

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**2C\_1009/2021**

**Urteil vom 10. November 2023**

**II. öffentlich-rechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,  
Bundesrichter Donzallaz,  
Bundesrichterin Hänni,  
Bundesrichter Hartmann,  
Bundesrichterin Ryter,  
Gerichtsschreiber Marti.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_ GmbH,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Prof. Dr. Andreas Abegg und/oder  
Dr. iur Patrice Martin Zumsteg, Rechtsanwälte,

*gegen*

B. \_\_\_\_\_ AG,  
Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch Julia Bhend und/oder Claudia Marti,  
Rechtsanwältinnen,

Gegenstand  
Rechtsverweigerung,

Beschwerde gegen den Entscheid des  
Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 27. Oktober 2021 (VG.2021.93/E).

**Sachverhalt:**

**A.**  
Die Immobiliendienstleisterin B. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in U. \_\_\_\_\_ (TG) plant seit rund 20 Jahren den Bau eines Fussballstadions und weiterer Bauten im Gebiet "Torfeld Süd" in Aarau. Sie ist zugleich Eigentümerin der Grundstücke, auf welchen das Fussballstadion sowie verschiedene Wohn- und Gewerbebauten (inklusive vier Hochhäuser) erstellt werden sollen. Auf einem der Grundstücke soll ein selbstständiges und dauerndes Baurecht für den Bau des Fussballstadions errichtet werden. Das selbstständige Baurechtsgrundstück samt Stadionbaute soll nach der Fertigstellung zum Preis von Fr. 25'000'000.-- an die C. \_\_\_\_\_ AG verkauft werden. Eigentümerin der C. \_\_\_\_\_ AG ist die Einwohnergemeinde (Stadt) Aarau. Der Kaufpreis soll durch die Einwohnergemeinde Aarau (Fr. 17'000'000.-), durch den Kanton Aargau (Fr. 6'000'000.--) sowie durch die private D. \_\_\_\_\_ GmbH bezahlt werden. Das Stammgrundstück soll für Fr. 6'000'000.-- an die Ortsbürgergemeinde Aarau verkauft werden. Die Kosten für die Planung und den Bau des Stadions inklusive Land belaufen sich voraussichtlich auf Fr. 60'000'000.--, die Kosten für die gesamte Überbauung auf geschätzt Fr. 400'000'000.--. Die Differenz zwischen dem Kaufpreis und den effektiven Erstellungskosten für das Stadion trägt die B. \_\_\_\_\_ AG in der Erwartung, diese aus dem Verkauf der realisierten Mantelnutzung decken zu können.

**B.**

Die A. \_\_\_\_\_ GmbH ist ein Architekturbüro mit Sitz in V. \_\_\_\_\_ (AG). Mit Schreiben vom 28. August 2020 teilte sie der B. \_\_\_\_\_ AG mit, dass sie der Presse entnommen habe, dass bei der Planung und dem Bau des Stadions von einer Ausschreibungspflicht ausgegangen werde. Sie bekundete ihr Interesse an einem entsprechenden Auftrag und ersuchte die B. \_\_\_\_\_ AG um Mitteilung darum, wann welche Aufträge zur Planung und Realisierung des Stadions öffentlich ausgeschrieben würden. Weiter bat sie um Zustellung einer anfechtbaren Verfügung innert 30 Tagen, falls auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet werden solle.

Die B. \_\_\_\_\_ AG informierte die A. \_\_\_\_\_ GmbH daraufhin mit Schreiben vom 22. September 2020, dass die Planungsmandate seit längerer Zeit vergeben worden seien. Seit Sommer 2000 sei man mit E. \_\_\_\_\_ Architekten in W. \_\_\_\_\_ an der Planung. Die B. \_\_\_\_\_ AG wies weiter darauf hin, dass es sich um ein "Public Private Partnership" (PPP) Modell handle und sie schon seit 20 Jahren Eigentümerin sämtlicher Grundstücke sei.

### C.

Am 5. Oktober 2020 erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau Beschwerde wegen Rechtsverweigerung. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau trat darauf nicht ein, da es sich örtlich nicht für zuständig befand: Die entsprechende Beschwerde sei gemäss Art. 8 Abs. 4 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB 2001] dort einzureichen, wo sich der Sitz bzw. die Schwerpunkttätigkeit der Auftraggeberin befindet. Dies sei U. \_\_\_\_\_ (TG); der Ausführungsort in Aarau sei dagegen nicht massgebend.

