



Fall-Nr.: B 2017/110
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 19.06.2017
Entscheiddatum: 19.06.2017

Präsidentialscheid Verwaltungsgericht, 19.06.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 35 VöB.Vergabe Kanalunterhalt Kaltbrunn.Auftraggeberin und Bauherrin der ausgeschriebenen Arbeiten ist die Politische Gemeinde Kaltbrunn. Die Mitteilung der Auftragsvergabe durch das von der Gemeinde mit der Gesamtleitung des Projektes beauftragte Ingenieurbüro stellt keine öffentlich-rechtliche Vergabeverfügung dar. Zuzufolge Nichtigkeit dieser Mitteilung kann auf eine Beschwerde dagegen nicht eingetreten werden. Mangels Zuschlagsverfügung darf auch noch kein Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen werden. Die Verfahrenskosten und eine Umtriebsentschädigung an die Beschwerdeführerin bezahlt die Vorinstanz, die die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens verursacht hat dadurch, dass nicht sie den Zuschlag verfügt hat (Präsidentialscheid Verwaltungsgericht, B 2017/110).

Verfahrensbeteiligte

ABT Elsener GmbH Kanalreinigungen & Sanierungen, Uznacherstrasse 74,
8722 Kaltbrunn,

Beschwerdeführerin,

gegen

Politische Gemeinde Kaltbrunn, vertreten durch den Gemeinderat, Dorfstrasse 5/7,
Postfach 204, 8722 Kaltbrunn,

Vorinstanz,



und

G. Elsener AG, Fischenrietstrasse 25, 8645 Jona,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Kanalunterhalt 2017/2018 Kaltbrunn

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die mit der Gesamtleitung des Projekts Kanalunterhalt 2017/2018 der Politischen Gemeinde Kaltbrunn betraute Kuster + Hager Ingenieurbüro AG Uznach teilte der ABT Elsener GmbH Kanalreinigungen & Sanierungen mit Schreiben vom 24. Mai 2017 „im Auftrag der Bauherrschaft“ mit, der Auftrag für Kanal- und Schachtreinigung sowie für Kanalaufnahmen mit Fernsehkamera werde im freihändigen Verfahren zum Preis von CHF 77'382.70 inklusive Mehrwertsteuer an die G. Elsener AG vergeben. Entsprechend der auf dem Schreiben angebrachten „Rechtsmittelbelehrung“ erhob die ABT Elsener GmbH Kanalreinigungen & Sanierungen (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 29. Mai 2017 beim Kreisgericht See-Gaster Beschwerde gegen den Zuschlag. Die Eingabe wurde am 31. Mai 2017 zuständigkeithalber an das Verwaltungsgericht übermittelt. Die Beschwerdeführerin wurde mit verfahrensleitender Verfügung vom 1. Juni 2017, die auch der Politischen Gemeinde Kaltbrunn zur Kenntnis gebracht wurde, einerseits auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Nichtigkeit von Zuschlagsverfügungen Privater und andererseits auf die im freihändigen Vergabeverfahren zulässigen Beschwerdegründe hingewiesen. Am 15. Juni 2017 hielt die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde fest. Im Beschwerdeverfahren wurden weder Vernehmlassungen eingeholt noch die vorinstanzlichen Akten beigezogen.



Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Der Rechtsschutz in Vergabeangelegenheiten richtet sich gemäss Art. 5 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) nach der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB). Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 EGöB). Gemäss Art. 39bis Abs. 1 Ingress lit. a Ziff. 1 und lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) kann der Präsident über Nichteintreten auf offensichtlich verspätete oder aus andern Gründen offensichtlich unzulässige Eingaben verfügen. 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 VRP).

2. Das Eintreten auf die Beschwerde setzt gemäss Art. 13 Ingress und lit. g in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 Satz 1 IVöB zwingend eine öffentlich-rechtliche Verfügung der Auftraggeberin voraus. Art. 35 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) hält dementsprechend fest, der Auftraggeber eröffne den Anbietern den Zuschlag durch Verfügung. Auch im freihändigen Verfahren hat der Zuschlag mittels Verfügung, die allerdings nicht begründet werden muss, zu ergehen (Art. 41 Abs. 2 VöB). Das Schreiben eines Privaten, der keine Verfügungsbefugnis hat, kann demnach keine Verfügung darstellen (vgl. St. Scherler, Die Verfügungen im Vergaberecht, in: Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich/ Basel/Genf 2012, S. 351). Die fehlende funktionelle und sachliche Zuständigkeit stellt grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund dar. Fehlt einer Verfügung jegliche Rechtsverbindlichkeit, so ist das durch jede Behörde, die mit der Sache befasst ist, jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (vgl. BGE 138 II 501 E. 3.1, 137 I 273 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen).

