

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2017/251 und B 2017/253 vom 28. November 2017

Sg Verwaltungsgericht, 2017-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2017_251_und_B_2017_253

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2017/251 und B 2017/253 du 28 novembre 2017

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2017/251 und B 2017/253 del 28 novembre 2017

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Beschwerdeführerinnen haben sich nicht um die Einreichung eines Angebots im Planerwahlverfahren zum Umbau des Kornhauses beworben. Die Vergabebehörde hat nach Abschluss des Präqualifikationsverfahrens aufgrund einer Intervention des SIA die Ausschreibungsunterlagen angepasst. Die nicht rechtskundig vertretenen Beschwerdeführerinnen beantragen eine neue Ausschreibung ohne ausdrückliches Begehren, es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren. Zusammen mit dem in der Beschwerde formulierten Absicht, sich unter den neuen Bedingungen ebenfalls um die Einreichung eines Angebots bewerben zu wollen, ist von einem sinngemässen Gesuch um aufschiebende Wirkung auszugehen, welchem mit Blick auf den Grundsatz, dass die Vergabebehörde insbesondere aufgrund des vergaberechtlichen Transparenzgebotes an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden ist, entsprochen wird (Präsidialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/251 und B 2017/253).

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts 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, 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 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

E. 2

Die Vorinstanz bestreitet ein rechtsgenügliches Begehren der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die Frage, ob ein solches Gesuch gestellt wurde, ist – anders als die Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die Gutheissung oder die Abweisung des Gesuchs (vgl. BGer 2D_31/2016 vom 2. Februar 2017 E. 2.3 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung) – nicht bloss summarisch zu prüfen.

E. 2.1

. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerinnen in ihren Eingaben vom 11. Dezember 2017 jeweils unter Ziffer I formelle Anträge gestellt haben. Sie beantragen, es seien die Ausschreibungen vom 2. Oktober beziehungsweise vom 29. November 2017 aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Ausschreibung Planerteam neu auszuschreiben und zu publizieren. Ein ausdrückliches Begehren, es sei der Beschwerde aufschiebende

Wirkung zu gewähren, enthalten diese formellen Anträge nicht.

E. 2.2

Gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP muss die Beschwerde unter anderem einen Antrag enthalten. Der Inhalt des Antrags ist – soweit er sich nicht von selbst versteht – durch Auslegung zu ermitteln. Hierbei ist neben dem Wortlaut vor allem auch die Begründung als Auslegungshilfe heranzuziehen. Die Auslegung soll nach dem Grundsatz von Treu und Glauben erfolgen (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 916).

E. 2.2.1

Gemäss Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1) kann die Beschwerdeinstanz auf Gesuch oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen. Das Verwaltungsgericht hat seine frühere Rechtsprechung, wonach bei der Anfechtung eines Zuschlags ein Begehren um aufschiebende Wirkung ausdrücklich zu stellen war (vgl. VerwGE B 2012/119 vom 23. August 2012 E. 1.3, www.gerichte.sg.ch), mit Blick auf die dieser Auffassung in der Literatur erwachsene Kritik geändert. Wer, zumindest dem Anschein nach, in verwaltungsprozessualen Belangen unbewandert ist und sinngemäss den Erhalt des Auftrags verlangt, würde, wenn diese Feinheit ihm bekannt wäre, zweifelsohne die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und separat auch noch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragen. In guten Treuen ausgelegt sind darum Anträge von Laien, die sinngemäss auf das Begehren nach Beauftragung hinauslaufen, als auch die aufschiebende Wirkung verlangend zu verstehen, zumal wenn sich aus der Beschwerdeschrift ansonsten nichts Gegenteiliges entnehmen lässt (vgl. M. Beyeler, Vergaberechtliche Urteile 2012-2103, in: Stöckli/Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 602 f., Rz. 304). Deshalb geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass bei einer nicht rechtskundig vertretenen Beschwerdeführerin im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss auch das Gesuch enthalten sein kann, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren (vgl. Präsidialverfügung B 2014/210 vom 27. Oktober 2014 E. 1.3, www.gerichte.sg.ch und M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/ 2015, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 423). Ein solches sinngemässes Gesuch kann auch im Beschwerdeverfahren betreffend den Ausschluss vom Verfahren angenommen werden (vgl. Präsidialverfügung B 2015/188 vom 13. Oktober 2015, www.gerichte.sg.ch). Gleiches muss im vorliegenden Verfahren gelten, in welchem mögliche Bewerberinnen sich gegen die Änderung der Ausschreibung im selektiven Vergabeverfahren nach der Präqualifikation wenden. Im Übrigen könnte die aufschiebende Wirkung entsprechend den gesetzlichen Vorgaben auch von Amtes wegen erteilt werden.

