



Fall-Nr.: B 2017/40
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 15.03.2017
Entscheiddatum: 15.03.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 15.03.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 16 lit. f VöB. Die Vergabebehörde muss zu Beginn des Schuljahres 2017/18 vier zusätzliche Klassenzimmer in Betrieb nehmen können. Sie beschafft deshalb im freihändigen Verfahren Provisorien im Holzelementbau mit Kosten von rund CHF 800'000. Der Politischen Gemeinde, die nach der Inkorporation der Schulgemeinde per 1. Januar 2017 für die Bereitstellung des Schulraums verantwortlich ist, können die Versäumnisse des Schulrats nicht angelastet werden. Die Vergabebehörde hat verschiedene Provisorien evaluiert. Selbst die günstigste Lösung – Metallcontainer – wäre angesichts der Kosten von über CHF 500'000 im offenen Verfahren zu vergeben. Bei einem Beschwerdeverfahren gegen die Beschaffung dieser Lösung wäre die rechtzeitige Bereitstellung des Schulraums deshalb ebenfalls gefährdet. Dass sich die Vergabebehörde für ein dauerhafteres Provisorium entschieden hat, ist angesichts des konkreten Standes der Planung für den definitiven Schulraum, nachvollziehbar. Unter diesen Umständen verlangt das Vergaberecht, welches auch den wirtschaftlichen Umgang mit öffentlichen Mitteln bezweckt, nicht ein vorgängiges kurzfristiges Provisorium vor der Errichtung des angestrebten dauerhafteren Provisoriums (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/40).

Verfahrensbeteiligte

Weber Holzbau AG, Tellstrasse 6a, 9533 Kirchberg SG,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Adrian Gmür, Marty Gmür Galbier
Rechtsanwälte, Obere Bahnhofstrasse 11, Postfach 253, 9501 Wil SG 1,

gegen



Politische Gemeinde Kirchberg, vertreten durch den Gemeinderat, 9533 Kirchberg,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

und

Wohlgensinger AG, Mosnang, Aufeld, 9607 Mosnang,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Vergabe Schulraumprovisorien Bazenheid (Lieferung von Holzelementen) /
aufschiebende Wirkung**

Der Präsident stellt fest:

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 2. März 2017 hat die Weber Holzbau AG (Beschwerdeführerin) beim Verwaltungsgericht gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Kirchberg (Vorinstanz) am 7. Februar 2017 im freihändigen Verfahren verfügten und am 24. Februar 2017 im Amtlichen Publikationsorgan veröffentlichten Zuschlag für die Lieferung und Montage von Holzelementen für Schulraumprovisorien in Bazenheid für das Schuljahr 2017/18 an die Wohlgensinger AG, Mosnang (Beschwerdegegnerin), Beschwerde erhoben und ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 3. März 2017 einstweilen den Abschluss des Vertrages. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 8. März 2017 die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende



Wirkung und reichte dem Gericht einen Teil der Vergabeakten ein. Die Beschwerdegegnerin bezeichnete ihr Angebot vom 24. Januar 2017 und den anschliessenden E-Mail-Verkehr zwischen ihr und den Schulbehörden samt Anpassungen des Angebots als dem Geschäftsgeheimnis unterliegend.

Der Präsident erwägt:

1. Der Entscheid über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) in die Zuständigkeit des Präsidenten des Verwaltungsgerichts.

2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 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 Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

2.1. Bei der freihändigen Vergabe beschränkt sich der Rechtsschutz auf die Frage nach der Zulässigkeit der Verfahrensart (GVP 1999 Nr. 36). Die Beschwerdeführerin muss deshalb darlegen, dass sie bei der Durchführung des ihrer Auffassung nach richtigen Vergabeverfahrens zum Kreis der potenziellen Anbieter gerechnet werden kann (vgl. Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1319). Die Beschwerdeführerin erbringt unter anderem Zimmerarbeiten (vgl. Internet-Auszug aus dem Handelsregister). Gemäss Darstellung auf ihrer Website ist sie insbesondere auch im Bereich des Holzelement- und Holzrahmenbaus tätig (vgl. www.weberholzbau.ch, Zimmerei). Es darf deshalb bei der gebotenen summarischen Prüfung davon ausgegangen werden, dass sie jedenfalls dann, wenn die Arbeiten im offenen oder selektiven Verfahren vergeben würden, in der Lage wäre, die Arbeiten zu offerieren und bei einem Zuschlag den Auftrag auch zu erfüllen.



