

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00044 vom 9. Juli 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-07-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2002.00044](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00044)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00044 du 9 juillet 2003

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00044 del 9 luglio 2003

## Regeste

Submission | Zulässige Arten des Vergabeverfahrens. Studienauftrag, Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb. Begründung des Vergabeentscheids. Die auftraggebenden Behörden sind grundsätzlich an die von Gesetz und Verordnung vorgesehenen Verfahrensarten gebunden (E. 2b). Gestützt auf einen Studienauftrag, der die Anforderungen keiner gesetzlichen Verfahrensart erfüllt, kann kein Folgeauftrag vergeben werden. Ankündigung eines Folgeauftrags für den Sieger des Wettbewerbs. Anonyme Beurteilung der Wettbewerbsbeiträge; Bestätigung der Rechtsprechung (E. 2c und d). Zum Erfordernis der Begründung des Vergabeentscheids (E. 3b und c). Eine mündlich erklärte Absicht zum Vertragsschluss steht der Aufhebung des Zuschlags nicht entgegen (E. 4).

## Erwägungen

### E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### E. 2

a) Der Beschwerdegegner machte zum Vergabeverfahren in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen unterschiedliche und z.T. widersprüchliche Angaben. Er bezeichnete die Submission in der Ausschreibung als offenes Verfahren gemäss GATT/WTO-Übereinkommen, umschrieb die zu erbringende Leistung jedoch als "Studienauftrag mit Präqualifikation (selektives Verfahren); Erweiterung der Pflegeabteilung des Bezirksspitals X". In den Ausschreibungsunterlagen zur Präqualifikation vom 3. April 2001 und im Programm des Studienauftrags vom 10. Mai 2001 wurde der "Studienauftrag" sodann als "offenes, selektives Verfahren mit einer Präqualifikation" bezeichnet. In einer ersten Stufe (Präqualifikation) waren zwei bis fünf Projektteams auszuwählen, welche die näher definierten Anforderungen erfüllten, worauf in der zweiten Stufe die ausgewählten Teams im Rahmen des Studienauftrags Vorprojekte auszuarbeiten hatten. Die Beurteilung der Vorprojekte wurde einem Beurteilungsgremium übertragen, das aus vier Fachleuten des Spitals sowie drei Architekten bestand. Vorgängig der Beurteilung durch dieses Gremium fanden drei Vorprüfungen (sachlich/spitaltechnische Prüfung, neutrale Kostenüberprüfung

