

**Submission; Präqualifikation im selektiven Verfahren; rechtliches Gehör** – Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 12 lit. b IVöB; Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 lit. d VRöB.

*Submissionsrechtliche Verfügungen sind wenigstens summarisch zu begründen. Ein Begründungsmangel kann im Beschwerdeverfahren dadurch geheilt werden, dass die massgeblichen Gründe in der Beschwerdeantwort der Vergabebehörde nachgereicht werden und die beschwerdeführende Partei dazu Stellung nehmen kann (E. 2).*

*Im selektiven Verfahren hat die Vergabebehörde für die erste Stufe des Verfahrens (Präqualifikation) zu Beginn des Verfahrens objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Anbieter festzulegen. Bei der Bewertung der Bewerbungen und beim Entscheid über die Auswahl der einzuladenden Bewerbungen hat sie ein weites Ermessen. Dabei darf sie grundsätzlich auf das Mass der Eignung abstellen (E. 4.2). Die im Rahmen des Ermessens umschriebenen Eignungskriterien sind für die Anbieter verbindlich, ungeachtet dessen, ob diese sie als sachgerecht oder zweckmässig erachten (E. 4.3).*

*Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde nicht rechtswidrig gehandelt und insbesondere auch ihren Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn sie die Beschwerdeführerin aufgrund der Beurteilung der Eignungskriterien wegen Minder-eignung nicht zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassen hat (E. 4.4–4.7).*

OGE 60/2016/44 vom 23. Mai 2017

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

## **Sachverhalt**

Die Stadt Stein am Rhein schrieb die Arbeiten des Generalplanerteams für die baulichen Erweiterungen und Verbesserungen des Alters- und Pflegeheims im selektiven Verfahren öffentlich aus. Sie wies in den Ausschreibungsunterlagen darauf hin, dass im Rahmen der Präqualifikation die drei bis maximal fünf Generalplanerteams, die als am besten geeignet beurteilt würden, zur Abgabe eines Honorarangebots und einer Auftragsanalyse eingeladen würden. Innert der Eingabefrist gingen bei der Vergabestelle neun Bewerbungen ein, darunter diejenige der A. AG. Der Stadtrat Stein am Rhein beschloss hierauf, vier Teams – darunter eines als Reserve – für die zweite Verfahrensstufe einzuladen und den andern fünf Bewerbern – darunter der A. AG – eine Absage zu erteilen. Dementsprechend erteilte der Stadtrat der A. AG eine Absage, weil ihr Team bezüglich der definierten Eignungskriterien gegenüber andern Bewerbern als weniger geeignet beurteilt worden sei; der Stadtrat habe die drei Bewerber selektioniert, die bei der Beurteilung der

Eignungskriterien am besten abgeschlossen hätten. Die A. AG erhob Beschwerde ans Obergericht mit dem Antrag, sie für die Ausarbeitung einer Auftragsanalyse und zur Einreichung eines Honorarangebots in der zweiten Stufe der Ausschreibung zuzulassen. Das Obergericht wies die Beschwerde ab.

## **Aus den Erwägungen**

**2.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle habe bei ihrer Absage die Begründungspflicht und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

In den submissionsrechtlichen Ausführungsbestimmungen wird die Begründungspflicht insoweit konkretisiert, dass die Verfügungen wenigstens summarisch zu begründen sind. Den nicht berücksichtigten Anbieterinnen und Anbietern sind insbesondere auch die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung bekanntzugeben (Art. 13 lit. h der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510] i.V.m. Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 lit. d der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [VRöB, SHR 172.512]). Ein Begründungsmangel kann im Beschwerdeverfahren dadurch geheilt werden, dass die massgeblichen Gründe in der Beschwerdeantwort der Vergabebehörde nachgereicht werden. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ist der beschwerdeführenden Partei hierauf im Rahmen eines zweiten Schriftwechsels nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (OGE 60/2010/1 vom 18. Juni 2010, E. 2, mit Hinweis auf OGE 60/2008/38 vom 26. September 2008, E. 2, Amtsbericht 2008, S. 91 f.).

