



Fall-Nr.: B 2017/40
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 28.09.2017
Entscheiddatum: 28.09.2017

Entscheid Verwaltungsgericht, 28.09.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 16 lit. f IVöB. Die Vergabestelle beruft sich zur Begründung der ausnahmsweisen Vergabe von Schulraumprovisorien im freihändigen Verfahren zu Unrecht auf die Dringlichkeitsklausel. Zwar ist sie für die Bereitstellung des Schulraums erst seit der Einführung der Einheitsgemeinde per 1. Januar 2017 verantwortlich, hat jedoch das Verschulden ihrer Rechtsvorgängerin, in deren Rechte und Pflichten sie eintritt, zu übernehmen. Die Beschwerde wird gutgeheissen und, da der Vertrag mangels aufschiebender Wirkung der Beschwerde abgeschlossen wurde, die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festgestellt (Verwaltungsgericht, B 2017/40).

Besetzung

Vizepräsident Zürn; Präsident Eugster, Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner und Zogg; Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

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

Beschwerdeführerin,

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, Gemeinderat, 9533 Kirchberg,

Vorinstanz,

und

Wohlgensinger AG, Mosnang, Aufeld, 9607 Mosnang,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe Schulraumprovisorien Bazenheid (Lieferung von Holzelementen)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Am 26. Januar 2016 orientierte der Schulrat der damaligen Schulgemeinde Kirchberg den Gemeinderat der Politischen Gemeinde Kirchberg über Wachstumsprognosen und die Schulraumplanung im Ortsteil Bazenheid. Per 1. Januar 2017 schlossen sich die Politische Gemeinde und die Schulgemeinde zur Einheitsgemeinde zusammen. Der Schulrat setzte den neu konstituierten Gemeinderat am 24. Januar 2017 darüber in Kenntnis, dass bereits für das am 14. August 2017 beginnende Schuljahr 2017/18 in Bazenheid vier neue Klassenräume bereit stehen müssten. Der Schulratspräsident holte in der Folge sechs Offerten für unterschiedliche Systeme von Schulraumprovisorien ein. Um die rechtzeitige Bereitstellung des erforderlichen Schulraums für das Schuljahr 2017/18 sicherzustellen, beschloss der Gemeinderat am 7. Februar 2017 einen Maximalkredit von CHF 992'000 als dringliche Ausgabe und vergab den Zuschlag für die Lieferung und Montage von Holzelementen



St.Galler Gerichte

für Schulraumprovisorien in Bazenheid im freihändigen Verfahren zum Offertpreis von CHF 742'000 an die Wohlgensinger AG, Mosnang (act. 6/10).

B. Die Weber Holzbau AG (Beschwerdeführerin) erhob gegen den am 24. Februar 2017 im amtlichen Publikationsorgan bekannt gegebenen Vergabeentscheid des Gemeinderates der Politischen Gemeinde Kirchberg (Vorinstanz) mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 2. März 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Beschluss der Vorinstanz aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das offene oder selektive Verfahren durchzuführen; für den Fall eines allfälligen Vertragsabschlusses seien die Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheides und die Ungültigkeit des Beschaffungsvertrags festzustellen, eventualiter die Vorinstanz anzuweisen, vom Vertrag zurückzutreten. Der Präsident des Verwaltungsgerichts wies das von der Beschwerdeführerin gleichzeitig gestellte Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, mit Zwischenverfügung vom 15. März 2017 ab. Die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 auferlegte er der Beschwerdeführerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'500. CHF 4'500 verblieben bei der Hauptsache. Für das Zwischenverfahren wurden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin schlossen am 7./15. April 2017 den Beschaffungsvertrag ab.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 15. Mai 2017 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung. Nachdem die Beschwerdeführerin Einsicht in die Akten – soweit sie nicht von der Beschwerdegegnerin am 8. März 2017 geltend gemachte Geschäftsgeheimnisse betreffen – erhalten hatte, nahm sie zur vorinstanzlichen Vernehmlassung am 26. Juni 2017 Stellung. Die Vorinstanz äusserte sich dazu am 7. Juli 2017. Die Beschwerdeführerin antwortete darauf am 8. August 2017.

