

# **LU\_GERICHTE 7H22 293-295/297/299 vom 9. Mai 2023**

LU Gerichte, 2023-05-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_7H22\\_293-295\\_297\\_299](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_7H22_293-295_297_299)

FR: LU\_GERICHTE 7H22 293-295/297/299 du 9 mai 2023

IT: LU\_GERICHTE 7H22 293-295/297/299 del 9 maggio 2023

## **Regeste**

- | - | Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Wenn getrennt eingereichte Rechtsmittel den gleichen Gegenstand betreffen, kann die Behörde im Interesse einer zweckmässigen Erledigung die Verfahren vereinigen (§ 42 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; SRL Nr. 40]). § 42 VRG verlangt somit für eine Vereinigung, dass die Rechte und Pflichten auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen basieren (vgl. Daum, in: Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern [Hrsg. Herzog/Daum], 2. Aufl. 2020, Art. 17 VRPG N 6). Eine Verfahrensvereinigung kann insbesondere geboten sein, wenn die Beurteilung von Begehren mehrerer Gesuchsteller im Rahmen einer einzigen Anordnung prozessökonomisch sinnvoll erscheint, da gleiche oder ähnliche Begehren gestellt worden sind, die dieselben tatsächlichen Umstände, Rechtsfragen und dasselbe Beschwerdeobjekt betreffen. Nicht geeignet ist eine Verfahrensvereinigung, wenn sie nicht der Verfahrensvereinfachung dient bzw. es prozessökonomisch nicht sinnvoll erscheint, die Begehren mehrerer Personen – trotz gleichem Wortlaut und gemeinsamer Einreichung – im Rahmen einer einzigen Anordnung zu beurteilen, beispielsweise bei verschiedenen Begehren, die zwar gleich oder ähnlich lauten, aber unterschiedliche Sachverhalts- und Rechtsfragen betreffen (Bertschi/Plüss, in: Komm. zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [Hrsg. Griffel], 3. Aufl. 2014, Vorbemerkungen zu §§ 4-31 VRG N 59 f.; zum Ganzen: Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 185 vom 4.4.2022 E. 3.2.).

### **E. 1.2**

Angefochten ist der Beschluss Nr. 738 vom 30. November 2022, mit welchem die Beschwerdegegnerin im Rahmen eines zweistufigen, anonymen Projektwettbewerbs den 1. Preis an eine Architekturunternehmung erteilte und deren Projekt im 1. Rang klassierte. Die Beschwerdeführer reichten gegen diese Verfügung je separat eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Die Beschwerden betreffen mithin den gleichen Anfechtungsgegenstand. Deshalb und weil die gestellten Rechtsbegehren überwiegend übereinstimmen, folglich auf dieselbe Art sowie im Wesentlichen mit gleicher Begründung erledigt werden können, erweist es sich hier als sachgerecht und prozessökonomisch, die ursprünglich getrennt eröffneten Verfahren 7H 22 293/294/295/297/299 zu vereinigen.

### **E. 2.1**

Laut Publikation im Luzerner Kantonsblatt Nr. 40 vom 9. Oktober 2021 (S. 3469 ff.) erfolgte die Ausschreibung des Projektwettbewerbs "Neues Luzerner Theater" im offenen Verfahren (Ziff. 1.7) und fällt unter den Staatsvertragsbereich (Ziff. 1.8).

Planungswettbewerbe unterstehen dem Vergaberecht (vgl. § 36 Abs. 2 lit. c des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen [öBG; SRL Nr. 733], § 25 ff. der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen [öBV; SRL Nr. 734], je in den bis 31.12.2022 gültigen Fassungen), auch wenn sie an sich keine förmlichen Vergabeverfahren darstellen (vgl. Jost/Schneider Heusi, in: Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht, ZBl 2004 S. 351). Deshalb kommen die Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; in der für den Kanton Luzern bis 31.12.2022 geltenden Fassung 1994/2001 gemäss SRL Nr. 733a, [im Folgenden: aIVöB]) sowie des GATT/WTO-Übereinkommens zur Anwendung (vgl. Wettbewerbsprogramm zur 1. Stufe vom 28.9.2021). Der Kanton Luzern ist der IVöB 2019 (SRL Nr. 733b) beigetreten und hat das schweizweit harmonisierte und modernisierte öffentliche Beschaffungsrecht auf den 1. Januar 2023 in Kraft gesetzt. Das kantonale öBG wurde auf diesen Zeitpunkt aufgehoben (vgl. Änderungstabelle des Einführungsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [EGIVöB; SRL Nr. 733c], in der Fassung vom 12.9.2022 [G 2022 070]). Allerdings sieht Art. 64 Abs. 1 IVöB 2019 vor, dass Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Das streitbetreffende Verfahren wurde vor dem 1. Januar 2023 eröffnet, weshalb das öBG hier nach wie vor massgeblich ist. Letzteres sieht in § 28 Abs. 1 lit. b vor, dass Verfügungen gemäss § 27 Abs. 1 öBG, mithin auch der Zuschlag nach § 27 Abs. 1 lit. a öBG, innert zehn Tagen seit Zustellung der Verfügung mit Beschwerde beim Kantonsgericht angefochten werden können. Die Beschwerden gegen die Zuschlagsverfügung im zweistufigen Projektwettbewerb wurden fristgerecht bei der sachlich zuständigen Rechtsmittelbehörde eingereicht. Das streitbetreffende Projektwettbewerbsverfahren untersteht nach dem Gesagten den Regeln der aIVöB, des öBG und der öBV. Dieses endet mit der Empfehlung des Preisgerichts, die dann Grundlage für eine Vergabe durch die Auftraggeberin bildet. Für die Kantone ergibt sich aus Art. 12 Abs. 3 aIVöB, dass bei Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerben die Grundsätze der interkantonalen Vereinbarung zu beachten sind. Nach den kantonalen Rechtsgrundlagen können Planungswettbewerbe als Ideen- oder Projektwettbewerbe durchgeführt werden (§ 25 Abs. 1 öBV). Gesamtleistungswettbewerbe können zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu genau umschriebenen Aufgaben sowie zur Vergabe der Realisierung eines Vorschlags durchgeführt werden (§ 25 Abs. 2 öBV). Das Wettbewerbsverfahren an sich wird innerhalb der gesetzlichen Schranken von der Auftraggeberin geregelt, wozu sie auch auf Bestimmungen und Empfehlungen von Fachverbänden verweisen darf, soweit solche Bestimmungen mit denjenigen des öBG und der öBV vereinbar sind (§ 24 Abs. 1 öBV; vgl. ferner Art. 12 Abs. 3 aIVöB; Schneider Heusi/Scherler, Wettbewerbe und Studienaufträge – Die neuen Regeln, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 221 N 30 ff.; ferner Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2015/133 vom 17.12.2015 E. 2.1). Subsidiär zum öffentlichen Beschaffungsrecht gilt im konkreten Fall die SIA 142 (Ausgabe 2009). Darauf wurde im Wettbewerbsprogramm ausdrücklich hingewiesen (Ziff. 4.9 "Grundlagen und Verbindlichkeit"). Wird in einem Projektwettbewerb, der den öffentlich-rechtlichen Vorschriften unterliegt, auf ein Regelwerk des Privatrechts verwiesen, so verdrängt dieses das öffentliche Recht nicht. Vielmehr werden die privatrechtlichen Bestimmungen, auf die verwiesen wird, dadurch zum Bestandteil des Verwaltungsrechts und erlangen öffentlich-rechtlichen Charakter (vgl. Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 2 B III mit

Hinweisen; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N 251). In der Präambel zur Ordnung SIA 142 wird weiter festgehalten, bei Wettbewerben, welche dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt seien, hätten die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften Vorrang vor dieser Ordnung (zum Ganzen vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2016/10 vom 23.8.2016 E. 2). Aus dem Gesagten folgt, dass die Ordnung SIA 142 subsidiär zu den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen gilt und insofern zur Auslegung der öffentlich-rechtlichen Beschaffungsvorschriften oder zur Lückenfüllung herangezogen werden kann (vgl. Messerli, Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2. Aufl., Bern 2007, S. 66). Soweit das öBG keine anders lautenden formellen oder materiellen Bestimmungen enthält, ist auf das Beschwerdeverfahren schliesslich auch das VRG mit Ausnahme von dessen §§ 36, 46 und 50 anwendbar (§ 35 Abs. 2 öBG).

### **E. 2.2.1**

Zur Beschwerde ist befugt, wer an einem Vergabeverfahren teilnimmt oder zu Unrecht nicht teilnehmen kann und an der Änderung oder Aufhebung des Anfechtungsgegenstands ein schutzwürdiges Interesse hat (§ 29 Abs. 1 öBG). Das Interesse muss ein individuelles und aktuelles sein; die Wahrung öffentlicher oder ideeller Interessen reicht zur Legitimation nicht aus, ebenso wenig die Verfolgung von Drittinteressen. Nicht berücksichtigte Anbietende sind in der Regel und gemäss Praxis zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen (BGE 141 II 14 E. 4; BGer-Urteil 2C\_916/2018 vom 11.6.2019 E. 1.3). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14 E. 4.9). Diese Rechtsprechung gilt auch bei Beschwerden gegen Präqualifikationsentscheide (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 231 vom 7.12.2021 E 1.2.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00647 vom 23.11.2020 E. 2.1 m.w.H.). In einem Projektwettbewerbsverfahren ist für die Beschwerdelegitimation ebenfalls massgebend, ob der Beschwerdeführer – vorbehältlich der Geltendmachung von gravierenden Verletzungen formeller Rechtsansprüche wie Verstösse gegen die Ausstandspflichten – eine realistische Chance auf den Zuschlag bzw. Platzierung im ersten Rang hat (Messerli, a.a.O., S. 58 f.). Der Umstand, dass jemand an einem Projektwettbewerb teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, genügt grundsätzlich nicht zur Bejahung der Legitimation. Eine unterlegene Projektteilnehmerin ist nur dann rechtsmittellegitimiert, wenn sie bei ihrem Obsiegen eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selbst zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.; Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2022.82 vom 15.7.2022 E. 1.2, jeweils mit Hinweisen). Damit setzt die Beschwerdelegitimation voraus, dass der Wettbewerbsteilnehmer geltend macht, der Zuschlag sei dem Gewinner zu Unrecht erteilt worden, und (kumulativ) er selbst habe bei einer Aufhebung des Vergabeentscheids eine realistische Chance darauf, den Zuschlag zu erhalten, weil keine anderen Beiträge eingereicht worden seien, die offensichtlich besser als der eigene Beitrag einzustufen sind. Eine Beschwerdebefugnis ist sodann gegeben, wenn der Beschwerdeführer vorbringt, die Jurierung leide an derart gravierenden Mängeln wie die Verletzung von Ausstandsvorschriften, dass die Beurteilung als Ganzes wiederholt werden müsse. Zur Beschwerde legitimiert ist folglich nur ein enger Teilnehmerkreis, und zwar ein in einem der vordersten Ränge platzierter Teilnehmer, soweit er geltend macht, das Preisgericht habe bei der Ausmarchung dieser Ränge eine fehlerhafte Beurteilung vorgenommen, weshalb er

bei erneuter Evaluation als Gewinner in Betracht falle (Messerli, a.a.O., S. 58 f.).

