



Fall-Nr.:	B 2020/1
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	23.01.2020
Entscheiddatum:	13.01.2020

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 13.01.2020

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Im selektiven Verfahren müssen die einzuladenden Offerenten unter Beachtung der Vergaberegeln, insbesondere unter Beachtung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgebots ausgewählt werden. Auch wenn kein Projektwettbewerb durchgeführt wurde, kommt dem Beurteilungsgremium mit Blick auf die Bedeutung der architektonischen Gestaltung bei der Bewertung der Teilnahmeanträge hinsichtlich der zu erwartenden architektonischen und gestalterischen Qualität ein besonders weitgehender Ermessensspielraum zu. Die Ausscheidungsrundgänge waren darauf ausgerichtet, zunächst offenkundig ungeeignete und weniger geeignete Bewerberinnen auszuschliessen und anschliessend die verbliebenen Bewerbungen einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Die von der Vorinstanz vorgebrachte Begründung dafür, dass die von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Referenzprojekte für den Bau eines Werkhofes weniger einschlägig sind und ihnen die architektonischen Ideen nicht ohne weiteres zugerechnet werden können, ist nachvollziehbar. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist abzuweisen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2020/1).

Verfügung vom 13. Januar 2020

Verfahrensbeteiligte

ARGE Ghisleni-Noun, bestehend aus:

- **Ghisleni Partner AG**, Gutenbergstrasse 14, 8640 Rapperswil SG,
- **noun GmbH**, c/o Philipp Schaeffle, Guthirtstrasse 11, 8037 Zürich,

Beschwerdeführerinnen und Gesuchstellerinnen,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Tanja Kamber, Kamber Advokatur,
Kirchplatz 12, 9450 Altstätten SG,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmli brunnenstrasse 54, 9001 St.
Gallen,

Vorinstanz und Gesuchsgegner,

Gegenstand

**Vergabe Neubau Stützpunkt Ricken (Planerwahlverfahren / Präqualifikation) /
aufschiebende Wirkung**

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Ghisleni Partner AG und die noun GmbH (Beschwerdeführerinnen), welche zusammen die Arbeitsgemeinschaft Ghisleni-Noun bilden, haben gegen die Verfügung des Leiters des kantonalen Tiefbauamtes (Vorinstanz) vom 20. Dezember 2019 (zugestellt am 24. Dezember 2019), mit welcher im Präqualifikationsverfahren für die Planerwahl beim Neubau des Stützpunktes Ricken fünf Bewerber, nicht aber die Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdeführerinnen für die Einreichung eines Angebots ausgewählt wurden, mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 2. Januar 2020 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Der Stellvertreter des zuständigen Abteilungspräsidenten hat dementsprechend mit verfahrensleitender Verfügung vom 3. Januar 2020 die Weiterführung des Vergabeverfahrens – insbesondere den Versand der Unterlagen für das Zuschlagsverfahren – einstweilen untersagt. Die Vorinstanz hat mit Vernehmlassung vom 9. Januar 2019 sowohl die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung als auch der Beschwerde in der Sache beantragt und dem Gericht die Akten des Präqualifikationsverfahrens eingereicht.



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).

2.1. Die Vorinstanz führt als öffentliche, der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende öffentliche Interessen die sehr beengten Platzverhältnisse im Stützpunkt Ricken an. Diese Situation könne nicht beliebig lange aufrechterhalten werden. Die Einhaltung des Bezugstermins im Herbst 2021 sei wichtig, da die für den arbeitsintensiven Winter erforderlichen Materialien vorbereitet und eingelagert werden müssten. Im Fall einer Beschwerde müsste die Arbeit während zwei Wintern – statt wie geplant einem Winter – vom Provisorium Schmerikon aus bewältigt werden. Dies würde zu erheblichen Mehrkosten sowie personellem und logistischem Mehraufwand führen, der sich angesichts der Unbegründetheit der Beschwerde nicht rechtfertige.



Das Planerwahlverfahren ist der Ausgangspunkt der Realisation eines Neubaus des Werkhofes Ricken, so dass sich allenfalls das gesamte Projekt um ein Jahr verzögern würde. Damit wäre der Betrieb des alten Werkhofes während des Winters 2020/21 möglich und die Bewältigung der Arbeiten vom Provisorium auf den Winter 2021/22 beschränkt. Die Angewiesenheit auf das Provisorium in Schmerikon während zweier Winter, statt während eines Winters erscheint deshalb nicht ohne weiteres als zwingend. Dass die räumlichen Verhältnisse im Werkhof Ricken möglichst rasch verbessert werden sollen, ist nachvollziehbar, stellt jedoch mit Blick darauf, dass es sich nicht um eine plötzlich eingetretene Situation, welche umgehendes Handeln erfordern würde, handelt, kein besonders gewichtiges öffentliches Interesse an der umgehenden Weiterführung des Vergabeverfahrens dar.

