



<b>Fall-Nr.:</b>	B 2017/5
<b>Stelle:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Rubrik:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Publikationsdatum:</b>	19.01.2017
<b>Entscheiddatum:</b>	19.01.2017

### **Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 19.01.2017**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB, Art. 33 Abs. 1 und 2 VöB. Der vom Preisgericht auf den ersten Rang gesetzte und der Vergabebehörde zum Ankauf empfohlene Projektbeitrag war zuvor von der Preiserteilung ausgeschlossen worden, weil er zwei zwingende Rahmenbedingungen des Wettbewerbsprogramms nicht erfüllte. Ein nicht berücksichtigter Bewerber erhebt Beschwerde gegen den Ankauf und den Zuschlag für die Weiterbearbeitung. Im Planungswettbewerb müssen die vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Bewerber auch dann eingehalten werden, wenn die Veranstalterin die „Ordnung für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe“ (SIA 142/2009) verbindlich erklärt hat. Der Beschwerdeführer erachtet den vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung als verletzt, wenn das Projekt nachträglich an zwingende Randbedingungen des Wettbewerbsprogramms angepasst wird. Aus dem Verhandlungsverbot ergibt sich das Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung. Die Beschwerde erscheint insbesondere mit Blick auf das nicht als erheblich einzustufende öffentliche Interesse an der sofortigen Weiterführung der Projektierung als ausreichend begründet. Dem Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist zu entsprechen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/5).**

Verfahrensbeteiligte

**horisberger wagen architekten gmbh, Binzstrasse 39, 8045 Zürich,**

**Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,**



## St.Galler Gerichte

vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. Stefan Scherler und/oder lic. iur. Patrick Schütz, Scherler + Siegenthaler Rechtsanwälte AG, Marktgasse 1, Postfach 2276, 8401 Winterthur,

gegen

**Politische Gemeinde Wildhaus-Alt. St. Johann**, Gemeinderat, 9656 Alt St. Johann,

**Vorinstanz und Gesuchsgegnerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Bernet und/oder Rechtsanwältin lic. iur. HSG Christina Nossung, factum advocatur, Davidstrasse 1, Postfach 635, 9001 St. Gallen,

und

**Johannes Saurer**, Architekt BSA, Uttigenstrasse 27, 3600 Thun,

**Beschwerdegegner,**

Gegenstand

**Vergabe Projektwettbewerb Ersatzneubau Primarschulhaus / aufschiebende Wirkung**

**Der Präsident stellt fest:**

**A.** Die Politische Gemeinde Wildhaus-Alt St. Johann führte einen selektiven anonymen Projektwettbewerb durch, um für den Ersatzneubau eines Primarschulhauses im



## St.Galler Gerichte

Ortsteil Lisighaus ein qualitativ hochstehendes, in Bebauung und Landschaft eingefügtes Überbauungskonzept zu suchen. Von den Planern des Fachbereichs Architektur, welche sich gestützt auf die im offenen Verfahren am 2. Mai 2016 ausgeschriebene Präqualifikation (vgl. ABI 2016 S. 1289 ff.) beworben hatten, wurden zehn Teilnehmer für den Projektwettbewerb ausgewählt, die alle fristgerecht einen anonymisierten Beitrag einreichten. Das Preisgericht beurteilte die Arbeiten am 1. Dezember 2016. Den Beitrag „Schuldörfli“ schloss es von der Preiserteilung aus, weil er zwei zwingende Randbedingungen des Wettbewerbsprogramms – nämlich den Abbruch des alten Lehrerhauses und die Erstellung eines teilweise gedeckten Pausenplatzes respektive eines Verbindungsbaus zwischen dem alten und dem neuen Schulhaus – nicht erfüllte. Gleichzeitig platzierte es ihn auf dem 1. Rang und empfahl ihn einstimmig zum Ankauf und zur Ausführung unter der Bedingung, dass das Projekt den zwingenden Randbedingungen angepasst werde.

Entsprechend der Empfehlung des Preisgerichts kaufte der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Wildhaus-Alt St. Johann mit Verfügung vom 21. Dezember 2016 den Projektvorschlag „Schuldörfli“ für CHF 10'000 an und erteilte ihm den Zuschlag für die Weiterbearbeitung. Formell wurde kein erster Preis vergeben. Jedoch wurden vier weitere Beiträge in den Rängen zwei bis fünf platziert und mit Preisen CHF 9'000 („Blauer Enzian“ von horisberger wagen architekten gmbh), CHF 8'000, CHF 7'000 und CHF 6'000 honoriert. Zudem wurde jeder abgegebene Projektbeitrag mit CHF 5'000 entschädigt.