2.2. Aufträge im Bauhauptgewerbe mit einem Wert von über CHF 500'000 sind gemäss Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben. Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks; die übrigen Arbeiten gehören zum Baunebengewerbe (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Vergaberichtlinien zur IVöB). Die Lieferung und Montage von Holzelementen für Schulraumprovisorien zum Preis von CHF 742'000 ist deshalb – grundsätzlich – im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben. Die Vorinstanz hat den Bauauftrag indessen im freihändigen Verfahren der Beschwerdegegnerin zugeschlagen. Sie stützt sich auf die Ausnahmeregelung von Art. 16 Ingress und lit. f VöB, wonach ein Auftrag unabhängig von dessen Wert im freihändigen Verfahren vergeben werden darf, wenn zwingende Gründe im Zusammenhang mit unvorhersehbaren Ereignissen das offene oder selektive Verfahren verunmöglichen. Die Prüfung, ob überwiegende öffentliche Interessen, die sich in erster Linie aus der Dringlichkeit der Beschaffung ergeben, dagegen sprechen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, fällt damit weitgehend zusammen mit der summarischen materiellen Prüfung, ob die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Vergabe im Freihandverfahren zulässig ist. Erscheinen bei summarischer Prüfung die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 16 Ingress und lit. f VöB erfüllt, ist davon auszugehen, dass auch überwiegende öffentliche Interessen dagegen sprechen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

2.3.

2.3.1. Die Vorinstanz macht geltend, die Schulgemeinde Kirchberg bilde entsprechend der Vereinbarung vom 9. Januar 2014 seit 1. Januar 2017 mit der Politischen Gemeinde Kirchberg eine Einheitsgemeinde. Gleichzeitig seien eine neue Schulordnung und ein Nachtrag zur Gemeindeordnung in Kraft getreten. Danach sei der Schulrat für die Abklärung der Raumbedürfnisse der Schulen und die Vorberatung von Neu- oder Umbauten von Schulanlagen zuständig (Art. 38c Abs. 2 Ingress und lit. e der Gemeindeordnung; Art. 7 Abs. 2 Ingress und lit. e der Schulordnung). Für die Antragstellung an die Bürgerschaft und die Beschlussfassung über die Schulraumbauten sei seit 1. Januar 2017 neu der Gemeinderat – nach Vorberatung durch den neu gewählten Schulrat – zuständig. Der Gemeinderat sei erstmals am 26.



St.Galler Gerichte

Januar 2016 vom Schulrat der damaligen Schulgemeinde über Wachstumsprognosen und Schulraumplanung in Bazenheid informiert worden. Damals sei es ihm nicht möglich gewesen, der selbständigen Schulgemeinde Weisungen mit Blick auf eine zügige und gesetzeskonforme Umsetzung der voraussehbaren Schulraumprojekte zu erteilen oder diese selbst an die Hand zu nehmen. An der Sitzung vom 24. Januar 2017 sei der Gemeinderat erstmals darüber informiert worden, dass bereits für das am 17. August 2017 beginnende Schuljahr 2017/18 in Bazenheid vier neue Klassenräume bereit stehen müssten. Dazu sei seitens des ehemaligen Schulrates weder eine Planung noch ein entscheidungsreifer Antrag vorgelegen. Der Schulrat habe dann sechs Offerten für unterschiedliche Systeme von Schulraumprovisorien eingeholt. Der Gemeinderat sei gezwungen gewesen, einen Maximalkredit von CHF 992'000 als dringliche Ausgabe zu beschliessen und den Auftrag freihändig an die Beschwerdegegnerin zu vergeben. Andernfalls hätte die Gemeinde Kirchberg den gesetzlichen Auftrag der Beschulung aller pflichtigen Schulkinder ab Beginn des nächsten Schuljahres nicht mehr erfüllen können. Bei einer sachgerechten Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben eines Schulrates wäre dieses Vorgehen nicht nötig gewesen. Der Terminplan sehe vor, dass die Baubewilligung am 13. April 2017 vorliege, dass der Holzsystembau vom 20. Mai bis 23. Juni 2017 produziert, vom 26.-28. Juni 2017 aufgerichtet und vom 29. Juni bis 27. Juli 2017 ausgebaut werde. Wegen der Herstellungs- und Lieferfristen sei die Durchführung des offenen oder selektiven Verfahrens nicht mehr möglich gewesen. Alternativen seien nicht ersichtlich. Eine namhafte und auf Schulraumprovisorien spezialisierte Unternehmung habe angesichts der zeitlichen Vorgaben gar auf die Einreichung einer Offerte verzichtet. Wie die Beschwerdeführerin diese Leistungen innert zweier Monate erbringen könnte, sei für den Gemeinderat nicht nachvollziehbar.

