



Fall-Nr.: B 2015/181
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.02.2020
Entscheiddatum: 01.10.2015

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 01.10.2015

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 2 EGöB, Geltungsbereich, aufschiebende Wirkung. Jedenfalls bei summarischer Prüfung untersteht die Erteilung von Aufträgen im Zusammenhang mit dem Bau, Betrieb und Unterhalt eines Fernwärmenetzes durch eine Ortsgemeinde als öffentliche Aufgabe dem Submissionsrecht. Die Beschwerde erscheint ausreichend begründet, zumal die Mitteilung über den Zuschlag von einem gemäss Handelsregister nicht zeichnungsberechtigten Mitarbeiter der mit der Bauleitung beauftragten Unternehmung unterschrieben ist (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2015/181).

Verfügung vom 1. Oktober 2015

Verfahrensbeteiligte

Pfiffner Bau AG, Plonserfeldstrasse, 8887 Mels,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Bürki, Auerstrasse 2, Postfach 91,
9435 Heerbrugg,

gegen

Ortsgemeinde Mels, Bachstrasse 48, 8887 Mels,

Vorinstanz,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Urs Pfister, Museumstrasse 35, Postfach 41,
9004 St. Gallen

und

Meier Hansruedi, Bauunternehmung, Fabrikstrasse 25, 8887 Mels,

Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Daniel Perret, Grossfeldstrasse 40, Postfach 380,
7320 Sargans,

Gegenstand

Vergabe Wärmeverbund Feldacker Mels (Tiefbau Fernwärmeleitung) /

aufschiebende Wirkung

Der Präsident stellt fest:

A. Mit Beschwerde vom 18. September 2015 hat die Pfiffner Bau AG (Beschwerdeführerin) den mit Schreiben vom 17. September 2015 von Marc De Coi, Tuffli & Partner AG, für die Ortsgemeinde Mels (Vorinstanz) erteilten Zuschlag für Tiefbau Fernwärmeleitung im Rahmen des Wärmeverbundes Feldacker Mels an Meier Hansruedi, Bauunternehmung, Mels (Beschwerdegegnerin) beim Verwaltungsgericht angefochten und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der Präsident des Verwaltungsgerichts hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. September 2015 superprovisorisch den Abschluss des Vertrages untersagt. Der Beschwerdegegner hat mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 25. September 2015 auf eine Vernehmlassung mit formellen Anträgen zum Begehren um aufschiebende Wirkung verzichtet. Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung ihres Rechtsvertreters vom 27. September 2015, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten, welche die Vorinstanz dem Gericht mit der



Eingabe vom 27. September 2015 eingereicht hat, wird – soweit für den Entscheid wesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Der Präsident erwägt:

1. Über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde.

2. Die Vorinstanz macht in ihrer Vernehmlassung geltend, der angefochtene Zuschlag für Tiefbauarbeiten für eine Fernwärmeleitung unterstehe nicht den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen. Die Vergabe der Arbeiten erfolge im Rahmen des Baus, Unterhalts und Betriebes des Fernwärmenetzes der Vorinstanz und stelle eine rein privatwirtschaftliche und nicht etwa eine öffentliche Aufgabe dar. Weil darum die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen nicht anwendbar seien, könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, und deshalb sei auch das Gesuch um Einräumen der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

Die Vorinstanz bestreitet zu Recht nicht, dass die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen auf Ortsgemeinden grundsätzlich anwendbar sind (Art. 2 Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB, in Verbindung mit Art. 88 der Verfassung des Kantons St. Gallen; sGS 111.1, KV, und Art. 1 Abs. 2 Gemeindegesetz; sGS 151.2 GG; vgl. VerwGE B 2011/44 vom 29. August 2011 E. 1.1.1. und 1.1.2., www.gerichte.sg.ch). Ebenfalls nicht bestritten ist, dass es sich bei den vergebenen Arbeiten um einen Bauauftrag handelt, der grundsätzlich in den Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens fällt (Art. 1 VöB).