### **E. 2.2.2**

Die Legitimation wird nach dem Gesagten zunächst durch das Anfechtungsobjekt bestimmt und eingeschränkt. Vorliegend geht es um einen gestützt auf beschaffungsrechtliche Normen erteilten Zuschlag. Gemäss BGE 141 II 307 (E 6.3 f.) ist im Hinblick auf die Beschwerdebefugnis sowohl für den Primäranspruch (Aufhebung des Zuschlags) als auch für den Sekundäranspruch (Feststellung der Rechtswidrigkeit mit der Eröffnung von Schadenersatzansprüchen) allein die Frage massgebend, ob ein nicht berücksichtigter Anbieter (hier Wettbewerbsteilnehmer) bei Obsiegen eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte. Damit wird auch das schutzwürdige Interesse an einzelnen Rügen und geltend gemachten "Rechtsfehlern" relativiert. Oder anders gesagt: Der Umstand allein, dass die Zuschlagsverfügung nicht unmittelbar angefochten wird, führt nicht dazu, dass dem einzelnen Beschwerdeführer ein umfassendes schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Wettbewerbsverfahrens zugestanden wird. Die Beschwerdeführer kritisieren insbesondere, ihre Projekte seien aus dem Wettbewerbsverfahren ausgeschlossen worden. Sollte sich dieser Vorwurf als zutreffend erweisen (im Sinn einer Ausschlussverfügung), ist eine Beschwerdelegitimation zu bejahen. Sodann ist zu beachten, dass die Beschwerdeführer überdies Verletzungen von Vergabegrundsätzen wie den Gleichbehandlungs- oder Transparenzgrundsatz geltend machen. Insoweit sie mithin eine vergaberechtswidrige Durchführung des Projektwettbewerbsverfahren beanstanden, ist eine Beschwerdelegitimation – vorbehältlich einer gegenteiligen Beurteilung hinsichtlich einzelner Anträge – zu bejahen. Dies steht nicht in Widerspruch zu BGE 141 II 307. Im vorliegenden Verfahren ist der besondere Umstand zu berücksichtigen, dass ein anonymes Wettbewerbsverfahren mit einem Preisgericht durchgeführt worden ist. In einem Projektwettbewerbsverfahren können sich denn auch andere Fragen stellen als in einem klassischen Beschaffungsverfahren. Im Folgenden geht es denn auch nicht – im Hinblick auf die Beschwerdebefugnis – um eine rügespezifische Betrachtungsweise, sondern um die von den Beschwerdeführern gestellten Begehren, auf die einzutreten ist, soweit sie, wie ausgeführt, entweder einen gesetzlichen Beschwerdegrund nach Submissionsrecht aufgreifen oder die Einhaltung elementarer Rechtsgrundsätze thematisieren. Im Übrigen ist zu ergänzen, dass die Beschwerdegegnerin die Beschwerdebefugnis in den einzelnen Verfahren nicht ausdrücklich verneint.

### **E. 2.3**

Im kantonalen submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren gelten zwar grundsätzlich die Untersuchungsmaxime und der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amts wegen (vgl. dazu § 53 und § 37 Abs. 2 VRG in Verbindung mit [i.V.m.] § 35 Abs. 2 öBG; vgl. für das bundesrechtliche Beschwerdeverfahren VPB 69 [2005] Nr. 79 E. 1d, auszugsweise publiziert in: BR/DC 2005 S. 80 Nr. S25, a.z.F.). Diese Grundsätze werden aber durch die Mitwirkungspflichten der Parteien sowie durch eine die Parteien betreffende Begründungs- bzw. Substanziierungspflicht relativiert (Metz/Uhlmann, Besonderheiten der Prozessführung im öffentlichen Recht, in: AJP 2004 S. 344 f.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 1380 f.). Danach ist es grundsätzlich Sache der Beschwerdeführer, in ihrer Beschwerde oder – nach Gewährung der nach § 25 Abs. 1 öBG erfolgten Akteneinsicht – in ihrer Replik die notwendigen Sachvorbringen vorzutragen, die den Schluss auf eine Verletzung submissionsrechtlicher Bestimmungen durch den angefochtenen Vergabeentscheid ermöglichen. Liegen trotz

fehlender Rügen klare Mängel vor, sind diese jedoch vom Kantonsgericht zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen auch: BGE 141 II 307 E. 6.7; LGVE 1998 II Nr. 57 m.H.). Insbesondere hat das Kantonsgericht mit umfassender Kognition zu gewährleisten, dass die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden; es stellt in der Regel primär auf die von den Anbietern eingereichten Unterlagen und gegebenenfalls auch auf die eigenen Erfahrungswerte ab und ist insbesondere nicht verpflichtet, von Amts wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben zu vervollständigen (zum Ganzen: BGE 139 II 489 E. 3.2; BGer-Urteil 2C\_42/2020 vom 23.10.2020 E. 1.5 und 5.5.2).

#### **E. 2.4**

Das Kantonsgericht kann das Vorgehen der Vergabebehörde nur auf Rechtsverletzungen und unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellungen hin überprüfen (vgl. § 30 öBG; Art. 16 aIVöB). In das Ermessen hat das Gericht – ausser bei eigentlichen Rechtsfehlern – mithin nicht einzugreifen (BGE 125 II 86 E. 6). Insbesondere hat das Gericht nicht in den technischen Ermessensbereich der Vergabebehörde einzuschreiten (BGE 141 II 14 E. 2.3, 139 II 185 E. 9). Diesen Ermessensbereich hat das selbst technisch nicht fachkompetente Gericht zu respektieren, soweit nicht frei zu prüfende Rechtsfragen zur Diskussion stehen (BGE 141 II 14 E. 8.3).

#### **E. 2.5**

Im Verfahren betreffend öffentliche Beschaffung ist das vergebende Gemeinwesen ohne Weiteres als Partei zu behandeln. Insofern ist die Stadt Luzern als Auftraggeberin des Wettbewerbs Partei dieses Verfahrens, weshalb sie auch kosten-, entschädigungs- und schadenersatzpflichtig werden kann (§§ 34 f. öBG; LGVE 1999 II Nr. 12 E. 2b).

#### **E. 2.6**

Der rechtserhebliche Sachverhalt ergibt sich aus den eingereichten Akten sowie den edierten Unterlagen, weshalb auf die Abnahme weiterer Beweise – wie die in den Verfahren 7H 22 297 und 299 von den Beschwerdeführern beantragte Einholung einer Expertise – verzichtet werden kann (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. dazu BGE 141 I 60 E. 3.3, 136 I 229 E. 5.3; zum Ganzen: BGer-Urteil 2C\_42/2020 vom 23.10.2020 E. 3.2).

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführer verlangen die Aufhebung der Zuschlagsverfügung, u.a. weil ihre Wettbewerbsbeiträge zu Unrecht ausgeschlossen worden seien.

#### **E. 3.1**

Gemäss § 25 Abs. 1 lit. b öBV können Projektwettbewerbe zu genau umschriebenen Aufgaben und zur Ermittlung von geeigneten Anbieterinnen, welche diese Lösungen teilweise oder ganz realisieren könnten, durchgeführt werden. Der Wettbewerbswert besteht beim Projektwettbewerb aus der gesamten Preissumme und dem geschätzten Wert der im Wettbewerbsprogramm definierten weiteren planerischen Leistung (§ 26 Abs. 1 lit. b öBV). Nach § 27 Abs. 1 öBV bestimmt die Auftraggeberin die Zusammensetzung des Preisgerichts. Das Preisgericht ist für die Vorbereitung und Durchführung des Wettbewerbs zuständig. Es beurteilt die Wettbewerbsarbeiten und entscheidet über die Rangierung und die Verleihung der Preise. Zuhanden der Auftraggeberin spricht es eine für diese unverbindliche Empfehlung für weitere Aufträge oder über das weitere Vorgehen aus (§ 27 Abs. 4 öBV). Gemäss § 28 Abs. 1 öBV erstellt das Preisgericht eine Rangierung der formell

korrekten Wettbewerbsarbeiten. Es kann auch Arbeiten rangieren, die von den Programmbestimmungen abweichen, sofern diese Möglichkeit im Wettbewerbsprogramm vorgesehen ist (Abs. 2). Es darf nur für programmkonforme Wettbewerbsarbeiten Preise verleihen (Abs. 3).

### **E. 3.2**

Unter der (subsidiären) Geltung der SIA 142 (vgl. vorne E. 2.1) durchgeführte Architekturwettbewerbe dienen der "Ausarbeitung von Lösungen für Aufgabenstellungen, deren Rahmenbedingungen im Voraus genügend und abschliessend bestimmt werden können. Sie ermöglichen die Evaluation und den Vergleich verschiedener Lösungen und werden mit dem Ziel ausgeschrieben, Lösungen zu finden, die den konzeptionellen, gestalterischen, gesellschaftlichen, ökologischen, ökonomischen und technischen Anforderungen am besten entsprechen" (SIA 142 Präambel). Es ist zwischen einem Wettbewerbsprojekt und dem nach erfolgter Auftragsvergabe auszuarbeitenden konkreten Ausführungsprojekt zu unterscheiden. Der Planungswettbewerb soll dabei gerade auch die Chance bieten, festgelegte Rahmenbedingungen kritisch zu hinterfragen und unvorhergesehene Lösungsansätze aufzuzeigen. Soll mit dem Wettbewerb die qualitativ beste Lösung zur gestellten Aufgabe gefunden werden, muss diese unter Umständen selbst dann zur Weiterbearbeitung empfohlen werden können, wenn sie wesentliche Verstösse gegen die gesetzten Rahmenbedingungen aufweist. Die Ausschreibung soll die Rahmenbedingungen bezeichnen, die unbedingt einzuhalten sind, und jene, deren Erfüllung wünschenswert erscheint (SIA 142 Art 13.3 lit. s). Soweit dies nicht erfolgt ist, liegt aber die Beurteilung, ob Abweichungen von inhaltlichen Anforderungen wesentliche oder unwesentliche Verstösse darstellen, im Ermessensspielraum der Preisjury. Selbst bei Verstössen gegen wesentliche Rahmenbedingungen muss aber nicht zwingend ein Ausschluss vom Verfahren erfolgen. Nur wer erheblich vom Wettbewerbsprogramm abweicht und durch ein qualifiziert programmwidriges Projekt die Vergleichbarkeit der Wettbewerbsbeiträge erheblich erschwert, ist von der Vergabebehörde vom Verfahren auszuschliessen (Beyeler/Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 151 f. N 193; Jost/Schneider Heusi, a.a.O., S. 355).

### **E. 3.3**

Ferner wurde hier ein zweistufiges Projektwettbewerbsverfahren im offenen Verfahren gemäss SIA 142 durchgeführt. Darunter wird das Vorgehen verstanden, wonach die Teilnehmer ihren Beitrag schrittweise zu entwickeln und zu vertiefen haben und der Auftraggeber dabei das Teilnehmerfeld sukzessive verkleinert (Schneider Heusi/Scherler, a.a.O., S. 232 N 63). Ein solcher zweistufiger Projektwettbewerb mit einer sukzessiven Ausscheidung von Wettbewerbsteilnehmern ist beschaffungsrechtlich zumindest dann unproblematisch, sofern die Aufgabe während dieses zweistufigen Verfahrens nicht modifiziert wird. Letzteres ist vorliegend nicht der Fall. Gegenteiliges machen auch die Beschwerdeführer nicht geltend.