### D.

Mit Eingabe vom 28. April 2021 gelangte die A. \_\_\_\_\_ GmbH an das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau und erhob auch dort eine Rechtsverweigerungsbeschwerde. Sie beantragte, die B. \_\_\_\_\_ AG sei anzuweisen, die Vergabe der Planung und des Baus des Fussballstadions "Torfeld Süd" auszuschreiben; eventualiter sei diese anzuweisen, umgehend über die Ausschreibung der Planung und des Baus des Fussballstadions zu verfügen. Zur Begründung machte die A. \_\_\_\_\_ GmbH im Wesentlichen geltend, die B. \_\_\_\_\_ AG habe ihr Begehren zu Unrecht nicht behandelt; zumindest hätte eine Verfügung erlassen werden müssen. Die B. \_\_\_\_\_ AG unterstehe dem Submissionsrecht, weil das Stadionprojekt zu mehr als 50 % durch öffentliche Gelder subventioniert werde; die Planung sowie der Bau des Stadions seien folglich ausschreibungspflichtig. Als potentielle Mitbewerberin sei die A. \_\_\_\_\_ GmbH legitimiert, Beschwerde zu erheben.

Mit Urteil vom 27. Oktober 2021 trat das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht ein. Zusammengefasst verneinte es die Beschwerdelegitimation der A. \_\_\_\_\_ GmbH, da diese - bei einer allfälligen Ausschreibung der Planungs- und Bauarbeiten - keine realistische Chance auf den Zuschlag gehabt hätte. Als Eventualbegründung erwog das Verwaltungsgericht zusätzlich, dass die Beschwerde auch in materieller Hinsicht abzuweisen sei, da in der Angelegenheit ohnehin kein Submissionsrecht zur Anwendung gelange und die B. \_\_\_\_\_ AG deshalb keine Verfügung hätte erlassen können.

### E.

Mit Beschwerde vom 10. Dezember 2021 gelangt die A. \_\_\_\_\_ GmbH an das Bundesgericht. Sie verlangt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die B. \_\_\_\_\_ AG anzuweisen, die Vergabe der Planung und des Baus des Fussballstadions "Torfeld Süd" auszuschreiben; eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die B. \_\_\_\_\_ AG anzuweisen, umgehend und ohne weiteren Verzug über die Ausschreibung eine Verfügung zu erlassen. Sub-eventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die A. \_\_\_\_\_ GmbH, ihre Beschwerde sei als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und eventualiter als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegenzunehmen.

Mit Vernehmlassung vom 1. März 2022 beantragt die B. \_\_\_\_\_ AG, auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter seien sie abzuweisen. In Replik und Duplik halten die Parteien an ihren Anträgen fest. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau schliesst auf die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

### Erwägungen:

1. Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. **BGE 146 II 276 E. 1;** **141 II 113 E. 1**).

1.1. Angefochten ist mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 27. Oktober 2021 ein letztinstanzlicher Endentscheid auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Dagegen steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG), sofern keine Ausnahmebestimmung nach Art. 83 BGG greift. Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 83 lit. f BGG; **BGE 146 II 276 E. 1.2;** **144 II 177 E. 1.3**).

**1.2.** Vorliegend ist fraglich, ob der angefochtene Entscheid im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung erging, zumal in der Sache streitig ist, ob die Beschwerdegegnerin betreffend die Planung und Erstellung des Fussballstadions dem Vergaberecht untersteht (subjektiver Geltungsbereich). Diese Frage ist vor Bundesgericht in doppelter Hinsicht relevant: Einerseits betrifft sie die grundsätzliche Anwendbarkeit der Zulässigkeitschranke von Art. 83 lit. f BGG. Andererseits wirkt sie sich auf das anwendbare Recht aus, nach welchem die Angelegenheit materiell zu beurteilen ist. In solchen Fällen hat das Bundesgericht unter Hinweis auf die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen festgehalten, dass dasjenige Rechtsmittel zur Verfügung stehen muss, das es ihm erlaubt, die Sache so vertieft wie möglich zu prüfen (vgl. **BGE 144 II 184** E. 1.3; Urteile 2C\_697/2019 vom 21. August 2020 E. 1.2; 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 1.3.2; Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 85 zu Art. 83 BGG; ferner **BGE 141 II 12** E. 5.1 sowie Urteil 2C\_284/2016 vom 20. Januar 2017 E. 1.1, nicht publiziert in: **BGE 143 II 57**). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten steht damit offen.