**B.** Die horisberger wagen architekten gmbh (Beschwerdeführerin) erhob gegen die am 22. Dezember 2016 versandte Zuschlagsverfügung des Gemeinderates der Politischen Gemeinde Wildhaus-Alt St. Johann (Vorinstanz) mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 6. Januar 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte unter anderem, es sei der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung ihrer Rechtsvertreter vom 16. Januar 2017 die Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Johannes Saurer (Beschwerdegegner) verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung zum Gesuch. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführer und der Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge sowie die von der



Vorinstanz am 16. Januar 2017 dem Gericht eingereichten Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Der Präsident erwägt:**

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet Präsident des Verwaltungsgerichts innert zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über die aufschiebende Wirkung.
  
2. Die aufschiebende Wirkung kann erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (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).
  - 2.1. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass mit der Verweigerung der aufschiebenden Wirkung einem Beschwerdeführer im Endeffekt der Rechtsschutz abgeschnitten würde. Dazu ist anzumerken, dass das Vergaberecht, indem es – entgegen der im kantonalen öffentlichen Verfahrensrecht gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) geltenden Regel – der Beschwerde entsprechend Art. 17 Abs. 1 IVöB grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommen lässt, grundsätzlich in Kauf nimmt, dass sich der Rechtsschutz für einen zu Unrecht nicht berücksichtigten Bewerber lediglich noch auf ein entsprechendes Feststellungsurteil beschränkt. Das – gleichzeitig öffentliche und private – Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz, das heisst daran, dass eine rechtswidrige Zuschlagsverfügung aufgehoben werden kann und keine Rechtswirkung entfaltet, kann deshalb für sich allein noch nicht zu einer Gutheissung eines Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung führen.

Ins Gewicht fällt jedoch der Hinweis der Beschwerdeführerin, es sei keine besondere Dringlichkeit zur sofortigen Umsetzung des Zuschlagsentscheides erkennbar, weil nach



den Angaben in der Ausschreibung zur Präqualifikation der Baubeginn erst für März 2018 geplant sei. Die Vorinstanz bringt zwar vor, dass der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende überwiegende öffentliche Interesse liege in der Einhaltung des vorgesehenen und publizierten Zeitplans, in welchen grundsätzlich auch ein Rechtsmittelverfahren einzubeziehen ist (vgl. VerwGE B 2016/241 vom 16. Dezember 2016 E. 2.1 mit Hinweis auf VerwGE B 2015/300 vom 13. November 2015 E. 2.1, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Ob und bei welcher Dauer das Beschwerdeverfahren bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung den Baubeginn im März 2018 in Frage stellen könnte, konkretisiert die Beschwerdeführerin nicht. Schliesslich weist die Vorinstanz daraufhin, der Raumbedarf sei bereits ab 2017 nicht mehr gedeckt und drei der sechs bestehenden Schulgebäude wiesen einen hohen Sanierungsbedarf auf. Auch eine umgehende Umsetzung des angefochtenen Zuschlagsentscheides könnte also nicht zu einer rechtzeitigen Erstellung des projektierten Schulhauses führen, weshalb denn auch die Vorinstanz gemäss den Randbedingungen zum Wettbewerbsprogramm für die Übergangsphase ein Provisorium vorsieht. Im Übrigen sind weder den Wettbewerbsprogrammen vom 15. April 2016 und vom 8. September 2016 noch der Vernehmlassung vom 16. Januar 2017 Hinweise dazu zu entnehmen, für welchen Zeitpunkt die Vorinstanz die Betriebsaufnahme plant. Insgesamt kann deshalb nicht von einem erheblichen öffentlichen Interesse an der sofortigen Weiterführung der Projektierung ausgegangen werden.

**2.2.** Die Beschwerdeführerin beanstandet im Wesentlichen, dass das Preisgericht den Projektbeitrag „Schuldörfli“ des Beschwerdegegners wegen Verstosses gegen zwingende Randbedingungen von der Preiserteilung einstimmig ausgeschlossen, ihn aber trotzdem im ersten Rang platziert und der Vorinstanz empfohlen habe, ihn für CHF 10'000 anzukaufen und ihm den Zuschlag für die Weiterbearbeitung zu erteilen. Damit habe die Vorinstanz die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und des Diskriminierungsverbots verletzt.

