

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00403 vom 31. Januar 2002

ZH Verwaltungsgericht, 2002-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2000.00403](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2000.00403)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00403 du 31 janvier 2002

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00403 del 31 gennaio 2002

## Regeste

Submission | Zulässigkeit des Abbruchs des Submissionsverfahrens Anwendbares Recht: Untersteht eine auf dem Gebiet der Erdgasversorgung tätige Unternehmung der IVöB? (Frage offen gelassen; E. 1b) Anwendung von Submissionsrecht auf "andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben" im Sinn von Art. 5 BGBM; Beherrschung durch ein Gemeinwesen (E. 1c). Abbruch des Vergabeverfahrens: Wichtige Gründe, die einen Abbruch rechtfertigen (Art. 13 lit. i IVöB, § 35 Abs. 1 SubmV); Bedeutung des Vertrauensschutzes und der vorvertraglichen Treuepflicht (E. 2). Wettbewerbswidrige Absprachen unter den Anbietenden (E. 3). Liegt das günstigste Angebot für ein grosses Bauvorhaben 40% über den Kosten, welche die Auftraggeberin aufgrund seriöser Abklärungen erwarten durfte, so ist der Abbruch des Verfahrens gerechtfertigt (E. 4).

## Erwägungen

### E. 1

a) Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) und § 3 des Gesetzes vom 22. September 1996 über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung (IVöB-BeitrittsG) ist ein besonderes Rechtsmittel, das der Gesetzgeber für den speziellen Sachbereich des öffentlichen Vergaberechts zur Verfügung stellt und das den Beschwerdeführenden – in Abweichung von den Grundsätzen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 (VRG) – die Anfechtung des erstinstanzlichen Entscheids unmittelbar beim Verwaltungsgericht ermöglicht. Dieser direkte Weg an das Verwaltungsgericht steht nur offen, wenn der angefochtene Rechtsakt den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge untersteht (VGr, 6. Juli 2000, BEZ 2000 Nr. 44; 24. August 2000, BEZ 2000 Nr. 57). Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass sie als Auftraggeberin der Submissionsgesetzgebung unterstehe, und beantragt daher, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. b) Nach Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB unterstehen der Interkantonalen Vereinbarung Organisationen und Unternehmungen gleich welcher Rechtsform, die in den Sektoren Wasser-, Energie- oder Verkehrsversorgung oder im Telekommunikationsbereich tätig sind und durch eine oder mehrere Körperschaften des kantonalen oder kommunalen Rechts mehrheitlich beherrscht sind. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin handelt es sich bei der Beschwerdegegnerin um eine Auftraggeberin des Sektors Energieversorgung im Sinn dieser Bestimmung. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen wurde vor allem geschaffen, um die mit dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) eingegangenen Verpflichtungen ins kantonale Recht umzusetzen (vgl. den Antrag des Regierungsrats vom

15. November 1995 zum IVöB-BeitrittsG, ABl 1995, S. 2481 ff., 2492, 2496, 2499; ebenso die Musterbotschaft zur IVöB, Ausgangslage Ziff. 2 und 3a, Erläuterungen zu Art. 1, zit. nach Christian Bock [Hrsg.], Öffentliches Beschaffungsrecht, Submissionsrecht, Basel 1996, S. 219 ff., 224, 227 f.). Die Interkantonale Vereinbarung ist daher auf der Grundlage dieser staatsvertraglichen Verpflichtungen anzuwenden; das gilt insbesondere auch für den Anwendungsbereich der Bestimmungen über die genannten Sektoren (VGr, 6. Juni 2001, VB.2000.00406, E. 4c; VGr, 16. April 1999, BEZ 1999 Nr. 14 E. 1b ). Das GATT/WTO-Übereinkommen umschreibt die öffentlichen Beschaffungen, die dem Abkommen unterliegen, in den Annexen 1–5. Gemäss Annex 3 ist das Übereinkommen u.a. anwendbar auf öffentliche Unternehmungen, die im Bereich der Produktion, des Transports oder der Verteilung elektrischer Energie tätig sind. Andere Energieformen werden nicht erwähnt. Im Rahmen der sektoriellen Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft ist der Einbezug von Unternehmungen, die im Bereich der Beförderung oder Verteilung von Gas (sowie im Bereich der Fernwärme) tätig sind, vorgesehen (Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, BBl 1999 6504, Art. 3 Abs. 2 lit. e und Abs. 4 sowie Anhang III); diese Abkommen sind jedoch noch nicht rechtswirksam. Der Geltungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung wurde allerdings gegenüber dem GATT/WTO-Übereinkommen in einigen Punkten bewusst erweitert. Das geschah z.B. hinsichtlich der Unternehmen des Sektors Telekommunikation sowie privater Auftraggeber, die subventionierte Aufträge vergeben (Antrag des Regierungsrats, S. 2496; vgl. Herbert Lang, Binnenmarkt: Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Nicolas Michel/Roger Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 22 f.). Mit Bezug auf Unternehmen des Sektors Energieversorgung findet sich jedoch weder in den Materialien noch in der Literatur ein Hinweis darauf, dass eine Ausweitung über den Bereich der Elektrizitätsversorgung hinaus beabsichtigt war. Für das Vergaberecht des Bundes ermächtigt Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) den Bundesrat, die Organisationen zu bezeichnen, die u.a. im Bereich der Energieversorgung tätig sind und nach dem GATT-Übereinkommen oder andern völkerrechtlichen Verträgen unter das Gesetz fallen. Diese Bestimmung wurde insbesondere im Hinblick auf die Verhandlungen mit der EU erlassen, um die Ausweitung des Anwendungsbereichs ohne Gesetzesänderung vornehmen zu können (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1177 ff.). Eine Präzisierung der in den Bereich der Energieversorgung fallenden Tätigkeiten findet sich jedoch auch im Bundesrecht nicht. In Anbetracht der dargestellten Zusammenhänge erscheint es fraglich, ob mit der Erwähnung des Sektors Energieversorgung in Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB – über die zugrunde liegende staatsvertragliche Regelung hinaus – nebst den Unternehmungen der Elektrizitätsversorgung noch weitere Bereiche wie insbesondere jener der leitungsgebundenen Gasversorgung erfasst werden sollen. Die Frage braucht jedoch im vorliegenden Fall nicht abschliessend geklärt zu werden, da die Beschwerdegegnerin aus einem andern Grund zur Anwendung der submissionsrechtlichen Regeln verpflichtet war. c) Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) enthält in Art. 5 und 9 Mindestvorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Diese gelten nicht nur für Beschaffungen der Kantone und Gemeinden, sondern auch für "andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben" (Art. 5 Abs. 1 und 2 BGBM). Dementsprechend werden in § 1 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) sowie im Beschluss des