**1.3.** Die Vorinstanz ist auf die Beschwerde nicht eingetreten. Als Begründung erwog sie, dass die Beschwerdeführerin mangels Rechtsschutzinteresse gar nicht zur Beschwerdeführung legitimiert sei (angefochtener Entscheid E. 3.3). Gleichzeitig hielt die Vorinstanz fest, die Beschwerde sei (auch) materiell abzuweisen, wäre die Beschwerdeführerin zur Beschwerdeführung legitimiert (angefochtener Entscheid insbesondere E. 3.4 und E. 4). In einem solchen Fall beurteilt das Bundesgericht auch die materielle Rechtslage und sieht aus prozessökonomischen Gründen davon ab, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, wenn zwar zu Unrecht auf die Beschwerde nicht eingetreten wurde, die Eventualbegründung in der Sache aber zutreffend ist (**BGE 139 II 233** E. 3.2; Urteil 2C\_373/2017 vom 14. Februar 2019 E. 1.5, nicht publiziert in: **BGE 145 I 308**). Die Beschwerdebegründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) muss sich deshalb sowohl mit dem Nichteintreten als auch mit der materiellrechtlichen Seite auseinandersetzen, was vorliegend erfüllt ist.

**1.4.** Als Adressatin des angefochtenen Entscheids ist die Beschwerdeführerin legitimiert, Beschwerde zu erheben (Art. 89 Abs. 1 BGG; vgl. **BGE 144 II 184** E. 1.4; Urteil 2C\_697/2019 vom 21. August 2020 E. 1.3). Da auch die weiteren Zulassungsvoraussetzungen gegeben sind (vgl. Art. 100 Abs. 1, Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), ist auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten. Kein Raum bleibt dabei für die hilfsweise erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG). Auf sie ist folglich nicht einzutreten.

## 2.

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 142 I 135** E. 1.5). Die Anwendung von kantonalem Gesetzesrecht prüft das Bundesgericht - von hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen - nur auf Willkür (**BGE 143 I 321** E. 6.1; **141 IV 305** E. 1.2). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

## 3.

In materieller Hinsicht stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerin betreffend die Planung und Erstellung des Fussballstadions vom subjektiven Geltungsbereich des Vergaberechts erfasst wird. Dass dies - wie die Vorinstanz im Rahmen ihrer Eventualbegründung ausführt - zu verneinen sei, erscheint fraglich.

**3.1.** Vorliegend geht es um das Stadionprojekt im Gebiet "Torfeld Süd" in Aarau. Die Beschwerdegegnerin plant den Bau des Fussballstadions und weiterer Bauten seit rund 20 Jahren, wobei sie auch Eigentümerin der Grundstücke ist, auf welchen das Fussballstadion sowie verschiedene Wohn- und Gewerbebauten erstellt werden sollen. Die Projektkosten für das Stadion belaufen sich inklusive Land auf mutmasslich Fr. 60'000'000.--. Nach dem Bau soll das selbstständige Baurechtsgrundstück samt Stadionbaute für Fr. 25'000'000.-- an die C. \_\_\_\_\_ AG verkauft werden, deren Eigentümerin die Einwohnergemeinde Aarau ist. Der Kaufpreis soll durch die Einwohnergemeinde Aarau (Fr. 17'000'000.--), durch den Kanton Aargau (Fr. 6'000'000.--) sowie durch die private D. \_\_\_\_\_ GmbH (Fr. 2'000'000.--) finanziert und das Stammgrundstück für Fr. 6'000'000.-- an die Ortsbürgergemeinde Aarau verkauft werden. Die Differenz zwischen dem Kaufpreis und den effektiven Erstellungskosten für das Stadion trägt die Beschwerdegegnerin in der Erwartung, diese aus dem Verkauf der realisierten Mantelnutzung decken zu können. Die Kosten für die gesamte Überbauung belaufen sich auf geschätzt Fr. 400'000'000.-- (angefochtener Entscheid E. 4.2; vorstehende lit. A).