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



Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB). Zu befinden ist über den Anwendungsbereich von Art. 16 Ingress und lit. f der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB). Danach kann ein Auftrag unabhängig von seinem Wert im freihändigen Verfahren vergeben werden, wenn zwingende Gründe im Zusammenhang mit unvorhersehbaren Ereignissen das offene oder selektive Verfahren verunmöglichen. Dabei stellt sich erstmals die Rechtsfrage, ob und unter welchen Umständen die Bestimmung trotz Vorhersehbarkeit der Ereignisse anzuwenden ist. Das Verwaltungsgericht beurteilt die Angelegenheit deshalb in Fünferbesetzung (vgl. Art. 18 Abs. 3 Ingress lit. b Ingress und Ziffer 1 des Gerichtsgesetzes; sGS 941.1, GerG).

Die Beschwerdeführerin ist als potenzielle Anbieterin des von der Vorinstanz definierten Beschaffungsgegenstandes unbestrittenermassen zur Beschwerde gegen den im freihändigen Vergabeverfahren verfügten Zuschlag befugt (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.2; Präsidialverfügung vom 15. März 2017 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass die Vorinstanz den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin mittlerweile abgeschlossen hat, schliesst die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin nicht aus, da ihr der Anspruch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Zuschlags verbleibt, sollte sich ihre Beschwerde als begründet erweisen (vgl. Art. 18 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB; BGE 132 I 86 E. 3.2). Da der Beschwerde gegen den Zuschlag keine aufschiebende Wirkung erteilt worden war, durfte die Vorinstanz den Beschaffungsvertrag mit der Beschwerdegegnerin abschliessen (Art. 14 Abs. 1 IVöB). Der Beschwerdeführerin verbleibt – wie dargelegt – der Anspruch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Das Vergaberecht erlaubt deshalb nicht nur in gewissen Fällen eine Vollstreckung vor der Rechtskraft, sondern verlangt überdies und in Abweichung von den gewöhnlichen Regeln gerade nicht ein Rückgängigmachen oder eine Kompensation der vorzeitigen Vollstreckung, also des Vertragsschlusses, selbst wenn sich der Zuschlag nach seiner vorzeitigen – aufgrund der fehlenden oder verweigerten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vergaberechtskonformen – Vollstreckung als rechtswidrig erweisen sollte (vgl. M. Beyeler, Der Geltungsanspruch



St.Galler Gerichte

des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2454). Auf die Anträge, es sei die – vergaberechtliche – Ungültigkeit des Beschaffungsvertrags festzustellen, eventualiter die Vorinstanz anzuweisen, vom Beschaffungsvertrag zurückzutreten, kann deshalb nicht eingetreten werden.

Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt. Die Beschwerde gegen den am 24. Februar 2017 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheid wurde mit Eingabe vom 2. März 2017 rechtzeitig erhoben und erfüllt die formellen und inhaltlichen Voraussetzungen (vgl. Art. 15 Abs. 3 IVöB). Auf die Beschwerde ist unter dem erwähnten Vorbehalt einzutreten.

2. Beschwerdeführerin und Vorinstanz sind sich einig, dass der Beschaffungsgegenstand als Auftrag im Bauhauptgewerbe mit einem Wert von über CHF 500'000 grundsätzlich in den Anwendungsbereich des offenen oder selektiven Verfahrens fällt (vgl. Präsidialverfügung vom 15. März 2017 E. 2.2). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Durchführung des freihändigen Vergabeverfahrens seien vorliegend nicht erfüllt.

3. Gemäss Art. 16 Ingress und lit. f VöB kann ein Auftrag unabhängig von seinem Wert im freihändigen Verfahren vergeben werden, wenn zwingende Gründe (dazu nachfolgend Erwägung 3.1) im Zusammenhang mit unvorhersehbaren Ereignissen (dazu nachfolgend Erwägung 3.2) das offene oder selektive Verfahren verunmöglichen (dazu nachfolgend Erwägung 3.3).

3.1. Ob sämtliche von der Vorinstanz mit der angefochtenen Vergabeverfügung beschafften Schulräume bereits ab Beginn des Schuljahres 2017/18 zur Verfügung stehen müssen und damit zwingende Gründe im Sinn von Art. 16 Ingress und lit. f VöB vorliegen, welche die Durchführung des offenen oder selektiven Verfahrens verunmöglichen, erscheint bei einer eingehenderen Prüfung zumindest fraglich.

