



**Fall-Nr.:** B 2022/69  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 27.01.2023  
**Entscheiddatum:** 11.11.2022

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 11.11.2022**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 3, 5, Art. 9 Abs. 2 und 2bis BGBM. Die Politische Gemeinde Oberriet hat im Jahr 2020 im freihändigen Verfahren zwei Bauaufträge von je rund CHF 120'000 an ein Unternehmen vergeben, das personell mit dem Planungsunternehmen verflochten war. Die Wettbewerbskommission ist zur Beschwerde berechtigt. Die im Jahr 2022 erhobene Beschwerde ist unter Berücksichtigung der Umstände rechtzeitig erhoben worden. Nach st. gallischem Beschaffungsrecht ist die Beschwerde auch gegen im Freihandverfahren erteilte Zuschläge mit einem Auftragsvolumen unterhalb des Schwellenwertes zulässig. Im Beschwerdeverfahren kann jedoch einzig gerügt werden, die Vergabe hätte nicht freihändig erfolgen dürfen. Die Beschwerdeführerin bringt diese Rüge nicht vor. Das Verwaltungsgericht ist nicht gehalten, die Frage von Amtes wegen zu prüfen, da weder die Rechtsverletzung eindeutig ist noch erhebliche öffentliche Interessen betroffen sind. Zur Rüge der unzulässigen Vorbefassung ist anzumerken, dass die unter gewissen Schwellenwerten vorgesehenen freihändigen Vergabeverfahren und Einladungsverfahren bereits als solche zulässigerweise vom Grundsatz des freien Marktzugangs, den die Beschwerdeführerin verletzt sieht, abweichen. Im Übrigen hat die Beschaffungsbehörde die Regeln des Einladungsverfahrens beachtet und die Zuschläge nach den offerierten Preisen erteilt (Verwaltungsgericht, B 2022/69). Auf eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 22. Juni 2023 nicht ein (Verfahren 2D\_35/2022).**

**Entscheid vom 11. November 2022**

Besetzung

Abteilungspräsidentin Lendfers; Verwaltungsrichter Steiner und Zogg;

Gerichtsschreiber Scherrer



St.Galler Gerichte

Verfahrensbeteiligte

**Wettbewerbskommission WEKO**, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

**Gemeinderat der Politischen Gemeinde Oberriet**, Staatsstrasse 92, 9463 Oberriet,

**Vorinstanz,**

und

**Kolb el-consult AG**, Staatsstrasse 129, 9463 Oberriet SG,

**Kolb Elektro AG**, Staatsstrasse 129, 9463 Oberriet SG,

**Beschwerdegegnerinnen,**

Letztere vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Lukas Blättler, Dufourstrasse 40,  
Postfach 3020, 8034 Zürich,

Gegenstand

**Vergabe "Neubau und Ausbau neue Trafostation 42 Rheinstrasse" in Oberriet**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

Der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Oberriet (Vorinstanz) hat im freihändigen Verfahren am 15. Juli 2020 der Kolb Elektro AG die Zuschläge für den Neubau des Gebäudes der Trafostation 42 und für Ausbauarbeiten zu Nettopreisen von CHF 117'371.30 und von CHF 125'226.10 (je inklusive Mehrwertsteuer) erteilt. Die Planungsarbeiten hatte die Kolb el-consulting AG erbracht. In dieser Zeit war Daniel



Kolb sowohl bei der Kolb Elektro AG als auch bei der Kolb el-consulting AG Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien. Bei der Kolb Elektro AG übte er zudem die Funktion des Geschäftsführers aus (vgl. Internet Information aus dem kantonalen Handelsregister).