**3.2.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB 2001 dem Vergaberecht unterstehe, weil die Planung und Erstellung des Fussballstadions zu mehr als 50 % der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werde. Die Vorinstanz verneinte dies im Rahmen ihrer Eventualbegründung. Sie prüfte in diesem Zusammenhang die Anwendbarkeit der IVöB 2001

(RB 720.4), zumal die IVöB vom 15. November 2019 (IVöB 2019; RB 720.3) für den Kanton Thurgau erst auf den 1. April 2022 inkraft getreten ist (vgl. Urteil 2C\_802/2021 vom 24. November 2022 E. 2.2).

**3.3.** Der Beschwerdeführerin ist darin zuzustimmen, dass eine Umgehung des Vergaberechts keinen Schutz finden darf. Bei PPP-Projekten bzw. Investorenprojekten muss die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts sorgfältig und fallweise geprüft werden (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 270; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 925; ferner zu den Grenzen des Grundstückprivilegs in Zusammenhang mit Bauleistungen, derselbe, Rz. 1005 ff., insbesondere Rz. 1017 ff.; Keusen/Müller-Tschumi, Vergabeverfahren, in: Verein PPP Schweiz (Hrsg.), PPP-Praxisleitfaden Hochbau 2016, S. 39). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz kann dabei die Frage, ob vorliegend bereits die Auswahl der Beschwerdegegnerin als Projektpartnerin des Gemeinwesens hätte ausgeschrieben werden müssen, durchaus relevant sein (vgl. zum Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung Urteil 2C\_116/2007 vom 10. Oktober 2007 E. 4.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 268 f.; Beyeler, a.a.O., Rz. 592 ff.; Claudia Schneider Heusi/Felix Jost, Public Private Partnership - wenn Staat und Private kooperieren, in: BR 2006, Sonderheft, S. 33 f.).

Zudem wäre in einer Konstellation wie der vorliegenden neben der sog. Subventionsklausel von Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB 2001, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft, insbesondere Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB 2001 näher zu prüfen. Danach sind dem Vergaberecht für den Binnenbereich auch "andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben" unterstellt, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten. Dieser Auffangtatbestand bringt das Bestreben des Konkordatgebers zum Ausdruck, möglichst alle staatliche Aufgaben erfüllenden Organismen gleich welcher Rechtsform dem Vergaberecht zu unterstellen (dazu Beyeler, a.a.O., Rz. 422; vgl. ferner Evelyne Clerc, in: Commentaire Romand, droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Rz. 85 ff. zu Art. 5 LMI). Unklar erscheint gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz auch die Frage, ob die Beschwerdegegnerin allenfalls vertretungsweise für das Gemeinwesen eine Beschaffungsaufgabe wahrnimmt (vgl. zur Auftragserteilung in Stellvertretung und Zurechnung z.B. Beyeler, a.a.O., Rz. 48 ff.; ferner zur Umgehungsregel von Art. 5 Abs. 4 IVöB 2019, z.B. Daniel Zimmerli, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 63 ff. zu Art. 4 BöB). Zweifellos wären diese und weitere Fragen betreffend das Stadionprojekt "Torfeld Süd" zu prüfen. Eine materielle Diskussion könnte indessen nur erfolgen, wenn die Beschwerdeführerin beschwerdeberechtigt wäre (vorstehende E. 1.3 sowie nachstehende E. 4 ff.; **BGE 139 II 233** E. 3.2 in fine).

#### 4.

Zu prüfen ist daher zunächst, ob die Vorinstanz die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin zu Unrecht verneint hat.

**4.1.** Die Frage der Beschwerdeberechtigung im vorinstanzlichen Verfahren beurteilt sich nach kantonalem Recht, dessen Anwendung das Bundesgericht grundsätzlich nur auf Willkür hin prüft (vorstehende E. 2). Die Vorinstanz stützte sich diesbezüglich auf § 44 Ziff. 1 i.V.m. § 62 des Gesetzes (des Kantons Thurgau) über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Februar 1981 (VRG/TG; RB 170.1), wonach zur Beschwerde berechtigt ist, wer durch einen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (angefochtener Entscheid E. 3.2).