Die Mitteilung an die Beschwerdeführerin über die angefochtene Verfügung enthielt keine Begründung, sondern nur den Hinweis, dass das Team der Beschwerdeführerin bezüglich der definierten Eignungskriterien gegenüber andern Bewerbern als weniger geeignet beurteilt wurde. Die Namen der drei zur zweiten Stufe eingeladenen Bewerber und die Begründung für die Nichtberücksichtigung wurden der Beschwerdeführerin erst nachträglich bekanntgegeben. Die Vergabebehörde reichte sodann die massgebliche Begründung in der Beschwerdeantwort nach, und die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht und damit des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin (Art. 29 Abs. 2 BV) wurde somit geheilt.

**3.** [...]

**4.** Die Vergabebehörde hat für die in Frage stehende Beschaffung das selektive Verfahren gewählt. In diesem Verfahren schreibt die Auftraggeberin oder

der Auftraggeber den geplanten Auftrag öffentlich aus. 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. Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann in der Ausschreibung die Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieterinnen und Anbieter beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein (Art. 12 lit. b IVöB).

**4.1.** Die Vergabebehörde wies in der Ausschreibung darauf hin, dass *maximal fünf* Teilnehmer zugelassen würden. In den Ausschreibungsunterlagen konkretisierte sie das insoweit, dass im Rahmen der Präqualifikation die *drei bis maximal fünf* Generalplanerteams, die als *am besten geeignet* beurteilt würden, zur Abgabe eines Honorarangebots und einer Auftragsanalyse eingeladen würden. Die bekanntgegebene, nach dem Mass der Eignung vorzunehmende Beschränkung auf allenfalls nur drei Teilnehmer blieb unangefochten (vgl. Rechtsmittelbelehrung bei der Ausschreibung; ABI 2016, S. 1328) und kann daher mit der vorliegenden Beschwerde gegen den Präqualifikationsentscheid nicht mehr in Frage gestellt werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 248 f., Rz. 577). Der Stadtrat beschloss aufgrund des Resultats der durchgeführten Beurteilung, vier Teams für die zweite Stufe zuzulassen, wovon eines als Reserve. Er blieb damit im Rahmen der vorgesehenen Beschränkung auf "drei bis maximal fünf" Teams.

**4.2.** Für die erste Stufe des Verfahrens (Präqualifikation) hat die Vergabebehörde zu Beginn des Verfahrens objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Anbieter festzulegen. Bei der Bewertung der Bewerbungen und beim Entscheid über die Auswahl der einzuladenden Bewerbungen hat sie ein weites Ermessen. Dabei darf sie – jedenfalls bei einer Beschränkung der Teilnehmerzahl – grundsätzlich auf das *Mass* der Eignung abstellen (Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 152 ff., Rz. 342, 345 f., vgl. auch S. 263 f., Rz. 603; Scherler/Beyeler, Vergaberecht 2016: neue Themen, neue Urteile, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 52 f., Rz. 47 [Hinweis auf Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2014/195 vom 17. Dezember 2014]). Nur wer die Eignungskriterien *in genügendem Mass* erfüllt, darf in der zweiten Verfahrensstufe ein Angebot einreichen (OGE 60/2010/15 vom 3. September 2010, E. 2b, Amtsbericht 2010, S. 129).