### **B.**

Die Wettbewerbskommission (Beschwerdeführerin) erhebt mit Eingabe vom 30. März 2022 gegen die Zuschläge Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, unter Kostenfolge sei die Rechtswidrigkeit der Zuschläge festzustellen. Sie ist der Auffassung, die Verflechtung von Planung und Angebotseinreichung verletze die vergaberechtlichen Vorschriften zur Vorbefassung und zum Ausstand. Dies benachteilige andere Unternehmen und behindere den Wettbewerb.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 26. April 2022, die Beschwerde sei abzuweisen. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Akten erachtete sie als vollständig. Die Kolb el-consulting AG (Beschwerdegegnerin 1) verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Die Kolb Elektro AG (Beschwerdegegnerin 2) beantragte mit Vernehmlassung ihres Rechtsvertreters vom 1. Juni 2022, das Verfahren sei auf die Eintretensfrage zu beschränken und auf die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge nicht einzutreten. Der verfahrensleitende Abteilungspräsident entsprach diesem Begehren nicht, und die Beschwerdegegnerin ergänzte die Vernehmlassung am 7. Juli 2022 in der Sache. Die Beschwerdeführerin nahm dazu am 5. September 2022 Stellung. Die Beschwerdegegnerin äusserte sich dazu am 4. Oktober 2022. Die Beschwerdeführerin verzichtete am 18. Oktober 2022 auf eine abschliessende Äusserung.

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

### **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

#### **1. Eintreten**

##### **1.1. Zuständigkeit**

Die Beschwerdeführerin wendet sich beschwerdeweise gegen zwei Aufträge, welche die Politische Gemeinde Oberriet unbestrittenermassen am 15. Juli 2020 der Kolb



Elektro AG erteilt hat. Das Verwaltungsgericht ist Beschwerdeinstanz in binnenmarkt- und beschaffungsrechtlichen Angelegenheiten (vgl. Art. 1 Ingress und lit. a und b in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, EGöB) und dementsprechend zur Behandlung der Beschwerde in der Sache zuständig.

### **1.2. Beschwerdebefugnis**

Gemäss Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02, BGBM) kann die Wettbewerbskommission Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Weshalb – wie die Beschwerdegegnerin vorbringt – diese Bestimmung sich nicht auf die Beschwerdebefugnis der Wettbewerbskommission im kantonalen Verfahren beziehen sollte, ist nicht ersichtlich. Dem Wortlaut ist kein entsprechender Hinweis zu entnehmen, er ist insoweit klar und eindeutig. Zwar haben sich die Kantone zum Beschwerderecht der Wettbewerbskommission kritisch geäußert, jedoch hat der Gesetzgeber an dieser Befugnis der Wettbewerbskommission festgehalten, ohne sie auf die öffentlich-rechtliche Beschwerde an das Bundesgericht gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zu beschränken (vgl. Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, in: BBI 2005 S. 465 ff., S. 479 f.; Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, in: BBI 2017 S. 1851 ff., S. 1877-1879). Art. 111 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110, BGG) mit dem Randtitel "Einheit des Verfahrens" verlangt, dass sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können muss, wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist. Mit der Einführung ihres Beschwerderechts wurde die Wettbewerbskommission deshalb auch berechtigt, die kantonalen Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Verfügungen zu ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren zu beteiligen (vgl. Botschaft, BBI 2005 S. 489-491).

### **1.3. Zulässigkeit**

Die Zulässigkeit der kantonalen Rechtsmittel auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen bestimmt sich nach dem kantonalen Verfahrensrecht. Nach Art. 5 Abs. 1 EGöB richtet sich der Rechtsschutz nach der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen. Einzuhalten sind aber die bundesrechtlichen Minimalanforderungen, wie sie sich insbesondere aus Art. 9 Abs. 2 BGBM ergeben.