Nach Art. 111 Abs. 1 BGG muss die Legitimation im kantonalen Verfahren jedoch mindestens so weit gefasst sein wie vor Bundesgericht. Da gegen Entscheide im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens unter gewissen Voraussetzungen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig ist, muss zumindest dann, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, auch vor dem kantonalen Verwaltungsgericht die Legitimation des nicht berücksichtigten Anbieters von Bundesrechts wegen mindestens im gleichen Umfang wie nach Art. 89 BGG zugelassen werden. Ob das kantonale Recht diese Mindestanforderungen einhält, ist als Frage des Bundesrechts vom Bundesgericht frei zu prüfen (**BGE 141 II 307** E. 6.1 mit Hinweisen; vorstehende E. 2; Urteil 2C\_50/2022 vom 6. November 2023 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen; vgl. ferner **BGE 144 I 43** E. 2).

**4.2.** Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 89 Abs. 1 BGG setzt die Beschwerdelegitimation im öffentlichen Beschaffungsrecht in der Sache grundsätzlich voraus, dass die Beschwerdeführerin bei Gutheissung des Rechtsmittels eine reelle Chance auf den Zuschlag hat (**BGE 141 II 14** E. 4.1; **141 II 307** E. 6.3; Urteile 2C\_50/2022 vom 6. November 2023 E. 5.3, zur Publikation vorgesehen; 2C\_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.2). Auch ein nicht eingeladener potenzieller Anbieter kann Beschwerde erheben und vorbringen, es sei zu Unrecht ein freihändiges oder Einladungsverfahren durchgeführt und ihm so die Einreichung eines Angebots verunmöglicht worden, sofern er geltend macht, dass er das zu beschaffende Produkt hätte anbieten können und wollen (**BGE 141 II 307** E. 6.3; **141 II 14** E. 4.2; **137 II 313** E. 3.3.2; Urteile 2C\_50/2022 vom 6. November 2023 E. 5.3 und 5.9, zur Publikation vorgesehen; 2C\_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.2). Analoges gilt, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, ein abgeschlossener Vertrag sei zu Unrecht gar nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt worden; auch dazu ist nur legitimiert, wer darlegt, dass er als potenzieller Anbieter entsprechende Leistungen hätte anbieten können (**BGE 141 II 14** E. 4.2; Urteil 2C\_134/2013 vom 6. Juni 2014 E. 2.8).

#### 5.

Die Vorinstanz erwog, es sei äusserst fraglich, ob die Beschwerdeführerin überhaupt die Eignungskriterien erfülle und in der Lage (gewesen) wäre, den Zuschlag zu erhalten. Sie habe nicht glaubhaft gemacht bzw.

nicht einmal nachvollziehbar dargelegt, dass sie in der Lage wäre, ein Fussballstadion mit Auftragsvolumen von Fr. 60'000'000.-- zu planen und auszuführen. Insbesondere habe sie keine entsprechenden Referenzen angegeben und aus der E-Mail-Korrespondenz mit der F. \_\_\_\_\_ GmbH in X. \_\_\_\_\_ ergäben sich keine Hinweise auf eine bestehende bzw. gar gefestigte Geschäftsbeziehung. Habe die Beschwerdeführerin keine realistische Chance auf den Zuschlag und sei sie letztlich auch nicht mehr betroffen als jedermann bzw. andere Architektur- und Planungsbüros, sei ihre Legitimation zu verneinen (angefochtener Entscheid E. 3.3). Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, diese Ausführungen seien willkürlich: Die vorinstanzliche Beurteilung basiere auf einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung und auf einer willkürlichen Rechtsanwendung. Zudem verletze die Vorinstanz Art. 111 BGG, indem sie die Legitimation deutlich enger fasse als das Bundesgericht.

## 6.

Vor diesem Hintergrund ist vorab die Rüge einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung zu beurteilen.

**6.1.** Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 105 Abs. 2 und Art. 97 Abs. 1 BGG; vorstehende E. 2). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (Art. 9 BV; **BGE 141 IV 317 E. 5.4**). Die Willkürüge muss in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG; **BGE 144 V 50 E. 4.2**). Tatfrage ist auch die Beweiswürdigung, die das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüft (**BGE 144 V 111 E. 3**).

