



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

VERWALTUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: Dr. iur. Aldo Elsener, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub, Dr. iur. Matthias Suter
lic. iur. Ivo Klingler und lic. iur. Adrian Willimann
Gerichtsschreiber: lic. iur. Peter Kottmann

U R T E I L vom 4. Oktober 2021 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____ AG
Beschwerdeführerin

gegen

Gemeinde Risch, vertreten durch die Abteilung Planung/Bau/Sicherheit
Beschwerdegegnerin

betreffend

Submission (Sanierung Freibad Rotkreuz / BKP 328 Sonnensegel)

V 2021 47

A. Am 4. Juni 2021 eröffnete die Abteilung Planung/Bau/Sicherheit der Gemeinde Risch ein Ausschreibungsverfahren und stellte fünf Firmen eine Einladung zur Offertstellung betreffend den Einbau von Sonnensegeln im Zusammenhang mit der Sanierung des Freibads Rotkreuz zu (zu beschattende Fläche: ca. 300 m²). Als einziges Kriterium für den Zuschlag wurde der Preis genannt. Daraufhin gingen zwei Offerten ein (B. _____ AG und A. _____ AG). Die B. _____ AG hatte einen Preis von Fr. 79'777.60, die A. _____ AG einen solchen von Fr. 293'036.25 (Hauptangebot) bzw. einen Preis von Fr. 257'397.40 für die Unternehmervariante angeboten. Mit Verfügung vom 7. Juli 2021 erteilte die Abteilung Planung/Bau/Sicherheit der B. _____ AG den Zuschlag. Die Verfügung enthielt den Hinweis, dass gegen diesen Zuschlag innert 10 Tagen seit seiner Eröffnung beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde erhoben werden könne.

B. Am 9. Juli 2021 reichte die A. _____ AG gegen den Vergabeentscheid vom 7. Juli 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragte, die Vergabe sei neu zu überprüfen. Zur Beschwerdebegründung wurde ausgeführt, beim Angebot der B. _____ AG, welche den Zuschlag für die auszuführenden Arbeiten erhalten habe, müsse offensichtlich ein Fehler vorliegen. Der abgegebene Preis könne den sehr umfangreichen Leistungskatalog mit Erbringung der verlangten Leistungen mit Sicherheit nicht erfüllen. Die Materialkosten für die ausgeschriebene Variante überstiegen das Angebot der B. _____ AG.

C. Mit Verfügung vom 12. Juli 2021 wurde der Beschwerde vorläufig und vorsorglich aufschiebende Wirkung erteilt und der Gemeinde einstweilen untersagt, bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung den Vertrag abzuschliessen.

D. Mit Vernehmlassung vom 10. August 2021 empfahl der Gemeinderat Risch, die Beschwerde abzuweisen und die Vergabe an die B. _____ AG zu bestätigen. Er führte aus, im Baunebengewerbe liege der Schwellenwert für ein Einladungsverfahren bei Fr. 150'000.– exkl. MWST. Leistungen unter diesem Schwellenwert könnten freihändig ausgeschrieben werden. Massgebend für die Art des Ausschreibeverfahrens sei die Summe des Kostenvoranschlags, für welchen zwei Offerten eingeholt worden seien. Der Kostenvoranschlag habe sich auf Fr. 68'000.– inkl. MWST belaufen. Die Offerte der B. _____ AG liege mit Fr. 79'777.60 rund 17 % über dem Kostenvoranschlag und sei damit in ihrer Angebotshöhe als plausibel einzuschätzen. Die Offerte der A. _____ AG sei mit Fr. 293'036.25 rund 4,3-mal so hoch wie die Summe des Kostenvoranschlags und

erscheine nicht plausibel. Die ebenfalls vorgelegte Unternehmervariante sei mit Fr. 257'397.40 rund 3,8-mal so hoch wie die Summe des Kostenvoranschlags und erscheine ebenfalls nicht plausibel. Der Gemeinderat gelange zur Beurteilung, dass alle Leistungen und sämtliches Material für die Sonnensegel mit dem Angebot der B. _____ AG vollständig abgedeckt seien.

E. Am 16. August 2021 stellte das Gericht der A. _____ AG die Vernehmlassung des Gemeinderats Risch zu und gab ihr Gelegenheit, bis zum 31. August 2021 eine Replik einzureichen. Gleichzeitig machte das Gericht die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam, dass das Gericht bereits in zwei Urteilen vom 19. Dezember 2006 (V 2006 15) und 27. November 2007 (V 2007 82) entschieden habe, dass dann, wenn der Auftragswert unterhalb des Schwellenwertes für das Einladungsverfahren liegt (im vorliegenden Fall Fr. 150'000.–), der Rechtsschutz nach § 6 Abs. 3 des Submissionsgesetzes entfalle, d.h. dass der Vergabeentscheid nicht beim Verwaltungsgericht angefochten werden könne. Es sei daher nicht ausgeschlossen, dass das Gericht auf die Beschwerde nicht eintreten könne. Die Beschwerdeführerin äusserte sich jedoch nicht mehr.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1. Gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BGS 721.52) ist gegen Verfügungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers die Beschwerde an eine unabhängige Instanz zulässig. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. a des Submissionsgesetzes (SubG; BGS 721.51) beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gemäss Art. 15 iVöB. Der Rechtsschutz nach Abs. 1 lit. a entfällt, wenn der Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte für das Einladungsverfahren liegt (§ 6 Abs. 3 SubG). Gemäss Art. 7 IVöB i.V.m. Anhang 2 liegen die Schwellenwerte für die freihändige Vergabe bei Lieferungen unter einem Auftragswert von Fr. 100'000.–, bei Dienstleistungen unter Fr. 150'000.–, bei Bauarbeiten im Baunebengewerbe unter Fr. 150'000.– und bei Bauarbeiten im Bauhauptgewerbe unter Fr. 300'000.–. Die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage (Art. 15 Abs. 2 IVöB). Nachdem die vorliegende Beschwerde am 9. Juli 2021 der Post übergeben wurde, ist sie in jedem Fall

fristgerecht eingereicht worden. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob auf sie eingetreten werden kann.

Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

2.

2.1 Vorliegend geht es um einen Auftrag aus dem Bereich des Baunebengewerbes. In diesem Bereich liegt der Schwellenwert, ab dem das offene Verfahren zu wählen ist, bei Fr. 250'000.–. Der Schwellenwert, ab dem das Einladungsverfahren durchgeführt werden muss, liegt bei Fr. 150'000.– (Art. 7 IVöB i.V.m. Anhang 2). Unter diesem Betrag ist die freihändige Vergabe zulässig.

2.2 Aufgrund von zwei Offerten, welche die Gemeinde eingeholt hatte, belief sich im vorliegenden Fall der Kostenvoranschlag für die Sonnensegel auf Fr. 68'000.– inkl. MWST. Dafür, dass dieser Kostenvoranschlag auf nicht korrekte Weise zustande gekommen wäre, gibt es ungeachtet der von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert vorgebrachten Zweifel keinerlei Hinweise. Dass der von der Gemeinde erhobene Kostenvoranschlag in einem durchaus richtigen Bereich lag, beweist gerade auch die Tatsache, dass die Offerte der B. _____ AG nur rund 17 % davon abwich. Die Gemeinde stützt sich zudem gemäss den Akten auf ein ihr bekanntes Vergleichsprojekt in einer anderen Schweizer Gemeinde, bei welchem ein Sonnensegel mit einer gesamten Beschattungsfläche von ca. 100 m² zu einem Preis von Fr. 24'000.– inkl. MWST erstellt worden sei.

2.3 Angesichts des Kostenvoranschlags, der sich im vorliegenden Fall weit unter Fr. 150'000.– befindet, wäre eine freihändige Vergabe durchaus zulässig gewesen. Die Gemeinde entschied sich jedoch für das Einladungsverfahren. Die Vergabebehörde ist jederzeit befugt, ein höherstufiges Verfahren zu wählen. Beschaffungen, bei denen das freihändige Verfahren zulässig wäre, können auch im Einladungsverfahren oder im offenen Verfahren durchgeführt werden. Wählt die Vergabebehörde ein höherstufiges Verfahren, so ist sie an die Bestimmungen der gewählten Verfahrensart gebunden und muss dieses Verfahren korrekt durchführen (Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2005, S. 85 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 283).

2.4 Somit ergibt sich, dass der Auftragswert den Schwellenwert von Fr. 150'000.– für das Einladungsverfahren nicht erreicht. Dies führt dazu, dass der Rechtsschutz nach § 6 Abs. 3 SubG entfällt, d.h. dass der Vergabeentscheid der Abteilung Planung/Bau/Sicherheit der Gemeinde Risch nicht beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Gleich hat das Gericht im Übrigen bereits in seinen Urteilen V 2006 125 vom 19. Dezember 2006 und V 2007 82 vom 27. November 2007 (in: GVP 2007 100 ff.) entschieden.

2.5 Fragen könnte man sich allenfalls, ob die Tatsache, dass die Gemeinde Risch statt des zulässigen freihändigen Verfahrens das Einladungsverfahren gewählt hat, dazu führt, dass nicht nur die Verfahrensbestimmungen des Einladungsverfahrens, sondern auch die entsprechenden Rechtsschutzbestimmungen zur Anwendung gelangen. Gegen eine solche Gesetzesauslegung spricht der klare Wortlaut von § 6 Abs. 3 SubG, der unmissverständlich festhält, dass der Rechtsschutz entfällt, wenn der Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte für das Einladungsverfahren liegt. Mit einem Auftragswert von sogar unter Fr. 100'000.– wird der Schwellenwert für das Einladungsverfahren (Fr. 150'000.–) bei Weitem nicht erreicht, und damit entfällt auch der Rechtsschutz. Auch die im vorliegenden Fall erfolgte fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung führt nicht zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Paragraph 6 Abs. 3 SubG erlaubt es dem Gericht nicht, auf die vorliegende Beschwerde einzutreten. Damit erübrigt es sich auch, auf die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen.

2.5 Zusammengefasst ergibt sich somit, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

3. Das Nichteintreten gilt aus der Sicht der Beschwerdeführerin als Unterliegen, weshalb ihr gestützt auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Angesichts des geringen Aufwands, den das Gericht mit dem vorliegenden Verfahren hatte, und der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin möglicherweise auf die Einreichung der Beschwerde verzichtet hätte, wenn die Verfügung der Gemeinde Risch nicht irrtümlicherweise eine Rechtsmittelbelehrung enthalten hätte, wird eine reduzierte Gebühr von Fr. 500.– erhoben.

4. Gegen diesen Entscheid kann beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden, sofern die Beschwerdeführerin der Meinung ist, mit dem Entscheid seien verfassungsmässige Rechte verletzt worden.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten von Fr. 500.– auferlegt.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden.
4. Mitteilung an die Beschwerdeführerin (mit ausführlicher Rechtsmittelbelehrung, Rechnung folgt nach Rechtskraft des Urteils) sowie an den Gemeinderat Risch.

Zug, 4. Oktober 2021

Im Namen der
VERWALTUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Der Gerichtsschreiber

versandt am