

# **AG\_GERICHTE AGVE 2007 40 vom 22. November 2007**

AG Gerichte, 2007-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_gerichte\\_AGVE\\_2007\\_40](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_gerichte_AGVE_2007_40)

FR: AG\_GERICHTE AGVE 2007 40 du 22 novembre 2007

IT: AG\_GERICHTE AGVE 2007 40 del 22 novembre 2007

## **Regeste**

40 Kostendach.

## **Volltext**

Aargau Obergericht Verwaltungsgericht 04.11.2007 AGVE 2007 40

AGVE 2007 40 S.172 2007 Verwaltungsgericht 172 [...] 40 Kostendach. - Bedeutung eines Kostendachs in einer Gesamtleistungssubmission. - Kostendach als zwingendes (absolutes) Vergabekriterium. Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 22. November 2007 in Sachen P. AG gegen den Stadtrat Z. (WBE.2007.207). Aus den Erwägungen 2. 2.1. Angebote, die zwingende Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen nicht einhalten, sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Es ist auch nicht zulässig, die fehlende Vereinbarkeit mit den Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Bereinigung nachträglich herzustellen (siehe VGE IV/28 vom 5. April 2007 [WBE.2007.20], S. 5 ff.). Auch bei 2007 Submissionen 173 Planungs- und Gesamleistungswettbewerben kann die Auftraggeberin ohne weiteres sachliche Vergabekriterien aufstellen, die absolut gelten (Bedingungen oder "Musskriterien"), wie z.B. betriebliche Anforderungen oder die Vorgabe eines Kostendachs. Ein Beitrag, der ein solches Kriterium nicht erfüllt, weicht in einem wesentlichen Punkt von den Programmbestimmungen ab, was den Ausschluss vom Wettbewerb zur Folge haben muss. Die Wettbewerbsteilnehmer dürfen darauf vertrauen, dass sich das Preisgericht an die eigenen Programmbestimmungen hält. Andernfalls würden die grundlegenden submissionsrechtlichen Gebote des fairen und transparenten Verfahrens wie auch der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzt (siehe Beat Messerli, Der Planungs- und Gesamleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2. Auflage, Bern 2007, S. 109 f.; Felix Jost / Claudia Schneider Heusi, Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht, in: ZBl 105/2004, S. 355). 2.2. Zu prüfen ist die strittige Frage, ob dem Kostendach von 5 Mio. Franken vorliegend der Charakter einer zwingend einzuhaltenden Programmvorgabe (im Sinne eines "Musskriteriums") zukommt oder nicht. Grundlage für diese Prüfung sind die den Bewerbern zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen. Ziff. 8.5 (Wirtschaftlichkeit) des Programms der Präqualifikation vom 23. Oktober 2006 lautet wie folgt: "Die Stadt Z. verlangt, neben einer gestalterisch guten auch eine in Erstellung, Betrieb und Unterhalt wirtschaftliche Lösung realisieren zu können. Aus der Finanzplanung der Stadt Z. ergibt sich für die Dreifachturnhalle ein Kostendach von Fr. 5 Mio. inkl. feste Einrichtungen, Honoraren und MwSt. Separat zu offerieren sind der Abbruch der bestehenden Halle, die Anpassungen an das Hallenbad und die Abtragung des Spielhügels sowie das bewegliche Mobiliar und die Sportgeräte." Ziff. 8.6 des Programms Skizzenqualifikation (Wirtschaftlichkeit) vom 16. November 2006 und Ziff. 8.3.6 (Wirtschaftlichkeit) des Programms Gesamleistungssubmission vom