### **E. 3.4**

Im Rahmen dieses Verfahrens hat sich das Preisgericht an die Grundprinzipien der Ausschreibung zu halten. Das Preisgericht beurteilt die Wettbewerbsbeiträge und entscheidet über die Rangierung (vgl. Art. 21 SIA 142). Es hat gegenüber der Auftraggeberin einen Beurteilungsbericht (hier: Bericht Preisgericht vom 18.11.2022) zu

verfassen und eine Empfehlung auszusprechen. Diese Empfehlung lautet auf Erteilung des Zuschlags für den in Aussicht gestellten Folgeauftrag (Schneider Heusi/Scherler, a.a.O., S. 234 N 66). Damit erfolgt eine Rangierung und Preisverteilung in solchem Wettbewerbsverfahren erst auf der letzten Stufe (vgl. Art. 5.1 SIA 142). Mit Bezug auf das Verfahren der Projektbeurteilung, der Kernaufgabe des Preisgerichts, verbleiben diesem trotz Bindung an die festgelegten Kriterien grosse Freiräume (Art. 18 ff. SIA 142; Schneider Heusi/Scherler, a.a.O., S. 234 N 66). Mit anderen Worten: Es kommt dem Preisgericht bei der Beurteilung der Erfüllung der Wettbewerbskriterien ein erhebliches Ermessen zu. Massgebend ist dabei die Gesamtwürdigung der ansonsten voneinander unabhängigen Anforderungen (Dubey, Le jugement de concours in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 270 N 47 f. m.H. auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau TVR 2010 Nr. 14 vom 14.4.2010 E. 2.3). Dies entspricht der Rechtsprechung im Beschaffungswesen, gemäss welcher der Vergabebehörde bei der Beurteilung der festgelegten Anforderungen und Zuschlagskriterien oder ihrer Erfüllung im Rahmen der Bewertung ein weiter Ermessensspielraum zukommt, in den die Rechtsmittelinstanz nicht einzugreifen hat. Das Kantonsgericht schreitet – wie bereits dargelegt (vgl. vorne E. 2.4) – nur in den Spielraum der Vergabebehörde ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 und 8.3, 125 II 86 E. 6). Entsprechend ist auch der Ermessensentscheid des Preisgerichts nur mit grosser Zurückhaltung (Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 10 80 vom 1.7.2010 E. 3c) und auf Willkür hin (Beyeler/Stöckli, a.a.O., S. 152 f. N 193) gerichtlich überprüfbar, insofern die Beschwerdegegnerin auf die entsprechende Empfehlung des Preisgerichts auch abgestellt hat. Entsprechend sieht auch Art. 28.4 SIA 142 vor, dass Entscheide des Preisgerichts in Ermessensfragen nicht angefochten werden können. Mit anderen Worten: Der Entscheid des Preisgerichts als Grundlage einer Vergabe ist im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsverfügung nur auf Willkür überprüfbar und in den Ermessensbereich des Preisgerichts und des öffentlichen Auftraggebers ist nicht einzugreifen. Diesbezüglich ist – analog der Überprüfung eines Präqualifikationsentscheids – zusätzlich zu beachten, dass es um die Würdigung eines Bewertungsvorgangs in einem Bereich geht, der besondere fachtechnische Kenntnisse erfordert. Gerade wenn eine grössere Zahl von Wettbewerbsbeiträgen eingeht – vorliegend waren es 128 –, ist ihre Beurteilung auf rationelle Weise durchzuführen. Hinzu kommt, dass die Beurteilung von architektonischen und gestalterischen Qualitäten nur beschränkt objektivierbar und mit sprachlichen Mitteln nachvollziehbar ist (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00503 vom 18.11.2009 E. 5.1 m.H.).

### **E. 3.5.1**

Die Beschwerdeführer bringen – wie erwähnt – im Wesentlichen vor, sie seien zu Unrecht aus dem Projektwettbewerbsverfahren ausgeschlossen worden. Gemäss Wettbewerbsprogramm seien Untergeschossbauten unter dem Niveau von 425 m.ü.M. möglich, wenn auch die geotechnischen Risiken speziell zu beachten seien. Es sei daher nicht zulässig, Wettbewerbsbeiträge aus dem Verfahren auszuschliessen, die Untergeschossbauten vorsähen, die unter dem Niveau von 425 m.ü.M. lägen. Darin sei grundsätzlich kein Verstoß zu erblicken, welche die Beschwerdegegnerin berechtige, ein Projekt mit der Begründung "Verstoß" auszuschliessen. Ferner sei der Projektvorschlag \_\_\_\_ ("G. \_\_\_\_\_") wegen Untergeschossbauten unter das Niveau von 425 m.ü.M. nicht ausgeschlossen und für die zweite Wettbewerbsstufe gewählt worden.

### **E. 3.5.2**

Die Beschwerdegegnerin hält demgegenüber im Wesentlichen dafür, es sei kein Wettbewerbsbeitrag im formellen Sinn nach dem öffentlichen Beschaffungsrecht ausgeschlossen worden. Der Bericht des Preisgerichtes vom 18. November 2022 weise einen terminologischen Fehler auf. Der Begriff "Ausschluss" werde zwar mehrfach verwendet, obwohl ein solcher im Sinn des öffentlichen Beschaffungsrechts formell nicht beschlossen worden sei. Vielmehr seien die Projektvorschläge nicht in den nächsten Wertungsrundgang miteinbezogen worden. Es seien aber alle 128 Projektvorschläge nach den Beurteilungskriterien des ersten Wertungsrundganges in gleichem Masse beurteilt, diskutiert und einander gegenübergestellt worden.

### **E. 3.6.1**

Vorauszuschicken ist, dass kein Ausschluss gemäss § 16 öBG verfügt wurde (§ 27 Abs. 1 lit. c öBG). Grundsätzlich ist zu beachten, dass rechtsmittelfähige Verfügungen auf jeden Fall durch die öffentliche Auftraggeberin und nicht das Preisgericht zu erlassen sind (Schneider Heusi/Scherler, a.a.O., S. 234 N 67). Ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren hätte mithin von der Beschwerdegegnerin als Auftraggeberin verfügt werden müssen (Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2015/133 vom 17.12.2015 E. 2.4.1; Art. 19.1 SIA 142), wovon diese indessen absah. In der Begründung des angefochtenen Beschlusses wies der Stadtrat vielmehr ausdrücklich darauf hin, im Rahmen der Vorprüfung seien alle Projekte nach dem gleichen Beurteilungsraster auf die Erfüllung der geforderten Eigenschaften untersucht worden und diese Vorprüfung habe zu keinem Ausschluss aus dem Jurierungsverfahren geführt (angefochtener Entscheid S. 3). Insofern liegt keine anfechtbare Ausschlussverfügung gemäss § 27 Abs. 1 lit. c öBG vor.

### **E. 3.6.2**

Auszugehen ist ferner davon, dass die Beschwerdeführer am Wettbewerbsprogramm der Stufe 1 teilgenommen und je einen Wettbewerbsbeitrag eingereicht haben. Alle Wettbewerbsbeiträge der Beschwerdeführer wurden einer Vorprüfung unterzogen. Ein Ausschluss aus dem Beurteilungsverfahren erfolgte nach dieser Vorprüfung nicht. Der Bericht dieser Vorprüfung lag den Mitgliedern des Preisgerichts vor. Dieses hat einen ersten Wertungsrundgang vorgenommen, alle 128 Wettbewerbsbeiträge gesichtet und diese (auch jene der Beschwerdeführer) nach den Kriterien "Städtebauliche Einordnung", "Architektonisches Gesamtkonzept", "Positionierung und Dimensionierung des Gebäudevolumens", "Gestaltung des räumlichen Verhältnisses zur benachbarten Jesuitenkirche", "Qualität der Aussen- und Freiräume", "Lage und Funktionalität der öffentlich zugänglichen Räume" sowie "Ausdruck" beurteilt sowie einander gegenübergestellt.

### **E. 3.6.3**

Nach Lage der Akten steht zudem fest, dass die Projekte der Beschwerdeführer nach einer Vorprüfung in den ersten Wertungsrundgang miteinbezogen wurden (vgl. Bericht Preisgericht S. 16 und 18), und zwar mit dem Ergebnis, dass sie – zusammen mit zahlreichen anderen Wettbewerbsbeiträgen – nicht für die weitere Beurteilung durch das Preisgericht berücksichtigt wurden. Dies wurde den Beschwerdeführern erst mit der Bekanntgabe der Rangierung und des Zuschlags mitgeteilt, was der Mehrstufigkeit des Wettbewerbsverfahrens entspricht. Eine verspätete Mitteilung durch die Beschwerdegegnerin wird von den Beschwerdeführern auch nicht gerügt. Diese sukzessive

Reduktion der Teilnehmer (vgl. vorne E. 3.3) wurde im zweiten Wertungsrundgang fortgesetzt, in dem weitere Projektvorschläge ausgeschieden wurden. Es verblieben nach dem zweiten Wertungsrundgang 20 Projekte übrig (Bericht Preisgericht S. 18). Nach einem Rückkommensantrag in Bezug auf ein Projekt (Nr. \_\_\_\_ "H. \_\_\_\_\_") wurden im dritten Wertungsrundgang 21 Projektvorschläge einander gegenübergestellt, wobei dann acht Projekte ausgeschieden wurden. Für das Projekt Nr. \_\_\_\_ H. \_\_\_\_\_ "wurde der Ausschluss bestätigt". Damit wurden nach drei Wertungsrundgängen und gemeinsamem Kontrollrundgang im Rahmen der 1. Stufe des Wettbewerbs zwölf Projekte für die Weiterbearbeitung in der 2. Stufe qualifiziert. Die Projekte der Beschwerdeführer gehörten nicht dazu.

#### **E. 3.6.4**

Auch wenn die Projekteingaben der Beschwerdeführer – im Unterschied zu den Bemerkungen "1. Rundgang", "2. Rundgang", "3. Rundgang" und "Auswahl zur 2. Stufe" – bei der Darstellung der Projektverfassenden nach Öffnung der Verfasser Couverts mit "Ausschluss" (Bericht Preisgericht S. 38, 39, 40 und 42) bezeichnet wurden, ist darunter nach der im Bericht des Preisgerichts verwendeten Terminologie ein "Ausschluss aus der Beurteilung" zu verstehen (Bericht Preisgericht S. 16 und 21) bzw. "Ausschluss aus der weiteren Beurteilung" (Bericht des Preisgerichts, S. 18). Davon ist ein Ausschluss aus dem Wettbewerbsverfahren zu unterscheiden, der hier nicht erfolgte und der ohnehin von der Beschwerdegegnerin hätte verfügt werden müssen (vgl. vorne E. 3.6.1). Dass die Projekte der Beschwerdeführer vom Preisgericht ebenfalls beurteilt und im ersten Wertungsrundgang juriiert wurden, ergibt sich im Übrigen daraus, dass im Rahmen der Vorprüfung unter den Aspekten Eingangskontrolle, Planungssperimeter/Rahmenbedingungen, Baurecht und Grundmengen/Projektkennziffern keine wesentlichen Verstöße festgestellt wurden, "welche zu einem Ausschluss aus der Beurteilung führen könnten." Folgerichtig wurde in der angefochtenen Verfügung – wie bereits angeführt – festgehalten, dass die Vorprüfung zu keinem Ausschluss aus dem Jurierungsverfahren geführt hat. Die Ergebnisse der Vorprüfung wurden dem Preisgericht zur Kenntnis gebracht, ohne dass es an diesen Vorprüfungsbericht gebunden gewesen wäre. Deshalb hilft der Beschwerdeführerin 5 auch nicht weiter, wenn sie vorbringt, dass die mit der Vorprüfung beauftragte Unternehmung ihr Projekt als "nicht bewilligungsfähig" bezeichnet hat. Entscheidend bleibt, dass das Preisgericht alle Projekte der Beschwerdeführer im Rahmen des ersten Wertungsrundgangs begutachtet hat, auch wenn sie von der F. \_\_\_\_\_ AG als nicht bewilligungsfähig bezeichnet wurden (vgl. zur Bewilligungsfähigkeit auch E. 3.7.4). Darin ist keine Ungleichbehandlung zu erblicken. Ebenso wenig bestehen Anzeichen dafür, dass das Preisgericht von dieser Beurteilung in der Vorprüfung insoweit "belastet" gewesen wäre, dass es nicht mehr unvoreingenommen alle Wettbewerbseingaben hätte bewerten können. Zudem legt die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nachvollziehbar und glaubhaft dar, dass I. \_\_\_\_\_ als Fachvorsitzender des Preisgerichts im Rahmen seiner einleitenden Worte zu Beginn des zweiten Jurytages am 18. März 2022 explizit darauf hingewiesen hat, dass er beantrage, sämtliche Projekteingaben zum Wettbewerb zuzulassen, im ersten Wertungsrundgang zu diskutieren und entsprechend den Kriterien Städtebau/Architektur, Funktion, Baurecht, Ausdruck und Freiraum zu entscheiden sei, welche Projekte auszuschneiden seien. Ausschlüsse vom Wettbewerb aufgrund baurechtlicher Verstöße gestützt auf die Vorprüfung seien nicht angezeigt. Auch wenn nur die erste Seite dieser persönlichen Notiz aufgelegt wurde, wie die Beschwerdeführerin 5 feststellt, besteht für das Gericht keine