Das geltende st. gallische Recht schliesst – anders als beispielsweise das Recht des Kantons Bern (vgl. Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, BSG 731.2; bis 31. Januar 2022 Art. 12 Abs. 3 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2002, BAG 02-92) – Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens von der Beschwerde nicht aus. Eine entsprechende verfahrensrechtliche Ausschlussvorschrift fehlt im st. gallischen Vergaberecht. Art. 41 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) hält unter dem Randtitel "Begründung von Verfügungen" fest, der Zuschlag im freihändigen Verfahren werde nicht begründet. Anhaltspunkte dafür, dass Vergaben im freihändigen Verfahren unterhalb des Schwellenwertes ebenfalls als nicht zu begründende Verfügung gelten sollen, sind nicht ersichtlich. Der Zuschlag gilt auch nach interkantonalem Recht unabhängig davon, ob er im offenen, im Einladungs- oder im freihändigen Verfahren erteilt wurde, als Verfügung (vgl. Art. 13 Ingress und lit. g und Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. e der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; SR 172.056.5; IVöB). Das Verwaltungsgericht nimmt deshalb Beschwerden gegen im freihändigen Verfahren erteilte Zuschläge an die Hand, auch wenn die Vergabesumme den Schwellenwert nicht erreicht (vgl. GVP 1999 Nr. 36, Präsidialverfügung B 2020/182 vom 22. September 2020 E. 3.1). Insoweit geht das st. gallische Recht über Art. 9 Abs. 2 BGBM hinaus, wonach das kantonale Recht bei öffentlichen Beschaffungen wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorsehen muss, wenn der Wert eines Auftrags den Schwellenwert für das Einladungsverfahren gemäss kantonalem oder interkantonalem Recht über das öffentliche Beschaffungswesen erreicht oder überschreitet. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist deshalb zulässig.

Anzufügen bleibt dreierlei: Die Zulässigkeit der kantonalen Beschwerde im Recht der öffentlichen Beschaffungen wird durch Art. 83 Ingress und lit. f BGG nicht beschränkt. Vielmehr legt jene Bestimmung fest, wann die *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht* auf dem Gebiet des Beschaffungswesens unzulässig ist. Eine Beschränkung der Zulässigkeit der Beschwerde im kantonalen Rechtsmittelverfahren kann aus dieser Bestimmung nicht abgeleitet werden. Insbesondere ist für die Zulässigkeit im kantonalen Verfahren nicht von Belang, ob mit der Beschwerde – mit Blick auf ihre weitere Legitimation im Verfahren vor Bundesgericht (vgl. Art. 89 Abs. 2 Ingress und lit. d des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110, BGG) – eine Frage von grundsätzlicher vergaberechtlicher Bedeutung aufgeworfen wird (vgl. VerwGE B 2016/146 vom 22. Februar 2018 E. 1 mit Hinweis auf M. Beyeler, Vergaberechtliche



Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016, Anmerkung Rz. 412, und BGE 141 II 113 E. 1.5).

Unter diesen Umständen kann im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Beschwerde offenbleiben, ob die beiden Beschaffungen – sei es allein, sei es zusammen – den von der Auftragsart abhängigen *Schwellenwert*, bis zu welchem die freihändige Vergabe zulässig ist, erreichen (vgl. Anhang 2 zur IVöB und Anhang zur VöB).

Offenbleiben kann zudem, ob sich aus dem Beschwerderecht der Beschwerdeführerin gemäss Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM ergibt, dass allfällige von den Kantonen in Übereinstimmung mit Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BGBM vorgesehene Beschränkungen der Zulässigkeit der Beschwerde auf dem Gebiet der Beschaffungen für die Beschwerdeführerin nicht gelten. Jedenfalls aus den Materialien ergibt sich nicht, dass kantonale *Einschränkungen* der Zulässigkeit der Beschwerde in Beschaffungsangelegenheiten, die mit Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BGBM vereinbar sind, nicht auch für die Beschwerdeführerin gelten sollten (Ziffer 1.4.2.6 der Botschaft über die Änderung des Binnenmarkgesetzes vom 24. November 2004, in: BBl 2005 S. 465 ff., S. 479 f.).

#### **1.4. Rechtzeitigkeit und formelle und inhaltliche Anforderungen**

Bei öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde beim Verwaltungsgericht innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen (vgl. Art. 5 Abs. 1 EGöB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 3 IVöB). Für freihändige Zuschläge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs besteht – auch nach neuem Recht (vgl. Art. 48 Abs. 1 Satz 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019; für den Kanton St. Gallen noch nicht in Kraft getreten) – keine Publikationspflicht (vgl. Art. 36 VöB; Art. 5 Abs. 2 BGBM). Wurde – wie hier – kein formelles Verfahren eingeleitet und durchgeführt, hat eine Anbieterin, welche Kenntnis von einer freihändigen/de facto Vergabe erlangt, die Beschwerde innert nützlicher Frist zu erheben. Es muss ihr unbenommen sein, zunächst mit der Auftraggeberin – gegebenenfalls auch mehrmals – Rücksprache zu nehmen und alle erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Abklärungen zu treffen, ohne dass sie das Beschwerderecht verwirkt (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau WBE. 2015.114 vom 11. November 2015, zitiert nach: P. Galli, Verhinderung einer De-facto-Vergabe durch einen Anbieter, in: Baurecht 2017 S. 22 ff.). Das muss auch für die Beschwerdeführerin gelten, die im Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion zur Beschwerdeerhebung befugt ist. Selbst wenn sie also – wie die Beschwerdegegnerin 2 annimmt – bereits im Februar 2022 Kenntnis von den Zuschlägen gehabt hätte, war es



