

## Gerichte des Kantons St.Gallen

Kanton St.Gallen | Kantonsrat | Regierung | Verwaltung



### Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 14.02.2018

#### Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB.

Die Vergabebehörde hat den am 6. Februar 2017 erteilten Zuschlag für die weitere Bearbeitung des Projektvorschlags für den Neubau eines Betagtenheims am 22. Januar 2018 mit der Begründung widerrufen, eine Zusammenarbeit mit der Zuschlagsempfängerin sei nicht möglich. Gleichzeitig erteilte sie den Zuschlag der zweitplatzierten Bewerberin. Vergabebehörde und ursprüngliche Zuschlagsempfängerin schildern – wenn auch unter gegenseitiger Schuldzuweisen – sachliche Gründe, welche einem Abschluss des Vertrags zwischen ihnen entgegenstehen. Aus der umgehenden Vergabe an die zweitplatzierte Bewerberin ist zu schliessen, dass die Vorinstanz mit dem Widerruf weder einen Zuschlag im Freihandverfahren noch die Umsetzung des Siegerprojekts mit einem anderen Vertragspartner anstrebt. Dem Gesuch der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin, welche gegen den Widerruf und den Neuzuschlag Beschwerde erhoben hat, um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist bei der gebotenen summarischen Prüfung deshalb nicht zu entsprechen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2018/42 und 44).

#### Verfügung vom 14. Februar 2018

##### Verfahrensbeteiligte

**GNWA - Gonzalo Neri & Weck Architekten GmbH**, Zweierstrasse 129,  
8003 Zürich,  
**Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin**,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Galli, Fraumünsterstrasse 17,  
8001 Zürich,

gegen

**Politische Gemeinde Sevelen**, vertreten durch den Gemeinderat, 9475 Sevelen,  
**Vorinstanz und Gesuchsgegnerin**,  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. HSG Christina Nossung, factum advocatur, Davidstrasse 1, Postfach 635, 9001 St. Gallen,

und

**Allemann Bauer Eigenmann Architekten AG**, Zweierstrasse 100, 8003 Zürich,  
**Beschwerdegegnerin**,

##### Gegenstand

**Vergabe Projektwettbewerb Neubau Betagtenheim "Büelriet" (Widerruf / Zuschlag nach Widerruf) / aufschiebende Wirkung**

**Der Abteilungspräsident stellt fest:**

Die Politische Gemeinde Sevelen hat am 6. Februar 2017 entsprechend der Empfehlung des Preisgerichts der GNWA – Gonzalo Neri & Weck Architekten GmbH den „Auftrag“ für die weitere Bearbeitung ihres Projektvorschlags „Nœud Papillon“ Zuschlag für den Neubau eines Betagtenheims im Gebiet „Büelriet“ mit Privat-, Allgemein- und Nebenräumen, Räumen für die Verwaltung, externe Dienstleister, der Parkierung (inkl. Einstellhalle) sowie den Aussenanlagen und Aussenräumen erteilt. Sie widerrief den Zuschlag mit Verfügung vom 22. Januar 2018 mit der Begründung, eine Zusammenarbeit mit der Zuschlagsempfängerin sei nicht möglich, weil sie nicht bereit sei, das Wettbewerbsprojekt den Anforderungen der Auftraggeberin anzupassen und die Kritikpunkte der Jury zu überarbeiten. Die Vergabebehörde könne nicht gezwungen werden, den Zuschlag einem Anbieter, der zur Auftrags Erfüllung nicht mehr geeignet erscheine, zu belassen. Gleichentags erteilte sie mit separater Verfügung den Zuschlag neu der Allemann Bauer Eigenmann Architekten AG.

