



**Fall-Nr.:** B 2017/81  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 08.08.2017  
**Entscheiddatum:** 08.08.2017

### **Präsidentialscheid Verwaltungsgericht, 08.08.2017**

**Öffentliches Beschaffungswesen, nichtige Zuschlagsverfügung. Vergabe Baumeisterarbeiten EW Murg. Die Vergabe von Bauarbeiten für ein Elektrizitätswerk einer Ortsgemeinde untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Ein als „Verfügung betreffend Zuschlag“ bezeichnetes Schreiben eines beauftragten Ingenieurunternehmens ist keine öffentlich-rechtliche Verfügung. Die angefochtene „Zuschlagsverfügung“ ist nichtig, und auf die Beschwerde dagegen ist nicht einzutreten. Zuzufolge Fehlens einer Zuschlagsverfügung fehlt auch die Erlaubnis zum Abschluss eines Vertrages mit der „Zuschlagsempfängerin“ (Präsidentialscheid Verwaltungsgericht, B 2017/81).**

Verfahrensbeteiligte

**Toneatti AG Bilten**, Tschachenstrasse 9, 8865 Bilten,

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jon Andri Moder, Masanserstrasse 40,  
7000 Chur,

gegen

**Ortsgemeinde Murg**, Elektrizitätswerk, Alte Staatsstrasse 14, 8877 Murg,

**Vorinstanz,**



## St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hubert Bühlmann, Museumstrasse 35, Postfach 41,  
9004 St. Gallen,

und

**ARGE Kraftwerk Merlen**, c/o LINTH STZ AG, Im Wyden 9, 8762 Schwanden GL,

bestehend aus:

- **LINTH STZ AG, Bauunternehmung,**
- **STRABAG AG,**

**Beschwerdegegnerinnen,**

Gegenstand

**Vergabe Kraftwerk Merlen Los B (Baumeisterarbeiten)**

**Der Abteilungspräsident stellt fest:**

**A.** Das Elektrizitätswerk der Ortsgemeinde Murg hat am 27. Dezember 2016 die Baumeisterarbeiten für die Wasserfassung Bachlauri, die Druckleitung und die Zentrale ihres Kraftwerks Merlen im offenen Verfahren ausgeschrieben (ABI 2016 S. 3703 ff.). Innert der bis 27. Februar 2017 offenen Frist reichten sieben Anbieter ein Angebot ein. Die IM Maggia Engineering AG, welche die Angebote auswertete, teilte den Anbietern mit als „Verfügung“ bezeichnetem Schreiben vom 13. April 2017 den Zuschlag zum Preis von CHF 1'596'637 an die aus der LINTH STZ AG, Bauunternehmung, und der STRABAG AG bestehende „Arbeitsgemeinschaft Kraftwerk Merlen“ mit.



**B.** Die Toneatti AG Bilten (Beschwerdeführerin), welche das Schreiben am 18. April 2017 entgegen genommen hatte, erhob gegen diesen Zuschlag entsprechend der Rechtsmittelbelehrung mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 28. April 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge und Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen, eventualiter die Sache zur neuen Vergabe an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Präsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Ortsgemeinde Murg (Vorinstanz) am 2. Mai 2017 superprovisorisch den Abschluss des Vertrags und wies sie darauf hin, eine Delegation der Eröffnung des Zuschlags an die beauftragte Unternehmung sei unzulässig und führe zur Nichtigkeit der Zuschlagsverfügung. Nachdem sich die Vorinstanz in der Mitteilung ihres Rechtsvertreters vom 8. Mai 2017 dem Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht ausdrücklich widersetzt und die LINTH STZ AG, Bauunternehmung, und die STRABAG AG (Beschwerdegegnerinnen) stillschweigend auf eine Stellungnahme verzichtet hatten, erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 16. Mai 2017 die aufschiebende Wirkung. Mit dem Hinweis, nach unbenützter Frist werde Verzicht angenommen, erhielten Vorinstanz und Beschwerdegegnerin Gelegenheit, bis 8. Juni 2017 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen und sich insbesondere zur allfälligen Nichtigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung zu äussern. Die Frist verstrich ungenutzt.

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

### **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 Ingress und Ziffer 1 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 seit 1. Juni 2017 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. 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 2017/110 vom 19. Juni 2017, B 2013/160 vom 29. Juli 2013, B 2005/176 vom 6. Dezember 2005 E. 2b mit Hinweis unter anderem auf GVP 2003 Nr. 38, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

In der Ausschreibung wird als „Vergabestelle“ und „Organisation“ das „Elektrizitätswerk der Ortsgemeinde Murg“ genannt. Die „Art der Auftraggeberin“ wird mit „Gemeinde/Stadt“ umschrieben. Die Ortsgemeinde Murg führt das Elektrizitätswerk als unselbständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen (Art. 32 Ingress und lit. a der Gemeindeordnung der Ortsgemeinde Murg, [www.murg.ch](http://www.murg.ch) Ortsgemeinde/Publikationen). Den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts unterliegen gemäss Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. a IVöB unter anderem die – politischen (vgl. M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 149) – Gemeinden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder