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe die Auswahl nicht wie in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben vorgenommen. Mit der Durchführung von sogenannten Ausscheidungsrundgängen habe die Vorinstanz nicht alle Teilnahmeanträge anhand der bekanntgegebenen Kriterien beurteilt. Eine schlechtere Bewertung im ersten Rundgang habe damit nicht mit einer besseren Bewertung im zweiten und dritten Rundgang kompensiert werden können. Es sei nicht auszuschliessen, dass der Antrag der Beschwerdeführerinnen nach dem ersten Durchgang nicht mehr bewertet und damit nicht anhand aller bekanntgebener Kriterien beurteilt worden sei. Der in den Ausschreibungsunterlagen an letzter Stelle aufgeführte "Gesamteindruck der Bewerbung" hätte nicht bereits im ersten Rundgang berücksichtigt werden dürfen. Damit sei ihm ein grösseres Gewicht als bekanntgegeben beigemessen worden. Obwohl die Gestaltung in den Unterlagen unter dem ersten Kriterium aufgeführt sei, sei der architektonische Ausdruck erst im zweiten und dritten Rundgang bewertet worden. Die bekanntgegebenen Kriterien Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit des Anbieters seien nicht berücksichtigt worden.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, Eignungskriterien seien grundsätzlich Ausschlusskriterien. Eine Mehreignung könne für die Auswahl der Teilnehmenden in einem selektiven Verfahren von Bedeutung sein, wenn die Teilnehmerzahl beschränkt



sei. Die Durchführung von Ausscheidungsroundgängen sei zulässig und in Präqualifikationen bei Planerwahlverfahren üblich. Das Beurteilungsgremium habe sämtliche Bewerbungen gesichtet und nach den genannten Kriterien beurteilt. Im ersten Rundgang seien Bewerber identifiziert worden, die unter Berücksichtigung der Beurteilungskriterien nicht hätten überzeugen können. Das Hauptaugenmerk sei auf den Referenzprojekten, dem gewichtigsten Kriterium gelegen. Die verbliebenen Bewerber seien in der zweiten Ausscheidungsrunde, unter Berücksichtigung aller Beurteilungskriterien, detaillierter geprüft und weiter aussortiert worden. Trotz teils sehr guter Eignung seien in der dritten Runde noch jene Bewerber ausgeschieden, die das Beurteilungsgremium nicht restlos hätten überzeugen können. Zu Schluss seien nochmals alle Bewerbungen in einem Kontrollrundgang gesichtet und auf die im Lauf des Tages gewonnen Erkenntnisse überprüft und deren Verbleib im jeweiligen Ausscheidungsroundgang bestätigt worden.

2.2.2. Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. b IVöB regelt die Grundzüge des selektiven Verfahrens. Öffentlich ausgeschrieben wird der geplante Auftrag. Alle Anbieterinnen und Anbieter können einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber bestimmt aufgrund von Eignungskriterien die Anbieterinnen und Anbieter, die ein Angebot einreichen dürfen. In der Regel müssen mindestens drei Anbieter ein Angebot einreichen können (Art. 24 Abs. 1 und 2 VöB). Die einzuladenden Offerenten müssen unter Beachtung der Vergaberegeln (Art. 1 Abs. 3 IVöB), insbesondere unter Beachtung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgebots ausgewählt werden. Auszuwählen sind jene, von denen eine wirtschaftlichere Offerte als von den anderen erwartet werden kann. Das heisst, dass die Selektionskriterien bei der zahlenmässig beschränkten Präqualifikation graduell messbare Eignungskriterien sein müssen, welche indirekte Aussagen über die vom betreffenden Bieter zu erwartende Leistungsqualität zulassen (vgl. VerwGE B 2014/195 vom 17. Dezember 2014 E. 2.1). Auch wenn die Vorinstanz keinen Projektwettbewerb im Sinn von Art. 39 Abs. 1 Ingress und lit. b VöB durchgeführt hat, kommt mit Blick auf die Bedeutung der architektonischen Gestaltung des Projekts dem Beurteilungsgremium bei der Bewertung der Teilnahmeanträge im Hinblick auf die zu erwartende architektonische und gestalterische Qualität eines allfälligen Angebots ein besonders weitgehender Ermessensspielraum zu (vgl. zum Gesamtleistungswettbewerb VerwGE B 2018/28 vom 26. April 2018 E. 2.2).