Im Kredit- und Vergabebeschluss der Vorinstanz vom 7. Februar 2017 wird in der Darstellung der Ausgangslage dargelegt, dass auf den Beginn des Schuljahres 2017/18 in Bazenheid zwei zusätzliche Oberstufenklassen, eine zusätzliche Primarklasse und neu eine Klasse für leistungsschwache Kinder im Übergang vom Kindergarten in die 1.



Primarschule geführt werden müssten (vgl. act. 6/10). Die Behauptung der Vorinstanz, ohne die Errichtung der Provisorien könnten zu Beginn des Schuljahres 2017/18 am 14. August 2017 in Bazenheid vier Klassen nicht mehr ordnungsgemäss unterrichtet werden, erscheint nachvollziehbar, wenn davon ausgegangen wird, dass keinerlei Raumreserven bestehen. Anzumerken ist allerdings, dass dieser vorinstanzlichen Behauptung keine leicht lesbare Zusammenfassung der Schulraumsituation in Bazenheid zugrunde liegt, aus welcher sich für den Beginn des Schuljahres 2017/18 die tatsächliche Zahl der Schülerinnen und Schüler im Kindergarten sowie in der Primar- und der Oberstufe einerseits und die für deren Unterrichtung erforderliche und die bisher zur Verfügung stehende Zahl von Klassen- und Gruppenräumen andererseits ersichtlich würde. Die Prognose „Wachstum Bazenheid“ in der Studie zur Schulraumplanung der Schällibaum AG Ingenieure und Architekten vom 14. Juni 2016 weist Zahlen für das Schuljahr 2016/17 aus, wobei von einer Differenz zwischen benötigten (99,5) und vorhandenen (79,5) „Einheiten“ von 20 ausgegangen wird (act. 6/9 S. 151). Ob diese für das Schuljahr 2016/17 prognostizierte Lücke tatsächlich bestand, wie sie gegebenenfalls behoben wurde und wie sich die Situation zu Beginn des Schuljahres 2017/18 konkret darstellte, lässt sich dieser Studie nicht entnehmen. Aus einer Gegenüberstellung der darin aufgeführten Anzahl der bestehenden Klassenzimmer einerseits – Kindergarten Neugasse 2 (S. 63), Provisorium 1 (S. 66), Wilerstrasse 3 (S. 76), Primarschule Neugasse 7 (S. 71), Eichbüel 12 (S. 80), Pavillon 2 (S. 83), Oberstufe Flurstrasse 13 (S. 90), zusammengefasst Kindergarten 6, Primarschule 21, Oberstufe 13 – und der Anzahl der prognostizierten Klassen für das Schuljahr 2017/18 andererseits – Kindergarten 7,5 (S. 148), Primarschule 17 (S. 149), Oberstufe 10 (S. 150) – lässt sich jedenfalls nicht ohne Weiteres auf ein Defizit an Klassenzimmern zu Beginn des Schuljahres 2017/18 schliessen.

Ob die Vorinstanz damit zwingende Gründe im Sinn von Art. 16 Ingress und lit. f VöB ausreichend dargetan hat, kann indessen offen bleiben, wenn andere Voraussetzungen für die ausnahmsweise Durchführung des freihändigen Vergabeverfahrens nicht erfüllt sind.

3.2.



3.2.1. Die ausnahmsweise Vergabe im freihändigen Verfahren gemäss Art. 16 Ingress und lit. f VöB setzt „unvorhersehbare Ereignisse“ voraus. Darunter fallen beispielsweise der Ausbruch einer Pandemie oder einer Naturkatastrophe oder die Einführung neuer gesetzlicher oder völkerrechtlicher Anforderungen ohne entsprechende Übergangsfrist, welche eine dringliche Beschaffung notwendig machen (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, in: BBI 2017 S. 1851 ff., S. 1927 zur entsprechenden Bestimmung im bundesrätlichen Entwurf). Die Bestimmung bezweckt, dringliche Beschaffungen vergaberechtlich nicht zu verunmöglichen. Allein die Vorhersehbarkeit der Ereignisse darf deshalb – entgegen dem Wortlaut der Bestimmung – nicht in jedem Fall die ausnahmsweise Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe ausschliessen. Vielmehr muss entscheidend sein, dass die Situation nicht durch die Auftraggeberin verschuldet wurde (beispielsweise durch Inaktivität oder mangelhafte Planung; vgl. Botschaft, a.a.O., S. 1926 f.). Waren die Ereignisse, welche das offene oder selektive Verfahren verunmöglichten, vorhersehbar (dazu nachfolgend Erwägung 3.2.2), muss es deshalb entsprechend dem Zweck der Bestimmung genügen, dass es der Vergabebehörde unverschuldetermassen unmöglich war, diesen Ereignissen rechtzeitig Rechnung zu tragen (dazu nachfolgend Erwägung 3.2.3) und das vom Auftragsvolumen verlangte offene oder selektive Vergabeverfahren durchzuführen.