Die Sichtweise der Vorinstanz, wonach der Bau, Betrieb und Unterhalt ihres Fernwärmenetzes keine öffentliche Aufgabe, sondern eine rein privatwirtschaftliche Tätigkeit darstelle, basiert auf einem engen Verständnis des Begriffs der öffentlichen Aufgaben. Vor dem Hintergrund der wesentlichen Zielsetzungen des öffentlichen



Beschaffungswesens – Transparenz der Vergabeverfahren, echter Wettbewerb unter den Anbietern, sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel, Beschaffung der vom Gemeinwesen benötigten Güter und Dienstleistungen auf dem freien Markt zu den bestmöglichen Bedingungen – ist allerdings ein breiteres Verständnis des Begriffs der öffentlichen Aufgabe geboten. So vertritt denn auch die Lehre die Auffassung, praktisch alles, was ein Gemeinwesen unternehme, könne direkt oder indirekt einer öffentlichen Aufgabe zugeordnet werden, und zwar unabhängig davon, ob eine bestimmte Tätigkeit des Gemeinwesens ausdrücklich als eine Aufgabe gesetzlich festgeschrieben sei oder ob das Gemeinwesen sich eine Aufgabe selber zuteile, auf deren Erfüllung sie nötigenfalls auch verzichten könnte (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich Basel Genf 2012, Rz. 679 – 681). Danach sind als dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellte öffentliche Aufträge insbesondere auch diejenigen Geschäfte öffentlicher Auftraggeber zu verstehen, mit denen gewerbliche Tätigkeiten dieser Auftraggeber unterstützt werden, beispielsweise die Führung eines Gastgewerbebetriebes oder die Erstellung und Vermietung von Wohnbauten (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A. 2013, Rz. 129). So hat denn auch das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau die Vergabe der Erstellung eines kommunalen Wärmeverbundes als dem öffentlichen Vergaberecht unterstehend qualifiziert und in diesem Zusammenhang festgehalten, eine öffentliche Beschaffung liege (immer) dann vor, wenn der Staat (oder das Gemeinwesen) gegen einen Preis, ..., bei einer privaten Unternehmung ein Gut oder eine Dienstleistung besorgt (AGVE 2012 Nr. 26, insbesondere E. 4.6.; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 195).

Im gleichen Sinne ist, jedenfalls im Rahmen der im vorliegenden Zwischenverfahren gebotenen summarischen Prüfung, festzuhalten, dass die von der Vorinstanz vergebenen Tiefbauarbeiten Fernwärmeleitung für den Wärmeverbund Feldacker Mels den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen unterstehen und demzufolge auf die Beschwerde einzutreten ist.

3. Gemäss Art. 5 EGöB in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen



entgegenstehen. Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Beschwerdeführerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1349).

In den von der Vorinstanz den Anbietern zur Verfügung gestellten Eingabefeldern wird als Baubeginn der 28. September 2015 und als Bauende Ende Juni 2016 erwähnt (act. 2/3; act. 8/2 und 3). Die Vorinstanz selbst bleibt in ihrer Vernehmlassung zur Frage der aufschiebenden Wirkung eher vage und erwähnt, die Inangriffnahme der Arbeiten lasse "eigentlich" keinen Aufschub zu. Der Grund dafür liege beim geplanten Anschluss des Kapuzinerklosters Mels an das Fernwärmenetz, weshalb die Renovationsarbeiten am Kloster mit den Leitungsbauarbeiten koordiniert werden müssten. Zu den genauen zeitlichen Vorgaben und den Abläufen der zu koordinierenden Arbeiten, insbesondere der strittigen Leitungsbauarbeiten äussert sich die Vorinstanz indessen nicht; solche Angaben sind auch den von der Vorinstanz eingereichten Akten nicht zu entnehmen (vgl. act. 7/1 und 7/8).

Unter diesen Umständen sind aktuell keine erheblichen öffentlichen Interessen ersichtlich, die der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde entgegenstehen würden.

4. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe weder Vergabekriterien festgesetzt noch habe sie den Vergabeentscheid begründet. Überdies habe die Vorinstanz den Zuschlag einem Unternehmen erteilt, welches im Betreibungsregister mit zahlreichen Verlustscheinen und Betreibungen verzeichnet sei und wiederholte Male für Sozialversicherungsbeiträge habe betrieben werden müssen, was den Grundsätzen des Vergaberechts widerspreche.

Die Vorinstanz, die sich darauf beruft, die strittige Vergabe unterliege nicht den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, macht selber geltend, sie habe "eine freie Ausschreibung durchgeführt" und die Auftragserteilung an den Beschwerdegegner habe "formfrei" erfolgen dürfen.

