



Fall-Nr.: B 2017/130
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 14.07.2017
Entscheiddatum: 14.07.2017

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 14.07.2017

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Vergabe Erweiterung und Instandsetzung Schulanlage Wier, Ebnat-Kappel. Die Rüge der „unzulässigen Vorbefassung“ stösst ins Leere, weil die von der Beschwerdegegnerin erbrachten „Vorarbeiten“ bereits in der Ausschreibung angeführt worden waren und ihr eine kürzere Frist zur Angebotseinreichung angesetzt worden war. Selbst wenn das Angebot der Beschwerdeführerinnen bei den von ihnen geltend gemachten Zuschlagskriterien die maximale Punktzahl erreicht hätten, bliebe ihr es hinter jenem der Beschwerdegegnerin zurück. Die Beschwerde erscheint nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/130).

Verfahrensbeteiligte

ARGE Wickli + Partner AG / Ghisleni Partner AG, c/o Ghisleni Partner AG,

Gutenbergstrasse 14, 8640 Rapperswil SG, bestehend aus:

- **Wickli + Partner AG**, Architekturbüro, Hauptstrasse, 9650 Nesslau,
- **Ghisleni Partner AG**, Gutenbergstrasse 14, 8640 Rapperswil SG,

Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen,

gegen

Politische Gemeinde Ebnat-Kappel, Gemeinderat, 9642 Ebnat-Kappel,



Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. HSG Christina Nossung, factum advocatur,
Davidstrasse 1, Postfach 635, 9001 St. Gallen,

und

Schällibaum AG, Ingenieur- und Planungsbüro, Ebnaterstrasse 143, 9630 Wattwil,

Beschwerdegegnerin und Gesuchsgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bernhard Oberholzer, Oberer Graben 43, 9000 St.
Gallen,

Gegenstand

Vergabe Erweiterung und Instandsetzung Schulanlage Wier, Ebnat-Kappel (Architekturleistungen inkl. Bauleitung und Gesamtleitung) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die aus der Wickli + Partner AG und der Ghisleni Partner AG (Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen) bestehende Arbeitsgemeinschaft hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Ebnat-Kappel (Vorinstanz und Gesuchsgegnerin) am 15. Juni 2017 verfügten und am 26. Juni 2017 veröffentlichten Zuschlag der Architekturleistungen bei der Erweiterung und Instandsetzung der Schulanlage Wier an die Schällibaum AG (Beschwerde- und Gesuchsgegnerin) mit Eingabe vom 5. Juli 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige



Abteilungspräsident hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 6. Juli 2017 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 wies die Wickli + Partner AG die Vertretungsbefugnis der Ghisleni Partner AG nach. Mit Vernehmlassungen vom 12. Juli 2017 beziehungsweise vom 13. Juli 2017 (persönlich überbracht am 13. Juli 2017 um 07.40 Uhr beziehungsweise um 07.30) beantragten Beschwerdegegnerin beziehungsweise Vorinstanz durch ihren jeweiligen Rechtsvertreter die Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Vorinstanz reichte dem Gericht zudem die Vergabeakten ein.

Der Abteilungspräsident erwägt:

- 1.** Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über die aufschiebende Wirkung. 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.** 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 (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

- 2.1.** Die Beschwerdeführerinnen äussern sich zwar nicht zu den der Erteilung der aufschiebenden Wirkung allenfalls entgegenstehenden öffentlichen Interessen und insbesondere nicht zur Dringlichkeit des Bauvorhabens. Sie legen aber mit der Begründung des Antrags in der Sache dar, aus welchen Gründen die Beschwerde



gutzuheissen und der Zuschlag aufzuheben sei. Da beim Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung die ausreichende Begründung der Beschwerde als wesentlicher Teilaspekt zu berücksichtigen ist, besteht kein Anlass, das Gesuch um aufschiebende Wirkung mangels Begründung nicht zu behandeln.

Die Vorinstanz macht geltend, der Raumbedarf für Schüler und Vereine der Gemeinde könne seit geraumer Zeit nicht mehr gedeckt werden und die bestehenden Schulgebäude wiesen einen hohen Sanierungsbedarf auf. Sie verweist auf den publizierten Zeitplan. Zudem habe sie die Finanzierung des Projekts zu den heute geltenden Zinskonditionen gerechnet. Verzögerungen würden die Bedingungen für die Aufnahme von Fremdkapital verschlechtern, was zu erheblichen Mehrkosten zu Lasten der Öffentlichkeit führen würde. Die Beschwerdegegnerin äussert sich nicht zu den einer aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden Interessen.

