

schaftlich günstigste Angebot war somit allein aufgrund des Preises zu bestimmen.

In der Praxis wird den Vergabebehörden bei gleichwertigen Angeboten, bei denen der Preis ausschlaggebend ist, ein Ermessensspielraum von circa 3% eingeräumt (Entscheid VGP AR 00/17 vom 11.09.2000; BVR 1998 S. 64). Im vorliegenden Falle wurde die 3%-Grenze weit überschritten, so dass der Zuschlag, wie von der Baukommission ursprünglich beantragt, der Beschwerdeführerin hätte erteilt werden müssen. Unter diesen Umständen erweist sich die Beschwerde der H. AG als begründet und der Zuschlag an die W. GmbH wird aufgehoben. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist nicht notwendig, weil der Sachverhalt in dem Sinne vollständig abgeklärt ist, als drei qualitativ gleichwertige Angebote vorliegen und das Angebot der Beschwerdeführerin 10% günstiger ist als dasjenige des berücksichtigten Offerenten ist. In Anwendung von Art. 18 Abs. 1 IVöB wird der Zuschlag daher direkt von der Beschwerdeinstanz der H. AG erteilt.

VGP 27.09.2004

2247

Submission. Der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger darf erst abgeschlossen werden, wenn die Beschwerdefrist unbenützt abgelaufen ist oder wenn feststeht, dass einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigert worden ist; Art. 14 IVöB, Art. 37 Abs. 1 VöB

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 4 Abs. 4 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, bGS 712.1) richtet sich der Rechtsschutz nach der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB, SR 172.056.5; Beitritt des Kantons Appenzell A.Rh. zur neuen IVöB am 02.12.2003, AS 2003/4119). Ist ein Vertrag mit dem Anbieter noch nicht abgeschlossen, kann die Beschwerdeinstanz nach Art. 18 Abs. 1 IVöB die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst ent-

scheiden, oder sie an die Auftraggeberin mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen. Ist der Vertrag bereits abgeschlossen und erweist sich die Beschwerde als begründet, stellt die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 18 Abs. 2 IVöB fest, dass die Verfügung rechtswidrig ist.

a) Im vorliegenden Falle wurde der Beschwerde der R. AG am 10. März 2004 die aufschiebende Wirkung gewährt. Am 12. März 2004 hat die Vorinstanz den Werkvertrag mit der M. AG abgeschlossen. Die Beschwerdeführerin erachtet diesen Vertragsabschluss als rechtswidrig und führt dazu aus, dass sich die Vorinstanz vorsätzlich über Art. 37 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, bGS 712.11) hinweggesetzt und trotz hängigem Beschwerdeverfahren, um welches sie gewusst habe, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen habe. Die Vorinstanz hält dafür, sie sei zum Abschluss des Vertrages ermächtigt gewesen, weil die Beschwerdefrist am 4. März 2004 abgelaufen gewesen sei und die Beschwerdeinstanz der Beschwerde noch keine aufschiebende Wirkung erteilt gehabt habe. Der Vertragsschluss sei ihr von keiner Seite superprovisorisch verboten worden.

b) Der Vertrag mit dem Anbieter darf nach Art. 14 Abs. 1 IVöB, dem Art. 37 Abs. 1 der kantonalen VöB entspricht, nach dem Zuschlag und nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden, es sei denn, die Beschwerdeinstanz habe der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt. Obwohl der Zuschlag und der Vertragsabschluss auseinanderfallen, sind sie rechtlich doch miteinander verknüpft. Denn der Zuschlag bildet eine vergaberechtliche Voraussetzung dafür, dass der Beschaffungsvertrag mit einem bestimmten Anbieter abgeschlossen werden darf. Der Abschluss des Vertrags ist der Auftraggeberin nach den Grundsätzen des anwendbaren Vergaberechts verboten, bevor nicht der Zuschlag erfolgt ist. Der Zuschlag beseitigt das Verbot des Vertragsabschlusses im Verhältnis zum Zuschlagsempfänger. Er macht den Abschluss des Vertrags mit dem Zuschlagsempfänger zu den im Zuschlag festgelegten Vertragsbedingungen erlaubt. Diese Erlaubniswirkung ist zwar eine Rechtswirkung des Zuschlags, was aber noch nicht besagt, dass sie sofort mit dem Zuschlag eintritt. Vorbehalten sind viel mehr die Fälle, in denen der Zuschlag durch Beschwerde anfechtbar ist. Art. 14 Abs. 1 IVöB sowie Art. 37 Abs. 1 VöB verlangen zwar (nur), dass der Ablauf der Beschwerdefrist abgewartet wird, bei wörtlicher Auslegung aber nicht,

dass der Auftraggeber mit dem Vertragsabschluss zuwartet, bis auch feststeht, dass allfälligen Beschwerden keine aufschiebende Wirkung erteilt wird. Da jedoch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde nach der gleichen Bestimmung den Vertragsabschluss verbietet, ist diese Bestimmung bei sinnvoller Auslegung so zu verstehen, dass der Vertrag nicht abgeschlossen werden darf, bevor feststeht, dass fristgerecht eingereichten Beschwerden die aufschiebende Wirkung versagt bleibt. So ausdrücklich z. B. in Art. 33 des Neuenburger Beschaffungsgesetzes. Soweit sich aus dem jeweils anwendbaren Vergaberecht nicht etwas anderes ergibt, erscheint es richtig, dass die umschriebene Erlaubniswirkung des Zuschlages zeitlich erst dann eintritt, wenn die Beschwerdefrist ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist oder wenn feststeht, dass einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigert wurde (vgl. *Peter Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, Baurecht I/2003, S. 5*). Dieser von Gauch entwickelten Auslegung der im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss anwendbaren Beschaffungsregeln kann vorbehaltlos zugestimmt werden.

c) Gegen die Zuschlagsverfügung vom 13. Februar 2004 hat die R. AG rechtzeitig Beschwerde eingereicht. Der Vorinstanz wurde davon am 27. Februar 2004, dem Tag des Eingangs der Beschwerde beim Gericht, Kenntnis gegeben und sie wurde eingeladen, innert fünf Tagen zur beantragten Gewährung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Am 5. März 2004 hat sie die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Am 10. März 2004 ist die aufschiebende Wirkung gewährt worden. Trotzdem hat die Vorinstanz am 12. März 2004 den Vertrag abgeschlossen. Das war rechtswidrig, gar ein Verstoß gegen eine wesentliche Bestimmung des Vergaberechts, was im Wiederholungsfalle aufsichtsrechtliche Konsequenzen zeitigen könnte (Art. 3/44 Gemeindegesetz, bGS 151.11; vgl. auch Entscheid des Regierungsrats SG vom 12.08.2003 Nr. 469 zit. in Juristische Mitteilungen des Baudepartements SG 2003/IV).

VGP 13.07.2004