

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00234 vom 28. Januar 2004**

ZH Verwaltungsgericht, 2004-01-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2003.00234](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00234)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00234 du 28 janvier 2004

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00234 del 28 gennaio 2004

## **Regeste**

Submission | Gesamtleistungswettbewerb für eine Doppelturnhalle Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe nach § 11 Abs. 1 lit. k SubmV (E. 1.1). Vergabe nur an den Wettbewerbsgewinner (E. 2.1). Elemente des Juryentscheids (E. 2.2). Vergaberechtliche Bedeutung einer Empfehlung der Jury zuhanden der Auftraggeberin (E. 2.2). Bindung der Vergabebehörde an den Juryentscheid. Bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zu dieser Frage. Negative Bindung der Vergabebehörde an den Juryentscheid (E. 2.3). Im vorliegenden Fall gaben stimmberechtigte und nicht stimmberechtigte Mitglieder Bewertungen ab. Die Jury empfahl zwei Projekte zur Weiterbearbeitung (E. 3.1). Aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Jury keinen Wettbewerbsgewinner im Sinn von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV ermittelt hat. Weder enthielt der Entscheid eine Rangfolge noch wurde die Vergabe an einen bestimmten Bewerber empfohlen. Die Bewertung unter Mitwirkung der nicht stimmberechtigten Jurymitglieder kann nur als konsultative Stimmabgabe der Stimmberechtigten angesehen werden. Damit blieb offen, ob die stimmberechtigten Jurymitglieder ihre Beurteilung mit Rücksicht auf die von den anderen Mitgliedern abgegebenen Bewertungen allenfalls noch angepasst hätten (E. 3.2). Da die Jury somit keinen Wettbewerbsgewinner ermittelt hat, sind die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe des Auftrags nicht gegeben, und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Der Vergabebehörde steht es frei, nunmehr entweder ein ordentliches Vergabeverfahren zu eröffnen oder einen neuen Gesamtleistungswettbewerb auszuschreiben (E. 3.3). Teilweise Gutheissung (E. 4).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im Streit liegt die freihändige Vergabe eines Totalunternehmervertrags aufgrund eines zweistufig durchgeführten Wettbewerbs.

#### **E. 1.1**

Nach § 11 Abs. 1 lit. k der Submissionsverordnung in der vorliegend noch anwendbaren Fassung vom 18. Juni 1997 (SubmV) ist eine freihändige Vergabe zulässig, wenn aufgrund eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs der Vertrag mit dem Gewinner geschlossen werden soll. Voraussetzung dafür ist, dass die Organisation des Wettbewerbs den Grundsätzen des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) und der SubmV entspricht. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf die Veröffentlichung einer Einladung an angemessen qualifizierte Anbieterinnen und Anbieter zur Teilnahme. Zur Beurteilung ist eine unabhängige Jury einzusetzen.

## **E. 1.2**

Im vorliegenden Fall wurde ein Gesamleistungswettbewerb durchgeführt und in Aussicht gestellt, mit dem Anbieter des vom Preisgericht für die Realisierung empfohlenen Lösungsvorschlags einen Totalunternehmervertrag abzuschliessen. Vorbehalten blieb nach Ziff. 1.6 des Wettbewerbsprogramms (act. 5/6) die Ablehnung oder Rückweisung des Projekts bzw. des Baukredits durch die Gemeinde. Die im Wettbewerbsprogramm vorgesehene Wettbewerbsorganisation entspricht nach der übereinstimmenden und zutreffenden Auffassung der Parteien den Grundsätzen des IVöB-BeitrittsG und der SubmV. Insbesondere wurde das Verfahren zweistufig durchgeführt, und die anonym eingereichten Arbeiten wurden durch eine unabhängige Jury beurteilt. Nach Ziff. 1.1 des Wettbewerbsprogramms war sodann neben den Vorschriften der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 und der SubmV zum selektiven Verfahren subsidiär die SIA-Ordnung 142 (Ausgabe 1998) anwendbar.

## **E. 2.1**

§ 11 Abs. 1 lit. k SubmV lässt für die in ihrem Anwendungsbereich liegenden Aufträge eine freihändige Vergabe nach durchgeführtem Wettbewerb nur zu, wenn die Vergabe an den Gewinner des Wettbewerbs erfolgt. Auch Art. XV Ziff. 1 lit. j des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement), welcher Grundlage von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV bildet, lässt die freihändige Vergabe nach durchgeführtem Wettbewerb nur an den Wettbewerbsgewinner zu. Umgekehrt kann ein Auftrag, der einem anderen als dem Wettbewerbsgewinner erteilt werden soll, grundsätzlich nicht freihändig, sondern nur nach Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens vergeben werden (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich etc. 2003, S. 227 f.; Peter Galli/ Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 637).

