrages überhaupt weitere Absprachen notwendig seien und solche Absprachen vorgenommen worden sein sollten, welche als wesentliche Vertragspunkte in den Werkvertrag einzufließen hätten, gehe aus der angefochtenen Verfügung vom 7. Dezember 2022 nicht hervor, worin diese Differenzen bestanden haben sollten. Die vergaberechtlichen Offerten seien auch Offerten im obligationenrechtlichen Sinn. Der Vorinstanz sei es nicht gestattet, nach Abschluss des Vergabeverfahrens den Leistungsinhalt zu ändern (Ziff. 32 f. der Beschwerde vom 19. Dezember 2022).

Die Beschwerdeführerin hat nach dem Zuschlag im Hinblick auf die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten mit einem Produktberater für Stahlarmierungsgitterbahnen (Marmoran – Marmonet) Kontakt aufgenommen. Sie wurde darauf aufmerksam gemacht, es sei für die Bauleitung eine *Fachperson* hinzuzuziehen. Die Beschwerdeführerin wies die Vergabestelle auf diesen Umstand hin. Letztere war allerdings der Auffassung, eine solche hätte – so sie denn als nötig erachtet wurde – in den Offertpreis eingerechnet werden müssen (Rz. 15-17 der Beschwerde vom 19. Dezember 2022).

Mit dem Vorbehalt, sie könne den Auftrag nur mit Beizug einer Fachperson für die Bauleitung erfüllen, ist die Beschwerdeführerin auf ihr Angebot zurückgekommen. Sie hat der Vorinstanz klargemacht, dass sie – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage sein würde, den Auftrag ohne den Beizug einer Fachperson für die Bauleitung zum offerierten Preis auszuführen. Der Abschluss des Vertrags mit der



Beschwerdeführerin würde damit – unbestrittenermassen – zu Mehraufwendungen für die Bauleitung führen, sei es, dass die Vorinstanz selbst intern die entsprechenden personellen und zeitlichen Ressourcen bereitstellen, sei es, dass sie eine externe Fachperson beiziehen und bezahlen müsste. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, zusätzliche nicht im Devis enthaltene Aufwendungen seien durch die Vorinstanz zu tragen, ist deshalb unbehelflich (Rz. 11 der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 20. März 2023). Insoweit besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin im Ergebnis Uneinigkeit zwischen den Beteiligten über die von der Beschwerdeführerin für den offerierten Preis im Rahmen eines allenfalls abzuschliessenden Werkvertrags zu erbringenden Leistungen. Unabhängig davon, ob und inwieweit das vergaberechtliche Angebot auch ein obligationenrechtliches ist, besteht für die Vergabebehörde auch nach Rechtskraft des Zuschlags keine Kontrahierungspflicht (vgl. Präsidialverfügung B 2015/283 vom 13. November 2015 E. 3 mit Hinweisen).

Damit haben sich Vorinstanz und Beschwerdeführerin über den Inhalt des Vertrages nicht einigen können. Bei einem Abschluss des Vertrages erhalte die Vorinstanz – ohne weitere mit zusätzlichen Kosten verbundene Eigen- oder Fremdleistungen – nicht, was ihrem Bedürfnis entspricht (vgl. K. Seiler Germanier, Abbruch des Vergabeverfahrens, in: PBG aktuell – Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht 2015, S. 33 ff., S. 35). Damit liegt ein wichtiger Grund im Sinn von Art. 38 Abs. 1 aVöB vor, der den Abbruch des Vergabeverfahrens nach vorgängigem Widerruf des Zuschlags rechtfertigt. Ob auch die weiteren beiden Anbieterinnen in der Bauleitung auf externes Fachwissen hätten abstellen müssen, ist unter diesen Umständen nicht von Bedeutung.

3.2.5.

Die Beschwerdeführerin ist sodann der Auffassung, es seien die zusätzlichen Auflagen des Denkmalschutzes als Beststellungsänderungen anzusehen und nicht mit einer Neuvergabe beziehungsweise dem Entzug des Zuschlags und Neuausschreibung zu berücksichtigen (vgl. Rz. 11 der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 20. März 2023).

Nachdem sich aufgrund der Rückmeldung der Beschwerdeführerin abzeichnete, dass zwischen den Parteien Uneinigkeit über den Leistungsumfang bestehen und ein Vertragsabschluss nicht zustande kommen würde, hat die Vorinstanz im Hinblick auf die Durchführung der Sanierung am 29. November 2022 Rücksprache bei der *Denkmalpflege* genommen (act. 10/9). Die Vorinstanz macht geltend, die Sanierung der



St.Galler Gerichte

Kirchenmauer dürfe nicht wie vorgesehen ausgeführt werden (vgl. Rz. 11 der Vernehmlassung). Aus den Akten wird ersichtlich, dass die kantonale Denkmalpflege die Vorinstanz am 2. Dezember 2022 an die Kantonsarchäologie verwies, weil bei der Kirche St. Vincentius eine archäologische Fundstelle betroffen sei. Am 5. Dezember 2022 hat die Vorinstanz dem Kantonsarchäologen mitgeteilt, welchen Abschnitt der Mauer die Sanierung betrifft, und angefragt, ob die archäologische Fundstelle tatsächlich in diesem Bereich liege (act. 10/9). Eine Antwort der Kantonsarchäologie ist nicht aktenkundig.

