



Fall-Nr.: B 2019/1 (21.01.19)
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 21.01.2019
Entscheiddatum: 21.01.2019

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 21.01.2019

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Beim Folienersatz in einem Schwimmbecken und den weiteren damit zusammenhängenden Arbeiten handelt es sich in erster Linie um Abdichtungen an der Hülle des Werkes und damit um Arbeiten, die dem Bauhauptgewerbe zuzurechnen sind. Die möglicherweise dem Baunebengewerbe zuzurechnenden Elemente des Auftrags – namentlich die Markierungsstreifen – bewegen sich kostenmässig unterhalb der im Baunebengewerbe geltenden Grenze der Freihandvergabe. Bei der gebotenen summarischen Prüfung ist deshalb davon auszugehen, dass die Vorinstanz die Arbeiten mit einer Offertsumme von unter CHF 300'000 im freihändigen Verfahren vergeben durfte. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2019/1). Verfügung vom 21. Januar 2019

Verfahrensbeteiligte

SENN+CO WIL AG, Hubstrasse 104, 9500 Wil SG,

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Max Auer, Obere Bahnhofstrasse 48, 9500 Wil SG,

gegen

Politische Gemeinde Altstätten, Stadtrat, 9450 Altstätten,

Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Urs Freytag, factum advocatur, Davidstrasse 1,
Postfach 635, 9001 St. Gallen,

und

NEPTUN Schwimmbadbau AG, Speerstrasse 18 G, 9500 Wil SG,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Vergabe im Freihandverfahren Folienauskleidung im 50m-Schwimmerbecken /
aufschiebende Wirkung**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die SENN+CO WIL AG (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Stadtrat der Politischen Gemeinde Altstätten (Vorinstanz) am 17. Dezember 2018 im freihändigen Verfahren beschlossenen und von der Leiterin Stadtentwicklung und Projekte am 18. Dezember 2018 mit A-Post-Brief eröffneten Zuschlag für den Ersatz der Folienauskleidung des 50-Meter-Schwimmbeckens im Freibad zum Preis von CHF 224'612.25 an die NEPTUN Schwimmbadbau AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe vom 27. Dezember 2018 und Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 10. Januar 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. In der Sache beanstandet sie im Wesentlichen die von der Vorinstanz gewählte Verfahrensart mit der Begründung, im Baunebengewerbe sei die Freihandvergabe auf Summen bis CHF 150'000 beschränkt. Die Vorinstanz hat mit Eingabe vom 14. Januar 2019 die Ermächtigung der Leiterin Stadtentwicklung und Projekte zur Eröffnung der Zuschlagsverfügung nachgewiesen und mit Vernehmlassung vom 16. Januar 2019 die Abweisung des Begehrens um aufschiebende Wirkung beantragt mit der Begründung, Gegenstand der Vergabe seien dem Bauhauptgewerbe zuzurechnende Arbeiten, bei denen das Freihandverfahren bis zu Auftragssummen von CHF 300'000 zulässig sei. Gleichzeitig teilte sie mit, der



Vertrag mit der Beschwerdegegnerin sei bereits am 17. Dezember 2018 abgeschlossen worden.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, fällt der Entscheid über das Gesuch in die Zuständigkeit des Abteilungspräsidenten (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, 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 und je weniger schwer die gerügten Rechtsfehler und deren Folgen aus der Sicht des öffentlichen Interesses wiegen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349; M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 425).

3. Die Vorinstanz hat die Arbeiten für den Ersatz der Folienauskleidung im 50-Meter-Schwimmbecken ihres Freibades unbestrittenermassen im freihändigen Verfahren vergeben. Mit der Beschwerde gegen die freihändige Auftragserteilung kann nur geltend gemacht werden, richtigerweise hätte für die in Frage stehende Beschaffung das Einladungs- oder aber das offene Verfahren – und nicht das freihändige Verfahren – durchgeführt werden müssen (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.2, GVP 1999 Nr. 36). Für das



St.Galler Gerichte

Freihandverfahren gelten je nach Auftragsart unterschiedliche höchstens zulässige Vergabesummen. Die Grenze liegt im Bauhauptgewerbe bei CHF 300'000, im Baunebengewerbe bei CHF 150'000 (vgl. Anhang zur VöB).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, am bestehenden Schwimmbecken, das heisst an der tragenden Struktur seien schlichtweg keine Arbeiten zu erbringen. Das Becken mit allen zudienenden tragenden Elementen sei vollständig vorhanden. Gegenstand der Arbeiten seien die Einbringung einer neuen Folie sowie leitungstechnische Arbeiten. Es handle sich somit um eine Wandverkleidung sowie leitungstechnische Arbeiten, welche einerseits mit Gipser-/Maler- beziehungsweise Plattenlegerarbeiten, andererseits mit Sanitärarbeiten vergleichbar seien. Das werde auch mit der Tatsache belegt, dass Schwimmbecken auch mit Platten/Fliesen ausgestattet werden könnten. Diese Arbeitsgattungen gehörten unzweideutig zum Baunebengewerbe.