3.2.2. Die Vorinstanz führt aus, das vom Schulrat am 26. Januar 2016 vorgestellte Wachstum der Schülerzahlen sei für sie überraschend gewesen, weil seitens der Schulgemeinde Kirchberg bisher immer von genügendem Schulraum für die nächsten Jahre die Rede gewesen sei. Auch damals sei seitens des Schulrates nicht auf die Notwendigkeit von Schulraumprovisorien bereits auf Beginn des Schuljahres 2017/18 hingewiesen worden (act. 5, II/c). Darüber, dass bereits auf diesen Zeitpunkt hin vier neue Klassenräume erstellt werden müssten, weil andernfalls vier Klassen am Schulort Bazenheid nicht mehr unterrichtet werden könnten, sei sie erstmals an der Sitzung vom 24. Januar 2017 informiert worden (act. 5, II/d). Bis dahin sei ihr zu keiner Zeit bekannt und nicht voraussehbar gewesen, dass die Errichtung eines Schulraumprovisoriums zur Überbrückung des akut gewordenen Schulraummankos notwendig werde (act. 5, II/i). – Die Beschwerdeführerin hält dem im Wesentlichen entgegen, angesichts der kurzen Dienst- und Kommunikationswege und des informellen Austausches von Informationen in einer Landgemeinde scheine das Argument der Vorinstanz, sie sei



über die (angebliche) Dringlichkeit der Realisierung der Schulraumprovisorien bis zum 24. Januar 2017 nicht informiert gewesen, vorgeschoben. Nachdem am 9. Januar 2014 eine Vereinbarung zur Bildung einer Einheitsgemeinde abgeschlossen worden sei, sei der Schulrat auch rechtlich verpflichtet gewesen, die Vorinstanz über wichtige Geschäfte, wozu auch die seit Jahren höchst problematische Schulraumsituation gehört habe, zu informieren. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang sodann auf die dem Gemeinderat bekannte Wohnraumentwicklung in Bazenheid und das dadurch ausgelöste grosse Wachstum der Bevölkerung und damit auch der Schülerzahlen, auf die Informationen durch den Schulrat und die zur Vorbereitung der Einheitsgemeinde – umfassend die Politische Gemeinde Kirchberg und die frühere Schulgemeinde Kirchberg – bereits im Jahr 2014 eingesetzten Gremien. Sei die Vorinstanz von den Ausführungen des Schulrates am 26. Januar 2016 überrascht worden, hätte dies umso mehr ihre Aufmerksamkeit und die Überwachung der Tätigkeit des Schulrates erfordert. Bereits im Voranschlag 2017 sei für Schulraumprovisorien zudem eine Summe von CHF 1'000'000 eingestellt worden (vgl. Jahresbericht der Gemeinde Kirchberg 2016, act. 19/19).

Die Schulgemeinde als Rechtsvorgängerin der ab 1. Januar 2017 als Einheitsgemeinde organisierten Politischen Gemeinde war bis 31. Dezember 2016 Trägerin der öffentlichen Volksschule, umfassend insbesondere die Primarschule sowie die Real- und Sekundarschule (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 des Volksschulgesetzes; sGS 213.1, VSG), und als solche unter anderem zur Beschaffung der notwendigen Schulanlagen verpflichtet (Art. 11 Abs. 1 VSG). Soweit sie nicht durch Gesetz, Gemeindeordnung, Reglement oder Vereinbarung anderen Organen übertragen sind, erfüllt der Schulrat die Aufgaben der Schulgemeinde (Art. 111 Abs. 2 VSG). In Art. 4 der Vereinbarung vom 9. Januar 2014 zur Bildung einer Einheitsgemeinde kamen Schulgemeinde und politische Gemeinde überein, dass der Gemeinderat und der Schulrat die für die Bildung der Einheitsgemeinde erforderlichen Übereinkommen treffen (act. 6/1). Auf dieser Grundlage hat die Vorinstanz im Jahr 2014 für die Vorbereitung der Einführung der Einheitsgemeinde einen Steuerungsausschuss und je eine Arbeitsgruppe „Führung und Organisation“, „Schule“ und „Verwaltung und Finanzen“ eingesetzt, in die auch die noch bestehenden Schulräte einbezogen wurden (vgl. S. 5 des Jahresberichts der Gemeinde Kirchberg 2015, act. 19/18).