Veranlassung daran zu zweifeln, dass diesem Antrag nachgelebt wurde. Denn aus dem weiteren Vorgehen ist zu schliessen, dass kein Ausschluss aus dem Wettbewerbsverfahren vorgenommen wurde, sondern auch die Projekte der Beschwerdeführer vom Preisgericht beurteilt wurden. Inwiefern in diesem Vorgehen eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Bewertung zu erblicken sein sollte, vermag die Beschwerdeführerin 5 nicht überzeugend aufzuzeigen. Insbesondere war es nicht die Folge der Vorprüfung, dass die Projekte der Beschwerdeführer nicht einer zusätzlichen Prüfung und Bewertung durch das Preisgericht im Rahmen eines zweiten Wertungsrundgangs zugeführt wurden, sondern das Juryurteil des Preisgerichts. Dass die Wettbewerbsbeiträge der Beschwerdeführer juriert wurden, kann im Übrigen der Filmdokumentation entnommen werden. Diese zeigt, dass das Preisgericht vor dem Modell des Projekts der Beschwerdeführerin 3 (Wettbewerbsbeitrag Nr. \_\_\_\_ "J. \_\_\_\_\_") gestanden und dieses beurteilt hat. Abgesehen davon belegt auch der Umstand, dass der Projektvorschlag \_\_\_\_ ("G. \_\_\_\_\_") mit einer Unterschreitung der Kote 425 m.ü.M. um ca. 1.5 m (Bericht Preisgericht S. 16) dennoch für die 2. Stufe des Wettbewerbsverfahren qualifiziert wurde, die nach dem Gesagten erstellte Tatsache, dass sämtliche Projekte, auch die welche die Kote von 425 m.ü.M. unterschritten haben, mindestens im Rahmen des ersten Wertungsrundgangs beurteilt wurden. Dennoch ist die unklare Wortwahl im Bericht Preisgericht mit dem Begriff "Ausschluss" bedauerlich. Insbesondere die Abgrenzung zu einem beschaffungsrechtlichen Ausschluss aus einem Verfahren fehlt. Dies hat sich die Beschwerdegegnerin insofern anrechnen zu lassen, als sie diesbezüglich in der angefochtenen Verfügung keine Klarstellung vornahm. Da aber die Beschwerdeführer auch nach der Kenntnisnahme der Darstellung der Beschwerdegegnerin an ihren Verwaltungsgerichtsbeschwerden festhielten, erübrigen sich indessen Weiterungen dazu.

### **E. 3.6.5**

Nach dem Gesagten ist hier nicht zu prüfen, ob die vom Preisgericht angeführte Begründung einen Ausschlussgrund aus dem Wettbewerbsverfahren darstellt, da die Beschwerdegegnerin keinen entsprechenden Ausschluss verfügt hat. Es bleibt unter Beachtung des Ermessensspielraums des Preisgerichts und der Beschwerdegegnerin zu untersuchen, ob bei der Nichtberücksichtigung der Projekte der Beschwerdeführer für die 2. Stufe und der damit verbundenen Reduktion der Teilnehmerzahl klare Verfahrensregeln missachtet wurden. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass keine Anzeichen dafür bestehen, dass das Preisgericht nicht korrekt zusammengesetzt gewesen wäre. Ob andere Hinweise für ein rechtsfehlerhaftes Vorgehen der Beschwerdegegnerin vorliegen, ist nach Massgabe der vorgebrachten Rügen (vgl. vorne E. 2.3) nachstehend zu klären.

### **E. 3.7.1**

Das Wettbewerbsprogramm sieht hinsichtlich der Frage der Untergeschossbauten Folgendes vor (Wettbewerbsprogramm zur 1. Stufe vom 28.9.2021, Ziff. 7.15): "Geologie und Hydrologie In Unterlage 09 ist der geologisch-geotechnische Vorbericht vom 11. Dezember 2017 ersichtlich, hierzu nachfolgendes Fazit: • Einbauten in das Grundwasser sind bewilligungspflichtig. Die hydrogeologische Unbedenklichkeit solcher Einbauten ist bereits in frühen Projektstufen zu prüfen und nachzuweisen, um deren Machbarkeit zu gewährleisten. • Ab dem 2. Untergeschoss ist im Bauzustand der hydraulische Grundbruch (Sohlaufbruch) speziell zu beachten. • Einbauten unter das Niveau von 425.00 m.ü.M. sind technisch machbar, jedoch mit grossen geotechnischen Risiken verbunden und vermutlich kaum wirtschaftlich zu realisieren. • Die Realisierung von Untergeschossen ohne darüber

liegende Hochbauten ist möglich. Bei diesen Untergeschossen ist die Auftriebssicherheit speziell zu beachten. • Das heute vorhandene Terrain des Theaterplatzes (ca. 435.00 m.ü.M.) sollte nicht aufgeschüttet werden, andernfalls sind die Auswirkungen von Schüttungen auf benachbarte Bauten (Setzungen!) detailliert aufzuzeigen. • Generell: Je tiefer in den Untergrund Bauten realisiert werden, desto grösser sind die geotechnischen Risiken und höher die Realisierungskosten. Basierend auf dieser Untersuchung wurden mit der kantonalen Fachstelle Umwelt und Energie (uwe) Grundlagen für die Machbarkeit von Untergeschossen entwickelt. Für die weitere Planung des potenziellen Neuen Luzerner Theaters können aufgrund der heute zur Verfügung stehenden Grundlagen sowie der aktuellen Grundwasserschutz-Gesetze folgende Hinweise zur Machbarkeit von Untergeschossen gemacht werden: • Ein vollflächiges Untergeschoss (bis maximal 5.0 m unter bestehendem Terrain) ist mit Kompensationsmassnahmen zum Erhalt der Durchflusskapazität bewilligungsfähig (Verminderung Durchflusskapazität um max. 10%). Die Beeinflussung durch Pfahlfundation bzw. durch verbleibende Baugrubenabschlüsse ist dabei zu berücksichtigen. Von einem dauernden, im Untergrund verbleibenden Baugrubenabschluss ist möglichst abzusehen. Die Erhaltung der Durchflusskapazität muss nachgewiesen werden. • Weitere Einbauten (punktuelles zweites Untergeschoss) sind kritisch und kommen nur unter Einhaltung der Vorgaben in oben erwähntem Punkt in Frage. Bei einem zweiten punktuellen Untergeschoss ist die Längenentwicklung in Nord-Süd-Richtung (senkrecht zur Reuss) vorzusehen, damit der Abfluss des Grundwassers Richtung Reuss möglichst wenig eingeschränkt wird. • Ein zweites, vollflächiges Untergeschoss ist – ausgehend vom heutigen Kenntnisstand – nicht bewilligungsfähig, zudem nur mit hohen Kosten und grossen geotechnischen Risiken realisierbar."

### **E. 3.7.2**

Bei der Auslegung eines Wettbewerbsprogramms sind im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens die hinsichtlich der Auslegung von Ausschreibungsunterlagen von der Praxis ausgearbeiteten Kriterien anzuwenden. Demnach ist das Wettbewerbsprogramm so auszulegen und anzuwenden, wie es von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnte und musste (Vertrauensgrundsatz). Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGer-Urteil 2C\_1101/2012 vom 24.1.2013 E. 2.4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 566). Es ist dabei jedoch zu beachten, dass das Preisgericht und die Vergabestelle – wie dargelegt – bei der Formulierung dieser Aspekte über einen grossen Ermessens- und Beurteilungsspielraum verfügt, den die Beschwerdeinstanzen nicht unter dem Titel der Auslegung übergehen dürfen (vgl. Art. 16 aIVöB; BGer-Urteil 2D\_52/2011 vom 10.2.2012 E. 3.2 mit Hinweis; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 557 und N 565). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern sie hat die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGer-Urteil 2C\_1101/2012 vom 24.1.2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.7.3**

Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Anforderungen in Bezug auf ein zweites Untergeschoss als klar und ausreichend bestimmt. Da ein solches zweites Untergeschoss unter das Niveau von 425 m.ü.M. zu liegen käme, ist der Hinweis unter Ziffer 7.15 des

Wettbewerbsprogramms von Bedeutung, dass Einbauten unter dieses Niveau zwar technisch machbar, jedoch mit grossen geotechnischen Risiken verbunden und vermutlich kaum wirtschaftlich zu realisieren sind. Auch wenn darin kein Verbot der Planung eines zweiten Untergeschosses zu erkennen ist, gilt es diesen Hinweis zusammen mit den übrigen Ausführungen des Wettbewerbsprogramms zum zweiten Untergeschoss zu betrachten. So hat die kantonale Dienststelle Umwelt und Energie (uwe) Grundlagen für die Machbarkeit von Untergeschossen entwickelt und dabei u.a. angemerkt, dass ein punktuell zweites Untergeschoss kritisch sei und nur unter Einhaltung bestimmter Vorgaben in Frage komme. Bei einem zweiten punktuellen Untergeschoss sei die Längenentwicklung in Nord-Süd-Richtung (senkrecht zur Reuss) vorzusehen, damit der Abfluss des Grundwassers Richtung Reuss möglichst wenig eingeschränkt werde. Demgegenüber ist ein zweites, vollflächiges Untergeschoss – ausgehend vom heutigen Kenntnisstand – nach der Beurteilung der Dienststelle uwe nicht bewilligungsfähig und zudem nur mit hohen Kosten und grossen geotechnischen Risiken realisierbar. Dass – je nach Ausgestaltung des zweiten Untergeschosses – die Bewilligungsfähigkeit durch die kantonale Behörde unterschiedlich beurteilt wird, musste den Teilnehmenden am Projektwettbewerb somit klar sein. Wenn die Beschwerdegegnerin vor diesem Hintergrund betont, dass die Einhaltung dieses Aspekts im Sinn von Art. 13.3 lit. s SIA 142 als "wünschenswert" zu qualifizieren sei, ist dies nachvollziehbar und schlüssig. Dies umso mehr, als dieser Aspekt eines zweiten Untergeschosses innerhalb des Wettbewerbsprogramms, aber vorgängig im Rahmen der Testplanung ("Klärung der Machbarkeit von Untergeschossen" [Bericht Preisgericht Ziff. 2.3, S. 10) grosses Gewicht beigemessen wurde. Auch wenn die Bewilligungsfähigkeit im Wettbewerbsverfahren weder vom Preisgericht noch von der Beschwerdegegnerin abschliessend zu prüfen war, mussten die Teilnehmenden davon ausgehen, dass die in der Summe kritischen Hinweise zu einem zweiten Untergeschoss bei der Beurteilung durch das Preisgericht berücksichtigt werden. Darin ist insbesondere keine Verletzung des Nichtdiskriminierungsverbots zu erblicken.