Regierungsrats über den Einbezug der Städte und Gemeinden in die kantonale Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens vom 1. Juli 1998 auch "andere Träger kommunaler Aufgaben" den Gemeinden und Gemeindeverbänden gleichgestellt. Welche Organisationen zu den Trägern kantonaler bzw. kommunaler Aufgaben im Sinn der genannten Bestimmungen zählen, ist noch wenig geklärt (vgl. Karl Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, SZW 1996, S. 170; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 436). Als massgebliche Gesichtspunkte fallen neben dem Tätigkeitsgebiet der Unternehmung die Gewährung allfälliger Ausschliesslichkeitsrechte durch das Gemeinwesen sowie das Mass der Beherrschung durch dasselbe in Betracht. Für eine Beachtung der Beherrschungsverhältnisse spricht, dass im Rahmen des – vorliegend nicht anwendbaren – GATT/WTO-Übereinkommens bezüglich der Sektoren jede Unternehmung als öffentlich gilt, an welcher ein Gemeinwesen über die Mehrheit des Kapitals oder der Stimmrechte verfügt oder deren Organe es mehrheitlich bestellen kann (Annex 3 zum GPA, Liste der Beschaffungsstellen, Fn. 4, zit. nach Bock, S. 157). Dasselbe wird in Anwendung des sektoriellen Abkommens mit der EU gelten (vgl. Patrizia Danioth Halter/Herbert Lang, Das bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Baurecht 1999, S. 62 Fn. 12), welches im Bereich der Gasversorgung überdies private Unternehmungen mit einschliesst, die vom Gemeinwesen für ihre Tätigkeit "mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind" (Art. 3 Abs. 2 lit. e). Sodann umschreibt § 1 Abs. 2 SubmV den Kreis der einbezogenen kantonalen Vergabestellen ebenfalls anhand der mehrheitlichen Beherrschung oder Subventionierung durch den Kanton. In eine ähnliche Richtung zielt schliesslich der in der Literatur gemachte Vorschlag, Art. 5 BGBM in Analogie zum Subventionstatbestand von Art. 8 Abs. 2 IVöB anzuwenden (Lang, Binnenmarkt, S. 22). Die Beschwerdegegnerin ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, deren Aktienkapital sich nach ihren eigenen Angaben fast vollständig im Besitz der Stadt Zürich befindet. Die Stadt übt somit eine beherrschende Stellung aus. Der Zweck der Gesellschaft besteht im "Betrieb einer Gasversorgung der Stadt und in der Region Zürich, Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit im Rahmen der rechtskräftigen Energieplanungen des Kantons, der Stadt Zürich und der Gemeinden, in welchen sie tätig wird ...", was darauf schliessen lässt, dass sie zumindest teilweise eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Bei ihrer Tätigkeit verfügt sie ferner bis zur Liberalisierung des Gasmarktes über ein – wenngleich möglicherweise nur faktisches – Gebietsmonopol (Weisung des Stadtrates an den Gemeinderat betreffend die Ausgliederung der Gasversorgung aus der Stadtverwaltung vom 5. März 1997, S. 4). Bei dieser Sachlage ist die Beschwerdegegnerin nach den dargestellten Kriterien als Trägerin kommunaler Aufgaben im Sinn von Art. 5 BGBM und § 1 Abs. 3 SubmV zu betrachten. Sie untersteht damit der kantonalen Regelung des Beschaffungsrechts. d) Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass sie im Wärmemarkt in einem stark vom Wettbewerb geprägten Umfeld mit anderen privaten Anbietern tätig sei. Der Marktleader Heizöl sei ebenfalls rein privatwirtschaftlich organisiert. Sie betreibe im Gasmarkt ein reines Handelsgeschäft und sei ausserdem im Service- und Installationsgeschäft tätig, welches ebenfalls stark vom Wettbewerb geprägt sei. Auch aus diesen Gründen sei sie der Submissionsgesetzgebung nicht unterstellt. Die Möglichkeit, bestimmte Gruppen von Auftraggebern von der Einhaltung submissionsrechtlicher Vorschriften zu befreien, sofern in deren Tätigkeitsgebiet ausreichender Wettbewerb herrscht, ist im geltenden Recht nicht vorgesehen. Im Rahmen des Abkommens mit der Europäischen Gemeinschaft betreffend das öffentliche Beschaffungswesen wird eine derartige Befreiung u.a. für den Bereich der Energieversorgung ermöglicht, sobald der