Aus der Organisation der beiden zwar rechtlich noch je selbständigen Gemeinden in der Übergangsphase ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass Schul- und Gemeinderat gleichermaßen und im gleichen Zeitpunkt Kenntnis von der Notwendigkeit zusätzlicher Schulräume in Bazenheid auf den Beginn des Schuljahres 2017/18 hin hatten beziehungsweise hätten haben müssen. Daran vermag nichts zu ändern, wenn – wie die Vorinstanz behauptet, aber nicht beispielsweise mit Pflichtenheften oder Protokollen belegt – die Schulraumplanung nicht zum Aufgabengebiet des Steuerungsausschusses und der Arbeitsgruppen gehört haben sollte. Ebenso ist davon auszugehen, dass das Bestehen eines Schulraumdefizits in Bazenheid – wenn möglicherweise auch nicht ihr konkretes Ausmass – den zuständigen Behörden auf der Grundlage der Einwohnerkontrolle nicht erst im Januar 2017 hätte bekannt sein müssen. Weshalb für den Schulrat und die Vorinstanz in einem Zeitpunkt, in welchem die ordnungsgemässe Durchführung eines offenen oder selektiven Vergabeverfahrens für das Provisorium noch möglich gewesen wäre, ein Bedarf an Schulraumprovisorien in Bazenheid für das Schuljahr 2017/18 nicht zumindest erkennbar war, lässt sich anhand der Vorbringen der Vorinstanz nicht nachvollziehen. Dies gilt umso mehr, als die Schulraumprobleme in Bazenheid auf den ausserordentlich starken Zuzug von Schülerinnen und Schülern im Verlauf des Schuljahres 2015/16 zurückgeführt wurden (vgl. act. 6/5).

3.2.3. Soweit der Schulrat der Schulgemeinde Kirchberg im Hinblick die Beschaffung der Schulraumprovisorien bis Ende 2016 nicht hinreichend tätig geworden ist, kann zumindest er sich nicht auf die Ausnahmebestimmung von Art. 16 Ingress und lit. f VöB berufen. Ohne die Schaffung der Einheitsgemeinde per 1. Januar 2017 bestünde deshalb für die Anwendung der Ausnahmebestimmung kein Raum, weil dem Schulrat ein Verschulden anzulasten wäre. Die Vorinstanz geht davon aus, es treffe sie an der Dringlichkeit, welche die Durchführung des offenen oder selektiven Verfahrens verunmöglicht habe, kein Verschulden, weil die Politische Gemeinde erst mit der Schaffung der Einheitsgemeinde per 1. Januar 2017 auch die Aufgaben der Schulgemeinde erfülle. Zu prüfen ist, ob sich die Politische Gemeinde die Untätigkeit der Schulgemeinde anrechnen lassen muss.

Gemäss Art. 55 Abs. 1 des Gemeindevereinigungs-gesetzes (sGS 151.3, GvG) ist die Politische Gemeinde Rechtsnachfolgerin der aufgehobenen Schulgemeinde. Als solche