E. 2.2.2

Die Beschwerdeführerinnen sind nicht rechtskundig vertreten. Die Vorinstanz bezeichnet sie als „geschäftserfahren“. Haben die im Bereich der Architektur tätigen Beschwerdeführerinnen Erfahrung in der Führung von Baubewilligungsverfahren, ist ihnen allenfalls der Grundsatz, dass Rechtsmittel von Gesetzes wegen – quasi „automatisch“ – aufschiebend wirken, bekannt. Dafür, dass sie die vergaberechtliche Ausnahme von diesem Grundsatz kennen, bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Deshalb ist es gerechtfertigt, ihren formellen Antrag entsprechend der dargelegten Rechtsprechung im Licht der Begründung

der Beschwerde auszulegen. Beide Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Änderungen vom 29. November 2017 in den Ausschreibungsunterlagen würden im Vergleich mit der Version vom 2. Oktober 2017 komplett unterschiedliche fachliche Signale bezüglich des für diese Aufgabe geeigneten Architekturbüros aussenden. Der Entscheid, sich nicht um die Einreichung eines Angebots zu bewerben, wäre unter diesen Umständen anders gefällt worden. Das Verfahren sei deshalb zu stoppen (Beschwerdeführerin 1) beziehungsweise aufzuheben (Beschwerdeführerin 2), damit sie sich auch am Verfahren beteiligen können. Die – potenziell erfolgreiche – Möglichkeit, sich unter Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieterinnen an der Ausschreibung ebenfalls noch zu beteiligen, setzt voraus, dass das Vergabefahren nicht weitergeführt, mithin, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird.

E. 2.3

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrem im Licht der Begründung ausgelegten formellen Antrag sinngemäss auch ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt haben. Dass im parallelen von der Sektion St. Gallen Appenzell des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins angehobenen Beschwerdeverfahren (B 2017/255) der nahezu gleich lautenden Eingabe kein sinngemässes Gesuch um aufschiebende Wirkung entnommen wurde, liegt darin begründet, dass jene Beschwerdeführerin nicht – erfolgreich – geltend machen kann, sie hätte sich unter den geänderten Ausschreibungsbedingungen ebenfalls um die Möglichkeit, ein Angebot einzureichen, beworben.

E. 3

Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 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).

E. 3.1

In der Sache ist die vergaberechtliche Zulässigkeit der Änderung der Ausschreibungsbedingungen und damit der Ausschreibung durch die Vorinstanz nach dem Abschluss des Präqualifikationsverfahrens zu prüfen.

E. 3.1.1

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, mit den neuen Voraussetzungen, wie sie am 29. November 2017 festgelegt worden seien, ergebe sich eine völlig veränderte Ausgangslage. Inhalt und Umfang der einzureichenden Unterlagen sowie deren Gewichtung und Bewertung sendeten neu komplett unterschiedliche fachliche Signale bezüglich des für diese Aufgabe bestgeeigneten Architekturbüros respektive Planerteams aus. Die neue Zusammensetzung des Beurteilungsgremiums verstärkte die wesentlichen formellen und inhaltlichen Veränderungen in der Ausschreibung. Unter den neuen Bedingungen wären auch sie ein Anbieter mit grossem Erfolgspotential. Dies sei aus den bisherigen Randbedingungen noch nicht ersichtlich gewesen. Deshalb müssten auch sie noch die Möglichkeit erhalten, sich um eine Teilnahme zu bewerben. Nach Auffassung der Vorinstanz fehlt es den Beschwerdeführerinnen mangels Teilnahme am

Präqualifikationsverfahren an der Befugnis zur Beschwerdeerhebung. Jeder könne behaupten, er hätte bei den geänderten Bedingungen am Verfahren teilgenommen. Dass sich mehr oder andere Anbieter beteiligt hätten, sei eine blosse Mutmassung. Die Rechtsmittel hätten deshalb den Charakter einer unzulässigen Popularbeschwerde. Die Änderungen beträfen einzelne Zuschlagskriterien, die im Präqualifikationsverfahren, in welchem ausschliesslich die Erfüllung der Eignungskriterien geprüft worden sei, kein Thema seien. Die Zuschlagskriterien seien auf freiwilliger Basis zu Informationszwecken bereits im Präqualifikationsverfahren publiziert worden. Es gebe keine Rechtsnorm, welche es der Vergabestelle verbieten würde, die Zuschlagskriterien inhaltlich anzupassen, bevor das Bewerbungsverfahren beginne.