Die GNWA - Gonzalo Neri & Weck Architekten GmbH (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde Sevelen (Vorinstanz) am 22. Januar 2018 sowohl gegen den Widerruf als auch die Erteilung des Zuschlags an die Allemann Bauer Eigenmann Architekten AG mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 2. Februar 2018 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat der Vorinstanz mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. Februar 2018 die Fortsetzung des Vergabeverfahrens betreffend das Projekt Neubau Betagtenheim „Büelriet“ und den Abschluss des Vertrags mit der neuen Zuschlagsempfängerin einstweilen untersagt. Die neue Zuschlagsempfängerin verzichtete am 8. Februar 2018 auf eine Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung ihrer Rechtsvertreterin vom 9. Februar 2018, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der Antrag um aufschiebende Wirkung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

**Der Abteilungspräsident erwägt:**

1. Hinsichtlich der Frage, ob die Vorinstanz das Vergabeverfahren weiterführen darf, hängen die einerseits gegen den Widerruf des Zuschlags an die Beschwerdeführerin (B 2018/42) und andererseits gegen den neuen Zuschlag an die Beschwerdegegnerin (B 2018/44) erhobenen Beschwerden sachlich und prozessual eng zusammen. Sie sind deshalb für die Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdeführerin, es sei ihrem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu gewähren, zu vereinigen und durch einen einzigen Entscheid zu erledigen (vgl. GVP 1972 Nr. 30).

2. 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, 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).

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).

4. Gemäss Art. 37 Abs. 1 Ingress VöB darf der Vertrag mit dem Anbieter abgeschlossen werden, wenn – was im vorliegenden Fall erfüllt ist – die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen oder einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht erteilt worden ist. Eine vergaberechtliche Verpflichtung der Vergabestelle, den Vertrag abzuschliessen, kann der Zuschlagsempfänger indessen aus dem Zuschlag nicht ableiten (vgl. BGE 134 II 192 E. 1.4, 129 I 410 E. 3.4). Ein Widerruf ist deshalb auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 1 VöB zulässig, wobei sich die Vorinstanz auf lit. a der Bestimmung – die mangelnde Eignung der Beschwerdeführerin – gestützt hat. Die Aufzählung der Widerrufsgründe in Art. 12 Abs. 1 VöB ist indessen entsprechend dem Wortlaut – insbesondere – nicht abschliessend. Ein Widerruf ist auch dann denkbar, wenn sich der Zuschlag als formell rechtskräftig und somit als rechtsbeständig erweist. Er sollte gemäss in der Literatur vertretener Auffassung indessen im Interesse an der Rechtssicherheit nur gestützt auf eine fundierte Interessenabwägung erfolgen. Gelangt die Vergabestelle jedoch zum Schluss, dass gewichtige Gründe für den Widerruf der Zuschlagsverfügung bestehen, erweist er sich trotz ihrer Rechtsbeständigkeit als zulässig. Der vergaberechtliche Widerruf führt nach dieser Auffassung privatrechtlich zum Dahinfallen eines allfällig bereits abgeschlossenen Vertrags (vgl. Th. Locher, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, Bern 2013, S. 159). Nach der Rechtsprechung ist ein Widerruf nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zutage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen müssten. Aus Gründen der Rechtssicherheit müssten für den Widerruf des Zuschlags strengere Voraussetzungen gelten als für den Abbruch des Verfahrens (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 548). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abbrechen und einen allfällig bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist. Es ist vorab Sache der Vergabestelle, darüber zu befinden, ob sachliche Gründe bestehen, das Vergabeverfahren im öffentlichen Interesse abzubrechen. Ob die den Abbruch rechtfertigenden, sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, kann für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruches eine Rolle spielen (BGE 134 II 192 E. 2.3 im Zusammenhang mit Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA, wonach die Vergabestelle im „öffentlichen Interesse“ auf die Vergabe des Auftrags verzichten darf mit Hinweisen). Da das schweizerische Vergaberecht darauf abzielt, ein rechtsgleiches und willkürfreies Auswahlverfahren zu schaffen, erscheint es bei der Prüfung der sachlichen Gründe für den Widerruf als gerechtfertigt, ein allfälliges Verschulden der Vergabestelle ausser Acht zu lassen (vgl. BVGer B-6136 und 6137/2007, Zwischenverfügung vom 30. Januar 2008, E. 9).

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, nach der gesetzlichen Regelung sei der Widerruf als ultima ratio ausgestaltet, da er einen besonders schweren Eingriff in die Rechte des Zuschlagsempfängers darstelle. Er sei nur zulässig, wenn der Anbieter das Vergaberecht oder andere einschlägige Normen besonders schwer verletze, wenn ihm das rechtliche Gehör gewährt werde, wenn der Widerruf das Verhältnismässigkeitsprinzip wahre und die Massnahme nicht auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufe. Die Beschwerdeführerin habe das Vergaberecht nicht verletzt und sich auch in anderer Hinsicht nicht rechts- oder treuwidrig verhalten. Sie habe sich letztlich überhaupt nichts zuschulden kommen lassen. Einzig die Vergabestelle habe unkorrekt gehandelt. Bis zur Beendigung der Zusammenarbeit habe kein umsetzbarer Projektüberarbeitungsauftrag vorgelegen.

Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin schildern – wenn auch unter gegenseitiger Schuldzuweisung – sachliche Gründe, welche einem Abschluss des Vertrags zwischen ihnen entgegenstehen. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen nicht bereit ist, den Vertrag mit der Beschwerdeführerin abzuschliessen, ist – jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung – nachvollziehbar und lässt den Widerruf des Zuschlags vergaberechtlich als zulässig erscheinen. Insbesondere ist aus der umgehenden Vergabe an die zweitplatzierte Bewerberin zu schliessen, dass die Vorinstanz mit dem Widerruf weder einen Zuschlag im Freihandverfahren noch die Umsetzung des Projekts der Beschwerdeführerin mit einem anderen Vertragspartner anstrebte. Insofern liegen keine Anhaltspunkte für eine gezielte Diskriminierung der Beschwerdeführerin und damit für einen rechtsmissbräuchlichen Widerruf vor. Dementsprechend erscheint die Beschwerde B 2018/42 nicht als ausreichend begründet im Sinn von Art. 17 Abs. 2 IVöB.

5. Zu prüfen bleibt die neu erfolgte Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin. Der – rechtskräftige – Widerruf des Zuschlags ist Voraussetzung dafür, dass die Vorinstanz den Vertrag mit einer anderen Anbieterin abschliessen darf (vgl. BGE 134 II 192 E. 1.4, BGE 129 I 410 E. 3.4). Fraglich ist, ob der Widerruf zunächst zum Abbruch des Vergabeverfahrens und zu einer neuen Ausschreibung führen muss oder ob und unter welchen Voraussetzungen die Vergabebehörde ohne neues Ausschreibungsverfahren den Zuschlag jener Anbieterin erteilen darf, welche nach der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin das wirtschaftlich zweitgünstigste Angebot eingereicht hat. Die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, der Umstand, dass der Vertrag bisher nicht zustande gekommen sei, sei auf eine Ausschreibung zurückzuführen, welche sich rückblickend betrachtet, als vergaberechtswidrig erweise. Das Vorgehen der Vorinstanz – nämlich nach dem Widerruf des Zuschlags das Vergabeverfahren nicht abzubrechen und den Beschaffungsgegenstand neu auszuschreiben, sondern die zweitplatzierte Bewerberin zu berücksichtigen – erscheint im Übrigen jedenfalls bei summarischer Prüfung nicht als vergaberechtswidrig, sondern vergaberechtlich als nachvollziehbar. Dementsprechend erscheint auch die Beschwerde B 2018/44 nicht als ausreichend begründet im Sinn von Art. 17 Abs. 2 IVöB.

6. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheinen die Beschwerden nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen formellen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

7. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ist eine Frist bis 14. März 2018 anzusetzen, um sich zur Beschwerde in der Sache vernehmen zu lassen.

8. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Sie ist mit den von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschüssen von CHF 4'000 zu verrechnen. CHF 3'000 verbleiben bei den Hauptsachen, nämlich CHF 2'000 im Beschwerdeverfahren B 2018/42 und CHF 1'000 im Beschwerdeverfahren B 2018/44). Ausseramtliche Kosten sind für das Zwischenverfahren mangels Anspruchs der Vorinstanz und mangels Antrags der Beschwerdegegnerin nicht zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98<sup>bis</sup> VRP; vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829).

**Der Abteilungspräsident verfügt:**

- 1.** Die Beschwerdeverfahren B 2018/42 und B 2018/44 werden für die Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdeführerin, es sei ihrem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu gewähren, vereinigt.
- 2.** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
- 3.** Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erhalten Gelegenheit, bis 14. März 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (je in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.
- 4.** Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'000 unter Verrechnung mit den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen von zusammen CHF 4'000. Bei der Hauptsache verbleiben im Beschwerdeverfahren B 2018/42 CHF 2'000 und im Beschwerdeverfahren B 2018/44 CHF 1'000.
- 5.** Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident  
Zürn