übernimmt sie deren Rechte und Pflichten (vgl. Gemeindevereinigungsgesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 4. Juli 2006, in: ABI 2006 S. 1965 ff., S. 1992). Art. 2 der Vereinbarung zur Bildung einer Einheitsgemeinde, welche die Politische Gemeinde Kirchberg und die Schulgemeinde Kirchberg am 9. Januar 2014 abschlossen, wiederholt die gesetzlichen Vorgaben, indem sie die politische Gemeinde als Rechtsnachfolgerin bezeichnet (Abs. 1), welche alle Aufgaben, Rechte und Pflichten der Schulgemeinde übernimmt (Abs. 2). Die Politische Gemeinde Kirchberg übernahm am 1. Januar 2017 als Rechtsnachfolgerin der aufgehobenen Schulgemeinde deren Aufgaben, Rechte und Pflichten. Insbesondere übernahm sie von der Schulgemeinde auch die Verpflichtung, Schulraum und gegebenenfalls Schulraumprovisoren unter Beachtung des Vergaberechts zu beschaffen. Für die diesbezüglichen Versäumnisse ihrer Rechtsvorgängerin muss die Vorinstanz folglich gestützt auf Art. 55 Abs. 1 GvG eintreten.

Die Schulgemeinde hat zwar die ihr obliegende Beschaffung der notwendigen Schulanlagen nicht bereits vorweg auf den Gemeinderat der politischen Gemeinde Kirchberg übertragen. Ebenso wenig hätte der Gemeinderat die notwendigen Schulanlagen als Aufsichtsbehörde – die Aufsicht über die Volksschule obliegt grundsätzlich dem Erziehungsrat (vgl. Art. 100 Abs. 1 VSG) – beschaffen können. Die Politische Gemeinde war bis zur Schaffung der Einheitsgemeinde per 1. Januar 2017 nicht befugt, für die Schulgemeinde Kirchberg rechtsverbindlich zu handeln und insbesondere in deren Namen eine Zuschlagsverfügung zu erlassen. Allerdings ermächtigte Art. 4 der Vereinbarung zur Bildung einer Einheitsgemeinde vom 9. Januar 2014 den Gemeinderat und den Schulrat, die für die Bildung der Einheitsgemeinde erforderlichen Übereinkommen zu treffen. Auf der Grundlage dieser Vereinbarung haben die Schulgemeinde und die Politische Gemeinde denn auch einen Steuerungsausschuss und Projektgruppen mit Pflichtenheften geschaffen. Damit bestanden die erforderlichen rechtlichen und organisatorischen Grundlagen dafür, dass die Vorinstanz bereits vor dem 1. Januar 2017 auf eine Beschaffung von Schulraumprovisoren unter Beachtung des Vergaberechts aktiv hätte hinwirken können. Insbesondere wäre es ihr möglich gewesen, für die Schulgemeinde eine Ausschreibung und allenfalls erforderliche Beschlüsse unterschriftsfertig vorzubereiten. Solche Bemühungen werden von der Vorinstanz weder geltend gemacht noch belegt. Im Protokoll der Sitzung der Vorinstanz vom 26. Januar 2016 wird einzig festgehalten,



der Gemeinderat erwarte mit Blick auf die Finanzen ein striktes, kostensensitives Vorgehen in den weiteren Bemühungen zur Entschärfung der Schulraumproblematik (act. 6/5). Unter diesen Umständen ist die Untätigkeit der Schulgemeinde im Hinblick auf die rechtzeitig unter Beachtung des Vergaberechts erfolgende Beschaffung von Schulraumprovisorien der Politischen Gemeinde nicht nur gestützt auf Art. 55 Abs. 1 GvG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 der Vereinbarung zur Bildung einer Einheitsgemeinde anzulasten, sondern die Vorinstanz hat es auch selber versäumt, für die rechtzeitige vergaberechtskonforme Schulraumbeschaffung zu sorgen.