entsprechende Sektor liberalisiert ist, d.h. "sofern andere Unternehmungen die Möglichkeit haben," dieselben Leistungen "in demselben geographischen Gebiet unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten" (Art. 3 Abs. 5). Eine entsprechende Regelung soll auch in der revidierten Fassung der Interkantonalen Vereinbarung verankert werden. Auf diese Bestimmungen kann sich die Beschwerdegegnerin jedoch im heutigen Zeitpunkt nicht berufen. Im Übrigen erscheint fraglich, ob sie die Voraussetzungen für eine Befreiung bereits erfüllen würde. Sie steht zwar, worauf sie zu Recht hinweist, in Konkurrenz zu anderen Anbietern des Wärmemarktes (insbesondere Heizöl und Elektrizität), verfügt jedoch in ihrem speziellen Marktsegment der leitungsgebundenen Gasversorgung wie gezeigt noch über ein Gebietsmonopol. Aus dem Hinweis der Beschwerdegegnerin, dass sie auch im Service- und Installationsgeschäft tätig sei, wird nicht deutlich, wieweit sie diesen Geschäftsbereich vom Gasverkauf unabhängig betreibt. Sie macht auch nicht geltend, dass das vorliegend strittige Bauvorhaben ausschliesslich oder überwiegend dem Service- und Installationsbereich dienen werde. Aus dieser Tätigkeit kann daher keine Befreiung von der Anwendung submissionsrechtlicher Vorschriften abgeleitet werden. e) Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. Nicht einzutreten ist jedoch auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin betreffend Schadenersatzpflicht der Beschwerdegegnerin, da Ansprüche dieser Art nicht im Verfahren der Submissionsbeschwerde beurteilt werden (RB 2000 Nr. 15 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 3). Soweit die Beschwerdeführerin privatrechtliche Ansprüche aus culpa in contrahendo geltend macht, sind für deren Beurteilung ohnehin die Zivilgerichte zuständig. Entsprechendes gilt für das Begehren der Beschwerdegegnerin um Feststellung, dass die Beschwerdeführerin ihr aus dem Verfahrensabbruch schadenersatzpflichtig werde.

## **E. 2**

Strittig ist, ob die Beschwerdegegnerin befugt war, das Vergabeverfahren abubrechen, ohne einen Zuschlag an eine der Anbieterinnen zu erteilen. a) Gemäss Art. 13 lit. i IVöB dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den Abbruch oder die Wiederholung des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulassen. Diese Regelung steht im Einklang mit Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA, wonach eine Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschliessen kann, einen Auftrag nicht zu vergeben (vgl. ferner die Regelung des Bundes in Art. 30 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen). Dementsprechend sieht § 35 Abs. 1 SubmV die Möglichkeit eines Verfahrensabbruchs nur aus wichtigen Gründen vor. Für eine Wiederholung oder neue Durchführung der Vergabe nennt § 35 Abs. 2 SubmV drei Tatbestände, welche dieses Vorgehen rechtfertigen; die Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend und schliesst andere wichtige Gründe nicht aus. Die Beschränkung des Verfahrensabbruchs auf wichtige Gründe dient einerseits dem Schutz des Wettbewerbs: Ein Verfahren darf nicht abgebrochen werden, nur weil sich aufgrund der eingegangenen Angebote abzeichnet, dass die Vergabe an einen von der Behörde nicht gewünschten Anbieter erfolgen müsste (vgl. Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 248). Mit dem Abbruch des Verfahrens kann eine Vergabestelle aber auch das Ziel verfolgen, die Beschaffung günstiger oder unter veränderten Voraussetzungen zu realisieren. Ein derart motivierter Verfahrensabbruch läuft den Zielsetzungen des Vergaberechts, nämlich der wettbewerbsorientierten Vergabe öffentlicher Aufträge und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (Art. 1 IVöB), grundsätzlich nicht zuwider, sondern dient im Gegenteil deren Verwirklichung. Der Abbruch tangiert indessen auch in diesem Fall den Schutz des Vertrauens der Anbieter, die gestützt auf die