und funktionale Vorprüfung) statt, deren Ergebnisse in Mitberichten zuhanden des Beurteilungsgremiums festgehalten wurden. Für die Ablieferung einer programmgemässen Arbeit wurde den Teams ein fester Betrag von je Fr. 15'000.- zugesagt; ein weiterer Betrag bis zur Gesamtsumme von Fr. 90'000.- (die auch die festen Beträge einschloss) konnte vom Beurteilungsgremium an die Teams verteilt werden. Die Ausschreibungsunterlagen zur Präqualifikation und das Programm des Studienauftrags enthielten sodann den Hinweis, dass der Auftraggeber beabsichtige, das Siegerteam, dessen Projekt vom Beurteilungsgremium vorgeschlagen werde, mit der Weiterbearbeitung zu beauftragen. Die Weiterbearbeitung solle die Überarbeitung gemäss dem Ergebnis der Beurteilung, die planerischen Vorarbeiten für die Abstimmungen in den Gemeinden sowie – nach der Zustimmung der Verbandsgemeinden – die Ausführungsplanung umfassen. Das Verfahren wurde, wie bereits in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt, nicht anonym durchgeführt. Während der Arbeit an den Vorprojekten fanden zwei Workshops statt, an welchen die Teams und das Beurteilungsgremium sowie externe Fachberater teilnahmen. Mit diesen Vorgaben gestaltete der Beschwerdegegner die Submission einerseits als selektives Verfahren. Gleichzeitig führte er Elemente eines Planungswettbewerbs im Sinn von § 11 Abs. 1 lit. k der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) in das Verfahren ein, ohne jedoch die bei solchen Wettbewerben übliche Anonymität der Beurteilung zu gewährleisten. Es ist daher zunächst zu klären, welche Verfahrensvorschriften auf die Vergabe anwendbar sind. b) Die auftraggebenden Behörden sind grundsätzlich an die von Gesetz und Verordnung vorgesehenen Verfahrensarten gebunden. Es steht nicht in ihrem Belieben, Elemente verschiedener Verfahren miteinander zu vermischen oder neue, in den Bestimmungen nicht vorgesehene Verfahren einzuführen. Solange allerdings die Anforderungen einer gesetzlichen Verfahrensart erfüllt werden, spricht nichts dagegen, zusätzliche Massnahmen zu treffen, welche die Zielsetzungen des Vergabeverfahrens unterstützen. So kann auch in einem "gewöhnlichen" offenen oder selektiven Verfahren ein Gremium von sachkundigen Personen für die Beurteilung der Angebote zuhanden der Vergabebehörde eingesetzt werden (RB 1999 Nr. 4 = BEZ 1999 Nr. 25 = ZBl 101/2000, S. 265 E. 5; VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), E. 3), oder es können den Teilnehmern eines selektiven Verfahrens Entschädigungen für das Ausarbeiten der Angebote ausgerichtet werden (vgl. RB 2000 Nr. 66 = BEZ 2000 Nr. 28). Wesentlich ist jedoch, dass in allen Fällen stets klar erkennbar bleibt, welche der gesetzlichen Verfahrensarten zur Anwendung gelangt. c) Zwischen den Parteien ist der Stellenwert des sogenannten Studienauftrags umstritten. aa) Die vergaberechtlichen Erlasse kennen den Studienauftrag als Typus von Dienstleistungsaufträgen (Anhang 1 Ziff. 13 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB]; Anhang 2 Ziff. 13 SubmV), nicht jedoch als eigene Verfahrensart, welche auf die Vergabe von Folgeaufträgen ausgerichtet wäre. Eine Regelung dieser Art enthält dagegen die SIA-Norm 142, Ausgabe 1998 (Ordnung für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe) in ihrem "Anhang Studienauftrag". Nach deren Bestimmungen, auf welche sich die Beschwerdeführenden berufen, ist der Studienauftrag eine Art Planungswettbewerb, bei welchem "eine Kontaktnahme zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmer während der Projektierung sinnvoll oder erforderlich ist" (SIA-Norm 142, S. 15 oben) und der daher nicht anonym durchgeführt wird. Mit Blick auf den Abschluss eines Folgeauftrags führt die SIA-Norm aus: "Die Auftraggeberin hat die Möglichkeit, das Verfahren nach Beendigung des Studienauftrages abzuschliessen oder einen weiteren Auftrag zu erteilen. Es bestehen keine Ansprüche gemäss Artikel 27.1. In der Regel wird sie jedoch den Auftrag