**4.3.** Die Vergabebehörde hat in den Ausschreibungsunterlagen erklärt, eine Herausforderung für die Umsetzung werde die Realisierung unter laufendem Betrieb sein; die Bewerber hätten insbesondere die Kompetenz und das Potential für

die Umsetzung der gestellten Aufgabe in Form entsprechender Referenzangaben nachzuweisen; wichtig sei unter anderem die Erfahrung der Bewerber in der Planung und Realisierung vergleichbarer Bauvorhaben, insbesondere solcher, welche unter laufendem Betrieb realisiert worden seien. Für die Präqualifikation wurden folgende Eignungskriterien als massgebend bezeichnet: Erfahrung/Potential des Generalplanerteams (unter anderem Erfahrung mit ähnlichen Bauvorhaben, insbesondere mit der Realisierung unter laufendem Betrieb, sowie Erfahrung und Verständnis für die Anforderungen zum Betrieb einer Pflegestation); Leistungsfähigkeit des Generalplanerteams (bei einem Team von verschiedenen Firmen insbesondere personelle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der federführenden Firma); Zweckmässigkeit der Projektorganisation; diese werde anhand des Organigramms beurteilt, das alle beteiligten Firmen enthalten müsse.

Diese Umschreibung der Eignungskriterien – insbesondere die Betonung der Erfahrung mit dem Umbau von Alters- und Pflegeheimen unter laufendem Betrieb und das vorrangige Abstellen auf vergleichbare Projekte bei den Referenzobjekten – lag ohne weiteres im Ermessen der Vergabebehörde. Die Kriterien waren für die Anbieter verbindlich, ungeachtet dessen, ob diese sie als sachgerecht oder zweckmässig erachteten (vgl. die Zweifel der Beschwerdeführerin an der Notwendigkeit spezieller Kenntnisse für Alters- und Pflegeheimbauten). Die Beschwerdeführerin hat im Übrigen die Ausschreibung mit den dabei bekanntgegebenen Eignungskriterien nicht angefochten.

**4.4.** Bei der Beurteilung des Eignungskriteriums 1 (Erfahrung/Potential des Generalplanerteams) wurde bei der Beschwerdeführerin festgehalten: "Referenzen der federführenden Firma von Art und Grösse nicht vergleichbar".

Die Beschwerdeführerin hat in der Tat keinen Umbau eines Alters- und Pflegeheims unter laufendem Betrieb durch sie als Generalplanerin als Referenzobjekt angegeben; der Umbau und die Erweiterung eines Schulhauses seien jedoch "teilweise unter laufendem Schulbetrieb" und die Restaurierung einer Kirchenfassade sowie der Einbau eines Begegnungsraums im Messmerhaus "unter Betrieb" realisiert worden. Zudem hat die Beschwerdeführerin den Umbau einer Altstadtliegenschaft angegeben. Von den übrigen zum Team gehörenden Planern hat nur das Elektroingenieurunternehmen als Firmenreferenz die Elektroplanung beim Um- und Neubau eines Altersheims angegeben, welches Projekt auch einen Umbau während des Betriebs umfasst habe. Das HLKS-Ingenieurunternehmen hat zwar als Firmenreferenz die Projektierung der haustechnischen Anlagen und die Fachkoordination über alle Gewerke beim Um- und Neubau eines Altersheims angegeben; eine spezifische Herausforderung durch Arbeiten unter laufendem Betrieb hat es jedoch nicht erwähnt. Das Bauphysikunternehmen hat sodann die Mitwirkung

(u.a. Baubegleitung) bei einem "Neubau Alterswohnen" angegeben, bei dem sich die Frage von Arbeiten unter laufendem Betrieb naturgemäss gar nicht stellen konnte. Die Kurzbeurteilung im Bericht [...] ist daher nachvollziehbar.

In dieser Situation weist die Vergabebehörde zu Recht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin den gemäss Ausschreibung besonders wichtigen Nachweis nicht erbracht hat, sie habe Erfahrung mit der Sanierung eines Altersheims oder einer ähnlichen Einrichtung unter laufendem Betrieb. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist ihr Referenzobjekt 1 – insbesondere auch mit Blick auf den zeitlich begrenzten Schulbetrieb – jedenfalls nicht "bestens" vergleichbar mit dem hier zu realisierenden Projekt. Das Fehlen der in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich geforderten vergleichbaren Referenzen kann sodann nicht mit dem Hinweis darauf gleichsam als unerheblich bezeichnet werden, dass An- und Umbauten unter laufendem Betrieb zur Standardaufgabe eines Planerteams gehörten. Auch die erwähnte Mitwirkung gewisser Partner im Team der Beschwerdeführerin an baulichen Massnahmen an einem Altersheim vermag die erforderliche spezifische Erfahrung bezüglich vergleichbarer Projekte nicht darzutun.

