

## Gerichte des Kantons St.Gallen

Kanton St.Gallen | Kantonsrat | Regierung | Verwaltung



## Präsidentialentscheid Verwaltungsgericht, 08.02.2018

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 13 lit. g IVöB.**

**Der Zuschlag wurde nicht durch die zuständige Vergabebehörde verfügt. Auch wenn der Mitteilung durch das Ingenieurbüro, welches die Angebote prüfte, ein Beschluss eines zuständigen Organs der Vergabebehörde zugrunde liegt, bleibt der Zuschlag unwirksam und ist nichtig. Das Schreiben des Ingenieurbüros, welches die Angebote prüfte, stellt keine öffentlich-rechtliche Verfügung dar. Auf die Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden (Präsidentialentscheid Verwaltungsgericht, B 2018/39).**

**Entscheid vom 8. Februar 2018**

Verfahrensbeteiligte

**ARGE Marty & Marty**, bestehend aus

- **Marty Sennwald AG**, Neudorf 1, 9466 Sennwald

- **Marty Bauleistungen AG**, Seidenbaumstrasse 50, 9478 Azmoos

c/o Marty Sennwald AG, Neudorf 1, 9466 Sennwald

**Beschwerdeführerinnen,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Bürki, Bürki Bolt Németh Rechtsanwälte, Auerstrasse 2, Postfach 91, 9435 Heerbrugg,

gegen

**Abwasserverband Buchs**, Langäulistrasse 26, 9470 Buchs SG,

**Vorinstanz,**

und

**ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG**, c/o LG Bau AG, Staatsstrasse 7 a, 9470 Werdenberg,

**Beschwerdegegnerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jakob Rhyner, St. Gallerstrasse 46, Postfach 945, 9471 Buchs,

Gegenstand

**Vergabe Sanierung Faulungs- und Gasanlagen ARA Buchs**

**Der Abteilungspräsident stellt fest:**

Der Abwasserverband Buchs hat am 20. November 2017 die Baumeisterarbeiten für die Sanierung der Faulungs- und Gasanlagen der ARA Buchs im offenen Verfahren ausgeschrieben (ABI 2017 S. 3447 ff.). Innert der bis 10. Januar 2018 offenen Frist reichten sieben Anbieter, darunter die aus der Marty Sennwald AG und der Marty Bauleistungen AG bestehende ARGE Marty &

Marty, ein Angebot ein. Die Kuster + Hager Ingenieurbüro AG St. Gallen, welche die Angebote auswertete, teilte der ARGE Marty & Marty entsprechend dem Beschluss des Bauausschusses des Abwasserverbandes Buchs vom 18. Januar 2018 gleichentags mit, ihr Unternehmen habe nicht berücksichtigt werden können und der Auftrag sei zum Preis von CHF 2'111'344.95 netto, inklusive Mehrwertsteuer, an die ARGE LG Bau + Gebrüder Hilti AG, 9470 Werdenberg, vergeben worden.

Die Marty Sennwald AG und die Marty Bauleistungen AG (Beschwerdeführerinnen) erhoben gegen diesen Zuschlag entsprechend der Rechtsmittelbelehrung auf der dem Schreiben vom 18. Januar 2018 beigelegten Bewertungsmatrix mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 29. Januar 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge und Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei der Vergabeentscheid aufzuheben und der Abwasserverband Buchs (Vorinstanz) anzuweisen, ihnen den Zuschlag zum Preis von CHF 2'188'500.80 zu erteilen, eventualiter die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts untersagte der Vorinstanz am 31. Januar 2018 superprovisorisch den Abschluss des Vertrags und wies sie darauf hin, eine Delegation der Eröffnung des Zuschlags an das mit der Prüfung der Angebote beauftragte Unternehmen sei unzulässig und führe zur Nichtigkeit der Zuschlagsverfügung. Dieser Auffassung schlossen sich die Vorinstanz mit Eingabe vom 2. Februar 2018 und die ARGE LG Bau + Gebr. Hilti AG (Beschwerdegegnerin) mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 5. Februar 2018 an.

#### **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). Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 EGöB).

Gemäss Art. 39<sup>bis</sup> 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 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. 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 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). Das Verwaltungsgericht hat die Mitteilung einer Arbeitsvergabe durch die mit der Offertprüfung beauftragte Unternehmung wiederholt als nichtig qualifiziert (vgl. Präsidentialentscheid B 2017/81 vom 8. August 2017 E. 2, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch) mit Hinweis auf VerwGE B 2017/110 vom 19. Juni 2017, B 2013/160 vom 29. Juli 2013, B 2005/176 vom 6. Dezember 2005 E. 2b und auf GVP 2003 Nr. 38).

Der in der Ausschreibung als „Vergabestelle“ bezeichnete Abwasserverband Buchs-Sevelen-Grabs ist als Zweckverband im Sinn von Art. 210 ff. des Gemeindegesetzes vom 13. August 1979 (seit 1. Januar 2010 Art. 140 ff. des Gemeindegesetzes vom 21. April 2009; sGS 151.2, GG) organisiert. Er bildet eine öffentlich-rechtliche Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 140 Abs. 1 GG), an welcher die Politischen Gemeinden Buchs, Sevelen und Grabs beteiligt sind (vgl. Vereinbarung über den Abwasserverband Buchs-Sevelen-Grabs, nachfolgend Vereinbarung Abwasserverband; act. 6.4), und bezweckt gemäss Art. 3 Abs. 1 Vereinbarung Abwasserverband insbesondere den Bau, Betrieb und Unterhalt einer gemeinsamen, zentralen Abwasserreinigungsanlage. Die Stimmberechtigten der beteiligten Gemeinden haben ihren jeweiligen Kreditanteilen für das Bauprojekt (Etappe 1) in den Volksabstimmungen vom 24. September 2017 zugestimmt (vgl. Ziffer 2 der Aktennotiz der Besprechung des Bauausschusses des Abwasserverbandes Buchs vom 23. Oktober 2017, act. 8/1). Die Beschlussfassung über gebundene Ausgaben – zu denen die Aufwendungen für die Sanierung der bestehenden Anlagen gehören – fällt in die abschliessende Kompetenz des Verwaltungsrates. Dieser ist gemäss Art. 16 Abs. 2 Ingress und lit. q der Vereinbarung auch zuständig, die Arbeiten zu vergeben.