ihr – ohne das Beschwerderecht zufolge Zeitablaufs zu verwirken – unbenommen, Abklärungen zu treffen. Nachdem sie am 23. März 2022 in den Besitz der nötigen Informationen und Unterlagen gelangte, hat sie die Beschwerde mit Eingabe vom 30. März 2022 und damit offenkundig innerhalb nützlicher Frist erhoben. Die Beschwerde erfüllt zudem die formellen und inhaltlichen Anforderungen (vgl. Art. 5 Abs. 1 EGöB). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

### 2. *Streitgegenstand*

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind zwei Aufträge, welche die Vorinstanz im freihändigen Verfahren vergeben hat. Vom Recht der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM und Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 Ingress und lit. e IVöB gegen einen im freihändigen Verfahren erteilten Zuschlag beim Verwaltungsgericht Beschwerde zu erheben, ist die Frage nach den zulässigen Rügegründen zu trennen. Bei einer freihändigen Vergabe beschränkt sich der Rechtsschutz auf die Frage nach der Zulässigkeit der Verfahrensart (vgl. GVP 1999 Nr. 36; BGE 137 II 313 E. 3.3.2). Gerügt werden kann damit einzig, die Vergabebehörde hätte nicht im Freihandverfahren verfügen dürfen, sondern hätte das Einladungs- oder das offene Verfahren durchführen müssen. Soweit die falsche Anwendung von Verfahrensrecht dazu führt, dass Entscheide, die möglicherweise Art. 5 BGBM verletzen, nicht materiell überprüft werden, kann die Beschwerdeführerin dies rügen, weil sonst im Ergebnis eine potenziell unzulässige Marktbeschränkung nicht festgestellt werden könnte (vgl. in BGE 141 II 307 nicht publizierte E. 4.3 von BGer 2C\_919 und 920/2014 vom 21. August 2015). Die Beschwerdeführerin bringt diese Rüge indessen nicht vor. Sie setzt sich auch mit der kantonalen Rechtsprechung, welche die Rügegründe im Beschwerdeverfahren gegen den freihändigen Zuschlag beschränkt, nicht auseinander. Sie macht in der Folge auch nicht geltend, eine solche Beschränkung der Rügegründe sei vergaberechtswidrig (vgl. dazu beispielsweise VerwGE B 2004/142 vom 16. Dezember 2004 E. 2). Soweit die Frage der Zulässigkeit des Freihandverfahrens nicht von Amtes wegen aufzuwerfen ist (dazu nachfolgend E. 3), ist zu prüfen, ob unabhängig davon auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Rüge einzugehen ist, auch im zulässigen Freihandverfahren unterhalb des Schwellenwertes seien die Vorschriften zur Vorbefassung sowie zum Ausstand einzuhalten und in den vorliegenden Beschaffungen wegen der Verflechtung von planerischen Tätigkeiten und der Angebotseinreichung verletzt worden (dazu nachfolgend E. 4).

### 3. *Zulässigkeit des Freihandverfahrens*

#### 3.1. *Grundsatz: Dispositionsmaxime*

Das Verwaltungsgericht darf nach Art. 63 des Gesetzes über die



Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) über die Begehren des Beschwerdeführers nicht hinausgehen und die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid nicht zu dessen Nachteil ändern. Der Gesetzgeber hat im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht ähnlich wie im Zivilprozess vor Zivilgerichten die Dispositionsmaxime in den Vordergrund gestellt. Das Verwaltungsgericht soll im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nur Fragen beurteilen, die von der Verwaltungsbehörde oder vom Betroffenen aufgeworfen werden.