**2.2.1.** Wer – wie vorliegend die Vorinstanz – einen Planungswettbewerb veranstaltet, regelt gemäss Art. 12 Abs. 3 IVöB das Verfahren im Einzelfall, wobei ganz oder teilweise auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verwiesen werden kann. Die eigenen Regeln und die Bestimmungen, auf die verwiesen wird, dürfen aber den in der interkantonalen Vereinbarung festgelegten Grundsätzen nicht widersprechen. Wie



die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, müssen deshalb bei der Durchführung eines Planungswettbewerbs die allgemeinen, in Art. 11 Ingress und lit. a IVöB verankerten vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Bewerber auch dann eingehalten werden, wenn die Veranstalterin – wie vorliegend die Vorinstanz in Ziffer 2.4 des Wettbewerbsprogramms – die „Ordnung für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe“ (nachfolgend: Ordnung SIA 142/2009) verbindlich erklärt. Die Ordnung SIA 142/2009 behält deshalb in ihrer Präambel für den Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens zu Recht die entsprechenden „gesetzlichen“ Regeln, das heisst das einschlägige öffentliche Recht (vgl. dazu Ziffer 8 der Wegleitung „Programme für Wettbewerbe und Studienaufträge“ zu den Ordnung SIA 142 und SIA 143, Fassung August 2013, [www.sia.ch/142](http://www.sia.ch/142)), vor. Gemäss Art. 40 Abs. 1 VöB dürfen dementsprechend die Bestimmungen und Empfehlungen von Fachverbänden, auf die verwiesen wird, dem einschlägigen kantonalen Verordnungsrecht – und nicht bloss den vergaberechtlichen Grundsätzen – nicht widersprechen.

Gemäss Art. 19 der Ordnung SIA 142/2009 muss ein Wettbewerbsbeitrag von der Beurteilung und Preiserteilung ausgeschlossen werden, wenn er in wesentlichen Bestandteilen unvollständig abgeliefert wurde oder von den Programmbestimmungen in wesentlichen Punkten abweicht. Art. 22 der Ordnung SIA 142/2009 lässt es allerdings zu, dass hervorragende Wettbewerbsbeiträge, die wegen wesentlichen Verstössen gegen die Programmbestimmungen von der Preiserteilung ausgeschlossen wurden, angekauft (Art. 22.2) und – soweit diese Möglichkeit im Wettbewerbsprogramm ausdrücklich vorgesehen wurde und eine qualifizierte Mehrheit der Mitglieder des Preisgerichts zugestimmt hat – auch rangiert und zur Weiterbearbeitung empfohlen werden (Art. 22.3).

**2.2.2.** Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Anwendung von Art. 22.2 und 22.3 der Ordnung SIA 142/2009 sei im vorliegenden Fall vergaberechtswidrig. Das Gleichbehandlungsgebot sei verletzt, wenn dem Beschwerdegegner die Möglichkeit geboten werde, sein Projekt nachträglich an zwingende Randbedingungen des Wettbewerbsprogramms – den Abbruch des alten Lehrerhauses und die Erstellung einer gedeckten Verbindung zwischen dem alten und dem neuen Schulhaus – anzupassen.



Auszugehen ist davon, dass der von der Vorinstanz durchgeführte Projektwettbewerb den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht und deshalb dem einschlägigen interkantonalen und kantonalen Recht der Vorrang vor den Regeln der von der Vorinstanz als verbindlich bezeichneten Ordnung SIA 142/2009 zukommt. Das vergaberechtliche Gebot der Gleichbehandlung verbietet es grundsätzlich, dass die Vergabebehörde oder ein Submittent im Rahmen der Offertbereinigung ein Angebot ergänzt oder ändert. Vorbehalten bleiben die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern, wie offensichtlichen Schreib- und Rechnungsfehlern, welche der Auftraggeber korrigiert (Art. 31 Abs. 2 VöB), und die Erläuterung unklarer Angaben eines Angebots durch den Anbieter (Art. 31 Abs. 3 VöB; vgl. VerwGE B 2014/61 vom 16. September 2014 E. 3.1.1). Verhandlungen können gemäss Art. 33 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 VöB unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Regeln geführt werden, soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen sind. Insbesondere aus diesem Verhandlungsverbot ergibt sich das Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde (vgl. VerwGE B 2016/228 vom 25. Februar 2016 E. 2.3 mit Hinweisen). Mit Blick auf diese vergaberechtlichen Regeln erscheint die Beschwerde bei summarischer Betrachtung insbesondere auch mit Blick auf das nicht als erheblich eingestufte öffentliche Interesse an der sofortigen Weiterführung der Projektierung als ausreichend begründet im Sinn von Art. 17 Abs. 2 IVöB. Ob das Wettbewerbsprogramm der Vorinstanz die Möglichkeit, auch von der Preiserteilung ausgeschlossene Beiträge zur Ausführung zu empfehlen, im Sinn von Art. 22.3 der Ordnung SIA 142/2009 ausdrücklich vorsieht, kann unter diesen Umständen im Rahmen der summarischen Prüfung offen bleiben.