**6.2.** Die Beschwerdeführerin bringt in tatsächlicher Hinsicht vor, die vorinstanzliche Feststellung, sie habe keine entsprechenden Referenzen zur Begründung ihrer Beschwerdelegitimation als potentielle Anbieterin angegeben, sei willkürlich. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Beschwerde nämlich die Kontaktnahme mit einem Projektpartner als Subunternehmen für die Stadionarchitektur nachgewiesen sowie auf das neue G. \_\_\_\_\_ in Y. \_\_\_\_\_ (AG) als Referenzprojekt hingewiesen. Für Letzteres seien 100 % der SIA-Leistungen vom Vorprojekt bis zur Bauabnahme erbracht worden, was über die Bearbeitungsdauer von 2007 bis 2020 zu abgerechneten Erstellungskosten von über 81 Millionen Franken geführt habe. Diese Tatsache habe die Vorinstanz nicht nur ausgeblendet, sondern in klarem Widerspruch dazu festgehalten, die Beschwerdeführerin habe keine Referenzen angegeben.

**6.3.** Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden: Die Beschwerdeführerin hat im vorinstanzlichen Verfahren zwar als Referenzprojekt auf das neue G. \_\_\_\_\_ in Y. \_\_\_\_\_ (AG) verwiesen. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin sei dieses Projekt nicht von ihr selbst, sondern von einer anderen juristischen Person (dem Architekturbüro H. \_\_\_\_\_ AG) ausgeführt worden, wobei deren wirtschaftlich Berechtigten mit denjenigen der Beschwerdeführerin übereinstimmen würden. Ein derartiges Referenzprojekt wäre sicherlich geeignet, darzulegen, dass die Beschwerdeführerin als potentielle Anbieterin für die Planung oder Errichtung eines Fussballstadions infrage käme. Indessen blieb vor der Vorinstanz unbelegt, dass und inwieweit die Beschwerdeführerin oder ihre wirtschaftlich Berechtigten - gegebenenfalls durch eine andere juristische Person - an diesem Projekt beteiligt gewesen seien. Während die Beschwerdeführerin betreffend die wirtschaftliche Berechtigung entsprechende Handelsregisterauszüge einreichte, finden sich keine Belege dafür in den Akten, dass bzw. inwiefern das Architekturbüro H. \_\_\_\_\_ AG oder die wirtschaftlich Berechtigten der Beschwerdeführerin an dem referenzierten Projekt beteiligt gewesen sein sollen. Namentlich macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang ein Beweismittel in willkürlicher Weise nicht berücksichtigt hätte.

**6.4.** Vor diesem Hintergrund kann die vorinstanzliche Feststellung, die Beschwerdeführerin habe keine entsprechenden Referenzen nachgewiesen, nicht als willkürlich gelten. Eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung liegt nicht vor.

## 7.

Damit bleibt die Rüge zu behandeln, die Vorinstanz habe Art. 111 BGG verletzt, indem sie die Legitimation deutlich enger fasse als das Bundesgericht gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG.

**7.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die im vorliegenden Fall vorgenommene Prüfung der Beschwerdelegitimation stehe im Widerspruch zum vom Bundesgericht erwähnten Beweismass, wonach die Beschwerdeführerin nur glaubhaft zu machen habe, dass sie selbst eine reelle Chance besitze, den Zuschlag zu erhalten. Die Vorinstanz fordere einen unmöglichen Nachweis, wenn sie behauptete, die Beschwerdeführerin erfülle die Eignungskriterien nicht, zumal solche gar nicht vorliegen würden. Ebenso widersprüchlich sei das Begehren der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe gefestigte Geschäftsbeziehungen zu allfälligen Subunternehmen nachzuweisen. Damit verlange die Vorinstanz einen direkten Beweis über weit mehr, als nach höchstrichterlicher Rechtsprechung tatsächlich zu zeigen wäre, nämlich, dass die Beschwerdeführerin eine potentielle Anbieterin sei, die bei korrekter Ausschreibung eine Offerte eingereicht hätte.

**7.2.** Die Rüge, dass sich die Vorinstanz in einen Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesetzt hat, überzeugt nicht: Auch wer - wie die Beschwerdeführerin - geltend macht, ein Vertrag sei zu

Unrecht gar nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt worden, muss für die Beschwerdelegitimation glaubhaft machen, dass er als potenzieller Anbieter entsprechende Leistungen hätte anbieten können und wollen (vorstehende E. 4). Obschon die Vorinstanz Eignungskriterien erwähnt, welche hier - wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt - mangels Ausschreibung gerade nicht existieren, stellte sie im Ergebnis darauf ab, ob die Beschwerdeführerin die ihrer Ansicht nach ausschreibungspflichtigen Leistungen, d.h. die Planung und/oder Errichtung des Stadions "Torfeld Süd", hätte anbieten können. Dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang zu hohe Anforderungen an das Beweismass gestellt hätte, ist nicht auszumachen: In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erwog sie, die Beschwerdeführerin habe ihre Stellung als potentielle Anbieterin nicht glaubhaft gemacht bzw. nicht nachvollziehbar dargelegt (vgl. **BGE 141 II 14 E. 5**).