13. Februar 2007 lauten bis auf die Ergänzung "sowie der Ersatz von Kugelstoss- und 2007 Verwaltungsgericht 174 Weitsprunganlage" (im Programm Gesamtleistungssubmission) praktisch identisch: "Die Stadt Z. verlangt, neben einer gestalterisch guten auch eine in Erstellung, Betrieb und Unterhalt wirtschaftliche Lösung realisieren zu können. Aus der Finanzplanung der Stadt Z. ergibt sich für die Dreifachturnhalle ein Kostendach von Fr. 5 Mio. inkl. Einrichtungen, Mobiliar, Honoraren und MwSt. Nicht im Kostendach von Fr. 5 Mio. inbegriffen und separat zu offerieren sind der Abbruch der bestehenden Halle, die Anpassungen an das Hallenbad und die Abtragung des Spielhügels sowie der Ersatz von Kugelstoss- und Weitsprunganlage." In allen drei Programmen wird somit - jeweils unter dem Ober- titel "Erläuterungen und Projektierungshinweise" - ein Kostendach von 5 Mio. Franken vorgegeben. Zu den Konsequenzen der Nichteinhaltung des Kostendachs wird in den verschiedenen Programmen nichts gesagt. Im Rahmen der Fragenbeantwortung zur Skizzenqualifikation vom 19. Dezember 2006 wurde aber von einem der Bewerber die Frage gestellt, was geschehe, wenn die 5 Mio. von keinem Team eingehalten werden könnten. Die Frage wurde von der Auftraggeberin wie folgt beantwortet: "Die Vorgabe von 5 Mio. ist als Kostendach absolut verbindlich. In dieser Summe ist auch die Ausstattung enthalten, soweit diese als Zubehör des Gebäudes zu verstehen ist (insbesondere die fest mit dem Gebäude verbundenen Einrichtungen). Nicht enthalten sind: Abbruch bestehende Halle mit Anpassungskosten, Umgebungsarbeiten; diese sind separat auszuweisen. Wenn keiner der Teilnehmer das Ziel erreichen sollte, ist mit keinem Zuschlag zu rechnen (Aufhebung Submission)." Im Zwischenbericht des Beurteilungsgremiums vom 16. April 2007, der den beiden verbliebenen Teilnehmern der Gesamtleistungssubmission zugestellt wurde, ist schliesslich Folgendes festgehalten: "Das Kostendach von CHF 5'000'000.-- ist unter allen Umständen einzuhalten." 2007 Submissionen 175 Im Rahmen der Fragebeantwortung vom 9. Mai 2007 wird in Ziff. 3 die Kostenvorgabe noch einmal explizit für die Überarbeitung bestätigt. 2.3. Wie bereits festgestellt, nennen alle drei den Anbietern im Verlauf des Verfahrens abgegebenen Programme ein Kostendach von 5 Mio. Franken. Das Kostendach wird in den Programmen zwar nicht explizit als Ausschlusskriterium bezeichnet, nichtsdestotrotz kann kein Zweifel daran bestehen, dass dem mit 5 Mio. Franken bezifferten Kostendach der Charakter einer verbindlichen Vorgabe und nicht einer blossen Zielvorstellung zukommt. Zivilrechtlich bedeutet ein Kostendach die Limitierung der Vergütungspflicht in Fällen, in denen über die einzelnen Leistungen nach Aufwand abgerechnet wird (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, Rz. 1036). Die Beschwerdeführerin weist daher zu Recht darauf hin, dass in der Baupraxis unter dem Kostendach der vereinbarte maximal geschuldete Werkpreis, den der Besteller zu bezahlen hat, verstanden wird. Eine Überschreitung des vereinbarten Kostendachs geht zu Lasten des Unternehmers. Hätte die Vergabestelle das Kostendach daher abweichend vom herkömmlichen Verständnis lediglich als nach Möglichkeit anzustrebenden Richtwert bzw. Zielgrösse (siehe dazu Gauch, a.a.O., Rz. 1038) verstanden, hätte dies in den Programmen entsprechend klar zum Ausdruck kommen müssen (z.B. mittels Hinweis, dass bei einem ansonsten überragenden Projekt Kostenüberschreitungen bis zu 10 % toleriert würden). Aus der Fragenbeantwortung zur Skizzenqualifikation vom 19. Dezember 2006 und dem Zwischenbericht des Beurteilungsgremiums vom 16. April 2007 geht indessen klar hervor, dass die Vergabebehörde das Kostendach als absolut verbindlich und damit als Ausschlussgrund angesehen hat. Auch die Formulierung in der Fragebeantwortung, falls keiner der Teilnehmer das Ziel erreichen sollte, sei mit keinem Zuschlag zu rechnen (Aufhebung

Submission), lässt letztlich nur darauf schliessen, dass die Nichteinhaltung des Kostendaches zur Ungültigkeit des Angebots und zum Ausschluss des betreffenden Bewerbers führen würde. 2007 Verwaltungsgericht 176 Der im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Einwand der Vergabestelle, jedenfalls im eigentlichen Gesamtleistungssubmissionsverfahren sei das Kostendach lediglich als blosse Zielgrösse zu verstehen, die rechtlich unverbindlich sei, erweist sich als nicht stichhaltig. Die in der Fragebeantwortung unmissverständlich kundgegebene "absolute Verbindlichkeit" des Kostendachs wird durch Ziff. 8.3.6 des Programms Gesamtleistungssubmission keineswegs relativiert oder gar aufgehoben. Hinzu kommt die Formulierung des Zwischenberichts vom 16. April 2007, das Kostendach von 5 Mio. Franken sei unter allen Umständen einzuhalten. Dieser Zwischenbericht betrifft eindeutig die 3. Stufe, also die eigentliche Gesamtleistungssubmission. Auch in der Fragebeantwortung vom 9. Mai 2007 wurde die Kostenvorgabe (Kostendach von 5 Mio. Franken) erneut bestätigt und nicht etwa relativiert. Die Vergabestelle macht in der Vernehmung geltend, aufgrund der in der Skizzenqualifikation eingereichten Beiträge habe sich gezeigt, dass die Obergrenze von 5 Mio. Franken nicht absolut verstanden werden könne. Trotz dieser Erkenntnis ist die Formulierung in Bezug auf Wirtschaftlichkeit und Kostendach im Programm Gesamtleistungssubmission nicht entsprechend angepasst worden; im Zwischenbericht vom 16. April 2007 ist die Einhaltung des Kostendach von 5 Mio. Franken "unter allen Umständen" vielmehr noch einmal bestätigt und den Anbietern auch kommuniziert worden. Hätte die Vergabestelle von der absoluten Verbindlichkeit des vorgegebenen Kostendachs tatsächlich Abstand nehmen wollen, hätte dies aufgrund des Transparenzgebots eindeutigen und eindeutigen Erklärung gegenüber den Anbietern bedurft.

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