Ausschreibung des Beschaffungsvorhabens Aufwendungen getätigt haben, um ihre Angebote auszuarbeiten, und sich infolge des Abbruchs um die Chance, den Auftrag zu erhalten, geprellt sehen. Der Vertrauensschutz der Bürger wird in Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) als Grundrecht gewährleistet (Wahrung von Treu und Glauben). Der Private, der sich in guten Treuen auf das Verhalten der staatlichen Behörden verlassen und gestützt darauf Dispositionen getätigt hat, darf zufolge seines Vertrauens keinen Nachteil erleiden (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, Rz. 556 ff., 581 ff.; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, S. 489 ff.; Claude Rouiller, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 677 ff., Rz. 24 ff.). Durch die Eröffnung eines Vergabeverfahrens stellt die beschaffende Behörde den Abschluss eines Vertrags – wenn auch nicht einem bestimmten Anbieter, so doch im Grundsatz – verbindlich in Aussicht. Verzichtet sie in der Folge auf die Vergabe, nachdem die Anbieter im Vertrauen auf die Ausschreibung einen u.U. erheblichen Aufwand zur Ausarbeitung der Offerten getätigt und allenfalls noch weitere Dispositionen (z.B. Verzicht auf andere Aufträge) getroffen haben, wird dieses Vertrauen enttäuscht. Das ist nur zulässig, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse den Abbruch rechtfertigt. Dieser Gesichtspunkt ist bei der Anwendung von § 35 SubmV wegleitend. b) Es stellt sich ferner die Frage, ob beim Abbruch eines Vergabeverfahrens auch die aus Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 abgeleiteten vorvertraglichen Treuepflichten des Privatrechts zu beachten sind. Bei der Durchführung der Submission steht die Vergabestelle in einem Verhandlungsverhältnis zu den Anbietenden im Hinblick auf den Abschluss eines Vertrags. In der Lehre wird daher die Auffassung vertreten, dass der Abbruch des Vergabeverfahrens unter Missachtung der vorvertraglichen Treuepflichten nicht zulässig sei; da diese Pflichten auf Bundesgesetzrecht beruhen, seien submissionsrechtliche Erlasse unterhalb der Stufe eines Bundesgesetzes nicht in der Lage, einen dazu im Widerspruch stehenden Verfahrensabbruch zu gestatten (Peter Galli/ Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 458). Diese Rechtsfolge kann indessen höchstens zutreffen, soweit eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten aus der Sicht des Privatrechts nicht nur Ersatzansprüche der Anbieter, sondern eine Pflicht zum Vertragsschluss zur Folge hat. Bei einer Vergabe der vorliegenden Art, die auf den Abschluss eines Werkvertrags ausgerichtet ist, besteht jedenfalls schon deshalb keine Kontrahierungspflicht, weil nach Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 der Besteller, solange das Werk nicht vollendet ist, jederzeit gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurücktreten kann (vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Rz. 498 f.). Aus dieser Rechtslage kann somit auch für das Submissionsverfahren keine Pflicht zur Vergabe eines Auftrags resultieren. Ob den Anbietern allenfalls Ersatzansprüche aus treuwidriger Verhandlungsführung (sog. culpa in contrahendo) zustehen, kann offen bleiben, da Ansprüche dieser Art nicht im vorliegenden Verfahren zu beurteilen wären. Es erscheint indessen durchaus als zweckmässig, die im Privatrecht entwickelten Grundsätze zur vorvertraglichen Treuepflicht auch bei der Beurteilung eines Verfahrensabbruchs im Submissionsrecht sinngemäss heranzuziehen. Nach diesen Grundsätzen ist es der mit einer öffentlichen Beschaffung betrauten Amtsstelle z.B. nicht erlaubt, eine Ausschreibung durchzuführen, wenn im vornherein keine Absicht besteht, einen Auftrag zu erteilen bzw.

die bekannt gegebenen Kriterien zu beachten (vgl. Gauch, Rz. 490; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Rz. 456). c) Die Beschwerdegegnerin begründet den Abbruch des Verfahrens einerseits damit, dass die Anbieterinnen ihre Offerten offensichtlich aufeinander abgestimmt und eine unzulässige Absprache zur Verhinderung des Wettbewerbs getroffen hätten. Andererseits sieht sie sich zum Abbruch berechtigt, weil die Offerten erheblich über den von ihr im Vorfeld der Vergabe ermittelten Kosten lägen. Diese Gründe sind nachstehend zu prüfen.