2.2.3. Aus der Ausschreibung ergab sich, dass von den Bewerberinnen höchstens fünf zur Einreichung eines Angebots eingeladen werden sollten. Damit war es erforderlich, nicht nur ungeeignete Bewerberinnen auszuschliessen, sondern unter den geeigneten die am besten geeigneten zu ermitteln. Ausgangspunkt war – in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen – die Qualität der Referenzprojekte, die auf ihre Vergleichbarkeit mit der gestellten Aufgabe bezüglich Art und Umfang, Gestaltung und Wirtschaftlichkeit beurteilt wurden. Da es sich bei jedem der in den Ausschreibungsunterlagen genannten, auf die Phase der Präqualifikation bezogenen Kriterien um ein Eignungskriterium handelt, war es durchaus zulässig, aus der Beurteilung der Referenzprojekte auf eine mangelnde – oder im Vergleich mit anderen Bewerberinnen geringere – Eignung zu schliessen und die entsprechenden Bewerbungen in den weiteren Rundgängen nicht mehr zu berücksichtigen. Aus dem Vorgehen des Beurteilungsgremiums wird zudem deutlich, dass die einzelnen Rundgänge nicht dazu dienten, die Bewerbungen jeweils unter einem der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterium zu beurteilen. Vielmehr war das Verfahren darauf ausgerichtet, zunächst offenkundig ungeeignete und weniger geeignete Bewerberinnen auszuschliessen und in den folgenden Rundgängen die eingereichten Unterlagen der verbliebenen Bewerberinnen einer vertieften Prüfung zu unterziehen (vgl. dazu BGer 2P.14/2007 vom 3. September 2007 E. 4.2). Schliesslich hat das Beurteilungsgremium das Auswahlverfahren nicht abgeschlossen, ohne nochmals sämtliche Bewerbungen zu sichten und das Ergebnis darauf hin zu überprüfen, ob es vor den auf dem Hintergrund der im Beurteilungsprozess gewonnenen Erkenntnissen standhält. Daraus und aus dem tabellarischen Protokoll des Selektionsverfahrens vom 18. Dezember 2019 (act. 6/6) wird deutlich, dass die Vorinstanz bei den Teilnahmeanträgen sämtlicher zwanzig Bewerberinnen sämtliche Beurteilungskriterien berücksichtigt hat.

Die Vorinstanz hat als Beurteilungskriterium die gestalterische Qualität der Referenzprojekte genannt. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten – zumal sie sich vorbehaltlos auf die Kriterien gemäss Ausschreibungsprogramm eingelassen haben – zu Recht nicht die Zulässigkeit des Kriteriums. Daran vermag der Umstand, dass sich die Vorinstanz wegen des ortsbaulich sehr kleinen Spielraums nicht für einen Projektwettbewerb, sondern für ein Planerwahlverfahren entschieden hat (vgl. Ziff. 1.3.1 des Ausschreibungsprogramms vom 22. Oktober 2019; act.6/1), nichts zu



ändern. Die Einschränkungen hinsichtlich der auf dem gesamten Grundstück überbaubaren Fläche lässt der architektonischen und gestalterischen Kreativität nach wie vor einen grossen Gestaltungsspielraum. Dass dem Auswahlgremium bei der Beurteilung der im vorliegenden Verfahren bedeutsamen architektonischen und gestalterischen Qualität der Referenzprojekte ein weiter Ermessensspielraum zusteht, ist offenkundig. Die von der Vorinstanz vorgebrachte Begründung dafür, dass die von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Projekte für den Bau eines Werkhofs weniger einschlägig seien und zudem von unterschiedlichen Architekten stammten, ist nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerinnen haben als Referenzprojekte ein Tramdepot, eine regionale Sportanlage und die Bergstation einer Luftseilbahn vorgestellt. Hinsichtlich der Art der Bauten sind diese Projekte mit dem ausgedescribten Werkhof allenfalls bezüglich einzelner Aspekte vergleichbar. Bei sämtlichen Projekten können zudem die architektonischen Ideen nicht ohne weiteres den Beschwerdeführerinnen zugerechnet werden. Bei der Sportanlage zeichnete eine ARGE blue architects - Ruprecht Architekten und bei der Bergstation Herzog & de Meuron Ltd. Basel verantwortlich. Einzig beim Tramdepot legt die Bezeichnung des für die Architektur verantwortlichen Unternehmens – Maier Hess Ghisleni GmbH – eine Verbindung zu den Beschwerdeführerinnen nah. Das Beurteilungsgremium durfte unter diesen Umständen die von den Beschwerdeführerinnen bezeichneten Referenzprojekte als unzureichend für die von ihnen zu erwartenden architektonischen und gestalterischen Qualitäten eines Werkhof-Angebots qualifizieren.