#### **E. 3.7.4**

Diese Hinweise im Wettbewerbsprogramm hat das Preisgericht nicht rechtsfehlerhaft interpretiert. Zwar spricht es hinsichtlich der Wettbewerbsbeiträge der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den jeweils vorgesehenen zweiten Untergeschossen von "teils erheblichen Verstössen hinsichtlich einer Bewilligungsfähigkeit" (Bericht Preisgericht S. 18). Ein Ausschluss aus dem Wettbewerbsverfahren nach § 16 öBG wurde aber durch die Beschwerdegegnerin – wie bereits wiederholt erwähnt – nicht verfügt. Damit hat die Beschwerdegegnerin die Wortwahl "Verstoss" relativiert und im Rahmen der Zuschlagsverfügung gerade nicht umgesetzt. Insofern kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie hätte das Wettbewerbsprogramm nicht korrekt beachtet. Ferner hat das Preisgericht seinen Ermessenspielraum nicht überschritten, wenn es die in den Wettbewerbsbeiträgen der Beschwerdeführer geplante Ausgestaltung der zweiten Untergeschosse unter dem Niveau von 425 m.ü.M. zumindest als so kritisch beurteilte, dass es darin – auch im Vergleich zu anderen Projekten, die keine oder andere zweiten Untergeschosse vorsahen – keine Rechtfertigung für eine weitere Beurteilung im zweiten Wertungsrundgang erkannte. Insbesondere ist mit der hier angebrachten Zurückhaltung nicht erkennbar, dass das Preisgericht die ohnehin im Wettbewerbsverfahren nicht abschliessend zu beurteilende Frage der konkreten Bewilligungsfähigkeit der Wettbewerbsbeiträge oder ihrer Wirtschaftlichkeit völlig unzutreffend beurteilt hätte. Weitere Untersuchungen erübrigen sich, zumal das Kantonsgericht einem noch nicht verfügten Entscheid der zuständigen

Baubewilligungsbehörden nicht vorgreifen darf (Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 10 80 vom 1.7.2010 E. 3c; Beyeler/Stöckli, a.a.O., S. 151 N 192). Hinzu kommt, dass der ohnehin lediglich pauschal erhobene Vorwurf der Beschwerdeführerin 4, der aus dem Jahr 2017 stammende geologisch-geotechnische Vorbericht der K. \_\_\_\_\_ AG sei ungenügend und im Zeitpunkt des Wettbewerbsverfahren im Herbst 2021 nicht mehr aktuell, durch nichts belegt ist. Insbesondere zeigt sie nicht konkret auf, welche Aspekte dieses Berichts nicht zutreffen. Abgesehen davon hat sich auch die Dienststelle uwe zur Frage der Machbarkeit eines zweiten Untergeschosses geäußert. Es ist auch nicht die Aufgabe eines Preisgerichts, im Rahmen eines Wettbewerbsverfahrens weitere Abklärungen dazu vorzunehmen. Auch wenn die Beschwerdeführer teilweise weitere Abklärungen zu den geotechnischen Risiken eingeholt haben, ändert selbst eine allenfalls andere mögliche Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit nichts daran, dass eine Umsetzung eines zweiten Untergeschosses risikobehaftet bleibt und Auswirkungen auf die Kosten mit sich bringt. Diesbezüglich hat das Wettbewerbsprogramm klargestellt, dass generell gelte: "Je tiefer in den Untergrund Bauten realisiert werden, desto grösser sind die geotechnischen Risiken und höher die Realisierungskosten." Letztere durfte das Preisgericht bei ihrem Entscheid, ob der Wettbewerbsbeitrag für den nächsten Wertungsrundgang qualifiziert wird, ebenfalls miteinbeziehen. Umso weniger gewichtig erscheint der Hinweis der Beschwerdeführer, es sei nicht berücksichtigt worden, dass die südlich vom Projektperimeter bereits bestehenden Überbauungen mit mehrgeschossigen unterirdischen Parkanlagen massgeblichen Einfluss auf die Grundwassersituation im Projektperimeter hätten. Entscheidend ist, dass im Wettbewerbsprogramm auf die Risiken einer solchen Lösung hingewiesen wurde. Ob andere Fachpersonen eine abweichende Einschätzung dazu haben sollten und einen "Bau in die Tiefe" als "absolut realisierbar" beurteilen mögen, ändert daran nichts. Es liegt innerhalb des Ermessensspielraums des Preisgerichts und der Beschwerdegegnerin die im Wettbewerbsprogramm vermerkten Risiken zu gewichten und vergleichend mit anderen Lösungen weiterer Eingaben zu beurteilen, um gestützt darauf und nach Massgabe der festgelegten Kriterien darüber zu befinden, wer in den nächsten Wertungsrundgang mitgenommen wird. Verfolgt eine Wettbewerbs eingabe einen Weg, der mit gewissen Risiken verbunden ist, läuft sie Gefahr, dass ihr andere Lösungen vorgezogen werden, welche diese Risiken vermeiden, aber auf andere Weise zu überzeugen vermögen. Dies ist Teil eines Projektwettbewerbs. Darin ist keine Rechtsfehlerhaftigkeit zu erblicken.

### **E. 3.7.5**

Ferner erweist sich der Vorwurf der Beschwerdeführer, das Preisgericht habe die Wettbewerbsbeiträge zu oberflächlich beurteilt, als nicht stichhaltig. Wenn es 128 Wettbewerbsbeiträge zu beurteilen gilt, ist eine effiziente Vorgehensweise wichtig. Das Kantonsgericht ist sich bewusst, dass die Beschwerdeführer sehr viel Energie und Kosten für die Erarbeitung ihrer Beiträge aufgewendet haben. Dennoch ist eine objektivierbare Beurteilung hier dadurch sichergestellt, dass ein erfahrenes und fachlich sehr gut zusammengesetztes Preisgericht diese vielen Wettbewerbsbeiträge nach bestimmten Kriterien beurteilt hat. Die Vorgehensweise ist nicht vorgeschrieben, doch es greift zu kurz, wenn allein aus der Anzahl an durchgeführten Jurytage auf eine zu oberflächliche Beurteilung geschlossen wird. Wenn das Preisgericht unter der Leitung des Vorsitzenden in Anbetracht des Fachwissens und von Erfahrungswerten der Auffassung ist, dass die vorgenommenen Jurytage für die 1. Stufe des Projektwettbewerbes ausreichend sind, ist dies nicht zu beanstanden. Insbesondere ist nicht erkennbar, ob das Ergebnis dieser Jurytage anders ausgefallen wäre, wenn – wie die Beschwerdeführerin 4 fordert – mindestens fünf

Jurytage aufgewendet worden wären. Für ihren Vorwurf, das Preisgericht habe aufgrund des Zeitdrucks möglichst viele Projekte ausgeschlossen, ohne diese materiell zu beurteilen, findet sich in den Akten keine Grundlage. Ebenso wenig sind Aspekte erkennbar, die darauf schliessen liessen, dass sich das Preisgericht von politischen Motiven hätte leiten lassen.

### **E. 3.7.6**

Sodann hilft den Beschwerdeführern nicht weiter, wenn sie betonen, es dränge sich aufgrund des sehr sensiblen Standorts und des Umgebungsschutzes der benachbarten Jesuitenkirche geradezu auf, den Theaterneubau möglichst im Untergrund zu realisieren. Auch diese Frage betrifft den Ermessensbereich des Preisgerichts und der Beschwerdegegnerin. Sodann liess das Wettbewerbsprogramm auch andere Lösungen zu. Inwiefern die Begründung in der angefochtenen Zuschlagsverfügung rechtsfehlerhaft sein sollte, ist nicht ersichtlich und vermögen auch die Beschwerdeführer nicht aufzuzeigen.

### **E. 3.7.7**

Ferner geht auch der Vorwurf der Verletzung der Rechtsgleichheit fehl. Im Umstand, dass der Projektvorschlag Nr. \_\_\_\_ ("G.\_\_\_\_") für die zweite Wettbewerbsstufe qualifiziert wurde, obwohl der die Kote von 425 m.ü.M. um ca. 1.5 m unterschritt, ist keine rechtswidrige Ungleichbehandlung zu erblicken. Vielmehr zeigt dies auf, dass das Preisgericht nach Massgabe der festgelegten Kriterien jeden einzelnen der 128 Wettbewerbsbeiträge beurteilte und auch Projekte in weitere Wertungsrundgänge miteinbezog, die diese Kote unterschritten haben (vgl. vorne E. 3.6.3 f.). Abgesehen davon kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren gegen eine Zuschlagsverfügung im Rahmen eines Projektwettbewerbsverfahrens nur eingeschränkte Bedeutung zu, da die Projekte sich in vielen kleinen Details voneinander unterscheiden und abgrenzen und dennoch als Ganzes zu bewerten sind. Aber es ist das Wettbewerbsverfahren, dass "die Evaluation und den Vergleich verschiedener Lösungen ermöglichen soll" (SIA 142 Präambel). Mit diesem Vorgehen wird der Grundsatz der Rechtsgleichheit sichergestellt. Er wurde vom Preisgericht rechtskonform umgesetzt. Dass es einzelne Wettbewerbsbeiträge aus nicht nachvollziehbaren Gründen nicht bewertet hätte, ist nicht erstellt. Es liegt in der Natur eines Wettbewerbsverfahrens, dass die Beurteilung von architektonischen und gestalterischen Qualitäten zuweilen nur beschränkt objektivierbar sein mag (vgl. vorne E. 3.4). Auch der Projektvorschlag Nr. \_\_\_\_ ("G.\_\_\_\_") unterscheidet sich – neben gestalterischen Vorschlägen – auch in Bezug auf den Umfang der Unterschreitung der Kote massgeblich von den Wettbewerbsbeiträgen der Beschwerdeführer. Insofern ist in der unterschiedlichen Beurteilung durch das Preisgericht kein Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu erblicken. Dies gilt auch für die Beurteilung des Projekts Nr. \_\_\_\_ "H.\_\_\_\_", das – nach einem Rückkommensantrag – nach dem dritten Wertungsrundgang ebenfalls nicht mehr weiter bewertet wurde. Insgesamt geht damit der Vorwurf der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Bewertung fehl und die Beschwerdegegnerin durfte auf die Empfehlung des Preisgerichts abstellen. Sodann vermochte die Beschwerdegegnerin im Gerichtsverfahren schlüssig und überzeugend aufzuzeigen, welche Rückbauten das Siegerprojekt konkret beinhaltet. So sieht dieses insbesondere den Rückbau der bestehenden Fassade gegen den Theaterplatz (Westfassade), inkl. Vorbau mit heutigem Foyer, vor. Auch der rückwärtige Vorbau (Südfassade) soll abgebrochen und der heutige Zuschauerraum (Theatersaal) zurückgebaut werden, um darin eine grosszügige Treppe einzubauen. Dies als eine Integration von Elementen des heutigen Theatergebäudes

entsprechend Ziffer 7.1 des Wettbewerbsprogramms zu verstehen, ist nicht zu beanstanden (E. 5.2 hernach). Das gleiche gilt für den Vorwurf der rechtsungleichen Handhabung der Höhenvorschriften. Ziffer 7.3 des Wettbewerbsprogramms ("Bau- und Nutzungsvorschriften") enthält hierzu Angaben. Eine rechtsungleiche Handhabung dieser Vorschrift vermögen die Beschwerdeführer nicht überzeugend zu belegen.