entsprechend den Empfehlungen des Beurteilungsgremiums vergeben. Die Urheberrechte verbleiben ohne ausdrückliche Abtretung bei den Verfassern." bb) Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe im Sinn von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV sind dadurch gekennzeichnet, dass die Beurteilung der Wettbewerbsbeiträge (d.h. der Angebote) durch eine unabhängige Jury erfolgt und anonym durchgeführt wird (VGr, 13. Februar 2002, BEZ 2002 Nr. 28 E. 3b; RB 2001 Nr. 46 E. 2a). Überdies muss die Absicht, gestützt auf den Wettbewerb einen bestimmten Folgeauftrag zu erteilen, aus den Ausschreibungsunterlagen deutlich hervorgehen (RB 2000 Nr. 67 = BEZ 2001 Nr. 12 E. 5b/aa). cc) Diesen Vorgaben entspricht der Studienauftrag gemäss dem Anhang zur SIA-Norm 142 schon deswegen nicht, weil sich dessen unklare Aussagen bezüglich eines allfälligen Folgeauftrags mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens nicht vereinbaren lassen. Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags muss aufgrund der Ausschreibung bzw. Einladung bekannt sein, dass ein Auftrag zu vergeben ist und welches dessen Gegenstand ist. Vorliegend war offenbar auch der Beschwerdegegner dieser Auffassung, da er nicht nur einen Studienauftrag erteilt, sondern diesen in ein eigentliches Vergabeverfahren (selektives Verfahren) eingebettet hat. dd) Sodann wird beim Studienauftrag gemäss Anhang zur SIA-Norm 142 auf die anonyme Beurteilung der Beiträge verzichtet, welche nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ein wesentliches Element eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs darstellt. Die Beschwerdeführenden weisen zu Recht darauf hin, dass die Anonymität in § 11 Abs. 1 lit. k SubmV nicht ausdrücklich als Voraussetzung einer freihändigen Vergabe genannt wird. Auch in Art. XV Ziff. 1 lit. j des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA), auf welcher Bestimmung die Regel von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV beruht, wird Anonymität nicht ausdrücklich verlangt. Sodann enthält die heute noch gültige Interkantonale Vereinbarung überhaupt keine Bestimmung über Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbe, und die revidierte, im Kanton Zürich noch nicht in Kraft stehende Vereinbarung vom 15. März 2001 bestimmt lediglich, dass die Vergabestelle, welche einen Wettbewerb dieser Art veranstaltet, das Verfahren im Rahmen der Grundsätze des Konkordats im Einzelfall regelt (Art. 12 Abs. 3 neue IVöB). Eine anonyme Durchführung des Wettbewerbs wird andererseits sowohl in der Verordnung des Bundes (Art. 48 VoeB) wie in der SIA-Norm 142 (Präambel und Art. 1 Abs. 4) vorausgesetzt und von der Lehre zu den "Eckpfeilern eines funktionierenden Wettbewerbswesens" gezählt (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Ziff. 24.3). Auch im Recht der EU ist für vergleichbare Verfahren Anonymität vorgeschrieben (Art. 13 Abs. 6 der Dienstleistungs-Richtlinie [Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge]; Art. 23 Abs. 6 der Sektoren-Richtlinie [Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor]), und die Entwürfe der derzeit hängigen Revision der Richtlinien sehen eine unveränderte Übernahme dieser Regeln vor (Art. 63 Abs. 2 des Vorschlags der Kommission vom 10. Mai 2000 für eine gemeinsame Richtlinie betreffend Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge, Kom [2000] 275; Art. 63 Abs. 3 des Vorschlags der Kommission vom 10. Mai 2000 für eine neue Sektoren-Richtlinie, Kom [2000] 276). Das Verwaltungsgericht ist daher in seiner Rechtsprechung zu Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben stets davon ausgegangen, dass die Anonymität ein wesentliches Merkmal eines derartigen Wettbewerbs ist (RB 2001 Nr. 46 E. 2a; VGr, 13. Februar 2002, BEZ 2002 Nr. 28 E. 3b). Von dieser Rechtsprechung