### **E. 2.3**

enthaltene Aufzählung der nicht auszuführenden Arbeiten (S. 15/16). Für die einzelnen Positionen ergibt sich dabei Folgendes: – BKP 1 - Vorbereitungsarbeiten: Von den insgesamt Fr. 389'000.- gemäss KE will die Beschwerdegegnerin nur einen Betrag von Fr. 107'350.- als für die Generalunternehmerofferte massgeblich gelten lassen. Wie sich diese Differenz begründet, ist nicht in vollem Umfang ersichtlich. Aus der Liste der nicht auszuführenden Arbeiten geht hervor, dass mehrere kleinere Posten nicht zu den Aufgaben des Generalunternehmers gehörten (BKP 101, 102, 111). Zwei grössere Differenzen rühren ferner daher, dass in der KE bei BKP 176 (Wasserhaltung) mit Fr. 173'850.-, in der Kostenmatrix dagegen nur mit Fr. 20'350.- gerechnet wird, und dass BKP 177 (Baugrundverbesserung), wofür in der KE Fr. 94'050.- eingesetzt wurden, in den Offerten ganz wegfällt. Andererseits weisen die Offerten unter BKP 172 (Baugrubenabschlüsse) Beträge zwischen Fr. 102'000.- und Fr. 169'000.- aus, die in der KE nicht enthalten sind, wofür sich keine Erklärung findet. Die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Bereinigung kann daher nicht berücksichtigt werden. – BKP 2 - Gebäude: Die in der KE enthaltene Position BKP 20 (Baugrube) mit Fr. 192'000.- war für die Offerten nicht relevant. Ferner gehört von den unter BKP 29 (Honorare) vorgesehenen Honoraren nur dasjenige des Generalunternehmers (BKP 297) mit Fr. 779'000.- in die Offerten. Alle weiteren Honorare (Architekt, Ingenieur etc.; BKP 291–296 und 299), für welche in der KE mit insgesamt Fr. 2'411'000.- gerechnet wird, fallen bei der Auftraggeberin an. Die Beschwerdeführerin wendet dazu in ihrer Stellungnahme vom 14. Mai 2001 ein, dass es nicht möglich sei, die ausgeschriebenen Arbeiten zu diesen Kosten auszuführen. Die inhaltliche Richtigkeit der Kostenermittlung ist jedoch in diesem Zusammenhang, wie bereits erwähnt, nicht von Belang (dazu hinten, E. d). Die KE ist somit für den Vergleich mit den Offerten um die genannten Beträge von insgesamt Fr. 2'603'000.- zu bereinigen. – BKP 3 - Betriebseinrichtungen: Von den in der KE aufgeführten Betriebseinrichtungen war das Hochregallager (BKP 368) mit einem geschätzten Betrag von Fr. 492'000.- nicht zu offerieren (vgl. die Liste der nicht auszuführenden Arbeiten). Die Anbieterinnen hatten jedoch für eine sog. Compactus-Anlage (BKP 368.2) einen Budgetbetrag von Fr. 40'000.- vorzusehen, der in der Kostenermittlung nicht enthalten war. Die Bereinigung erfolgt daher nur um die Differenz von Fr. 452'000.-. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass der für den Ausbau 2 (BKP 38) budgetierte Betrag von Fr. 5'000.- bei weitem nicht ausreiche; sie müsse dafür realistischere mit Fr. 200'000.- rechnen. Sie hat jedoch selber für diese Kostenstelle 0 Franken eingesetzt, was auch mit den Zahlen ihrer Kurzofterte übereinstimmt. – BKP 4 - Umgebung: Der in der KE unter BKP 496 vorgesehene Betrag von Fr. 25'000.- für Honorare von Spezialisten ist beim Vergleich mit den Offerten nicht zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin beanstandet in diesem Zusammenhang die Gesamtsumme von Fr. 831'000.-, welche die KE für Umgebungsarbeiten vorsieht, als völlig ungenügend. Alle Anbieterinnen hätten für diese Arbeiten zwischen Fr. 1'577'000.- und 1'760'000.- offeriert. Die inhaltliche Richtigkeit der

Kostenermittlung muss jedoch auch in diesem Punkt nicht überprüft werden, da sie für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend ist (vgl. hinten, E. d). – BKP 5 - Baunebenkosten: Die Kostenstellen BKP 511, 512, 521 und 522 (Bewilligungen, Gebühren, Muster, Modelle) sowie BKP 53 (Versicherungen) waren für die Offerten nicht relevant. Dasselbe gilt nach der Liste der nicht auszuführenden Arbeiten auch für BKP 566 (Grundsteinlegung, Aufrichte, Einweihung), obschon alle Anbieterinnen zu diesem Punkt eigene Auslagen vorgesehen haben. Die auf diese Posten entfallenden Beträge der KE von insgesamt Fr. 291'000.- bleiben daher beim Vergleich mit den Offerten ausser Betracht. Die Beschwerdegegnerin will ferner die Beträge für Fotos, Vervielfältigung und Dokumentation (BKP 523, 524 und 525) nicht gelten lassen. Dass Auslagen dieser Art auch bei den Generalunternehmern anfallen würden, war jedoch nicht auszuschliessen; jedenfalls haben alle Anbieterinnen in ihren Offerten entsprechende Beträge vorgesehen. Angesichts der Unsicherheit ist auf eine Korrektur zu verzichten. – BKP 9 - Ausstattung: Arbeiten zu BKP 9 waren nicht zu offerieren. Der einzige in der KE enthaltene Betrag von Fr. 36'000.- (BKP 940 - Beschilderungen) fällt daher ausser Betracht. Für den Vergleich mit den Generalunternehmer-Offerten der Anbieterinnen ist die Kostenermittlung somit um die folgenden Beträge zu bereinigen, die nicht in den Aufgabenbereich der Generalunternehmer fielen und daher nicht offeriert werden mussten: BKP 1 -