Zu den Aufträgen des Bauhauptgewerbes zählen die Arbeiten für die tragende Struktur des Bauwerks, zu den Aufträgen des Baunebengewerbes jene für die mit dem Bauwerk fest verbundene Ausstattung und Ausrüstung des Bauwerks sowie die technischen Installationen (vgl. Anhang zur VöB). Gemäss Art. 2 Abs. 2 Ingress und lit. f des Landesmantelvertrages (vgl. www.svk-bau.ch) liegt das Gepräge Bauhauptgewerbe unter anderem bei Abdichtungs- und Isolationsbetrieben für Arbeiten an der Gebäudehülle im weiteren Sinn und analoge Arbeiten im Tief- und Untertagbau vor. Im Beschluss der Vorinstanz zur Aufnahme der Kosten für den Folienersatz im 50-Meter-Schwimmerbecken in den Investitionsplan vom 7. Mai 2018 von CHF 250'000 – genehmigt an der Bürgerversammlung vom 29. November 2018 – wird zur Begründung des Vorhabens ausgeführt, die bestehende rund 22-jährige Kunststoffolie sei mittlerweile sehr dünn und nicht mehr schweisssbar, so dass offene Rissstellen nicht mehr geschlossen werden könnten und das Becken viel Wasser und Chemie verliere. Daraus wird ohne weiteres ersichtlich, dass es sich bei den vergebenen Arbeiten des Auftrags in erster Linie um Abdichtungen an der Hülle des Werkes und damit um Arbeiten, die dem Bauhauptgewerbe zuzurechnen sind, handelt. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Folie gleichzeitig auch sichtbare Oberfläche des Bassins ist. Auch die allenfalls erforderliche Lieferung und der Einbau von Armaturen, Düsen und Edelstahlflanschen steht – gemäss Offerte der Beschwerdeführerin – unter dem Vorbehalt, dass die vorhandenen Anschlüsse "für eine dichte Ausführung nicht



ausreichend sein sollten" (vgl. act. 12/1 Seite 3). Die möglicherweise dem Baunebengewerbe zuzurechnenden Elemente des Auftrags – namentlich die Markierungsstreifen, die sich in der Offerte der Beschwerdeführerin mit etwas mehr als CHF 12'000 niederschlagen (vgl. act. 12/1 Seite 3) – bewegen sich kostenmässig unterhalb der Grenze der Freihandvergabe von CHF 150'000. Sie vermögen deshalb nichts daran zu ändern, dass die Vorinstanz den Auftrag im Freihandverfahren vergeben durfte.

Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin ihr Angebot mit einer Offertsumme von knapp CHF 250'000 eingereicht, ohne darauf hinzuweisen, die Vergabe könne angesichts des Auftragsvolumens nicht freihändig erfolgen. Unter diesen Umständen erscheint mit Blick auf das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101), das auch von Privaten einzuhalten ist, zumindest fraglich, ob die nicht berücksichtigte Anbieterin im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag noch geltend machen kann, die Vergabebehörde habe zu Unrecht das Freihandverfahren durchgeführt.

4. Bei der gebotenen summarischen Prüfung ist deshalb davon auszugehen, dass die Vorinstanz die Arbeiten im freihändigen Verfahren vergeben durfte. Die Beschwerde erweist sich deshalb als nicht hinreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist damit abzuweisen. Dass die Vorinstanz – vergaberechtswidrig – den Vertrag vor Ablauf der Rechtsmittelfrist abgeschlossen hat, schadet ihr deshalb nicht. Die Frage, ob im öffentlich-rechtlichen Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag Rechtsfolgen für den vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrag statuiert werden können, kann damit offenbleiben.

5. Der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist Gelegenheit zu geben, bis 8. Februar 2019 materiell Stellung zur Beschwerde zu nehmen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

6. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Da die Beschwerdeführerin unterliegt, die



St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin sich am Verfahren zur Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht beteiligt hat und die obsiegende Vorinstanz als verfügende Vergabebehörde keinen Anspruch und deshalb zu Recht auch keinen entsprechenden Antrag gestellt hat (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 176), sind für das Zwischenverfahren keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 und 98^{bis} VRP).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, **bis 8. Februar 2019** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'500. CHF 1'500 verbleiben bei der Hauptsache.
4. Für das Zwischenverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Eugster