Das Verwaltungsgericht hat die Mitteilung einer Arbeitsvergabe durch die mit der Offertprüfung beauftragte Unternehmung wiederholt als nichtig qualifiziert (vgl. VerwGE B 2013/160 vom 29. Juli 2013 mit Hinweis auf VerwGE B 2005/176 vom 6. Dezember



2005, www.gerichte.sg.ch, E. 2b; GVP 2003 Nr. 38). Vorliegend wird in der Ausschreibung als "Auftraggeber" die Politische Gemeinde Kaltbrunn genannt. Die Angebote waren bei der Gemeinde, die auch als „Bauherrschaft“ bezeichnet wurde, einzureichen (act. 3, Seite 1 des Eingabeformulars, Ziffer 1 Administratives). Der Kuster + Hager Ingenieurbüro AG Uznach oblag die Gesamtleitung des Projekts. In dieser Funktion war sie wohl befugt, die Angebote zu beurteilen und eine Empfehlung abzugeben. Gemäss den Vergabeunterlagen wurde sie von der Gemeinde nicht mit dem Erlass der Zuschlagsverfügung betraut. Der Entscheid über – gebundene – Ausgaben und damit der Zuschlag fallen indessen ohnehin in die abschliessende Zuständigkeit des Gemeinderates (vgl. Anhang Finanzbefugnisse der Gemeindeordnung der Politischen Gemeinde Kaltbrunn, www.kaltbrunn.ch Verwaltung/Reglement, nachfolgend Gemeindeordnung). Trotzdem wurde die Arbeitsvergabe der nicht berücksichtigten Beschwerdeführerin durch die Kuster + Hager Ingenieurbüro AG Uznach auf deren eigenem Briefpapier mitgeteilt. Die Mitteilung war zudem von einem gemäss Eintrag im Handelsregister nicht zeichnungsberechtigten Mitarbeiter unterschrieben. Für den Gemeinderat unterzeichnen gemäss Art. 102 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2) der Vorsitzende und der Schreiber. Nach Art. 29 Abs. 2 der Gemeindeordnung kann der Präsident Verwaltungsfunktionen ausüben. Das mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Schreiben vom 24. Mai 2017 ist von den zur Vertretung der Gemeinde befugten Personen nicht mitunterzeichnet. Soweit der Mitteilung des Zuschlags durch die Kuster + Hager Ingenieurbüro AG Uznach ein Beschluss des Gemeinderates vorangegangen sein sollte, blieb er mangels förmlicher Mitteilung an die Betroffenen unwirksam (vgl. VerwGE B 2013/160 vom 29. Juli 2013 E. 2, www.gerichte.sg.ch; B 2005/176 vom 6. Dezember 2005 E. 2b).

Damit ergibt sich, dass der Zuschlag nicht durch die zuständige Vergabebehörde verfügt wurde. Das Schreiben der Kuster + Hager Ingenieurbüro AG Uznach vom 24. Mai 2017 stellt keine öffentlich-rechtliche Verfügung dar. Mangels Anfechtungsobjekts kann deshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (vgl. dazu die Anmerkungen von M. Beyeler zu VerwGE B 2005/176 vom 6. Dezember 2005, in: Baurecht 2007 S. 91 f.). Da bis anhin keine anfechtbare Zuschlagsverfügung ergangen ist, fehlt auch die Erlaubnis zum Abschluss eines Vertrags mit der Beschwerdegegnerin (vgl. Th. Locher, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, Bern 2013, S. 47 ff.).



3. Die offensichtliche Unzulässigkeit der Eingabe der Beschwerdeführerin beruht auf dem Umstand, dass die zwar mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Mitteilung vom 24. Mai 2017 der Kuster + Hager Ingenieurbüro AG Uznach über den Zuschlag kein Anfechtungsobjekt darstellt. Mangels Anfechtungsobjekts ist die Beschwerde gegenstandslos. Die Gegenstandslosigkeit hat indessen die Vorinstanz zu vertreten, da sie entgegen ihrer Zuständigkeit keinen Zuschlag verfügt hat. Dass die Beschwerdeführerin sich entsprechend der Rechtsmittelbelehrung an das Kreisgericht wandte und – nach der Übermittlung zuständigkeitshalber – einen Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichts auslöste, ist ihr nicht anzulasten, da ihr einerseits ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit zukommt und sie andererseits entsprechend der Rechtsmittelangabe auf dem Schreiben vom 24. Mai 2017 vorgegangen ist. Sowohl das Prinzip der Kostenverlegung nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 95 Abs. 1 VRP) als auch das Verursacherprinzip (Art. 95 Abs. 2 VRP) führen dazu, dass die Vorinstanz die amtlichen Kosten zu bezahlen hat. Eine Entscheidegebühr von 800 Franken ist angemessen (Art. 7 Ziff. 212 der Gerichtskostenverordnung, sGS 951.12). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000 zurückzuerstatten.

Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat zulasten der Vorinstanz Anspruch auf eine – von ihr beantragte – Umtriebsentschädigung (vgl. VerwGE B 2012/63 vom 27. März 2012 E. 3 mit Hinweis auf VerwGE B 2005/106 vom 13. September 2005). Da sie in der geltend gemachten Höhe von CHF 1'000 nicht ausgewiesen ist, ist sie ermessensweise auf CHF 200 festzusetzen.

Demnach erkennt der Abteilungspräsident zu Recht:

1. Der Zuschlag im Schreiben der Kuster + Hager Ingenieurbüro AG Uznach vom 24. Mai 2017 ist nichtig.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.



St.Galler Gerichte

3. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 800 bezahlt die Vorinstanz. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000 zurückerstattet.

4. Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit CHF 200.

Der Abteilungspräsident

Eugster