Die Kirchenmauer, deren teilweise Sanierung Gegenstand der Beschaffung ist, gehört zur Umgebung der Kirche St. Vincentius und ist damit Teil des geschützten Ortsbildes (vgl. Anhang zu Art. 5 der Schutzverordnung der Gemeinde ESCHENBACH; www.Eschenbach.ch, Verwaltung/Reglemente). Ob und inwieweit sich die archäologische Fundstelle, deren Perimeter auch den sanierungsbedürftigen Abschnitt der Kirchenmauer umfassen dürfte (vgl. act. 10/9 Planbeilage; www.geoportal.ch, Raumplanung, Raumentwicklung, Archäologische Fundstellen Kanton St. Gallen), auf den Leistungskatalog auswirkt, steht zwar damit noch nicht fest. Indessen hat die Vorinstanz mit dem neuen Devis (act. 10/1), der allerdings – entgegen der Beschreibung im Aktenverzeichnis – den Unternehmern, welche Gelegenheit zur Einreichung eines Angebots erhalten sollen, noch nicht zugestellt wurde, neu eine Position 5 "Fachberatung für die jeweils erforderlichen Arbeitsschritte zur Übernahme der Unternehmerhaftung" aufgeführt. Mit dem neuen Devis können die Anbieter den Anforderungen und zusätzlichen Aufwendungen, die sich aus der Lage des Sanierungsobjektes in einer archäologischen Fundstelle und allenfalls dem Umstand, dass die Kirche St. Vincentius als kommunales Kulturobjekt in der Schutzverordnung ESCHENBACH verzeichnet ist (vgl. www.Eschenbach.ch, Verwaltung/Reglemente), Rechnung tragen.

Auch der Umstand, dass die Vorinstanz bei der Formulierung des Devis, auf dessen Grundlage die Anbieterinnen Gelegenheit erhielten, ein Angebot einzureichen, besondere denkmalpflegerische und archäologische Anforderungen nicht berücksichtigt hatte, erscheint damit als wichtiger Grund im Sinn von Art. 38 Abs. 1 aVöB, welcher den Abbruch des Vergabeverfahrens nach Widerruf des Zuschlags rechtfertigt.

3.2.6.

Die Vorinstanz macht geltend, bei der Ermittlung der offerierten Preise nach der



Abgebotsrunde einen Fehler begangen zu haben. Während sie bei den weiteren beiden Anbieterinnen von den Nettopreisen inklusive Mehrwertsteuer, nämlich CHF 52'518.75 und CHF 79'925.35 (vgl. act. 10/5 und 6), ausgegangen ist, hat sie der Beschwerdeführerin den Zuschlag zum Bruttopreis ohne Mehrwertsteuer, nämlich CHF 51'152 erteilt (act. 10/4). Der Nettopreis inklusive Mehrwertsteuer des Angebots belief sich indessen auf CHF 53'988.30 (act. 10/2). Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, der Widerruf könne nicht mit der Übernahme des falschen Preises begründet werden (Rz. 30 der Beschwerde vom 19. Dezember 2022; Rz. 5 der "Replik" der Beschwerdeführerin vom 20. März 2023).

Im Verfahren der freihändigen Vergabe ist die Beschaffungsstelle vergaberechtlich nicht gehalten, Offerten von mehreren Anbieterinnen einzuholen (vgl. R. Wolf, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 127 ff., Rz. 57 und 62). Beim freihändigen Zuschlag unterhalb des Schwellenwertes für das Einladungsverfahren ist sie auch nicht an bestimmte Zuschlagskriterien gebunden. Hinsichtlich der Auswahl aus mehreren Anbietern im Freihandverfahren hält das kantonale Vergaberecht einzig fest, der Auftraggeber wähle "nach Möglichkeit" Anbieter aus, die Lehrstellen in einem für die Branche und Betriebsgrösse angemessenen Umfang anbieten (Art. 25 Abs. 2 aVöB). Dabei handelt es sich allerdings gerade um ein im klassischen Verständnis vergabefremdes Zuschlagskriterium (vgl. Präsidialverfügung B 2020/182 vom 22. September 2020 E. 3.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 929 ff.).