E. 3.1.2

Der Entscheid über die Präqualifikation im selektiven Vergabeverfahren ist gemäss Art. 15 Abs. 1 bis Ingress und lit. c IVöB selbständig mit Beschwerde anfechtbar. Gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung der Beschwerde befugt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheides ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung. Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen. Diese Rechtsprechung muss auch bei Beschwerden gegen Präqualifikationsentscheide gelten (vgl. VB.2015.00390 vom 17. September 2015 E. 2 mit Hinweis auf BGE 2C_380/2014 vom 15. September 2014 E. 4.9; vgl. auch die Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation im Einladungs- und Freihandverfahren sowie bei de-facto-Vergaben, z.B. Beyeler, 2014/2015, Rz. 404 und 406, und VerwGE B 2016/118 vom 7. April 2017 E. 2.3, www.gerichte.sg.ch). Dass die Beschwerdeführerinnen – weil sie sich nicht am Präqualifikationsverfahren beteiligten und um die Möglichkeit zur Einreichung eines Angebots bewarben – nicht am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt waren, schadet dementsprechend nicht. Vielmehr gilt im Zusammenhang mit der formellen Beschwerde der Grundsatz, dass zur Beschwerde nicht nur befugt ist, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, sondern auch, wer ohne Verschulden verhindert war, von Anfang an daran teilzunehmen (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 404, Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110, BGG; BGE 134 I 159 E. 1.1 und 1.3). Zumal die Vorinstanz keine Verpflichtung traf, die Ausschreibungsunterlagen im Sinn der Intervention des sia und des BSA zu ändern, kann den Beschwerdeführerinnen auch nicht vorgehalten werden, sie hätten sich bereits gegen die Ausschreibung zur Wehr setzen müssen.

E. 3.1.3

Aus dem vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b sowie Art. 11 Ingress und lit. a IVöB und insbesondere dem in Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB verankerten Transparenzgebot ergibt sich die Bindung der Vergabebehörde an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern. Wenn sie bekanntgegebene

Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. BVGer B-4902/2013 vom 14. März 2014 E. 4.5 mit zahlreichen Hinweisen). Das Transparenzgebot verlangt, dass die im Voraus gemachten Angaben zu den Leistungsanforderungen oder zu den Beurteilungskriterien (so genannte „Spielregeln des Verfahrens“) von der Vergabestelle nur sehr bedingt einseitig abgeändert werden dürfen. Es schützt nicht nur die Anbieter, die effektiv ein Angebot eingereicht haben, sondern auch diejenigen potentiellen Anbieter, die ebenfalls ein Angebot eingereicht hätten, wenn die „Spielregeln“ denn von Anfang an so formuliert gewesen wären, wie die Vergabestelle sie aufgrund ihres nachträglichen Erkenntnisgewinns modifizieren möchte, welche aber aufgrund der veröffentlichten Anforderungen kein Angebot eingereicht haben. Mit Blick auf das Bedürfnis der Vergabestelle, einem Erkenntnisgewinn während des Vergabeverfahrens unter Wahrung gewisser Rahmenbedingungen auch anders als in Form eines Verfahrensabbruchs Rechnung zu tragen, können allenfalls nicht wesentliche Änderungen zulässig sein. Eine Änderung ist jedenfalls dann wesentlich, wenn anzunehmen ist, dass in Kenntnis dieser Änderungen weitere Angebote oder Angebote eines anderen Anbieterkreises eingereicht worden wären. Die Wesentlichkeit kann sich dabei nicht nur in einer Änderung des Leistungsumfangs, sondern je nach den Umständen auch aus einem Verzicht auf Eignungsanforderungen ergeben. Wäre es einer Vergabestelle freigestellt, Beurteilungskriterien nachträglich abzuändern und auf publizierte Eignungskriterien teilweise zu verzichten, stünde es in ihrem Belieben, zuerst durch strenge Eignungskriterien die meisten potentiellen Anbieter abzuschrecken und nachher, nach Eingang der Angebote diese Kriterien zu reduzieren, um den Zuschlag einem bevorzugten Anbieter zu erteilen (vgl. BVGer B-4902/2013 vom 14. März 2014 E. 6.5 mit Hinweisen). Im vorliegenden Verfahren hat die Vorinstanz bezogen auf die Phase 2 des zweistufigen Vergabeverfahrens (Honorarofferte) Änderungen bezüglich der Auftragsanalyse – Ergänzung mit einer These zur vertikalen Erschliessung – sowie der Gewichtung der Zuschlagskriterien – insbesondere Reduktion des Preises von 30 auf 20 Prozent und Erhöhung der Analyse der Bauaufgabe von 35 auf 60 Prozent – vorgenommen und das Beurteilungsgremium mit einem unabhängigen Fachexperten ergänzt. Damit hat sie auf eine Intervention des Sektion St. Gallen Appenzell des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (sia) und des Bundes Schweizer Architekten (BSA) vom 4. November 2017 reagiert (vgl. lit. I des Auszugs aus dem Protokoll der Sitzung Stadtrates vom 21. November 2017 zum Geschäft Nr. 2013-248, act. 7/1), mit welcher beanstandet wurde, die Ausschreibung mit den Ausschreibungsbedingungen vom 2. Oktober 2017 werde der Bedeutung des Kornhauses und der Komplexität der Bauaufgabe auf keinerlei Weise gerecht. Sie gewichte die Bewertungskriterien zur Wahl des geeignetsten Teams nicht im Sinn der SIA-Norm 144, und im Beurteilungsgremium seien die notwendigen Fachkompetenzen in Bezug auf Städtebau, Landschaft und Architektur in keiner Weise abgebildet und entsprächen nicht der Interdisziplinarität, die die Aufgabe erfordere. Die beiden Organisationen boten der Vorinstanz an, zusammen mit den Verantwortlichen des Stadtrates ein geeignetes Verfahren für die ausserordentlich interessante Bauaufgabe zu entwickeln (vgl. act. 3.4 im Verfahren B 2017/255). Selbst wenn die Zuschlagskriterien für die Auswahl der Bewerber nicht von Bedeutung gewesen sein sollten und möglicherweise in der ersten Phase des selektiven Verfahrens nicht hätten publiziert werden müssen, waren sie aufgrund der tatsächlich erfolgten Publikation und der damit ausgelösten und vom Grundsatz von Treu und Glauben geschützten Erwartung doch geeignet, potentielle Anbieter wie die Beschwerdeführerinnen

von einer Bewerbung abzuhalten.

E. 3.1.4

Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung erscheinen die von der Vorinstanz vorgenommenen Änderungen geeignet, einen veränderten Anbieterkreis anzusprechen. Dementsprechend erscheinen die Beschwerden, mit welchen die Beschwerdeführerinnen geltend machen, bei Kenntnis der veränderten Bedingungen hätten sie sich ebenfalls um die Möglichkeit, ein Angebot einzureichen, beworben, als ausreichend begründet.

E. 3.2

Der Gewährung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende öffentliche Interessen – insbesondere Dringlichkeit des Vorhabens – macht die Vorinstanz angesichts der bald hundertjährigen gescheiterten Suche nach einer der Architektur und der Geschichte des Gebäudes angemessenen Nutzung (vgl. Ziff. 2.1 des Projektbeschriebs, act. 3/1 beziehungsweise 3/3) zu Recht nicht geltend.

E. 4

Aufgrund dieser Umstände sind die öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit geringer zu gewichten als die privaten Interessen der Beschwerdeführerinnen am Aufschub des Zuschlags. Dem sinngemässen Gesuch der Beschwerdeführerinnen, es sei den Beschwerden die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist deshalb zu entsprechen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung neu vorzunehmen ist.

E. 5

Die Vorinstanz erhält Gelegenheit, innert einer Frist bis 29. Januar 2018 (die Gerichtsferien gelten nicht) zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen, wobei nach unbenütztem Ablauf der Frist der Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen würde.

E. 6

Die Kosten dieser Verfügung sind bei der Hauptsache zu belassen. Der Abteilungspräsident verfügt: 1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen. 2. Der Vorinstanz wird die Fortsetzung des Vergabeverfahrens betreffend Architekturleistungen für den Umbau des Kornhauses (Ausschreibung Planerteam Phase 2) bis zu einem anderslautenden Entscheid über die aufschiebende Wirkung beziehungsweise bis zum Entscheid des Gerichtes über die Beschwerde untersagt. 3. Die Vorinstanz wird eingeladen, bis 29. Januar 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen. Die Gerichtsferien gelten nicht. 4. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit der Hauptsache entschieden. Der Abteilungspräsident Eugster

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.