abzuweichen, besteht kein Anlass. ee) Gestützt auf einen Studienauftrag, der lediglich den im Anhang zur SIA-Norm 142 genannten Anforderungen entspricht, kann daher kein öffentlicher Auftrag als Folgeauftrag vergeben werden. Denkbar ist dagegen, dass ein "gewöhnliches" Einladungs- oder selektives Verfahren oder ein zweistufiger Planungswettbewerb mit einem Studienauftrag verbunden wird, indem den ausgewählten Anbietern ein entgeltlicher Auftrag für die Ausarbeitung einer Studie erteilt wird (vgl. RB 2000 Nr. 66 = BEZ 2000 Nr. 28). Eine derartige Kombination liegt im Prinzip schon dann vor, wenn den Anbietern für die Ausarbeitung des Angebots ein fester Betrag zugesichert wird (nicht aber dann, wenn Preise in Aussicht gestellt werden, die nur einzelnen Bewerbern von einer Jury zugeteilt werden). Unter der Voraussetzung, dass die Anforderungen der betreffenden Verfahrensart (z.B. eines selektiven Vergabeverfahrens bzw. eines Verfahrens mit Planungswettbewerb im Sinn von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV) erfüllt sind, kann dem obsiegenden Anbieter anschliessend ein Zuschlag erteilt werden. d) Vorliegend wurde in den Ausschreibungsunterlagen keine anonyme Beurteilung vorgesehen, und das Verfahren wurde auch nicht anonym durchgeführt. Eine freihändige Vergabe gestützt auf § 11 Abs. 1 lit. k SubmV war daher nach dem Gesagten nicht möglich. Aus demselben Grund war die Betriebskommission bei ihrem Entscheid auch nicht an die Empfehlung des Beurteilungsgremiums gebunden. Dies steht freilich im Widerspruch zu der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Ankündigung. In den abgegebenen Unterlagen wurde mehrfach deutlich geäussert, dass "beabsichtigt" sei, den Sieger des Wettbewerbs mit der Weiterbearbeitung zu beauftragen. Der im Beschwerdeverfahren von der Behörde sinngemäss vertretene Standpunkt, dass diese Absichtserklärung keine Zusicherung eines Auftrags darstelle, ist zwar richtig. Eine eigentliche Zusicherung kommt jedoch in einem Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb ohnehin kaum vor, denn dem Auftraggeber verbleibt immer ein Spielraum, den Auftrag nicht zu vergeben (vgl. Art. 53 sowie Art. 55 Abs. 2 und 3 VoeB; Art. 27 Abs. 2 und 3 SIA-Norm 142). Vergaberechtlich besteht die Bindung der Vergabestelle an die Empfehlung der Jury in erster Linie darin, dass sie eine freihändige Vergabe gemäss § 11 Abs. 1 lit. k SubmV nur an den empfohlenen Sieger des Wettbewerbs vornehmen darf; um einen andern Anbieter zu berücksichtigen, müsste ein neues Verfahren durchgeführt werden. Als Ankündigung des Folgeauftrags muss daher eine deutliche Absichtserklärung genügen. Die vorliegend abgegebenen Erklärungen waren in dieser Hinsicht völlig ausreichend. Damit hat der Beschwerdegegner bei den Bewerbern die berechtigte Erwartung geweckt, dass ein Wettbewerb mit einer unabhängigen Jury durchgeführt werde, deren Empfehlung er bei der Vergabe des Folgeauftrags berücksichtigen werde. Gleichzeitig ordnete er jedoch eine nicht anonyme Beurteilung der Angebote an und verunmöglichte damit, auf die Empfehlung der Jury abzustellen. Durch dieses Vorgehen wurde das Vertrauen der Anbieter in die Absichtserklärung des Beschwerdegegners, den Sieger des Wettbewerbs mit der Weiterbearbeitung zu beauftragen, getäuscht. Die Einhaltung der Anforderungen eines korrekten Verfahrens geht jedoch dem Schutz des Anbietersvertrauens vor, da die Behörde es sonst in der Hand hätte, das Vergabeverfahren durch entsprechende Erklärungen nach Belieben – in Abweichung von den gesetzlichen Regeln – zu verändern.

### **E. 3**

a) Der Beschwerdegegner hat das Verfahren von Beginn weg nicht nur als Studienauftrag, sondern auch als selektives Verfahren bezeichnet, und die Anforderungen eines selektiven Verfahrens wurden, soweit ersichtlich, durchwegs eingehalten. Die Vergabe kann daher nach den Regeln dieser Verfahrensart zu Ende geführt werden. Dabei obliegt der Entscheid