Die Vorinstanz hatte die Absicht, bei der Erteilung des Zuschlags das billigste Angebot zu berücksichtigen. Diese Absicht hat sie indessen nicht umgesetzt, weil sie irrtümlicherweise beim Angebot der Beschwerdeführerin vom Bruttopreis ohne Mehrwertsteuer ausging, welcher unterhalb des – massgeblichen – Nettopreises mit Mehrwertsteuer lag. Dieser letztgenannte Preis wiederum lag über jenem einer anderen Anbieterin. Der Zuschlag an die Beschwerdeführerin wäre zwar mit Blick auf die relative Freiheit der Vergabebehörde im freihändigen Verfahren nicht rechtswidrig, auch wenn sie dabei nicht das billigste Angebot berücksichtigt hat. Ob sie trotzdem – mit der Begründung, irrtümlich nicht das billigste Angebot berücksichtigt zu haben – den Zuschlag aufheben könnte, kann offenbleiben. Zum einen hat die Vorinstanz nicht die Absicht, den Zuschlag gestützt auf die vorliegenden Angebote zu erteilen, sondern erneut Angebote gestützt auf den angepassten Devis einzuholen. Zum andern liegen –



wie dargelegt – ausreichende sachliche Gründe vor, welche den Abbruch des Vergabeverfahrens nach Widerruf der Zuschlagsverfügung rechtfertigten.

3.2.7.

Der Vollständigkeit halber ist auf eine im Schrifttum vertretene Auffassung hinzuweisen, wonach im freihändigen Verfahren die Beschaffungsstelle die Verhandlungen ohne Abschluss eines Vertrags beenden könne, wenn sich ihre Bedürfnisse ändern oder sie mit den Anbietern zu keiner Einigung gelangt, ohne dass dieser Vorgang als beschwerdefähiger Verfahrensabbruch zu behandeln wäre (vgl. Wolf, a.a.O., Rz. 67).

4. Ergebnis

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist dementsprechend abzuweisen.

Mit dem Entscheid in der Hauptsache fällt das Begehren der Beschwerdeführerin, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, dahin. An der Erteilung der aufschiebenden Wirkung hätte die Beschwerdeführerin ohnehin kein schutzwürdiges Interesse gehabt, dies zumindest solange nicht, als die Vorinstanz die Wiederholung des Vergabeverfahrens nicht vorangetrieben hat (zur noch nicht erfolgten Zustellung des neuen Devis vgl. E. 3.2.5). Denn selbst wenn die widerrufenen Zuschlagsverfügung für die Dauer des vorliegenden Verfahrens vorsorglich weiter Geltung entfaltet hätte, so wäre die Vorinstanz vergaberechtlich lediglich befugt (vgl. Art. 14 Abs. 1 rIVöB), nicht aber verpflichtet gewesen, mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag abzuschliessen. Dies wollte und will sie aber gerade nicht tun. Die Beschwerdeführerin hätte mit der Erlangung der aufschiebenden Wirkung also nichts gewinnen können.

Die Beschwerdeführerin ist sodann der Auffassung, die Vorinstanz habe den Widerruf und den Abbruch des Verfahrens verschuldet, weil ihr die Vorgaben des Denkmalschutzes aufgrund des Schutzperimeters bekannt gewesen seien oder hätten sein müssen und sie anfänglich trotzdem auf den Beizug der Facheinschätzung verzichtet habe. Es gehe nicht an, dass Unternehmer ein Angebot unterbreiten müssten mit Aufwendungen, welche sich als unnütz und überflüssig herausstellten, weil die Vergabebehörde im Vorfeld die grundlegendsten Abklärungen nicht getroffen habe (Rz. 10 der "Replik" der Beschwerdeführerin vom 20. März 2023). Die Beschwerdeführerin hat indessen – wozu sie gemäss Art. 4 Abs. 2 aEGöB verpflichtet gewesen wäre (zur Lösung im neuen Recht vgl. M. Bühler, in: H.R. Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/ Genf 2020, N 32/33 zu Art. 58 IVöB) – dem Verwaltungsgericht mit der Beschwerde kein



St.Galler Gerichte

Schadenersatzbegehren eingereicht (vgl. die Anträge in der Beschwerde vom 19. Dezember 2022). Auf die Frage, ob die Voraussetzungen für eine – auf die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsenen Aufwendungen beschränkte (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aEGöB) – Haftung der Vorinstanz erfüllt sind, ist deshalb nicht weiter einzugehen.

5. *Kosten*

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von der unterliegenden Beschwerdeführerin zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 2'500 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin in derselben Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Die Vorinstanz, die zudem im Verfahren nicht berufsmässig vertreten war, hat zwar obsiegt, praxisgemäss jedoch keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP; VerwGE B 2022/91 vom 25. August 2022 E. 6; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerdeführerin trägt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'500. Sie sind mit dem von der Beschwerdeführerin in der gleichen Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.