### **3.2. Ausnahme: Rechtsanwendung von Amtes wegen**

Eine nicht geltend gemachte Rechtsverletzung korrigiert das Verwaltungsgericht nach dem Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen von sich aus, wenn diese eindeutig ist oder wenn erhebliche öffentliche (oder auch private) Interessen betroffen sind (vgl. T. Kamber, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Praxiskommentar, St. Gallen 2020, N 2 und 5 zu Art. 63 VRP je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Die Vergabesummen der beiden von der Vorinstanz im freihändigen Verfahren vergebenen Aufträge betragen CHF 117'371.20 und CHF 125'226.10 (je inklusive Mehrwertsteuer). Die Auftragswerte, bei welchen die Mehrwertsteuer nicht berücksichtigt wird (vgl. Art. 7 Abs. 3 IVöB), belaufen sich damit auf rund CHF 109'000 und CHF 116'000. Unabhängig davon, welcher "Auftragsart" im Sinn von Art. 6 Abs. 1 IVöB – Bauaufträge im Bauhaupt- (CHF 300'000) oder im Baunebengewerbe (CHF 150'000), Lieferaufträge oder Dienstleistungsaufträge – sie zuzuordnen sind, bewegen sich die Vergabesummen unterhalb des Schwellenwertes von CHF 150'000, der für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge im Baunebengewerbe gilt. Die Summe der Auftragswerte von rund CHF 225'000 liegt zudem unterhalb des Schwellenwertes für Bauaufträge im Bauhauptgewerbe (vgl. Anhang 2 der IVöB). Zudem hat die Vorinstanz die Verfahren zwar ausdrücklich als freihändige Verfahren bezeichnet, sie der Form nach aber als Einladungsverfahren abgewickelt. Neben der Zuschlagsempfängerin erhielten zwei weitere Unternehmen die Möglichkeit, Angebote einzureichen. Insgesamt lagen schliesslich für beide Aufträge je drei Angebote von drei Unternehmen vor (act. 3/3, Seite 2). Die Angebote waren bis 18. Juni 2020 mit dem Vermerk "Offerte EVO" aussen auf dem Couvert einzureichen, wobei – wie in Einladungs- und offenen Verfahren üblich – eine gleichzeitige Öffnung der Offerten vorgesehen war (act. 3/1 und 2, je Ziffern 4 und 5 der allgemeinen Submissionsbedingungen). Die Vorinstanz vergab die Aufträge mit Beschlüssen vom 13. Juli 2020 an die kostengünstigste Anbieterin. Dieser Regel folgte sie auch in den Vergaben aller anderen Arbeitsgattungen mit dem Ergebnis, dass die



## St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin 2 bei zwei anderen Aufträgen (20kV Kabel Trafostation 42 Rheinstrasse – Trafostationen 22 Blatten und 7 Kreuz) nicht zum Zug kam (act. 3/3). Unter diesen Umständen erscheinen die beiden Beschaffungen im freihändigen Verfahren *nicht als eindeutig vergaberechtswidrig*.

Zu prüfen ist, ob erhebliche öffentliche Interessen eine Überprüfung der vergaberechtlichen Zulässigkeit der von der Vorinstanz gewählten Verfahrensart von Amtes wegen verlangen. Die Regelungen über das öffentliche Beschaffungswesen verfolgen gemäss Art. 1 Abs. 3 IVöB verschiedene im öffentlichen Interesse liegende Ziele, namentlich die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen und Anbietern (lit. a), die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter sowie einer unparteiischen Vergabe (lit. b), die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren (lit. c) und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (lit. d). Die Vorinstanz hat die beiden Aufträge nicht direkt der Kolb Elektro AG erteilt, sondern vorgängig bei je drei Unternehmen Offerten eingeholt (act. 3, Beilage 3). Auch die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, die Vorinstanz beziehungsweise die mit der Durchführung der Beschaffung betraute Kolb el-consult AG habe den Offertpreis der Kolb Elektro AG nach dem Eingabedatum anpassen lassen. Konkrete Anhaltspunkte dafür liegen nicht vor. Ebenso wenig liegen Hinweise dafür vor, dass der Ausschreibungsgegenstand im Hinblick auf eine Begünstigung der Kolb Elektro AG umschrieben worden wäre. Vielmehr handelt es um Arbeiten, die weitgehend standardisiert erbracht werden. Die von der "rhv ag" eingereichten Offerten lagen denn auch nur rund zwei beziehungsweise vier Prozent über jenen der Zuschlagsempfängerin (act. 3, Beilage 3, Seite 2). Es bestehen deshalb auch keine Hinweise dafür, dass die Kolb el-consult AG lediglich Angebote von Unternehmen einholte, von denen sie ausging, sie würden zweifellos zu höheren Preisen als die Zuschlagsempfängerin offerieren. Die Vorinstanz ist bei beiden Beschaffungen über das im freihändigen Verfahren vergaberechtlich Erforderliche hinausgegangen und hat damit die Ziele des öffentlichen Beschaffungsrechts mit ihrem Vorgehen nicht unterlaufen.