Aus den Darlegungen der Parteien und den dem Gericht vorgelegten Akten ist offensichtlich, dass die strittige Vergabe nicht nach den Grundsätzen des Vergaberechts erfolgt ist. So enthält denn auch die Zuschlagsmitteilung keinerlei



Begründung, und sie wurde nicht etwa von der Vorinstanz gemacht, sondern von einem Mitarbeiter, der mit der Bauleitung beauftragten Tuffli & Partner AG, unterzeichnet von einem gemäss Handelsregister nicht zeichnungsberechtigten Mitarbeiter. Soweit diese Zuschlagsmitteilung vom 17. September 2015 (act. 2/2) eine Zuschlagsverfügung darstellen sollte, dürfte sie nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes nichtig sein (vgl. VerwGE B 2013/160 vom 29. Juli 2013; www.gerichte.sg.ch).

Zusammenfassend erscheint die Beschwerde im Rahmen einer summarischen Prüfung als ausreichend begründet. Daran ändert die vorinstanzliche Einwendung, die Beschwerdeführerin habe nur das drittbeste Angebot abgegeben, weshalb sie den Zuschlag nicht erhalten könnte, selbst wenn das öffentliche Beschaffungsrecht anwendbar und der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin aufzuheben wäre. Angesichts der sehr geringen Differenz zwischen der drittplatzierten Beschwerdeführerin und der zweitplatzierten Unternehmung nach der Abgebotsrunde (act. 8/8) und der klaren Erstplatzierung der Beschwerdeführerin vor der Abgebotsrunde (act. 7/3 und act. 8/1 ist nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerin bei vergaberechtliche korrekter Beurteilung der Angebote und/ oder bei neuer Durchführung eines Vergabeverfahrens nach öffentlichem Beschaffungsrecht eine reelle Chance auf einen Zuschlag hat.

Der Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist demnach gutzuheissen.

5. Vorinstanz und Beschwerdegegner sind aufzufordern, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis **19. Oktober 2015** zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist wird Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen.

Innert derselben Frist haben die Verfahrensbeteiligten dem Gericht jene Teile der Angebote und Akten konkret zu bezeichnen, die nach ihrer Auffassung Geschäftsgeheimnisse enthalten und deshalb nicht offengelegt werden sollen. Die Verfahrensbeteiligten werden darauf aufmerksam gemacht, dass die Akteneinsicht nur so weit beschränkt



St.Galler Gerichte

werden darf, als Geheimhaltungsgründe vorliegen (Art. 16 Abs. 1 VRP, Art. 6 VöB, Art. 11 lit. g IVöB). Aus diesem Grund nimmt das Verwaltungsgericht im öffentlichen Beschaffungswesen in der Regel nur die eigentliche Offerte einer konkurrierenden Anbieterin von der Akteneinsicht aus. Nicht unter die schützenswerten Geheimnisse fällt die Bewertung der Offerten durch die Vergabestelle mit den entsprechenden Bewertungstabellen und -berichten (VerwGE B 2011/95 und 96 vom 20. September 2011, E. 1.4.5; www.gerichte.sg.ch). Nach unbenütztem Ablauf der Frist wird umfassende Akteneinsicht gewährt.

Im Anschluss daran wird die Beschwerdeführerin Gelegenheit erhalten, zu den Vernehmlassungen Stellung zu nehmen und in diesem Rahmen ihre Beschwerdebegründung zu ergänzen, zumal sie ausdrücklich und zu Recht die fehlende Begründung des Vergabeentscheides beanstandet (vgl. VerwGE B 2014/96 vom 5. Juni 2014 und B 2011/55 vom 7. Dezember 2011 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch, und GVP 2001 Nr. 18 E. C).

6. Die Kosten dieser Verfügung bleiben bei der Hauptsache.

Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.
2. Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde der Vertragsschluss untersagt.
3. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis **19. Oktober 2015** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.

Innert derselben Frist haben die Verfahrensbeteiligten dem Gericht jene Teile der Angebote und der Akten konkret zu bezeichnen, die nach ihrer Auffassung Geschäftsgeheimnisse enthalten und deshalb nicht offengelegt werden sollen. Nach unbenütztem Ablauf der Frist wird umfassende Akteneinsicht gewährt.



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

Der Präsident

Eugster