2.3.2. Die Vorinstanz selbst geht davon aus, dass die Versäumnisse der per 1. Januar 2017 in die Politische Gemeinde inkorporierten Schulgemeinde grundsätzlich eine freihändige Vergabe unter Berufung auf die Ausnahmebestimmung von Art. 16 Ingress und lit. f VöB nicht zu rechtfertigen vermöchten. In diesem Zusammenhang weist die Beschwerdeführerin grundsätzlich zu Recht darauf hin, die Notwendigkeit zusätzlicher Schulräume sei keineswegs unvorhersehbar gewesen. Bereits im Amtsbericht 2015 habe der Schulrat hinsichtlich des Schulraumbedarfs in Bazenheid von einem „akuten Handlungsbedarf“ und einer „brisanten Situation“ gesprochen. Auch in der



Gesamtinformation über die Erweiterung der Schulanlagen der damaligen Schulgemeinde vom 4. August 2016 habe der Schulrat festgehalten, er sei bereits zu Beginn des Jahres 2015 zur Erkenntnis gelangt, in Bazenheid werde ein Schulraumengpass entstehen (vgl. www.kirchberg-schulen.ch, News). Da bereits für das Schuljahr 2017/18 mit einer Schülerzahl zu rechnen war, für welche die bestehenden Räumlichkeiten nicht ausreichen würden, musste den damals zuständigen Behörden klar sein, dass der Engpass zunächst wohl mit einem Provisorium überbrückt werden müsse.

2.3.3. Es sind allerdings Situationen denkbar, in denen das öffentliche Interesse an einer zeitverzugslosen Vergabe so gross ist, dass es nicht mehr ausschliesslich darauf ankommen kann, wer die Ursache für den entstandenen Verzug gesetzt hat, sofern die Zwangslage von der Vergabebehörde nicht mit der Absicht herbeigeführt worden ist, den Wettbewerb auszuschliessen. Ist das öffentliche Interesse an einer sofortigen Ausführung der Arbeiten unzweifelhaft grösser als der Anspruch potenzieller Anbieter auf gleichberechtigte Teilnahme an einem ordentlichen Vergabeverfahren, soll somit nicht jedes Mitverschulden der Vergabebehörde die Durchführung des freihändigen Verfahrens verunmöglichen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 365).

Da die Planung und Realisation des erforderlichen Schulraums bis 31. Dezember 2016 in die Zuständigkeit der als selbständige öffentlich-rechtliche Körperschaft organisierten Schulgemeinde Kirchberg fiel, kann die Verzögerung des Verfahrens nicht der Politischen Gemeinde Kirchberg und ihrem Gemeinderat, welcher den Zuschlag im freihändigen Verfahren am 7. Februar 2017 verfügt hatte, angelastet werden. Es kommen weitere Umstände hinzu, welche das öffentliche Interesse an der umgehenden Weiterführung des Beschaffungsverfahrens als überwiegend erscheinen lassen.