|                       |     |              |                  |
|-----------------------|-----|--------------|------------------|
| Vorbereitungsarbeiten | Fr. | 0.--         | BKP 2 - Gebäude: |
| Baugrube              | Fr. | 192'000.--   |                  |
| Honorare              | Fr. | 2'411'000.-- | BKP 3 -          |
| Betriebseinrichtungen | Fr. | 452'000.--   | BKP 4 -          |
| Umgebung              | Fr. | 25'000.--    | BKP 5 -          |
| Baunebenkosten        | Fr. | 291'000.--   | BKP 9 -          |
| Ausstattung           | Fr. | 36'000.--    |                  |
| Total                 | Fr. | 3'407'000.-- | d) Vom           |

Gesamtbetrag der Kostenermittlung von Fr. 21'936'000.- verbleibt nach der Korrektur um den genannten Betrag von Fr. 3'407'000.- eine bereinigte Summe von Fr. 18'529'000.-. Diese ist zum Offertpreis der Beschwerdeführerin von Fr. 25'793'000.- in Beziehung zu setzen. Dabei zeigt sich, dass ihr Angebot (welches von allen Anbieterinnen das günstigste war) um Fr. 7'264'000.- bzw. 39 % über der Kostenermittlung lag. Ob die Kostenermittlung, welche die Beschwerdegegnerin vor Einleitung des Vergabeverfahrens eingeholt hatte, in jeder Hinsicht zutreffend war, kann dahingestellt bleiben. Für das vorliegende Verfahren genügt die Feststellung, dass es sich um die Ermittlung einer von beiden Parteien als kompetent erachteten Firma handelte, auf welche die Beschwerdegegnerin in guten Treuen abstellen durfte. Auch die Ursachen der Differenz zwischen Kostenermittlung und Offertpreisen brauchen nicht näher geklärt zu werden. So kann offen bleiben, ob die Marktpreise der ausführenden Firmen im Raum Zürich, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, im Jahr 2000 um 7 – 12 % gestiegen sind oder entsprechend der Auffassung der Beschwerdegegnerin lediglich mit einer Bauteuerung im Rahmen des Zürcher Index der Wohnbaukosten (3,8 %) zu rechnen ist. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Vergabe aufgrund der eingegangenen Angebote Kosten verursachen würde, die weit über den von der Beschwerdegegnerin mit guten Gründen gehegten Erwartungen liegen. Unerwartete Mehrkosten von rund 40 % bei einem Bauvorhaben dieser Grössenordnung muss eine Auftraggeberin gegen ihren Willen nicht akzeptieren. Ob die Realisierung des Projekts die finanziellen Möglichkeiten der Beschwerdegegnerin bei diesem Preis tatsächlich übersteigen würde, wie sie geltend macht, braucht nicht geklärt zu werden. Es ist ihr unter