kommunaler Ebene, zu denen unter anderem auch die Ortsgemeinden gehören (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 151), mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit, sowie gemäss Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. c Satz 1 IVöB mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattete öffentliche oder private Unternehmen insbesondere im Sektor der Energieversorgung. Unbestritten ist denn auch, dass die Beschaffung der ausgeschriebenen Arbeiten den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens untersteht. Die Finanzbefugnisse für das Elektrizitätswerk sowie das Verfahren für die Beschlussfassung über neue Ausgaben richten sich gemäss Art. 33 Abs. 2 der Gemeindeordnung nach deren Anhang. Die Ortsbürger haben mit Urnenabstimmung vom 18. Dezember 2016 einem Kredit im Betrag von CHF 5'000'000 zur Erneuerung des Kraftwerkes Bachlauri-Merlen zugestimmt (vgl. [www.murg.ch](http://www.murg.ch) Aktuell/News; vgl. Ziffer 1.1 des Anhangs, wonach über neue einmalige Ausgaben von über CHF 2'000'000 mittels Urnenabstimmung zu befinden ist). Die Leitung des Elektrizitätswerks obliegt gemäss Art. 33 Abs. 1 der Gemeindeordnung dem Ortsverwaltungsrat. Dass der Ortsverwaltungsrat Zuständigkeiten an nachgeordnete Behörden des Elektrizitätswerks, beispielsweise an die Betriebskommission (vgl. [www.murg.ch](http://www.murg.ch) Elektrizitätswerk/Publikationen/Organigramm) delegiert hätte, ist nicht ersichtlich. Für den Rat, bei dem es sich um das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan der Gemeinde im Sinn von Art. 89 Abs. 1 GG handelt, unterzeichnen gemäss Art. 102 GG der Vorsitzende und der Schreiber. Dass das als „Verfügung betreffend Zuschlag“ bezeichnete Schreiben nicht über die entsprechenden Unterschriften verfügt, ist unbestritten.

Die IM Maggia Engineering AG verfasste den technischen Bericht, der Teil der Ausschreibungsunterlagen ist (Band 1/Teil III, act. 9/1). In der Ausschreibung wird sie als Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen genannt. Sie stand für Auskünfte zur Verfügung und nahm die Anmeldungen für die Teilnahme an der obligatorischen Begehung entgegen (Ausschreibungsunterlagen Band 1/Teil I Ziffern 1.1.2 und 1.8, act. 9/1). Gemäss Entwurf des Werkvertrags wird ihr bei der Ausführung des Projekts die Bauleitung obliegen (Ausschreibungsunterlagen Band 1/Teil II). Sie hat schliesslich die eingegangenen Angebote bewertet und – im Sinn einer Empfehlung – einen „Vergabeantrag“ gestellt (act. 9/6). Daraus ergibt sich, dass sich die Funktion der IM Maggia Engineering AG auf die Projekt- und Bauleitung beschränkt. Sie wurde von der Ortsgemeinde nicht mit dem Erlass der Zuschlagsverfügung betraut. Ob die beiden



Personen, welche die „Verfügung“ unterzeichneten, zur rechtsgültigen Vertretung der IM Maggia Engineering AG befugt sind, ist deshalb nicht von Belang. Dass der Zuschlag „unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die zuständigen Instanzen des EW Murg“ (Ausschreibungsunterlagen Band 1/Teil I Ziffer 2.16) und auf dem Briefpapier des Elektrizitätswerks der Ortsgemeinde Murg erfolgte (act. 2), führt ebenfalls nicht dazu, dass das Schreiben vom 13. April 2017 als Verfügung der Ortsgemeinde Murg zuzurechnen wäre, denn es ist zwar als Verfügung bezeichnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, jedoch von keinen zur Vertretung der Ortsgemeinde Murg oder gegebenenfalls des Elektrizitätswerks befugten Personen unterzeichnet. Soweit der Mitteilung des Zuschlags durch die IM Maggia Engineering AG ein Beschluss eines zuständigen Organs der Ortsgemeinde Murg zugrunde liegt, blieb er mangels förmlicher Mitteilung an die Betroffenen unwirksam (vgl. VerwGE B 2005/176 vom 6. Dezember 2005 E. 2b).

**3.** Damit ergibt sich, dass der Zuschlag nicht durch die zuständige Vergabebehörde verfügt wurde. Das als „Verfügung betreffend Zuschlag“ bezeichnete Schreiben der IM Maggia Engineering AG vom 13. April 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.).

**4.** Die offensichtliche Unzulässigkeit der Eingabe der Beschwerdeführerin beruht auf dem Umstand, dass die zwar als "Verfügung" bezeichnete und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Mitteilung vom 13. April 2017 der IM Maggia Engineering AG über den Zuschlag kein Anfechtungsobjekt darstellt. Mangels Anfechtungsobjekts ist die Beschwerde gegenstandslos. Diesen Umstand hat die Vorinstanz zu vertreten, da sie entgegen ihrer Zuständigkeit keinen Zuschlag verfügt hat. Dass die Beschwerdeführerin sich an das Verwaltungsgericht wandte und einen Nichteintretensentscheid 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 13. April



## St.Galler Gerichte

2013 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 Entscheidgebühr von CHF 1'000 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 212 der Gerichtskostenverordnung, sGS 951.12). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 7'700 zurückzuerstatten.

Die Vorinstanz hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich ermessensweise mit CHF 2'000 zuzüglich CH 80 Barauslagen zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP; Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b sowie Art. 28bis Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, HonO). 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](http://www.gerichte.sg.ch); R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).

### **Demnach erkennt der Abteilungspräsident zu Recht:**

1. Der Zuschlag im Schreiben der IM Maggia Engineering AG vom 13. April 2017 ist nichtig.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CH 1'000 bezahlt die Vorinstanz. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CH 7'700 zurückerstattet.
4. Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit CHF 2'080 ohne Mehrwertsteuer.

# Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Der Abteilungspräsident

Eugster