3.3. Die Beschwerdeführerin bestreitet schliesslich die – zeitliche – Unmöglichkeit der Durchführung eines offenen beziehungsweise selektiven Verfahrens für die Beschaffung des Schulraumprovisoriums. Die Realisierung der Provisorien beanspruche nach ihrer Einschätzung einen Zeitrahmen von zirka zwei Monaten, sodass sie auch bei Durchführung des Submissionsverfahrens im Sommer 2017 hätten bezogen werden können. Die Vorinstanz hätte das Verfahren spätestens Mitte Januar 2017 mit einer kürzeren als der üblichen 14-tägigen Eingabefrist starten und den Vergabeentscheid an der Sitzung vom 24. Januar 2017 oder an jener vom 7. Februar 2017 fällen können. Das Rechtsmittelverfahren hätte das Vergabeverfahren nicht verlängert, da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung – wie die Präsidialverfügung vom 15. März 2017 zeige – nicht erteilt worden wäre. Das Zeitprogramm möge zwar eng sein, enthalte aber doch noch einigen Spielraum. Der Umstand, dass die für 13. April 2017 terminierte Baubewilligung erst am 17. Mai 2017 zugestellt worden sei, relativiere die behauptete Dringlichkeit. Die Übergabe sei für den 27. Juli 2017 – mithin rund zwei Monate nach Erteilung der Baubewilligung – geplant, das Schuljahr beginne jedoch erst am 14. August 2017. – Die Vorinstanz verweist demgegenüber auf die Terminplanung vom 24. Januar 2017. Eine namhafte und auf solche Schulraumprovisorien spezialisierte Unternehmung habe aufgrund dieser zeitlichen Vorgaben bereits auf die Einreichung einer Offerte verzichtet. Sie verfüge nicht wie beispielsweise die Stadt Wil über eine Hochbau- oder Tiefbauabteilung, welche das Beschaffungsverfahren selbst durchführen könne. Es hätte noch ein Vorverfahren stattfinden müssen. Sie hätte für den Beginn des Ausschreibungsverfahrens den Gesamtwert abschätzen, je nach Verfahrensart Offerten für die Durchführung der Ausschreibung einholen, diesen Auftrag vergeben müssen und erst dann das offene oder selektive Verfahren für den Bau des Schulraumprovisoriums in Auftrag geben und



die weiteren Verfahrensschritte in die Wege leiten können. Bereits dieses Verfahren hätte mehrere Wochen in Anspruch genommen. – Nach Auffassung der Beschwerdeführerin kann nicht ausschlaggebend sein, wie die Vorinstanz intern organisiert ist. Bei zumutbarer Anstrengung wäre es möglich gewesen, ein Submissionsverfahren durchzuführen, zumal die dafür notwendigen Grundlagen dem Präsidenten des Schulrates und damit auch dem Gemeinderat lange vor dem 1. Januar 2017 bekannt gewesen seien. Die Vorinstanz bringe nicht vor, die Durchführung eines Submissionsverfahrens überhaupt geprüft zu haben. Welche anderen Arbeiten nebst den Vergaben noch angefallen seien, könne in submissionsrechtlicher Hinsicht keine Rolle spielen.

Ob das Provisorium noch rechtzeitig im offenen oder selektiven Verfahren hätte beschafft werden können, ist nicht vor dem Hintergrund der Frage zu prüfen, ob das Verfahren bereits früher hätte eingeleitet werden können oder müssen. Dieser Aspekt ist Gegenstand der Prüfung der Unvorhersehbarkeit des Bedarfs (dazu oben Erwägung 3.2). Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung vom 8. März 2017 die Terminplanung für die rechtzeitige Realisation des Provisoriums dargelegt (act. 5, II/g). Die Beschwerdeführerin selbst anerkennt das Zeitprogramm als eng. Auch sie geht nicht davon aus, dass ausreichend Zeit für die Durchführung eines zweistufigen, das heisst selektiven Verfahrens bestanden hätte. Allein aus den von der Beschwerdeführerin angeführten Zeitreserven kann nicht geschlossen werden, dass der provisorische Schulraum bei einer Vergabe im offenen Verfahren rechtzeitig hätte beschafft werden können. Dass die Baubewilligung erst einen Monat später als geplant vorlag, vermag am Zeitbedarf für die Ausführungsplanung, die Materialbestellungen und die Produktion des Holzsystembaus nichts zu ändern. Diese Vorbereitungsarbeiten waren unabhängig davon, ob die Baubewilligung bereits vorlag, an die Hand zu nehmen. Die im Vergleich mit dem Terminplan verspätete Erteilung der Baubewilligung musste dementsprechend nicht zu einer Verzögerung des übrigen Beschaffungsprozesses führen. Die Übergabe des fertig ausgebauten Provisoriums am 27. Juli 2017 an die Schule bedeutete nicht, dass umgehend der Schulbetrieb hätte aufgenommen werden können. Vielmehr ist davon auszugehen, dass bis zum Schulbeginn am 14. August 2017 weitere vorbereitende Aufgaben wie insbesondere die Einrichtung mit Möbeln und die Ausstattung mit dem für die Unterrichtserteilung erforderlichen Material mit dem entsprechenden Zeitbedarf nötig waren. Das Einladungsverfahren zeichnet sich