diesen Umständen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (vorn, E. 2) auf jeden Fall erlaubt, auf einen Zuschlag und damit auch auf den Vertragsschluss mit einer der Anbieterinnen zu verzichten. e) Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass sie der Beschwerdegegnerin im Anschluss an die mündliche Angebotspräsentation Möglichkeiten für eine Kostenreduktion aufgezeigt habe; ferner habe sie ihr mit Schreiben vom 8. November 2000 als Variante zum vorgesehenen Generalunternehmervertrag einen Vorschlag für ein Kostendach mit offener Abrechnung unterbreitet. Die Einsparungsmöglichkeiten wurden jedoch im besagten Schreiben vom 7. November 2000 nur stichwortartig, ohne Angabe von Beträgen, aufgeführt; insgesamt stellte die Beschwerdeführerin in Aussicht, dass "Einsparungen in gemeinsamen Diskussionen mit einer Grössenordnung von ca. 10 % der heutigen Angebotssumme definiert werden können". Derart unverbindliche Angaben boten keine ausreichende Grundlage für einen Vergabeentscheid. Überdies hätten die vorgeschlagenen Einsparungen eine Überarbeitung des Projekts erfordert, die wohl ebenfalls einen Abbruch und die nochmalige Durchführung des Vergabeverfahrens mit sich gebracht hätte; im Rahmen von Verhandlungen der Vergabestelle mit einer Anbieterin hätte die Überarbeitung jedenfalls nicht vorgenommen werden dürfen. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Änderung der Preisgestaltung, die von den Ausschreibungsunterlagen abwich, hätte nicht mittels einer blossen Vereinbarung zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin durchgeführt werden können (vgl. dazu RB 1998 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 12 E. 2c/d = ZBl 101/2000, S. 255). Im Übrigen hätte ein um ca. 10 % reduziertes Projekt noch immer Mehrkosten gegenüber der Kostenermittlung von gut 25 % verursacht. Diese Grössenordnung müsste wohl ebenfalls als ausreichender Grund für den Abbruch des Verfahrens nach § 35 SubmV anerkannt werden. f) Die Beschwerdeführerin macht geltend, eine erhebliche Abweichung der Offerten von den Werten der Kostenermittlung müsse davon herrühren, dass die Beschwerdegegnerin sich andere Leistungen habe offerieren lassen als jene, die der Kostenermittlung zugrunde lagen. Anhaltspunkte für eine derartige Diskrepanz liegen jedoch nicht vor. Die Kostenermittlung datiert vom 13. Juli 2000; sie wurde also unmittelbar vor dem Vergabeverfahren erstellt. Sie basiert auf dem Planstand vom 16. Juni 2000 und bezeichnet detailliert die verwendeten Grundlagen mit den jeweiligen Daten. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass diese Grundlagen von jenen abwichen, die den (dem Verwaltungsgericht nicht vorgelegten) Offerten der Anbieter als Basis dienten. Ferner hat die Beschwerdegegnerin nach ihren unbestrittenen Angaben am 22. August 2000 die Baubewilligung für das Projekt erhalten. Folglich hätten zwischenzeitliche Änderungen der Projektierungsgrundlagen dazu geführt, dass die von den Generalunternehmern offerierte Ausführung nicht der bewilligten entsprochen hätte. Dass die Beschwerdegegnerin für die Kostenermittlung absichtlich abweichende Unterlagen zur Verfügung gestellt hätte, ist nicht anzunehmen; sie liess diese Berechnungen für ihren eigenen Bedarf anfertigen (die Beschwerdeführerin erhielt erst im Lauf des Beschwerdeverfahrens davon Kenntnis) und konnte kein Interesse daran haben, irreführende Zahlen zu erhalten. Auf die Einholung des beantragten Gutachtens zur Frage, ob die Kostenermittlung der Beschwerdegegnerin auf den gleichen Grundlagen beruhte wie die Offerten, kann daher verzichtet werden.

### **E. 3**

a) Anbietende, die Absprachen getroffen haben, um den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, werden vom Verfahren ausgeschlossen (§ 26 Abs. 1 lit. e SubmV). Sind alle Anbietenden einer Submission an derartigen Absprachen beteiligt, führt dies zum Abbruch des Verfahrens (vgl. Lang, Offertenbehandlung, S. 248;

Galli/Lehmann/Rechsteiner, Rz. 455). Im Anschluss daran ist die Vergabestelle zur freihändigen Vergabe des betreffenden Auftrags berechtigt (§ 11 Abs. 1 lit. b SubmV), kann aber stattdessen auch ein neues Verfahren nach den dafür vorgesehenen Bestimmungen durchführen (§ 35 Abs. 2 SubmV). Ob ein Abbruch des Verfahrens auch gerechtfertigt ist, wenn sich nur ein Teil der Anbietenden an der Absprache beteiligt hat, ist umstritten (dafür: Benedict F. Christ, Die Submissionsabsprache, Rechtswirklichkeit und Rechtslage, Freiburg 1999, Rz. 569; dagegen: Galli/Lehmann/Rechsteiner, Rz. 455). Da das Vorliegen von Absprachen in den meisten Fällen nicht strikte nachgewiesen werden kann, muss es genügen, wenn ausreichende Anhaltspunkte für diese bestehen (in diesem Sinn Lang, Offertenbehandlung, S. 248). b) Die Beschwerdegegnerin stützt ihre Annahme, dass zwischen den Anbietenden eine Preisabsprache stattgefunden habe, zunächst auf den Umstand, dass deren Offerten preislich sehr nahe beieinander lagen. Dies allein begründet jedoch, zumal bei nur drei Angeboten, noch keine ausreichende Wahrscheinlichkeit einer Absprache. Ob daraus in Verbindung mit einem weit über der Kostenschätzung liegenden Preisniveau auf eine Absprache geschlossen werden darf, kann trotz erheblicher Indizien offen bleiben (zur Problematik vgl. Christ, Rz. 834 ff.); die Bedeutung der Angebotspreise für den Abbruch des Verfahrens wird anschliessend gesondert geprüft. Des weiteren macht die Beschwerdegegnerin aufgrund eigener Abklärungen geltend, dass die Anbietenden ihre Offerten nicht seriös kalkuliert hätten. Sie bringt verschiedene Beispiele vor, welche belegen sollen, dass die Anbietenden von den Subunternehmern entweder gar keine Angebote eingeholt hätten oder sich nicht ausreichend um ein günstiges Angebot bemüht hätten. Ob aus diesen Hinweisen auf eine Preisabsprache geschlossen werden kann, ist indessen ebenfalls fraglich. Einem erfahrenen Generalunternehmer ist es durchaus möglich, einzelne Kostenteile, welche Standardsituationen betreffen, auch ohne das Einholen von Subunternehmerofferten zu schätzen. Dass die Offerten aller drei Anbietenden bei einzelnen Posten (z.B. Bodenbeläge aus Naturstein) auf den Angaben desselben Unterakkordanten beruhten, wie die Beschwerdegegnerin annimmt, wird von der Beschwerdeführerin bestritten. Was schliesslich das Vorgehen des Verbandes der Sanitärunternehmer anbelangt, der seine Mitglieder nach Angaben der Beschwerdegegnerin aufgefordert habe, alle Offerten zentral zu melden, so weckt eine derartige Praxis zwar wettbewerbsrechtliche Bedenken, doch ist dieser Umstand nicht ohne weiteres den Generalunternehmern anzulasten; auch die Beschwerdegegnerin könnte bei der Vergabe von Einzelaufträgen, die sie nunmehr beabsichtigt, mit derselben Schwierigkeit konfrontiert sein. Ob die angeführten Hinweise ausreichen, um die Annahme einer Preisabsprache zwischen den Anbieterinnen sachlich zu begründen, braucht indessen nicht abschliessend beurteilt zu werden, da dies für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend ist. Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang auch, wieweit es überhaupt zulässig ist, den Vergabeentscheid nachträglich auf Angaben bzw. Unterlagen zu stützen, die der Vergabestelle zum Zeitpunkt ihrer Beschlussfassung noch gar nicht bekannt waren.