Die Vergabe der Architekturleistungen erfolgte wie im Terminplan vorgesehen im Juli 2017. Daran schliessen sich die weiteren Projekt- und Realisierungsphasen an. Der Bezug der Gebäude ist für Juli 2020 vorgesehen. Abgesehen davon, dass ein solcher Terminplan regelmässig auch die Möglichkeit von Beschwerden in Vergabeverfahren berücksichtigen muss, macht die Vorinstanz selbst nicht geltend, dass eine spätere Inbetriebnahme der Gebäude erhebliche öffentliche Interessen tangieren würde. Ob und in welchem Ausmass die etwas spätere Beanspruchung von Fremdkapital den Zinsaufwand wesentlich erhöht, ist nicht absehbar. Die einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen Interessen erscheinen deshalb nicht als besonders gewichtig.

2.2. Die Beschwerdeführerinnen machen einerseits geltend, das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte wegen Vorbefassung nicht berücksichtigt werden dürfen (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1). Andererseits rügen sie die Bewertung ihres Angebots nach den Zuschlagskriterien „Erfahrung Schlüsselpersonen“ und „Erfahrung Firma (Referenzen)“ (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2).

2.2.1. Die Vorinstanz hielt in Ziffer 4.5.5 der Ausschreibung vom 20. Februar 2017 ausdrücklich fest, welche Vorarbeiten die Beschwerdegegnerin in den Jahren 2014 bis 2016 für das Projekt erbracht hat. Gleichzeitig zählte sie in Ziffer 4.5.4 die von der



Teilnahme am Verfahren ausgeschlossenen Firmen auf. Die Beschwerdegegnerin war – trotz ihrer Vorarbeiten – nicht aufgeführt. Für die „vorbefassten Firmen oder Bietergemeinschaft, an der eine dieser Firmen beteiligt ist“ wurde eine daher eine kürzere, bereits am 3. April 2017 endende Einreichfrist festgesetzt; „für alle anderen Anbieter“ galt eine Frist bis 24. April 2017 (Ziffern 4.5.5 und 1.4 der Ausschreibung). Unter diesen Umständen mussten die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, dass ein von der Beschwerdegegnerin eingereichtes Angebot nicht vom Zuschlagsverfahren ausgeschlossen würde.

Die Ausschreibung gilt gemäss Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit a IVöB als selbständig anfechtbare Verfügung. Sie war denn auch mit der entsprechenden Rechtsmittelbelehrung versehen. Ein Anbieter, der sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen hat, obwohl er bereits aus der Ausschreibung ein möglicherweise vergaberechtswidriges Ergebnis des Zuschlagsverfahrens erkennen konnte, verstösst gegen Treu und Glauben, wenn er die entsprechende Rüge erst im Verfahren gegen den Zuschlag vorbringt. Da die Tragweite des fehlenden Ausschlusses der Beschwerdegegnerin für die Beschwerdeführerinnen ohne weiteres klar war, besteht insbesondere bei der gebotenen summarischen Prüfung kein Anlass, die Rüge ausnahmsweise im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung zuzulassen (vgl. dazu GVP 2015 Nr. 41).

2.2.2. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen mit einem Preis von CHF 2'341'457 erzielte 364, jenes der Beschwerdegegnerin mit einem Preis von CHF 1'214'755.45 585 von maximal möglichen 600 Punkten. Selbst wenn das Angebot der Beschwerdeführerinnen bei den Zuschlagskriterien „Erfahrung Schlüsselpersonen“ und „Erfahrung Firma (Referenzen)“ je mit der maximalen Punktzahl, nämlich mit 150 statt 125 und mit 60 statt 40, bewertet würde, bliebe es mit einer Gesamtpunktzahl von 409 hinter jenem der Beschwerdegegnerin zurück.

3. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde trotz der nicht sehr gewichtigen öffentlichen Interessen am umgehenden Vertragsschluss nicht als ausreichend begründet. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist deshalb abzuweisen. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsabschluss dem Verwaltungsgericht umgehend mit.



St.Galler Gerichte

4. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 8. August 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Die Gerichtsferien gelten nicht (Art. 15 Abs. 4 IVöB). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 95 Abs.1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'000 zu verrechnen. Der restliche Kostenvorschuss von CHF 6'000 ist bei der Hauptsache zu belassen. Die Vorinstanz stellt ihren Antrag unter Entschädigungsfolge, hat indessen keinen Anspruch auf die Entschädigung ausseramtlicher Kosten (Art. 98 Abs. 1 und 98bis VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Auf. 2003, Rz. 829). Die Beschwerdeführerinnen haben die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren ausseramtlich ermessensweise mit CHF 1'400 zuzüglich CHF 56 pauschale Barauslagen zu entschädigen (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). Da die Beschwerdegegnerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist, kann sie die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen. 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).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhalten Gelegenheit, bis 8. August 2017 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Es gelten keine Gerichtsferien. Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.



3. Die Beschwerdeführerinnen bezahlen die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'000 unter Verrechnung mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'000. CHF 6'000 verbleiben bei der Hauptsache.

4. Die Beschwerdeführerinnen entschädigen die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 1'456 (ohne Mehrwertsteuer).

Der Abteilungspräsident

Zürn