über die Wahl des Angebots der Betriebskommission, die nach dem Gesagten nicht an die Empfehlung des Beurteilungsgremiums gebunden ist. Andererseits ist sie jedoch verpflichtet, eine selbständige Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien vorzunehmen. b) Der Entscheid der Betriebskommission bedarf wie jeder Vergabeentscheid einer Begründung (VGr, 2. November 2000, VB.2000.00122, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), E. 3; RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4; zu den Anforderungen an die Begründungstiefe vgl. VGr, 13. November 2002, VB.2001.00198, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), E. 3c). Aufgrund der Sonderregeln des Vergaberechts ist zwar die Vergabestelle bei der Eröffnung des Zuschlags zunächst nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Art. 13 lit. h IVöB und § 33 SubmV); auf Gesuch eines Anbieters hat sie jedoch die wesentlichen Gründe für dessen Nichtberücksichtigung bekannt zu geben (§ 33 Abs. 2 SubmV). Die Rechtsprechung lässt sodann zu, dass die Vergabeinstanzen die Begründung des Vergabeentscheids noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben (RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a). Eine weitere Ergänzung im Rahmen eines vom Gericht angeordneten zweiten Schriftenwechsels ist dagegen grundsätzlich nicht zulässig (VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), E. 5d). Eine Einschränkung der Begründungspflicht, wie sie nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts im Fall einer anonymen, von einer unabhängigen Jury vorgenommenen Beurteilung gilt (RB 2000 Nr. 60; vgl. VGr, 13. November 2002, VB.2001.00198, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), E. 3d), ist hier nicht am Platz. Die Betriebskommission kann die Begründung auch nicht aus der Empfehlung des Beurteilungsgremiums ableiten, da sie ihren Entscheid selbständig, abweichend vom Antrag dieses Gremiums, getroffen hat. c) Aus der Begründung des Vergabeentscheids muss insbesondere hervorgehen, inwiefern die Angebote den bekannt gegebenen Anforderungen entsprechen und weshalb das bevorzugte Angebot aufgrund der Zuschlagskriterien als das wirtschaftlich günstigste (§ 31 Abs. 1 SubmV) erscheint. Der Beschwerdegegner hat im Programm des Studienauftrags unter Ziff. 1.3.2 einerseits die Anforderungen genannt, die von jedem Projekt zu erfüllen sind ("Voraussetzungen"), und andererseits Beurteilungskriterien aufgeführt, die bei der Prüfung der Projekte angewandt werden. Den Kriterien wurde je eine Priorität von 1 bis 3 zugeordnet, und sie wurden unter fünf Oberziele gruppiert, die wie folgt lauten: – hohe Funktionalität (4 Kriterien) – gute architektonische Gestaltung (4 Kriterien) – gute Realisierbarkeit (3 Kriterien) – gute Erfüllung ökologischer Anliegen (1 Kriterium) – geringe Investitions- und Unterhaltskosten (2 Kriterien) Auf diese Kriterien wird schon im Bericht des Beurteilungsgremiums nur in geringem Mass Bezug genommen. Dieser wird zwar durch Vorprüfungsberichte ergänzt, welche hinsichtlich bestimmter Aspekte des Projekts eine detaillierte Bewertung der Wettbewerbsbeiträge enthalten. Indessen umfassen die Vorprüfungsberichte bei weitem nicht alle Kriterien, die im Programm des Studienauftrags bekannt gegeben worden waren. Eine gesamthafte Bewertung der Wettbewerbsbeiträge anhand der Kriterien wurde vom Beurteilungsgremium offenbar nicht vorgenommen oder jedenfalls nicht dokumentiert. Die Betriebskommission hat diesen Mangel in ihrem von der Empfehlung des Beurteilungsgremiums abweichenden Entscheid nicht behoben. Sie begründet den Zuschlag an die Mitbeteiligten lediglich summarisch mit dem Hinweis, dass deren Projekt eine gute betriebliche Funktionalität aufweise und die im Studienauftrag gestellten Anforderungen im Wesentlichen erfülle. Das Gesamtareal sei durch das Projekt gut mit einbezogen, den Bedürfnissen der Patienten werde Rechnung getragen und die Entwicklungsfähigkeit sei gegeben. Eine Bezugnahme auf die zuvor