### **E. 3.7.8**

Schliesslich erweist sich auch der Vorwurf der Verletzung des Transparenzgebots als nicht stichhaltig. Wie bereits dargelegt (vgl. vorne E. 2.1), ist der Planungswettbewerb kein förmliches Vergabeverfahren; der eigentliche Wettbewerb endet bereits mit der Empfehlung des Preisgerichts, die dann Grundlage für eine Vergabe der Auftraggeberin bildet. Doch immerhin hat das Wettbewerbsverfahren den Grundsätzen des Submissionsrechts zu entsprechen, wozu namentlich das Transparenzgebot gehört (Schneider Heusi/Scherler, a.a.O., S. 221 N 30 f.). Doch im Rahmen eines Wettbewerbs mit anonymen Beiträgen und einer unabhängigen Jury sind aufgrund der durch die damit einhergehenden Besonderheiten Aspekte wie Objektivität und Transparenz bereits weitestgehend gewährleistet (vgl. dazu auch Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.1999.00386 vom 2.11.2000 E. 6b in Bezug auf die reduzierten Anforderungen an die Begründungspflicht). Mit den eingereichten Akten zum Verfahren, dem Vorgehen des Preisgerichts sowie seinen Beurteilungsergebnissen wurde dem Transparenzgebots ausreichend nachgelebt. Inwiefern die Beschwerdegegnerin das Transparenzgebot im Rahmen eines anonymen Projektwettbewerbs dennoch verletzt haben sollte, vermögen die Beschwerdeführer nicht konkret zu belegen.

### **E. 3.8**

Vor diesem Hintergrund steht fest, dass die Wettbewerbsbeiträge der Beschwerdeführer nicht mittels anfechtbarer Verfügung aus dem Wettbewerbsverfahren ausgeschlossen worden sind. Ebenso wenig ist erstellt, dass das Preisgericht oder die Beschwerdegegnerin bei der Beurteilung der Wettbewerbsbeiträge der Beschwerdeführer rechtswidrig vorgegangen wäre oder ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hätten. Insbesondere sind keine Verletzungen des Transparenzgebots, des Nichtdiskriminierungsverbots oder der Gewährleistung der Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer erstellt. An diesem Ergebnis vermögen auch die übrigen Einwände der Beschwerdeführer nichts zu ändern.

### **E. 4.1**

Mit Verweis auf die vorangegangenen Erwägungen ist der Antrag der Beschwerdeführer auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung abzuweisen. Abgesehen davon vermögen die Beschwerdeführer nicht substantiiert aufzeigen, weshalb ihre Beiträge besser zu qualifizieren wären als das Siegerprojekt sowie die weiteren Beiträge, die im Rahmen der 2. Stufe beurteilt wurden. Ebenso wenig begründen sie konkret, es seien keine anderen Wettbewerbsbeiträge eingereicht worden, die offensichtlich besser als ihre eigenen einzustufen seien. Insofern ist nicht erstellt, dass sie überhaupt eine realistische Chance auf den Zuschlag hätten.

### **E. 4.2**

Ferner ist zu beachten, dass der Antrag auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung in einer Neubeurteilung ihrer Projekte münden würde. Doch dabei fällt ins Gewicht, dass ein anonymer Wettbewerb durchgeführt wurde. Diese Anonymität stellt einen wichtigen Aspekt eines Projektwettbewerbs dar. So erfolgen Wettbewerbe nach SIA 142 in anonymer

Form: Der Auftraggeber, die Mitglieder des Preisgerichts, die Teilnehmer und die beteiligten Fachleute haben die Anonymität der Wettbewerbsbeiträge sicherzustellen, bis das Preisgericht die Wettbewerbsbeiträge beurteilt, rangiert und die Preise zugesprochen sowie eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abgegeben hat (Art. 1.4 SIA 142). Dieser Grundsatz hilft, die Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer zu gewährleisten und objektive Preisgerichtsentscheide zu ermöglichen. Nicht der bisherige Leistungsausweis oder die Reputation der Wettbewerbsteilnehmer, sondern allein die eingereichten Wettbewerbsbeiträge sollen ausschlaggebend sein für die Beurteilung durch das Preisgericht (Schneider Heusi/Scherler, a.a.O., S. 222 N 33 ff. mit Hinweisen). Diese Anonymität kann aber insbesondere nach der Veröffentlichung des Berichts des Preisgerichts nicht mehr gewährleistet werden. Es ist daher ausgeschlossen, nach der Bekanntgabe der Wettbewerbsteilnehmer und ihrer Beiträge diese ergänzend zu bewerten oder sie jenen gegenüberzustellen, die für die 2. Stufe qualifiziert wurden. Deshalb ist es dem Kantonsgericht verwehrt, die Zuschlagsverfügung aufzuheben und – damit einhergehend – eine Neuurteilung der Wettbewerbsbeiträge der Beschwerdeführer anzuordnen.

#### **E. 4.3**

Aus dem gleichen Grund ist auf den Antrag der Beschwerdeführerin 4 (Verfahren 7H 22 297), Projektbeiträge, welche tiefer als 10 m in den Boden reichen (tiefer als die Kote 425 m.ü.M.) seien in der Gesamtbeurteilung neu zu jurieren, nicht näher einzugehen. Es ist nach dem Wegfall der Anonymität ausgeschlossen, diese Beiträge im Rahmen einer Gesamtbeurteilung nachträglich neu zu jurieren.

#### **E. 4.4**

Diese notwendige Gewährleistung der Anonymität steht sodann den Eventualanträgen der Beschwerdeführerin 5 gemäss Ziffern 3 und 4 ihrer Rechtsbegehren entgegen (Verfahren 7H 22 299):

##### **E. 4.4.1**

Vorab fällt auf, dass diese Anträge – im Vergleich zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde – erst im Rahmen der Replik gestellt wurden. Der zweite Schriftenwechsel darf aber grundsätzlich nicht dazu führen, Anträge, Begründung und Darlegungen nachzuholen, die in der Rechtsmittelschrift hätten vorgebracht werden können (Griffel, in: Komm. zum Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich [Hrsg. Griffel], 3. Aufl. 2014, § 26b VRG N 30). Antrag und Begründung gehören zu den eigentlichen Gültigkeits- und Prozessvoraussetzungen und können als Kernelemente der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur innerhalb der gesetzlichen Rechtsmittelfrist nachgereicht werden (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Komm. zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 81 VRPG/BE N 7 f., auch zum Folgenden). Es ist daher grundsätzlich nicht zulässig, mit der Replik neue, vorher nicht gestellte Anträge oder vom Streitgegenstand nicht erfasste Anträge zu stellen (vgl. zum Ganzen: LGVE 2011 II Nr. 12 E. 3a und b). Allerdings gilt es den Besonderheiten des Vergaberechts Rechnung zu tragen. So erhält eine Beschwerdeführerin erstmals mit der Einreichung der Vernehmlassung der Vergabebehörde Akteneinsicht und Kenntnis über die Gründe, weshalb ihre Offerte – bzw. hier ihr Projekt – nicht den Zuschlag erhält. Wenn die Vernehmlassung dazu Anlass bietet, neue Tatsachen vorzubringen oder neue Anträge zu stellen, ist dies auch im Rahmen einer Replik zulässig, was vorliegend der Fall ist.

#### **E. 4.4.2**

Insoweit die Beschwerdeführerin 5 eine Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin beantragt (Rechtsbegehren Ziff. 3), ist dies aus den dargelegten Gründen nicht möglich. Die weggefallene Anonymität steht einer Rückweisung entgegen. Deshalb ist auf diesen Eventualantrag ebenfalls nicht einzutreten. Ist eine Rückweisung an die Beschwerdegegnerin ausgeschlossen, kann diese auch nicht mit einer Anweisung verbunden werden (Ziff. 4 der Rechtsbegehren). Insofern die Beschwerdeführerin 5 damit auch eine Wiederholung des Projektwettbewerbsverfahrens verlangen sollte, ist darauf zurückzukommen (E. 7 hernach).

#### **E. 5**

Sodann verlangt die Beschwerdeführerin 5 gemäss Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren in der Replik den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin (Verfahren 7H 22 299).

#### **E. 5.1**

Gemäss dem Programm zur 1. Stufe des offenen Projektwettbewerbs werden in der Beurteilung der 1. Stufe 10 bis 12 Projekte "aufgrund der formulierten Beurteilungskriterien für die Weiterbearbeitung in der 2. Stufe vom Preisgericht" ausgewählt. Die von den Beschwerdeführern eingereichten Projekte wurden aber für die 2. Stufe nicht qualifiziert. Die Beschwerdeführerin 5 beantragt einzig den Ausschluss des im ersten Rang platzierten Beitrags. Sie bringt indessen nicht vor, die im angefochtenen Beschluss im 2. bis 6. Rang platzierten Projekte (Nr. \_\_\_\_ "L.\_\_\_\_\_", Nr. \_\_\_\_ "M.\_\_\_\_\_", Nr. \_\_\_\_ "N.\_\_\_\_\_", Nr. \_\_\_\_ "O.\_\_\_\_\_" oder Nr. \_\_\_\_ "P.\_\_\_\_\_" [Bericht Preisgericht S. 24]) hätten aus dem Wettbewerbsverfahren ausgeschlossen werden müssen. Diese wurden unter den massgebenden Faktoren als besser qualifiziert betrachtet. Umgekehrt zeigt die Beschwerdeführerin 5 nicht auf, dass ihr eigenes Projekt deutlich geeigneter wäre als diese Wettbewerbsbeiträge. Diese würden selbst bei Gutheissung dieses Antrags im Wettbewerb verbleiben. Vor diesem Hintergrund vermöchte ihnen ein Ausschluss des Siegerprojekts nicht weiterzuhelfen, da noch sechs weitere Beiträge ermittelt wurden, die nach der Beurteilung des Preisgerichts und gestützt darauf der Beschwerdegegnerin mit Blick auf die festgelegten Faktoren als besser qualifiziert erscheinen. Mit anderen Worten: Auch der Ausschluss des Siegerprojekts könnte der Beschwerdeführerin 5 nicht zum Zuschlag für den Folgeauftrag verhelfen. Der Ausschluss des erstrangierten Projekts brächte der nicht rangierten Beschwerdeführerin 5 mithin keinen Nutzen, weshalb diesbezüglich eine Beschwerdelegitimation zu verneinen ist (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2002.00110 vom 12.3.2003 E. 3b). Deshalb ist auf diesen Antrag gemäss Ziffer 2 der Beschwerdeführerin 5 (Verfahren 7H 22 299) nicht einzutreten.