Die Beschwerdeführerin erfüllt somit das Eignungskriterium 1 nicht bzw. jedenfalls nicht vollständig, auch wenn die Vergabebehörde ihre Bewerbung – wie alle weiteren gültigen Bewerbungen – in der Absagemitteilung als "gut" bezeichnet hat, allerdings gegenüber andern Bewerbungen als "weniger geeignet". Es bleibt zu prüfen, ob Letzteres zutrefte (vgl. den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter [Art. 11 lit. a IVöB]).

**4.5.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Vergleich mit den zur zweiten Stufe zugelassenen Bewerbungen zeige nicht, dass diese die Eignungskriterien objektiv besser erfüllten als sie. Sie substantiiert jedoch nicht, inwieweit dies bezüglich der drei vorbehaltlos zugelassenen Bewerbungen tatsächlich zutrefte. Im Beurteilungsbericht wurden diese bei den in Frage stehenden Eignungskriterien 1 und 3 jedenfalls deutlich besser bewertet als die Beschwerdeführerin. Es besteht kein Grund, das hier in Frage zu stellen.

Die Beschwerdeführerin beschränkt sich auf einen Vergleich ihrer Bewerbung mit derjenigen des als Reserve zusätzlich zugelassenen Teams 2. Sie macht geltend, bei diesem Team seien beim ersten Eignungskriterium gewisse Makel moniert worden ("bisherige Zusammenarbeit des Teams nicht ersichtlich"), während das dritte Eignungskriterium bei diesem Team gleich bewertet worden sei wie bei der Beschwerdeführerin. Die Bewerbung der Beschwerdeführerin sei demnach selbst nach der Bewertung der Beschwerdegegnerin annähernd gleichwertig. Vor dem erwähnten "Makel" wurde jedoch das Team 2 im Eignungskriterium wie folgt klar besser als die Beschwerdeführerin bewertet: "Referenzprojekte von der Art und

Grösse her vergleichbar mit dem geplanten Vorhaben. Erfahrung mit Bau unter laufendem Betrieb." Das erscheint angesichts der ausführlichen Beschreibung der Referenzobjekte (zwei Alterszentren mit einer Bausumme von Fr. 58 bzw. 32 Mio. sowie Umbau/Neukonzeption eines Altersheims) und der jeweiligen Aufgaben der federführenden Firma auch als gerechtfertigt. Von einer "annähernden Gleichwertigkeit" kann daher keine Rede sein.

Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde die Bewerbung der Beschwerdeführerin als weniger geeignet beurteilt hat als diejenigen der zur zweiten Stufe zugelassenen Teams.

**4.6.** Angesichts der klaren Abgrenzungen bereits beim Eignungskriterium 1 kann offenbleiben, inwieweit die Beschwerdeführerin auch das Eignungskriterium 3 nicht erfüllt. Sie macht jedenfalls nicht geltend, sie sei bei diesem Kriterium *besser* zu beurteilen als die zugelassenen Bewerbungen.

**4.7.** Zusammenfassend hat die Vergabebehörde nicht rechtswidrig gehandelt und insbesondere auch ihren Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn sie die Beschwerdeführerin wegen Mindereignung nicht zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassen hat. Mehr ist hier nicht zu prüfen (vgl. § 5 Abs. 2 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [ViVöB, SHR 172.511] i.V.m. Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 IVöB). Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet; sie ist abzuweisen.