schliesslich durch eine Flexibilität aus, welche dem offenen Verfahren abgeht. Letzteres erfordert vorab die Ausarbeitung einer den vergaberechtlichen Anforderungen genügenden Ausschreibung und von Ausschreibungsunterlagen mit dem entsprechenden Zeitbedarf. Sodann sind die eingegangenen Angebote, auf deren Anzahl die Vergabebehörde zudem keinen Einfluss hat, mit der im ordentlichen Vergabeverfahrenen gebotenen Sorgfalt auszuwerten. Gegebenenfalls sind Rückfragen bei einzelnen Anbietern erforderlich. Die Vorinstanz hätte deshalb über die Vergabe – anders als im vorliegenden freihändigen Verfahren – nicht bereits am 7. Februar 2017 beschliessen können. Auch die Beschwerdeführerin geht im Übrigen davon aus, dass einer Beschwerde im ordentlichen Vergabeverfahren die aufschiebende Wirkung nicht gewährt worden wäre. Die Begründung dafür hätte – unabhängig davon, ob die Beschwerde unter den konkreten Umständen ausreichend begründet erschienen wäre – offensichtlich die zeitliche Dringlichkeit der Beschaffung sein müssen. Auch darin kommt zum Ausdruck, dass die rechtzeitige Bereitstellung des provisorischen Schulraums im ordentlichen Verfahren nicht möglich gewesen wäre.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Schulraumprovisorium zwar nach dem 1. Januar 2017 im offenen Vergabeverfahren nicht mehr rechtzeitig hätte beschafft werden können. Allerdings war der Bedarf an zusätzlichem Schulraum auf Beginn des Schuljahres 2017/18 in Bazenheid für die Vorinstanz vorhersehbar im Sinn von Art. 16 Ingress und lit. f VöB. Auch wenn es ihr bis zur Schaffung der Einheitsgemeinde per 1. Januar 2017 rechtlich nicht möglich war, das zur Beschaffung der Schulraumprovisorien grundsätzlich erforderliche offene oder selektive Vergabeverfahren im eigenen Namen durchzuführen, bestanden die rechtlichen und organisatorischen Grundlagen, um die Schulgemeinde auf die Notwendigkeit des rechtzeitigen Handelns hinzuweisen und gegebenenfalls das Vergabeverfahren für die Schulgemeinde vorzubereiten. Dass die Vorinstanz die ihr zu Gebote stehenden Mittel ausgeschöpft hätte, ist nicht ersichtlich. Und schliesslich muss die Vorinstanz als Rechtsnachfolgerin der Schulgemeinde gestützt auf Art. 55 Abs. 1 GvG für deren Versäumnisse einstehen. Ob die weitere Voraussetzung für die ausnahmsweise Vergabe des Auftrags im freihändigen Verfahren – die zwingende Beschaffung der Provisorien bis zum Beginn des Schuljahres 2017/18 – erfüllt ist, kann unter diesen Umständen offen bleiben.



St.Galler Gerichte

Die Beschwerde erweist sich deshalb in der Sache als begründet. Sie ist dementsprechend, soweit auf sie einzutreten ist, gutzuheissen. Es ist die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 7. Februar 2017 festzustellen.

5. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens der Politischen Gemeinde Kirchberg aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 4'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Beschwerdeführerin ist der restliche Kostenvorschuss von CHF 4'500 zurückzuerstatten. Die Politische Gemeinde Kirchberg hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ermessensweise mit CHF 6'000 zuzüglich CHF 240 Barauslagen (vier Prozent von CHF 6'000) zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP; Art. 6, Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b, Art. 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 963.75). Die Beschwerdeführerin ist selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann. Die Mehrwertsteuer kann deshalb bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, www.gerichte.sg.ch; 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, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen.
- 2.** Es wird die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 7. Februar 2017 festgestellt.
- 3.** Die Politische Gemeinde Kirchberg bezahlt die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 4'500. Der Beschwerdeführerin wird der restliche Kostenvorschuss von CHF 4'500 zurückerstattet.



4. Die Politische Gemeinde Kirchberg entschädigt die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit CHF 6'240 (ohne Mehrwertsteuer).

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Zürn

Scherrer