detailliert bekannt gegebenen und mit Prioritäten versehenen Kriterien ist, wie die Beschwerdeführenden zu Recht beanstanden, nicht ersichtlich. In der Beschwerdeantwort beschränkt sich der Beschwerdegegner sodann im Wesentlichen darauf, zu begründen, weshalb die Betriebskommission seines Erachtens berechtigt gewesen sei, von der Empfehlung des Beurteilungsgremiums abzuweichen. Die Gründe für den von der Betriebskommission selbständig getroffenen Entscheid werden daraus jedoch nicht ersichtlich. Gewisse Hinweise zur materiellen Begründung finden sich im beigelegten Protokoll der Betriebskommission vom 24. Januar 2002, welches eine stichwortartige Gegenüberstellung der Projekte der Beschwerdeführenden und der Mitbeteiligten enthält. Als Nachteile des Projekts der Beschwerdeführenden werden dabei vor allem architektonische Aspekte (dominante, städtische Haltung, rückwärtige Lage des Parks) genannt. Ferner werden Unterschiede bei den Möglichkeiten zur Kostenreduktion gesehen: Beim Projekt der Beschwerdeführenden hätte diese durch eine Reduktion der Flächen geschehen müssen, deren Umsetzung die Kommission als eher schwierig einschätzte, bei jenem der Mitbeteiligten durch eine Reduktion unnötig teurer Eingriffe in den Bestand. Wieweit sich daraus Vorteile für das eine oder andere Projekt ergeben, wird jedoch nicht deutlich. Eine Auseinandersetzung mit den im Programm des Studienauftrags aufgeführten Kriterien und deren Gewichtung fehlt auch hier. Der Beschwerdegegner macht in seiner Beschwerdeantwort zwar geltend, dass die Betriebskommission den Sieger gestützt auf diese Kriterien erkoren habe, legt aber nicht dar, wie sie zu dieser Beurteilung gelangt ist. In der Duplik schliesslich wird seitens des Beschwerdegegners ergänzend geltend gemacht, die Betriebskommission sei bei ihrem Entscheid davon ausgegangen, dass das Projekt der Beschwerdeführenden mit der maximal erlaubten Gebäudehöhe in Konflikt geraten könne (Ziff. 16). Gemäss dem Protokoll der Betriebskommission vom 24. Januar 2002 nahm die Behörde jedoch damals an, dass dieses baurechtliche Problem vermutlich lösbar sei. Weiter macht der Beschwerdegegner in der Duplik geltend, dass das Projekt der Beschwerdeführenden das Flächenkriterium massiv verletze, da die vorgesehene Geschossfläche knapp 10 % über den Vorgaben liege; es hätte daher schon aus diesem Grund ausgeschlossen werden müssen. Aufgrund des im Programm des Studienauftrags genannten Kriteriums "Flächenangebot für alle Funktionen gemäss Raumprogramm" mussten die Bewerber jedoch nicht damit rechnen, dass eine Überschreitung der Mindestvorgaben – zumal eine relativ geringfügige von knapp 10 % – unzulässig sei. Im Protokoll der Betriebskommission vom 24. Januar 2002 wird denn auch dieses erhöhte Flächenangebot lediglich als Schwierigkeit im Zusammenhang mit der erforderlichen Kostenreduktion erwähnt. Eine Kostenreduktion wurde auch bei den Mitbeteiligten, wenngleich in anderen Bereichen, für erforderlich gehalten. – Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Duplik vom Beschwerdegegner ohnehin nicht zu einer nochmaligen Ergänzung der Begründung verwendet werden durfte. Neue Vorbringen waren nach der Beschwerdeantwort nur noch gestattet, soweit diese durch Ausführungen der Replik veranlasst wurden oder sich auf nachträglich entdeckte erhebliche Tatsachen bezogen (VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), E. 5d). Diese Voraussetzungen waren hier nicht erfüllt. Der Beschwerdegegner hat somit auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht keine nachvollziehbare Begründung seines Entscheids vorgelegt. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

#### **E. 4**

Der angefochtene Zuschlag kann bei Gutheissung der Beschwerde nur aufgehoben werden, wenn der Vertrag mit den Mitbeteiligten noch nicht abgeschlossen ist (Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [BGBM], Art. 18 Abs. 2