#### **E. 4**

Zeigt sich aufgrund der eingegangenen Offerten, dass die vorgesehene Vergabe unerwartet hohe Kosten verursacht, kann dies ein Grund für den Abbruch des Verfahrens sein. Das trifft allerdings nur zu, wenn die Kosten erheblich über den von der Vergabestelle im Voraus ermittelten liegen; geringfügige Überschreitungen, wie sie sich häufig einstellen, rechtfertigen keinen Verfahrensabbruch. Von Bedeutung ist ferner, ob die Kostenerwartungen der Vergabestelle auf seriösen Abklärungen beruhen (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, Rz. 456); waren die höheren Kosten bei realistischer Einschätzung voraussehbar,

kommt ein Verfahrensabbruch nur unter strengeren Voraussetzungen in Betracht. a) Die Beschwerdegegnerin liess die voraussichtlichen Kosten des Bauwerks vor der Submission durch die Baukostenplanung D AG, in W, ermitteln (Kostenermittlung vom 13. Juli 2000; der Beschwerdeführerin wurde in diese Unterlage zunächst nur beschränkte, mit Präsidialverfügung vom 11. April 2001 dann aber volle Einsicht gewährt). Die Kostenermittlung rechnete mit Gesamtkosten exkl. MWSt. von Fr. 21'936'000.- bei einer Kostengenauigkeit von  $\pm 10\%$ . b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass auf den genannten Betrag nicht abgestellt werden könne, weil bei der Kostenermittlung ohne nähere Begründung Abzüge von 3 – 15 % gegenüber den kalkulierten Preisen gemacht worden seien. Die Beschwerdegegnerin begründet die Abzüge damit, dass die Erstellerin der Kostenermittlung die einzelnen Positionen dem effektiven Marktwert angepasst habe. Offensichtlich handelt es sich dabei um die aus damaliger Sicht erwarteten Rabatte oder Preisnachlässe, die für jede Kostenstelle einzeln bezeichnet wurden. Gegen dieses Vorgehen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Die Beschwerdeführerin anerkennt ausdrücklich, dass es sich bei der Baukostenplanung D AG um eine seriöse Firma handle, mit der sie auch schon zusammen gearbeitet habe. Wenn diese die errechneten Standardwerte aufgrund ihrer Erfahrung an die wahrgenommenen Marktverhältnisse anpasste, durfte auch die Beschwerdegegnerin vom so ermittelten Ergebnis ausgehen. Ob diese Kostenermittlung aus heutiger Sicht zutreffend war, ist für das Verfahren nicht ausschlaggebend (vgl. hinten, E. d). c) Die Beschwerdegegnerin weist andererseits darauf hin, dass die Kostenermittlung zahlreiche Positionen enthalte, die nicht in den Aufgabenbereich der Generalunternehmer fielen und daher nicht offeriert werden mussten. Ohne diese Positionen belaufe sich die Kostenermittlung nur auf Fr. 17'984'350.-. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Begründetheit derartiger Korrekturen. Zur Prüfung dieser Frage ist ein Vergleich der Kostenermittlung (KE) mit den Generalunternehmer-Offerten der Anbieterinnen, zusammengestellt in der Kostenmatrix der Beschwerdegegnerin vom 15. Dezember 2000 erforderlich (die Beschwerdeführerin erhielt nur beschränkt zur Einsicht, indem alle Detailzahlen abgedeckt wurden; die im vorliegenden Zusammenhang massgeblichen BKP-Positionen waren jedoch für sie ersichtlich). Massgeblich ist ferner die im Dokument "Allgemeine Bedingungen, objektgebundene Bedingungen und Vorschriften" unter Ziff.

## **E. 5**

Für den Abbruch des Verfahrens bestand demnach ein wichtiger Grund im Sinn von § 35 Abs. 1 SubmV. Der angefochtene Entscheid erweist sich damit als rechtmässig, und die Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. ... Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird. 2. ...