Da weder die Vergabe im freihändigen Verfahren eindeutig Vergaberecht verletzt hat noch erhebliche öffentliche – auf private Interessen kann sich die Beschwerdeführerin ohnehin nicht berufen – Interessen an der Überprüfung der Zulässigkeit der freihändigen Zuschläge ersichtlich sind, ist das Verwaltungsgericht nicht gehalten, die von der Beschwerdeführerin nicht aufgeworfene Frage der Zulässigkeit des Freihandverfahrens von Amtes wegen zu prüfen.



### 4. *Vorbefassung*

#### 4.1. *Rüge*

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Ausstandspflicht beziehungsweise der Regeln über die Vorbefassung (Ziff. 23 der Beschwerde). Dieses Vorgehen habe den in Art. 5 Abs. 1 BGBM verankerten Grundsatz der Nichtdiskriminierung verletzt. Sie ist der Auffassung, der für öffentliche Beschaffungen in Art. 5 Abs. 1 BGBM verankerte Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs gelte auf Kantons- und Gemeindeebene und komme unabhängig jeglicher Schwellenwerte zum Tragen (vgl. so N.F. Diebold, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in: SJZ 109/2013 S. 177 ff., S. 180).

#### 4.2. *Rechtsgrundlage*

Die Beschwerdeführerin kann gemäss Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Die Art. 2-5 BGBM umschreiben die Grundsätze eines solchen freien Zugangs zum Markt. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht (Satz 1), wobei diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen dürfen, welche Artikel 3 widerspricht (Satz 2); stützt sich eine Beschaffung auf die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, so wird vermutet, dass die Anforderungen des Gesetzes eingehalten werden (vgl. Satz 3). Art. 3 BGBM legt fest, unter welchen Umständen Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt zulässig sind. Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden (Satz 1); Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie (Satz 2 Ingress) gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (lit. a) und zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (lit. b) und verhältnismässig sind (lit. c).

#### 4.3. *Würdigung*

Die unter gewissen Schwellenwerten vorgesehenen freihändigen Vergabeverfahren und Einladungsverfahren stellen bereits als solche eine von Art. 5 Abs. 1 und 2 BGBM abweichende Marktzugangsbeschränkung dar, die nur – aber immerhin – unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM zulässig ist. Entsprechend müssen die kantonalen Schwellenwerte und die daraus abgeleiteten Vergabeverfahren gleichermassen für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender



öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein. Aus verfahrensökonomischen Gründen ist es gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM gerechtfertigt, für Beschaffungen unter den Schwellenwerten gemäss Anhang zur IVöB in Abweichung von Art. 5 BGBM keine öffentliche Ausschreibung, sondern ein Einladungsverfahren beziehungsweise eine Freihandvergabe durchzuführen. Die Interkantonale Vereinbarung trägt den binnenmarktrechtlichen Anforderungen auch Rechnung, indem sie für den Binnenmarktbereich tiefere Schwellenwerte vorsieht als für den vom Staatsvertrag erfassten Bereich (Art. 7 Abs. 1 und 2 IVöB; vgl. Diebold, a.a.O., S. 181). Die einzige Rüge, die im freihändigen Vergabeverfahren beschwerdeweise vorgebracht werden kann, ist jene der Unzulässigkeit des Freihandverfahrens selbst (vgl. GVP 1999 Nr. 36 und vorne Erwägung 2). Auch nach dem neuen, für den Kanton St. Gallen noch nicht in Kraft getretenen Beschaffungsrecht betreffen die einzigen Rügen, die im freihändigen Verfahren (nach Art. 21 BöB) vorgebracht werden können, die Wahl des falschen Verfahrens sowie einen unter Korruption erfolgten Zuschlag (BBI 2017 S. 1984). Die Rüge der Beschwerdeführerin bewegt sich ausserhalb dessen, was in einem Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht gegen einen freihändig erteilten Zuschlag vorgebracht werden kann.

Der Grundsatz des diskriminierungsfreien Marktzugangs steht – angesichts der Freiheit der Vergabebehörde bei der Wahl des Anbieters – der Zulässigkeit eines freihändigen Vergabeverfahrens bis zu einem bestimmten Schwellenwert entgegen. Insoweit ist zumindest fraglich, ob – wovon die Beschwerdeführerin und das von ihr erwähnte Schrifttum ausgehen – dieser Grundsatz materiell auch in diesen Verfahren gelten kann. Selbst wenn er allerdings gelten sollte, fehlte es am verfahrensrechtlichen Instrumentarium, ihn in diesen Verfahren beschwerdeweise durchsetzen zu können.

### **5. Zusammenfassung**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen. Die Beschwerdeführerin, die entsprechend dem gesetzlichen Auftrag die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben überwacht, kann ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens gestützt auf Art. 3 Abs. 3 BGBM Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben. Im Ergebnis hat die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Beschwerdeerhebung eine solche Untersuchung durchgeführt. Anstelle einer Beschwerdeerhebung wäre es ihr möglich gewesen, das Verfahren förmlich mit einer Empfehlung abzuschliessen. Im Übrigen war sich die Vorinstanz der von der Beschwerdeführerin beanstandeten personellen und wirtschaftlichen Verflechtung von Auftraggeberin und Zuschlagsempfängerin bewusst (vgl. act. 3, Beilagen 14 und 15, Protokolle der Gemeinderatssitzungen vom 12. September 2016 und vom 2. November



2020). Nicht zuletzt dieser Umstand hat wohl dazu geführt, dass die Vorinstanz – auch wenn sie sich die Erteilung des Zuschlags im freihändigen Verfahren vorbehalten hat – freiwillig die Regeln des Einladungsverfahrens beachtet hat. Die Beschwerdegegnerin 2 weist schliesslich darauf hin, dass die beiden Unternehmen – Kolb el-consult AG und Kolb Elektro AG – mittlerweile wirtschaftlich und personell entflochten sind (Rz. 30 der Ergänzung der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin 2 vom 7. Juli 2022; act. 18; Internet Information aus dem kantonalen Handelsregister).

### 6. *Kosten*

Bei diesem Verfahrensausgang wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 95 Abs. 1 VRP). Da sie indessen nicht überwiegend finanzielle Interessen verfolgt, sind für das Beschwerdeverfahren keine amtlichen Kosten zu erheben (vgl. Art. 95 Abs. 3 VRP). Die Kolb Elektro AG ist anwaltlich vertreten und stellt ihre Anträge unter Entschädigungsfolge. Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. Ein pauschales Honorar von CHF 3'000 zuzüglich Barauslagen von CHF 120 (vier Prozent von CHF 3'000) erscheint angemessen (Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28<sup>bis</sup> der Honorarordnung; sGS 963.75, HonO). Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer ist nicht zu berücksichtigen. Zum einen stellt die Beschwerdegegnerin keinen entsprechenden Antrag (Art. 29 HonO), zum anderen ist sie selbst mehrwertsteuerpflichtig und kann die ihr vom Rechtsvertreter in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer als Vorsteuer in Abzug bringen (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Für das Beschwerdeverfahren werden keine amtlichen Kosten erhoben.

#### **3.**

Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin 2 für das Beschwerdeverfahren mit CHF 3'120 (ohne Mehrwertsteuer).