Den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts unterliegen gemäss Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. a IVöB unter anderem die Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene sowie – im von Staatverträgen nicht erfassten Bereich – gemäss Art. 8 Abs. 2 Ingress und Ziff. 1 IVöB andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben (vgl. dazu M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 166 ff.), mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit. Als Zweckverband stellt die Vorinstanz eine Einrichtung des öffentlichen Rechts dar, die mit der Sammlung und Entsorgung des Abwassers eine öffentlich Aufgabe erfüllt, ohne in diesem Bereich kommerziell oder industriell im Sinn des Vergaberechts tätig zu sein (vgl. insbesondere Art. 7 Abs. 3 und Art. 10 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer; Gewässerschutzgesetz, SR 814.20, GSchG; Art. 7 und 8 des Vollzugsgesetzes zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung; sGS 752.2, GSchVG). Dass die Beschaffung der ausgeschriebenen Arbeiten den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens untersteht, ist denn auch unbestritten.

Die Kuster + Hager Ingenieurbüro AG St. Gallen verglich die Offerten (vgl. Ziffer 2.4 des Protokolls der Besprechung des Bauausschusses des Abwasserverbandes Buchs vom 18. Januar 2018; act. 8/1). Gemäss dem von ihr verfassten Projekt samt Ausschreibungsunterlagen hat sie die Gesamtleitung des Projekts inne (vgl. Ziffer 1 Administratives, act. 2/5). Sie stand für Auskünfte während der Ausschreibung zur Verfügung (Ziffer 3.1 litera b der Ausschreibungsunterlagen, act. 2/5). Unternehmerrechnungen werden ihr einzureichen sein (Ziffer 7.1 der Ausschreibungsunterlagen, act. 2/5). Sie hat schliesslich die eingegangenen Angebote bewertet und einen Antrag zur Vergabe gestellt, der vom Bauausschuss genehmigt wurde. Dieser hat die Kuster + Hager Ingenieurbüro AG St. Gallen schliesslich beauftragt, die Zu- und Absagen an die Firmen zu erstellen und zu versenden (vgl. 2.4.1 des Protokolls der Besprechung des Bauausschusses des Abwasserverbandes Buchs vom 18. Januar 2018; act. 8/1). Gemäss Art. 16 Abs. 2 Ingress und lit. q Vereinbarung Abwasserverband fällt die Vergabe von Arbeiten in die Zuständigkeit des Verwaltungsrates. Mit Zirkulationsbeschluss vom 22. September 2017 übertrug der Verwaltungsrat seine finanziellen Kompetenzen im Zusammenhang mit dem Projekt Sanierung Faulungs- und Gasanlagen sowie sonstige Werterhaltungsmassnahmen auf den von ihm gestützt auf Art. 16 Abs. 2 Ingress und lit. f der Vereinbarung geschaffenen Bauausschuss. Eine Verfügung mit Begründung und Unterschriften der zuständigen Organvertreter fehlt jedenfalls. Selbst wenn aber der Mitteilung des Zuschlags durch die Kuster + Hager Ingenieurbüro AG St. Gallen ein Beschluss eines zuständigen Organs des Abwasser-

verbandes zugrunde liegt, bleibt 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 Schreiben der Kuster + Hager Ingenieurbüro AG St. Gallen vom 18. Januar 2018 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 Mitteilung der Kuster + Hager Ingenieurbüro AG St. Gallen vom 18. Januar 2018 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 Beschwerdeführerinnen sich an das Verwaltungsgericht wandten und einen Nichteintretensentscheid auslösten, ist ihnen nicht anzulasten, da ihnen einerseits ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit zukommt und sie andererseits entsprechend der Rechtsmittelangabe auf der der Absage beigelegten Bewertungsmatrix vorgegangen sind. Sowohl das Prinzip der Kostenverlegung nach Ob- 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 Entscheidegebühr von CHF 1'000 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 212 der Gerichtskostenverordnung, sGS 951.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Den Beschwerdeführerinnen ist der von ihnen geleistete Kostenvorschuss von CHF 8'100 zurückzuerstatten.

Die Vorinstanz hat die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich ermessensweise mit CHF 2'000 zuzüglich CHF 80 Barauslagen zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98<sup>bis</sup> VRP; Art. 6, 19, 22 Abs. 1 Ingress und lit. b sowie Art. 28<sup>bis</sup> Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, HonO). Die Beschwerdeführerinnen sind selbst mehrwertsteuerpflichtig, weshalb sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen können. 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 Kuster + Hager Ingenieurbüro AG St. Gallen vom 18. Januar 2018 ist nichtig.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 1'000 bezahlt die Vorinstanz. Den Beschwerdeführerinnen wird der von ihnen geleistete Kostenvorschuss von CHF 8'100 zurückerstattet.
4. Die Vorinstanz entschädigt die Beschwerdeführerinnen für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit CHF 2'080 ohne Mehrwertsteuer.

Der Abteilungspräsident  
Eugster

---

© 2018 Kanton St.Gallen