**2.2.3.** Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 22 der SIA-Ordnung 142/2009 in dem Vergaberecht unterstehenden Wettbewerben wirft sowohl allgemeine als auch auf den konkreten Fall bezogene Rechtsfragen auf, welche einer vertieften Prüfung bedürfen. Insbesondere wird zu klären sein, inwieweit die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, welche eine Anpassung der Wettbewerbsbedingungen an das angekaufte und für die Ausführung berücksichtigten Projektes zum Gegenstand hatte (vgl. VerwGE B 2010/156 vom 14. Oktober 2010 E. 3, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)), auch auf den – hier vorliegenden – umgekehrten Fall der Anpassung des angekauften Projektes



an die Wettbewerbsbedingungen, anwendbar ist. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass der Ankauf eine Auszeichnung für Beiträge ist, die hervorragende Lösungsansätze aufzeigen und gleichzeitig gegen wesentliche Rahmenbedingungen verstossen. Solche Beiträge werden zur Beurteilung zugelassen, aber von der Preiserteilung ausgeschlossen. Unter bestimmten Bedingungen können sie nicht nur ausgezeichnet, sondern auch zur Weiterbearbeitung empfohlen und damit auch realisiert werden. Der Wettbewerb dient dazu, für eine bestimmte Aufgabe die qualitativ beste Lösung zu ermitteln und den Partner zu deren Realisierung zu finden. Er bietet die Chance, die festgelegten Rahmenbedingungen kritisch zu hinterfragen und unvorhergesehene Lösungsansätze aufzuzeigen. Die Regelung des Ankaufs liegt vor allem im Interesse der Auftraggeber, da sich oft erst während der Beurteilung der eingereichten Beiträge zeigt, ob gewisse Parameter des Programms eine gute Lösung erschweren oder sogar verhindern und ob eine neue Interpretation der Aufgabe nicht zu einer besseren Lösung führt. Es wäre widersinnig, diese zwar zu ermitteln, aber aus formellen Gründen nicht weiterverfolgen zu können. In diesem Zusammenhang vertritt der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein (SIA) die Auffassung, dass es insbesondere ein öffentlicher Auftraggeber schwer haben dürfte, einen solchen Entscheid aus fachlicher und wirtschaftlicher Sicht zu begründen und zu verantworten (Ziffern 1.1 und 1.2 der Wegleitung „Ankauf“ zu den Ordnungen SIA 142 und SIA 143, Fassung November 2011, [www.sia.ch/142i](http://www.sia.ch/142i)).

**2.2.4.** Die Vorinstanz erachtet die Beschwerde als nicht ausreichend begründet im Sinn von Art. 17 Abs. 2 IVöB, weil die Beschwerdeführerin mit den gegen den Zuschlag vorgebrachten Argumenten bereits die Ausschreibung hätte anfechten müssen. Zwar trifft zu, dass aus der Ausschreibung erkennbare Verstösse gegen das Vergaberecht grundsätzlich sofort zu beanstanden sind. Indessen muss es auch im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung möglich sein, auf die Ausschreibung zurückzukommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich eine Vergaberechtswidrigkeit der Ausschreibung erst anhand der konkreten Angebote ergibt (vgl. GVP 2015 Nr. 41).

**3.** Insgesamt sind die öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit geringer zu gewichten als die privaten Interessen der Beschwerdeführerin am Aufschub des Zuschlags. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn



## St.Galler Gerichte

während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

4. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin sind aufzufordern, bis 14. Februar 2017 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen. Nach unbenütztem Ablauf der Frist wird Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen, der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör gewährt und aufgrund der Akten entschieden.

5. Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen.

### Der Präsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.
2. Der Vorinstanz wird bis zu einem anderslautenden Entscheid beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichts über die Beschwerde die Weiterbearbeitung und Umsetzung des Projektvorschlags „Schuldörfli“ oder eines andern Projektvorschlages und der Abschluss damit zusammenhängender Verträge untersagt.
3. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis **14. Februar 2017** materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Bei unbenütztem Ablauf der Frist wird aufgrund der vorhandenen Akten entschieden.
4. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Der Präsident

Eugster