#### **E. 5.2**

Aber unabhängig davon ist nicht erkennbar, weshalb das Siegerprojekt aus dem Wettbewerbsverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Ein Ausschlussgrund nach § 16 öBG ist nicht gegeben. So wurde bereits ausgeführt, dass auch das Siegerprojekt bestimmte Rückbauten vorsieht und Ziffer 7.3 des Wettbewerbsprogramms erfüllt ist (vgl. vorne E. 3.7.7). Sodann weist die Beschwerdegegnerin zu Recht darauf hin, dass das Wettbewerbsprogramm zur 1. Stufe vom 28. September 2021 – neben der Variante eines Neubaus – ausdrücklich die Alternative eines Erweiterungsbaus zugelassen hat. Ziffer 7.1 sieht Folgendes vor: "Das heutige Luzerner Theater, welches sich im Planungsperimeter befindet, ist zurückzubauen. Falls die Integration von Elementen des heutigen

Theatergebäudes zu einer überzeugenden Lösung führt, ist dies zulässig, ohne dass ein Verstoß bzw. Ausschluss vorliegen würde." Damit ist ausreichend klar, dass die Wettbewerbsvorschriften die Möglichkeit zulassen, mit dem bisherigen Theatergebäude weiterzuarbeiten. Auch wenn der Stadtrat ursprünglich der Variante eines Neubaus den Vorzug zu geben schien, ist für das Wettbewerbsverfahren allein massgebend, dass dessen Vorschriften die Integration von Elementen des bisherigen Gebäudes erlauben. Das Siegerprojekt hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Wenn das Preisgericht und die Beschwerdegegnerin die darin vorgesehene "Integration von Elementen des heutigen Theatergebäudes" als überzeugend erachtet haben, liegt dies in ihrem Ermessen und ist nicht vergaberechtswidrig. Andere Verletzungen des Wettbewerbsprogramms oder zwingender Vorschriften, die einen Ausschluss verlangen würden, sind nicht ersichtlich. Ob die Qualität des Siegerprojekts vom Preisgericht zutreffend beurteilt wurde, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens (vgl. auch E. 8 hernach). Deshalb und mit Blick auf das Ermessen, das dem Preisgericht und der Beschwerdegegnerin hierbei zukommt, ist der im Übrigen nachvollziehbar begründete Rangierungsentscheid nicht zu beanstanden. Dass das Siegerprojekt im Nachgang an das Wettbewerbsverfahren überarbeitet und die nachfolgenden Verfahren durchlaufen muss, liegt in der Natur der Sache und ist ebenfalls nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

#### **E. 6.1**

Im Weiteren beantragen die Beschwerdeführer, sämtliche Wettbewerbsprojekte seien öffentlich zu präsentieren. Doch diesbezüglich sind sie einzig hinsichtlich ihres eigenen Wettbewerbsbeitrags in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen. Insofern sie eine öffentliche Präsentation für andere Teilnehmer verlangen, die an diesem Projektwettbewerbsverfahren teilgenommen haben, aber gegen die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Art der Präsentation nicht opponiert haben, kommt ihnen keine Beschwerdebefugnis zu. Diesbezüglich ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 6.2**

Da aber eine nachträgliche Präsentation nach dem Wegfall der Anonymität möglich bleibt, ist über den Antrag der Beschwerdeführer, ihre eigenen Beiträge seien öffentlich zu zeigen, nachstehend zu befinden. Dabei ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin 5 ihre Anträge in der Replik neu formuliert und teilweise ergänzt hat (E. 4.4.1). An ihrem Antrag gemäss Ziffer 3 der Verwaltungsgerichtsbeschwerde hielt sie in der Replik nicht fest. Sie räumte ein, dass in der öffentlichen Präsentation des Wettbewerbsgeschehens inzwischen nachgebessert worden sei, weshalb sie diesen Kritikpunkt auf sich beruhen lasse (Ziff. 44 der Replik im Verfahren 7H 22 299). Deshalb betrifft dieser Antrag auf Präsentation der eigenen Wettbewerbsbeiträge ausschliesslich die Beschwerdeführer 1 - 4. Diese beanstanden im Wesentlichen, es verstosse gegen das Wettbewerbsprogramm, dass nur die 12 Projekte der 2. Stufe der Öffentlichkeit vorgestellt worden seien.

#### **E. 6.3**

Die Beschwerdegegnerin hält demgegenüber dafür, das Wettbewerbsprogramm enthalte keine explizite Formulierung, dass alle Wettbewerbsprojekte ausgestellt würden. Indem darin ausgeführt werde, dass die Wettbewerbsbeiträge mit der Veröffentlichung des Entscheids während 10 Tagen öffentlich ausgestellt würden, werde vom Grundsatz gemäss Art. 25.1 i.V.m. Art. 25.2 SIA 142 abgewichen. Der Fokus in Bezug auf die

Kommunikation und Information sei auf die interessierten Kreise der Bevölkerung, die Bekanntmachung des Bauvorhabens und die Förderung einer öffentlichen Diskussion über Städtebau und Architektur gelegt worden. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung des Projektwettbewerbs am 9. Oktober 2021 sei die Teilnehmerzahl nicht bekannt gewesen, weshalb die Frage nach der geeigneten Form der Präsentation aller Wettbewerbsbeiträge nicht abschliessend beantwortet werden können. Durch die grosse Anzahl der eingereichten Projektvorschläge und die vorgenannten Kommunikations- und Informationsziele habe das Preisgericht entschieden, die zwölf Projektvorschläge der 2. Stufe vollumfänglich öffentlich zu präsentieren. Zudem seien sämtliche Projektvorschläge der 1. Wettbewerbsstufe an dieser Ausstellung mittels Modellfotografien auf einem Bildschirm digital präsentiert worden. Neben der öffentlichen Ausstellung vom 15. Dezember 2022 bis zum 29. Januar 2023 in der Kornschütte des Rathauses Luzern sei für die öffentliche Präsentation des Wettbewerbsergebnisses eigens eine Internetseite erstellt worden. Alle 128 Projektvorschläge der ersten Wettbewerbsstufe, inklusive Modellfotografien, seien auf der Internetseite [www.neuesluzernertheater.ch](http://www.neuesluzernertheater.ch) als digitale Ausstellung präsentiert worden. Eine digitale Ausstellung sei für die gesamte Öffentlichkeit zentral, einsehbar und erhöhe auch hinsichtlich der internationalen Beteiligung am Projektwettbewerb die Erreichbarkeit der breiten Öffentlichkeit. Weiter werde der Entscheidungsprozess des Preisgerichts mit einem Film über die Jurierung auf dieser Internetseite ergänzt. Letztlich müsse die geeignete Form über die Kommunikation und Information gemäss Wettbewerbsprogramm auch verhältnismässig sein. Die gewählten Massnahmen der Präsentation der Wettbewerbsergebnisse entspreche der im Wettbewerbsprogramm vom 28. September 2021 angekündigten geeigneten Form; dies insbesondere unter Berücksichtigung der aussergewöhnlich hohen Anzahl von 128 eingereichten Projektvorschlägen, der internationalen Beteiligung und eines verhältnismässigen finanziellen Aufwands.

#### **E. 6.4**

Im Rahmen der Veröffentlichung des Ausgangs des Wettbewerbsverfahrens sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Zum einen die Orientierung der Teilnehmenden über Rangierung, Prämierung und Empfehlung des Preisgerichts, zum anderen die öffentliche Bekanntgabe der Ergebnisse eines Wettbewerbsverfahrens sowie die Ausstellung der Wettbewerbsbeiträge (Messerli, a.a.O., S. 185). In Bezug auf die Durchführung der Ausstellung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Wettbewerb eine wichtige zusätzliche Funktion erfüllt, indem er den Teilnehmern dazu verhilft, sich und ihre Leistungen einem breiten Publikum bekannt zu machen. Wettbewerbe können gerade für jüngere Teilnehmer, welche sich beruflich noch nicht etabliert haben, ein Sprungbrett zur Erlangung von Aufträgen sein. Die grundsätzliche Verpflichtung zur Veröffentlichung der Wettbewerbsbeiträge steht in einem engen Zusammenhang mit dieser Zusatzfunktion des Wettbewerbs (Messerli, a.a.O., S. 188 f.).

#### **E. 6.5.1**

Im Wettbewerbsprogramm vom 28. September 2021 ist unter Ziffer 4.18 "Kommunikation und Information der interessierten Öffentlichkeit" Folgendes festgehalten: "Um interessierten Kreisen der Bevölkerung einen Einblick in die Überlegungen des Preisgerichtes zu ermöglichen, um das Bauvorhaben bekannt zu machen und um die öffentliche Diskussion über Städtebau und Architektur zu fördern, ist vorgesehen, nach Abschluss des Verfahrens in geeigneter Form darüber zu berichten. Dies ergänzend zur

öffentlichen Präsentation der Wettbewerbsprojekte an einem zentralen und für die Öffentlichkeit gut erreichbaren Ort. Auf eine ursprünglich angedachte, öffentliche Jurierung wird zur Wahrung der Anonymität verzichtet." Daraus ist zu schliessen, dass sich das Preisgericht im Wettbewerbsprogramm in Bezug auf die Information der Öffentlichkeit und die Berichterstattung über den Ausgang des Verfahrens Massnahmen "in geeigneter Form" vorbehalten hat. Zusätzlich ("ergänzend") ist eine "öffentliche Präsentation der Wettbewerbsprojekte an einem zentralen und für die Öffentlichkeit gut erreichbaren Ort" angekündigt worden. Damit enthält das Wettbewerbsprogramm eine eigene Regelung zu diesem Aspekt der Veröffentlichung. Ihre Ausgestaltung im Wettbewerbsprogramm geht der lediglich subsidiär geltenden Ordnung nach SIA 142 vor. Insbesondere ist darin kein Verweis auf Art. 25.1 oder 25.2 SIA 142 zu erblicken. Im Wettbewerbsprogramm ist vielmehr eine eigene, auf dieses Verfahren konkret zugeschnittene Ausgestaltung sowohl der öffentlichen Bekanntgabe der Ergebnisse eines Wettbewerbsverfahrens als auch der Ausstellung der Wettbewerbsbeiträge vorgesehen. Diese beiden Bestandteile der Veröffentlichung sind als Ganzes zu betrachten ("Dies ergänzend"), weshalb Massnahmen der Berichterstattung auch hinsichtlich der angekündigten Präsentation herangezogen werden können. Zwar ist den Beschwerdeführern 1 - 4 darin zuzustimmen, dass sich das Preisgericht nicht ausdrücklich vorbehalten hat, in Anlehnung an Art. 25.2 SIA in begründeten Fällen auf eine öffentliche Ausstellung zu verzichten oder diese auf eine bestimmte Anzahl einzuschränken. Doch eine solcher Vorbehalt war nicht notwendig, da diese Bestimmung der SIA 142 aufgrund ihrer Subsidiarität nicht greift. Zudem ist zu beachten, dass im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Wettbewerbsprogramms dem Preisgericht nicht bekannt war und dieses auch nicht wissen konnte, dass eine derart hohe Zahl an Wettbewerbsbeiträgen eingereicht würde. Diesen veränderten Verhältnissen darf Rechnung getragen werden. Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Möglichkeit einer angepassten Lösung trägt die in Ziffer 4.18 getroffene Lösung insofern Rechnung, als eine Berichterstattung in geeigneter Form vorgesehen ist, wozu auch eine Ausstellung zu zählen ist. In Anbetracht dieser Auslegung sind die vom Preisgericht und der Beschwerdegegnerin getroffenen Massnahmen als Ganzes zu betrachten, und Art. 25.1 der SIA 142 ist hier nicht massgebend.