## **E. 2.2**

Ein auf der SIA-Ordnung 142 basierender Juryentscheid setzt sich in der Regel aus drei Elementen zusammen: der Festlegung der Rangfolge (Art. 21), der Zusprechung der Preise und Ankäufe (Art. 22) und der Empfehlung (Art. 23). Diese Elemente sind vergaberechtlich nur insoweit relevant, als sie der Bestimmung des Wettbewerbsgewinners im Sinn von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV dienen. Der Gewinner des Wettbewerbs lässt sich dann ohne Probleme feststellen, wenn die Jury eine bestimmte Arbeit sowohl in den ersten Rang setzt, ihr den ersten Preis zuspricht und auch die Vergabe an den entsprechenden Anbieter empfiehlt. Weniger eindeutig fällt das Ergebnis aus, wenn die einzelnen Elemente des Juryentscheids in Widerspruch zueinander treten, sei es etwa, weil die Empfehlung nicht der Rangierung entspricht oder weil ein Preis für das erstrangierte Projekt wegen Programmwidrigkeit ausser Betracht fällt (vgl. Art. 52 Abs. 2 und 3 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB], Art. 22.3 SIA-Ordnung 142). Voraussetzung einer freihändigen Vergabe im Sinn von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV ist in jedem Fall, dass die Jury einen Gewinner ermittelt hat. Dies setzt zumindest eine eindeutige Festlegung der Rangfolge voraus, wobei eine gleichrangige Bewertung zweier Projekte nach der SIA-Ordnung 142 problematisch ist (vgl. Art. 22.1, der jedenfalls Ex-aequo-Preise verbietet). Eine Empfehlung der Jury zuhanden der Auftraggeberin ist vergaberechtlich nur insoweit relevant, als sie dazu dient, den Gewinner des Wettbewerbs zu ermitteln. Andere

Empfehlungen wie etwa betreffend die Weiterbearbeitung eines oder mehrerer Projekte sind vergaberechtlich ohne Belang.

### **E. 2.3**

Wie weit die Behörde nach der Durchführung eines Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbs an den Juryentscheid gebunden ist, wird durch das zürcherische Recht nicht ausdrücklich geregelt. Auf Bundesebene ist die Auftraggeberin zwar in der Regel an die Empfehlung des Preisgerichts gebunden, kann sich von dieser Verpflichtung jedoch ausnahmsweise durch eine Abgeltung befreien (Art. 53 in Verbindung mit Art. 55 Abs. 1 lit. c VoeB). Auch Art. 27.1 SIA-Ordnung 142 räumt dem Wettbewerbsgewinner einen Anspruch auf den Auftrag ein, wobei sich die Auftraggeberin auch hier durch eine Abgeltung sowie durch den generellen Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens (Art. 27.2 und 27.3) befreien kann. In seiner bisherigen Rechtsprechung ist das Verwaltungsgericht von einer gewissen Bindung der Vergabebehörde an den Juryentscheid ausgegangen, ohne sich aber im Einzelnen dazu zu äussern (vgl. VGr, 13. Februar 2002, BEZ 2002 Nrn. 28 und 33 mit Hinweisen). Dieser Entscheid wurde in der Lehre teilweise kritisiert (vgl. Christian Pfammatter, *Concours et marchés publics*, in: RDAF 2002, S. 439 ff., 455; Denis Esseiva in: *Baurecht 4/2003*, S. 150 f.). Das Konzept der freihändigen Vergabe spricht in der Tat eher gegen das Bestehen einer Verpflichtung der Behörde, nach durchgeführtem Wettbewerb überhaupt einen Zuschlag zu erteilen. § 11 Abs. 1 SubmV zählt verschiedene Fälle auf, die es der Vergabebehörde erlauben, Aufträge, die an sich im offenen oder selektiven Verfahren auszuschreiben wären, ohne ein solches Verfahren freihändig zu vergeben. Damit wird durchwegs eine Handlungsmöglichkeit, nicht aber eine Handlungspflicht aufgezeigt. Anders als im ordentlichen Vergabeverfahren verlangt auch die Vielfalt möglicher Lösungen im Rahmen von Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben eine gewisse Freiheit der Vergabebehörde im Entscheid über die Realisierung. Dem trägt die SIA-Ordnung 142 mit ihrem Art. 27.2 auch Rechnung. Eine Vergabebehörde soll nicht gegen ihren Willen dazu gezwungen werden, ein Projekt zu realisieren, dem sie – aus welchen Gründen auch immer – ablehnend gegenübersteht. Die Bindung der Behörde an den Juryentscheid ist somit in erster Linie eine negative, indem es ihr versagt ist, die freihändige Vergabe an einen andern Anbieter als den Gewinner des Wettbewerbs vorzunehmen (vorn, E. 2.1; vgl. VGr, BEZ 2003 Nr. 26 E. 2c). Anzumerken ist, dass der Vertragsschluss selbst im Anschluss an einen rechtskräftigen Zuschlag nicht im öffentlichrechtlichen Vergabeverfahren erzwungen werden könnte. Der Verzicht auf den Vertragsschluss hat letztlich ebenso wie ein unzulässiger Verfahrensabbruch, ein späterer Rücktritt vom Werkvertrag (Art. 377 des Obligationenrechts [OR]) oder eine Kündigung des Auftrags zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) nur privatrechtliche Schadenersatzansprüche zur Folge, über die im Zivilprozess und nicht durch das Verwaltungsgericht zu entscheiden ist (vgl. auch BGr, 20. November 2003, 2P.155/2003, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