2.2.4. Das von der Vorinstanz beschriebene Vorgehen zur Ermittlung jener Bewerberinnen, die zur Einreichung eines Angebots eingeladen werden sollten, ist bei der gebotenen summarischen Prüfung in vergaberechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

3. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde auch mit Blick auf das nicht besonders gewichtige öffentliche Interesse an der umgehenden Weiterführung des Vergabeverfahrens nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz teilt dem Gericht in sachgemässer Anwendung von Art. 37 Abs. 2 VöB die Weiterführung des Vergabeverfahrens mit.



St.Galler Gerichte

4. Den Beschwerdeführerinnen ist eine Frist bis 3. Februar 2020 anzusetzen, um zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

5. Dem Ausgang des Zwischenverfahrens entsprechend wären die amtlichen Kosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Indessen rechtfertigen es die Umstände, die Kosten entsprechend dem Verursacherprinzip dem Staat (Baudepartement) zu überbinden. Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung einzig mit dem Hinweis auf die bereits bekannten Beurteilungskriterien und das Ausscheidungsverfahren mit drei Rundgängen begründet. Sie ist gemäss Art. 41 Abs. 3 Satz 3 VöB allerdings verpflichtet, bei Aufträgen, die – wie der vorliegende entsprechend Ziffer 1.9 der Ausschreibung (act. 6/2) – internationalen Vereinbarungen unterstehen, den Anbietern auf Gesuch hin die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung bekannt zu geben. Einerseits hat sie in der Rechtsmittelbelehrung zur am 20. Dezember 2019 versandten und von den Beschwerdeführerinnen am 24. Dezember 2019 entgegengenommenen Verfügung darauf hingewiesen, dass die – vom 18. Dezember 2019 bis 2. Januar 2020 dauernden – Gerichtsferien nicht gelten, war aber andererseits aufgrund der Feiertage über Weihnachten und Neujahr gemäss E-Mail vom 27. Dezember 2019, 12.09 Uhr (act. 2/9) ausdrücklich erst ab 6. Januar 2020 – mithin nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist am 3. Januar 2020 – bereit, den Beschwerdeführerinnen die Gründe für die Verfügung zu erläutern. Unter diesen Umständen waren die Beschwerdeführerinnen gezwungen, eine – zumindest rudimentär begründete – Beschwerde vorzubereiten und mussten damit nicht mit dem Eingang einer ergänzten Begründung vor diesem Zeitpunkt rechnen. Ein solches Verhalten der Vorinstanz erscheint widersprüchlich. Daran vermag deshalb auch ihr E-Mail vom 31. Dezember 2019, 10.04 Uhr, nichts zu ändern, zumal der Eingang dieses Mails vor Ablauf der Beschwerdefrist am 3. Januar 2020 nicht nachgewiesen ist. Das Verhalten der Vorinstanz rechtfertigt es deshalb, ihr die Kosten für den Zwischenentscheid gestützt auf Art. 95 Abs. 2 VRP zu überbinden. Eine Entscheidgebühr von CHF 1'200 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).



St.Galler Gerichte

Der Staat (Baudepartement) hat die Beschwerdeführerinnen entsprechend der Verlegung der amtlichen Kosten für das Zwischenverfahren ausseramtlich zu entschädigen. Die Vertreterin der Beschwerdeführerinnen hat keine Kostennote eingereicht. Eine pauschale Entschädigung von CHF 2'500 (Art. 19 und Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b der Honorarordnung; sGS 963.75, HonO) zuzüglich pauschale Barauslagen von CHF 100 (vier Prozent von CHF 2'000; Art. 28^{bis} HonO). Die Mehrwertsteuer ist nicht zu entschädigen, zumal die Beschwerdeführerinnen selbst mehrwertsteuerpflichtig sind und die in der Honorarrechnung ihrer Anwältin belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihren eigenen Steuerschulden wieder abziehen können. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerinnen hat deshalb – zu Recht – auch keinen begründeten Antrag auf Hinzurechnung des Mehrwertsteuerzuschlags gestellt (vgl. Art. 29 HonO).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerinnen werden eingeladen, bis **3. Februar 2020** zur vorinstanzlichen Vernehmlassung Stellung zu nehmen (in doppelter Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
3. Der Staat (Baudepartement) bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'200.
4. Der Staat (Baudepartement) entschädigt die Beschwerdeführerinnen für das Zwischenverfahren mit CHF 2'600 ohne Mehrwertsteuer.