#### **E. 6.5.2**

Fest steht ferner, dass lediglich die zwölf Projektvorschläge der 2. Stufe vollumfänglich an der öffentlichen Ausstellung vom 15. Dezember 2022 bis zum 29. Januar 2023 in der Kornschütte des Rathauses Luzern präsentiert wurden. Allerdings wurden weitere Massnahmen getroffen (E. 6.3). Dass diese Massnahmen nicht umgesetzt worden wären, machen die Beschwerdeführer nicht geltend. Zudem ist die von den Beschwerdeführern geforderte Ausstellung aller 128 an einem zentralen Ort nicht möglich. Der Entscheid, die zwölf Projektbeiträge der 2. Stufe in der Kornschütte, mithin genau gegenüber dem Standort des Neuen Luzerner Theaters, zu präsentieren, überzeugt und erfüllt die Interessen der Öffentlichkeit, sich gleichsam vor Ort ein Bild machen zu können. Andere Ausstellungsräumlichkeiten, die dieses Bedürfnisse auf die gleiche Weise erfüllen könnten, sind nicht ersichtlich. In der Kornschütte können aber aus Platzgründen nicht alle 128 Eingaben vollumfänglich und gleichzeitig ausgestellt werden. Immerhin wurden sämtliche Projektvorschläge der 1. Wettbewerbsstufe (also auch jene der Beschwerdeführer 1 - 4) an dieser öffentlichen Ausstellung mittels Modellfotografien auf einem Bildschirm digital präsentiert. Auch wenn der zeitliche Umfang pro Wettbewerbsbeitrag stark eingegrenzt war, trug dieser Umstand (wie auch der veröffentlichte Preisbericht) dazu bei, dass bekannt

wurde, wer die 128 Teilnehmer am Wettbewerbsverfahren waren. Zusätzlich konnten sich Interessierte über die (nach wie vor aufgeschaltete) Internetseite [www.neuesluzernertheater.ch](http://www.neuesluzernertheater.ch) (zuletzt besucht am 8.5.2023) über die weiteren Eingaben informieren. Alle Projekte sind einsehbar und ein entsprechender Downloadbereich ist verfügbar. Auch wenn die Eingaben der Beschwerdeführer 1 - 4 nicht in einer öffentlichen Ausstellung an einem zentralen Ort präsentiert wurden, ist aufgrund der weiteren getroffenen Massnahmen keine Abweichung von Ziffer 4.18 des Wettbewerbsprogramms zu erkennen. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass eine öffentliche Ausstellung der übrigen Teilnehmer an einem Standort, der keinen Bezug zum Standort des Neuen Luzerner Theaters hat, hinsichtlich der Bekanntmachung ohnehin nicht die gewünschte Resonanz gehabt hätte. Letzterem Aspekt trägt die Internetseite besser Rechnung.

#### **E. 6.6**

Nach dem Gesagten ist die von der Beschwerdegegnerin gewählte Form der öffentlichen Präsentation der Wettbewerbsbeiträge nicht zu beanstanden; insbesondere verstösst sie nicht gegen die massgebenden Wettbewerbsvorschriften. Auf den Antrag der Beschwerdeführer, sämtliche Wettbewerbsprojekte seien öffentlich zu präsentieren ist, wie erwähnt, nicht einzutreten. Der Antrag, ihre eigenen Beiträge seien öffentlich zu zeigen, ist abzuweisen.

#### **E. 7**

Zu prüfen ist weiter der Eventualantrag der Beschwerdeführerin 5 auf Wiederholung des Wettbewerbsverfahrens (Subeventualantrag Ziffer 4 der Replik).

#### **E. 7.1**

Bevor ein Verfahren zu wiederholen ist, muss es rechtmässig abgebrochen werden können. Insofern ist ein Verfahrensabbruch die Vorstufe einer Verfahrenswiederholung hinsichtlich des gleichen Beschaffungsgegenstandes (§ 18 Abs. 2 öBG; Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss. Basel 2010, N 19). In § 18 öBG werden die möglichen Gründe für einen zulässigen Abbruch des Vergabeverfahrens im Rahmen einer nicht abschliessenden Aufzählung genannt. Der Abbruch ist immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert (BGE 134 II 192 E. 2.3; BVGer-Urteil B-7133/2014 vom 26.5.2015 E. 2.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 798). Das Vergabeverfahren muss abgebrochen werden können, wenn das Ziel der Beschaffung verfehlt wird (Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren – Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.]: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 288 f. N 8; Suter, a.a.O., N 182 ff., insb. 184, 256 und 264). Bei Projektwettbewerbsverfahren ist im Besonderen zu beachten, dass dessen Wiederholung nur dann zu prüfen ist, wenn das Wettbewerbsverfahren ergebnislos bleibt und der Auftraggeber (z.B. bei Mängeln in der Ausschreibung oder im Wettbewerbsprogramm) oder das Preisgericht (infolge rechtsfehlerhafter Jurierung) den ergebnislosen Wettbewerb zu verantworten haben (Schneider Heusi/Scherler, a.a.O., S. 235 FN 117).

#### **E. 7.2**

Das strittige Projektwettbewerbsverfahren verlief nicht ergebnislos. Insoweit dessen Abschluss mit der Zuschlagsverfügung einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich war, ist dieses Ergebnis in vergaberechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Gründe für einen Abbruch und eine Wiederholung sind nicht erkennbar. Deshalb ist der entsprechende

Antrag der Beschwerdeführerin 5 abzuweisen.

#### **E. 8**

Insofern sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen die Ergebnisse der Jurierung durch das Preisgericht vom 18. November 2022 richten sollten, ist sodann auf Folgendes hinzuweisen: Der Preisbericht umfasst u.a. eine Darstellung der Ergebnisse der Bewertungen zu den einzelnen Wettbewerbsbeiträgen, eine Rangierung, die Ausrichtung von Preisen an die sechs rangierten Bewerber und eine Empfehlung an den Stadtrat zur Erteilung des Auftrags für die Weiterbearbeitung. Anfechtungsobjekt einer Beschwerde sind Verfügungen, d.h. hoheitliche Anordnungen, mit denen ein verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis verbindlich geregelt wird. Die blosser Empfehlung eines beratenden Organs zuhanden der entscheidenden Behörde ist daher kein anfechtbarer Entscheid. Im Rahmen eines Planungswettbewerbs bereitet die Empfehlung des Preisgerichts zuhanden der Vergabebehörde deren Entscheid lediglich vor (vgl. § 27 Abs. 4 öBV). Die Behörde erhält mithin vom Preisgericht unverbindliche Empfehlungen (§ 27 Abs. 4 öBV). Solche Empfehlungen oder Entscheide des Preisgerichts insbesondere im Rahmen der sukzessiven Reduktion der Teilnehmer oder betreffend die Rangierung der Beiträge, Ausrichtung von Preisen sowie die Empfehlung des siegreichen Projekts zur Weiterbearbeitung sind folglich keine Entscheide über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags und können daher nicht mit Submissionsbeschwerde angefochten werden (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2002.00110 vom 12.3.2003 E. 2, a.z.F.). Wenn die Beschwerdeführer daher vorbringen, das Preisgericht habe mit verschiedenen Ellen gemessen oder wohl aus politischen Gründen gegen die Wettbewerbsbedingungen verstossen, ist darauf nicht näher einzugehen. Dennoch wird der Rechtsschutz der Teilnehmer am Wettbewerbsverfahren dadurch ausreichend gewährleistet, dass sie den eigentlichen Vergabeentscheid der Behörde (Zuschlag mit Rangierung und Zusprache von Preisgeldern) mit Beschwerde beim Kantonsgericht anfechten können. Soweit sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen die Empfehlung des Preisgerichts richten, sind sie folglich nicht zulässig.

#### **E. 9**

Für die von der Beschwerdeführerin 5 subsubeventualiter beantragte Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags schliesslich bleibt schon darum kein Raum (vgl. § 33 Abs. 1 öBG; Art. 18 Abs. 2 aIVöB; vgl. BGE 137 II 313 E. 1.2.2; 132 I 86 E. 3, BGer-Urteil 2D\_74/2010 vom 31.5.2011 E. 1.2), weil – wie die vorangegangenen Erwägungen zeigen – weder das durchgeführte Verfahren noch der Entscheid der Beschwerdegegnerin zu beanstanden sind. Insbesondere liegen keine Verletzungen des Transparenzgebots, des Nichtdiskriminierungsverbots oder ein anderer Verstoss gegen das Vergaberecht oder die Wettbewerbsvorschriften vor, womit es bereits an der Rechtswidrigkeit gebricht. Im Übrigen fehlt es zudem am notwendigen Feststellungsinteresse. Eine Beschwerde kann nicht dazu dienen, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern muss der Beschwerdeführerin einen praktischen Vorteil verschaffen. Auch dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist deshalb nur dann zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (§ 44 Abs. 1 VRG). Dieses besteht darin, dass ein Nachteil abgewendet werden kann, wenn die Feststellungsverfügung erlassen wird. Die gesuchstellende Person muss folglich nachweislich Dispositionen nicht treffen können oder solche ungerechtfertigterweise unterlassen, sofern die feststellende Verfügung nicht ergeht. Mithin ist auch bei der Feststellungsverfügung der praktische Nutzen nachzuweisen (Häner, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar

Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 25 VwVG N 17). Im Vergaberecht stellt das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen grundsätzlich ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar, weshalb die Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf ein derartiges Feststellungsinteresse nicht restriktiver sind, als bei einem Beschwerdebegehren, das auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung gerichtet ist. Dies setzt voraus, dass die Beschwerdeführer eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätten, andernfalls kann die Rechtswidrigkeit des Entscheids nicht kausal für den Schaden sein (BVGer-Urteil B-2885/2021 vom 1.3.2022 E. 2.1 m.H. auf BGE 141 II 14 E. 4.1). Solche legt die Beschwerdeführerin 5 nicht dar.

#### **E. 10**

Zusammenfassend ist der Beschluss der Beschwerdegegnerin Nr. 738 vom 30. November 2022 nicht vergaberechtswidrig oder rechtsfehlerhaft. Die dagegen erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerden sind daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 11**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden:

##### **E. 11.1**

Gemäss § 35 Abs. 2 öBG ist auf das Beschwerdeverfahren das VRG mit Ausnahme von dessen §§ 36, 46 und 50 anwendbar, soweit das öBG keine anders lautenden formellen oder materiellen Bestimmungen enthält. Gemäss kantonaler Rechtsprechung sind demnach für die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren nach öBG (einschliesslich einer allfälligen Parteientschädigung) die Bestimmungen des VRG massgeblich (statt vieler: Verfügung des Kantonsgerichts Luzern 7H 18 51 vom 20.3.2018 E. 3.2).

##### **E. 11.2**

Dem Verfahrensausgang entsprechend haben die unterliegenden Beschwerdeführer die amtlichen Kosten zu tragen (§ 35 Abs. 2 öBG i.V.m. § 198 Abs. 1 lit. c VRG). Diese sind in Anwendung von § 1 Abs. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 der Verordnung über die Kosten in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (JusKV; SRL Nr. 265) auf Fr. 10'000.-- festzusetzen. Davon haben die Beschwerdeführer anteilmässig je Fr. 2'000.-- zu tragen. Deren Beitrag wird den von ihnen in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschüssen entnommen.

##### **E. 11.3**

Eine Parteientschädigung steht der obsiegenden Beschwerdegegnerin mangels berufsmässiger Vertretung nicht zu (§ 193 Abs. 3 VRG).

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