### **E. 3.1**

Das Preisgericht setzte sich aus zwei Sachpreisrichtern der Schulverwaltung und drei Fachpreisrichtern, zwei Architekten und einem Bauingenieur, zusammen. Zusätzlich gehörten der Jury verschiedene Interessenvertreter vorwiegend aus der Gemeinde als nicht stimmberechtigte Experten (vgl. act. 5/5 Ziff. 1.3, Art. 11 SIA-Ordnung 142) an. Bei der Beurteilung der vorgelegten Projekte in vorerst zwei Bewertungsrunden gaben alle Jurymitglieder ihre Bewertungen ab, ohne dass zwischen den stimmberechtigten und den nicht stimmberechtigten Mitgliedern unterschieden worden wäre. Dabei zeigte sich, dass alle

Jurymitglieder zusammen dem Projekt "N" die meisten Punkte gaben, gefolgt vom Projekt "O". Die stimmberechtigten Mitglieder hingegen hatten umgekehrt dem Projekt "O" die höchste und dem Projekt "N" die zweithöchste Punktzahl gegeben. Im dritten Durchgang kam die Jury zum Schluss, dass beide Projekte nicht ohne Überarbeitung realisiert werden könnten und empfahl beide zur Weiterbearbeitung. Demgemäss sprach das Preisgericht in seinem Bericht unter dem Titel "Festlegung der Rangfolge" die Empfehlung zur Weiterbearbeitung von "O" und "N" aus (act. 5/5 Ziff. 5.3).

### **E. 3.2**

Aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Jury keinen Wettbewerbsgewinner im Sinn von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV ermittelt hat. Weder enthielt der Entscheid eine Rangfolge, noch wurde die Vergabe an einen bestimmten Bewerber empfohlen. Zwar hatten die stimmberechtigten Jurymitglieder im zweiten Durchgang das Projekt "O" an erste Stelle gesetzt, jedoch verzichteten sie in der Folge offenbar bewusst auf eine definitive Rangierung der Projekte im dritten Durchgang. Dieser wohl aus Rücksicht auf die Mehrheitsmeinung der nicht stimmberechtigten Jurymitglieder getroffene Verzicht verbietet es, dem Preisgericht eine bestimmte Rangfolge als mutmasslichen Entscheid im dritten Durchgang zu unterstellen. Die zuvor abgegebene Bewertung erfolgte noch unter Mitwirkung der nicht stimmberechtigten Mitglieder und kann daher nur als konsultative Stimmabgabe der Stimmberechtigten angesehen werden. Damit blieb offen, ob die stimmberechtigten Jurymitglieder ihre Beurteilung mit Rücksicht auf die von den anderen Mitgliedern abgegebenen Bewertungen im dritten Durchgang allenfalls noch angepasst hätten.

### **E. 3.3**

Da die Jury somit keinen Gewinner des Wettbewerbs ermittelt hat, sind die Voraussetzungen von § 11 Abs. 1 lit. k SubmV für eine freihändige Vergabe des Auftrags nicht gegeben, und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Der Vergabebehörde steht es frei, nunmehr entweder ein ordentliches Vergabeverfahren zu eröffnen oder einen neuen Gesamtleistungswettbewerb auszuschreiben.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführenden obsiegen damit teilweise, ohne dabei allerdings das Ziel einer direkten Vergabe an sie oder einer Anweisung zur Weiterbearbeitung beider Projekte zu erreichen. Dieser Verfahrensausgang rechtfertigt es, die Verfahrenskosten beiden Parteien je hälftig aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Parteientschädigungen sind demnach keine zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer : 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Vergabeentscheid der Primarschulgemeinde X vom 13. Juni 2003 aufgehoben. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 280.-- Zustellungskosten, Fr. 4'280.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 4. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen. 5. ...