**7.3.** Die Beschwerdeführerin rügt sodann auch die von der Vorinstanz vorgenommene Subsumtion: Die Beschwerdeführerin habe vor der Vorinstanz ausgeführt, dass sie als Architekturbüro mit Sitz in V. \_\_\_\_\_ (AG) ein geschäftliches Interesse daran habe, sich für die Planung und die Realisierung des Fussballstadions "Torfeld Süd" zu bewerben. Ebenso habe sie festgehalten und belegt, dass sie schon im Austausch mit einem potentiellen Projektpartner stehe, wobei sie als Hauptauftragnehmerin die Planung der Stadionbaute übernehmen würde, während der Projektpartner als Subunternehmen vor allem für die Stadionarchitektur zuständig wäre. Neben diesen konkreten Bemühungen habe die Beschwerdeführerin im Allgemeinen dargelegt, dass die an ihr wirtschaftlich berechtigten Personen, I. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_, über reiche Erfahrung im Projektmanagement und der Generalplanung verfügten. Sie hätten in den letzten zehn Jahren verschiedene Gebäude bis zu einer Bausumme von 80 Millionen Franken realisiert und könnten entsprechende Referenzen vorweisen. Dieser Erfahrungsschatz sei zu berücksichtigen, auch wenn die Leistungen zu einem wesentlichen Teil über das Architekturbüro H. \_\_\_\_\_ AG abgewickelt worden sei. Auch an dieser Gesellschaft seien I. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ die wirtschaftlich berechtigten Personen. Bei diesem Sachverhalt die Legitimation zu verneinen, sei ein (krasser) Subsumtionsfehler.

**7.4.** Wie dargelegt, blieb die Beschwerdeführerin einen Nachweis für das von ihr angeführte Referenzprojekt schuldig (vorstehende E. 6.3). Bei dieser Sachlage ist es mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 89 (i.V.m. Art. 111) BGG nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz im Ergebnis die Legitimation der Beschwerdeführerin verneint. Daran vermag auch die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der F. \_\_\_\_\_ GmbH in X. \_\_\_\_\_ nichts zu ändern: Die einmalige Korrespondenz belegt, dass die Beschwerdeführerin im April 2020 mit der F. \_\_\_\_\_ GmbH in Bezug auf das Stadionprojekt Kontakt aufnahm. Dies stellt jedoch willkürfrei noch keinen Nachweis dafür dar, dass die Beschwerdeführerin - auch bei Beizug eines Subunternehmens - in der Lage wäre, als Hauptauftragnehmerin die von ihr vorgebrachte Planung eines Fussballstadions mit einem Auftragsvolumen von 60'000'000.-- anzubieten. Damit bestehen keine ausreichenden Indizien, die die Stellung der Beschwerdeführerin als potentielle Anbieterin für entsprechende Leistungen auch nur glaubhaft machen würden.

**7.5.** Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Beschwerdelegitimation in Verletzung von Art. 111 i.V.m. Art. 89 BGG zu eng gefasst, erweist sich damit als unbegründet. Ebenfalls unbegründet ist nach Gesagtem die Rüge einer willkürlichen Rechtsanwendung von § 44 Ziff. 1 i.V.m. § 62 VRG/TG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 IVöB 2001, zumal diese Rüge auf denselben, oben bereits behandelten Argumenten basiert.

**8.**  
Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

**9.**  
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nach Gesagtem abzuweisen. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht einzutreten (vorstehende E. 1.4). Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Gerichtskosten zulasten der Beschwerdeführerin (Art. 66 Abs. 1 BGG). Diese hat der Beschwerdegegnerin zudem eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**  
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.

**2.**  
Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

**3.**  
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**4.**  
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau mitgeteilt.

Lausanne, 10. November 2023

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: C. Marti