Soweit die Beschaffung von Schulraum Gegenstand vergaberechtlicher Beschwerdeverfahren ist, wird das Gewicht der öffentlichen Interessen an der umgehenden Fortführung des Vergabeverfahrens regelmässig mit dem Hinweis auf die Möglichkeit provisorischer Raumbeschaffungen relativiert (vgl. Präsidialverfügung B 2017/36 vom 6. März 2017 E. 2.1 mit Hinweis auf Präsidialverfügung B 2013/46 vom 11. April 2013 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch). Gegenstand des vorliegenden



Vergabeverfahrens ist indessen ein solches Provisorium. Nach der – bei summarischer Prüfung nicht unrichtig erscheinenden – Darstellung der Vorinstanz ist die Beschulung sämtlicher Schülerinnen und Schüler in Bazenhaid nur gewährleistet, wenn bis zum Beginn des Schuljahres 2017/18 vier Klassenzimmer mit der erforderlichen Infrastruktur bereit stehen. Die Vorinstanz hat sich für ein relativ aufwendiges und zeitintensives Provisorium in der Form eines Holzelementbaus entschieden. Soll dieses Provisorium realisiert werden, würde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde und die damit verbundene Verzögerung von mindestens rund drei Monaten mit Blick auf den detailliert dargelegten vorinstanzlichen Zeitplan mit den weiteren Arbeitsgattungen dazu führen, dass das Provisorium zu Beginn des Schuljahres 2017/18 voraussichtlich nicht betriebsbereit wäre.

Gegen die zeitliche Dringlichkeit der Umsetzung des von der Vorinstanz vorgesehenen Provisoriums spricht zwar die Möglichkeit, die Zeit bis zu dessen Erstellung mit einem schneller realisierbaren Provisorium mit Metallcontainern zu überbrücken. Die Vorinstanz hat im Rahmen der zeitlichen Dringlichkeit vor der freihändigen Vergabe verschiedene Systeme von Provisorien geprüft. Dabei hat sie unter anderem bei der Condicta AG auch das Angebot für ein innerhalb von sechs bis acht Wochen umsetzbares Provisorium mit Metallcontainern eingeholt. Wie sich aus der entsprechenden Offerte ergibt, würden auch bei dieser Lösung Kosten von CHF 517'940 anfallen. Auch die Beschaffung des günstigeren Provisoriums unterläge dem offenen oder selektiven Vergabefahren, welches insbesondere bei einem erneuten Beschwerdeverfahren mit aufschiebender Wirkung trotz kürzerer Realisationsfristen eine rechtzeitige Umsetzung fraglich erscheinen liesse. Das von der Vorinstanz vorgesehene Provisorium mit Kosten von CHF 792'222 ist zwar rund 50 Prozent teurer. Der Entscheid für ein vergleichsweise dauerhaftes und teureres System erscheint mit Blick auf die noch nicht in die Wege geleitete Projektierung und Realisation definitiven neuen Schulraumes jedoch ohne weiteres als nachvollziehbar. Gestützt auf Art. 16 Ingress und lit. f VöB lediglich die Beschaffung der günstigeren Übergangslösung mit Metallcontainern mit Kosten von über CHF 500'000 zuzulassen, damit das dauerhaftere Provisorium mit Kosten von über CHF 700'000 im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden kann, läge offensichtlich auch im Widerspruch mit dem vergaberechtlichen Ziel der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel im Sinn von Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. d IVöB. Die öffentlichen Interessen an der Durchführung



St.Galler Gerichte

des offenen oder selektiven Verfahrens zur Realisation des von der Vorinstanz vorgesehenen Provisoriums erscheinen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht als erheblich.

3. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die sehr gewichtigen öffentlichen Interessen an der rechtzeitigen Bereitstellung genügenden provisorischen Schulraums der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehen. Dies steht im Einklang mit der vergaberechtlichen Regel, dass der Beschwerde nur dann aufschiebende Wirkung erteilt werden kann, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen; diese Regelung zeigt, dass die Verwirklichung von Projekten der öffentlichen Hand nicht ohne gewichtige Gründe hinausgezögert werden soll (BGer 2D_31/2016 vom 2. Februar 2017 E. 2.3 mit Hinweisen). Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht als ausreichend begründet im Verhältnis zu den entgegenstehenden öffentlichen Interessen, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

4. Der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, bis 7. April 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'500 zu verrechnen. CHF 4'500 verbleiben bei der Hauptsache. Für das Zwischenverfahren sind mangels Anspruchs der Vorinstanz einerseits und zufolge Unterliegens der Beschwerdeführerin andererseits keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP).

Der Präsident verfügt:



1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis **7. April 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'000 unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'500. CHF 4'500 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Präsident

Eugster