IVöB). Andernfalls hat das Gericht lediglich die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen. Nachdem der vorliegenden Beschwerde keine aufschiebende Wirkung gewährt worden war, besass der Beschwerdegegner die Möglichkeit zum Vertragsschluss. Der Vertreter des Beschwerdegegners teilte dem Gericht mit Schreiben vom 20. Februar 2003 auf Anfrage mit, dass der Beschwerdegegner mit der Mitbeteiligten Nr. 1 einen mündlichen Vertrag über die Weiterbearbeitung und künftige Ausführung des Projekts abgeschlossen habe. Die künftigen Architekturleistungen stünden jedoch unter dem Vorbehalt, dass das Bauvorhaben tatsächlich ausgeführt werde. Der vorbereitete schriftliche Vertrag solle von den Parteien unterzeichnet werden, sobald die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt und der Realisierungsentscheid getroffen seien. Diese Angaben über eine mündliche Abmachung zwischen Beschwerdegegner und Mitbeteiligter Nr. 1 können nicht als Vertragsschluss im Sinn von Art. 9 Abs. 3 BGBM bzw. Art. 18 Abs. 2 IVöB gewertet werden. Aufgrund des bekannt gegebenen Inhalts der Abmachung geht diese kaum über eine Absichtserklärung hinaus; sie ist wenig konkret, und die üblichen Elemente eines Auftrags der hier vorgesehenen Art sind in ihr nicht enthalten. Die Situation stellt sich kaum anders dar als in zahlreichen Fällen, in denen der Zuschlag zwar erteilt, der Vertrag mit dem bevorzugten Anbieter aber noch nicht abgeschlossen ist: Behörde und Zuschlagsempfänger gehen zwar davon aus, dass sie den (schriftlichen) Vertrag miteinander schliessen werden, sobald bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, doch wird daraus auf keiner Seite bereits ein verbindlicher Vertrag abgeleitet. Verträge dieser Art werden denn auch kaum je mündlich geschlossen; ob ein Vertrag in mündlicher Form den Anforderungen von Art. 9 Abs. 3 BGBM bzw. Art. 18 Abs. 2 IVöB überhaupt je zu genügen vermöchte, kann hier offen bleiben, erscheint aber immerhin fraglich. Die Parteien haben im Übrigen stets die Möglichkeit, eine verbindliche (schriftliche) Vereinbarung zu schliessen, die mit einem Vorbehalt betreffend Realisierung des Projekts versehen ist; wieweit ein derartiger Vertrag im Sinn von Art. 9 Abs. 3 BGBM bzw. Art. 18 Abs. 2 IVöB anerkannt werden kann und die Aufhebung des Zuschlags hindert, wird von der Art des Vorbehalts abhängen. Schliesslich ist im vorliegenden Fall auch darauf hinzuweisen, dass die behauptete Abmachung, die entsprechend der Darstellung des Beschwerdegegners allein die Mitbeteiligte Nr. 1 erfassen würde, schon deswegen nicht zu beachten wäre, weil der Zuschlag an alle vier Mitbeteiligten gemeinsam erfolgt ist. Der Beschwerdeentscheid ist demnach nicht auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung beschränkt.

## **E. 5**

Der angefochtene Zuschlagsentscheid ist somit in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, und die Sache ist zu neuem Entscheid an die Betriebskommission des Beschwerdegegners zurückzuweisen. Diese wird die Angebote anhand der im Programm des Studienauftrags genannten Zuschlagskriterien und Prioritäten zu beurteilen und im Anschluss daran einen begründeten Entscheid zu treffen haben. Dem Ausgang des Verfahrens gemäss wird der Beschwerdegegner kostenpflichtig. Er hat den Beschwerdeführenden überdies gestützt auf § 17 Abs. 2 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten. Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Beschluss der Betriebskommission des Beschwerdegegners vom 29. Januar 2002 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an sie zurückgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 5'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 210.-- Zustellungskosten, Fr. 5'210.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden dem Beschwerdegegner

aufgelegt. 4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids. 5. ...

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