

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00557 vom 13. September 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-09-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00557

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00557 du 13 septembre 2006

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00557 del 13 settembre 2006

Regeste

Submission | Tramdepot Hard in Zürich: Erweiterung sowie Erstellung eines Wohnhochhauses mit Verwaltungstrakt als Zusatznutzung. E. 1: Zuständigkeit, anwendbares Recht, Anfechtungsobjekt, Legitimation, Fristwahrung. E. 2: Vorgeschichte des Projekts: Sachverhalt vor und nach Inkrafttreten der IVöB und der SubmV. E. 3: Hauptstreitpunkt und Streitgegenstand: Sind die nach dem Inkrafttreten von IVöB und SubmV erfolgten Projektierungsschritte als Teile des 1988/89 beschlossenen Projektauftrags oder als neue Aufträge zu qualifizieren? Die beiden Projektteile (Ausbau des Tramdepots und Realisierung einer Zusatznutzung) wurden jeweils gemeinsam vergeben und bilden in dieser Kombination den massgeblichen Streitgegenstand. E. 4: Zusatznutzung als neuer Auftrag? Bezüglich der Zusatznutzung wurde das vor dem Inkrafttreten des neuen Submissionsrechts verfolgte Projekt aufgegeben und ein gänzlich neuer Ansatz gewählt, weshalb es sich beim Projektierungsauftrag aus dem Jahr 2003 um einen neuen Auftrag handelt. E. 5: Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe des Projektierungsauftrags vom Januar 2003: Urheberrechtliche Gründe können bezüglich der Zusatznutzung ausgeschlossen und bezüglich der Tramdepoterweiterung offen gelassen werden. Dem Projektteil "Zusatznutzung" kommt im Verhältnis zum Projektteil "Tramdepoterweiterung" angesichts der baulichen Dimension und der Baukosten keineswegs bloss die Bedeutung einer "Ergänzung oder Erweiterung" zu. Die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe des Projektierungsauftrags betreffend die Zusatznutzung im Januar 2003 sind nicht erfüllt. Ob dies auch für den Projektteil "Tramdepoterweiterung" gilt, kann offen bleiben. Wegen der kombinierten Vergabe beider Projektteile erweist sich der Vergabeentscheid insgesamt als rechtswidrig. E. 6: Eine freihändige Vergabe des Projektierungsauftrags vom November 2005 käme nur Frage, wenn er im Sinn von § 10 Abs. 1 lit. c oder f SubmV als Folgeauftrag des Auftrags vom Januar 2003 betrachtet werden könnte. Angesichts der rechtswidrigen Vergabe der ursprünglichen Leistung sowie des Grössenverhältnisses zwischen Haupt- und Folgeauftrag ist dies vorliegend nicht der Fall. E. 7: Ergebnis: Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des Vergabeentscheids. E. 8: Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Erwägungen

E. 2

Dienstleistungsflächen realisierbar sei. Zur Ausarbeitung eines entsprechenden Bauprojekts mit detailliertem Kostenvoranschlag, einschliesslich Vorbereitung der Ausführungsphase, für die Erweiterung des Tramdepots und die Zusatznutzung über dem Gleisareal wurde dem Gemeinderat beantragt, den bisherigen Projektierungskredit von 2,9 Mio. Franken um 9,9 Mio. Franken auf 12,8 Mio. Franken zu erhöhen.

E. 3

Den Hauptstreitpunkt bildet die Frage, ob die nach dem Inkrafttreten von IVöB und Submissionsverordnung erfolgten Projektierungsschritte als Teile des 1988/89 beschlossenen Projektauftrags oder aber als neue Aufträge zu qualifizieren seien. Die Beschwerdegegnerin hält dafür, es handle sich nach wie vor um den Vollzug des ursprünglichen Projektierungsauftrags bzw. um die zeitlich gestaffelte Freigabe darauf basierender Teilaufträge. Massgeblich seien dementsprechend nach wie vor die damaligen submissionsrechtlichen Grundlagen und nicht das 1997 in Kraft getretene heutige Submissionsrecht. Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, die im Zuge der Wiederaufnahme der Projektierung erfolgte Vergabe unterstehe als selbständiger Folgeauftrag dem neuen Submissionsrecht. Dieses erlaube eine freihändige Vergabe nur unter den engen Voraussetzungen von § 10 SubmV bzw. § 11 der Submissionsverordnung in der Fassung vom 18. Juni 1997 (aSubmV). Letztere seien vorliegend nicht erfüllt und die öffentliche Ausschreibung sei demnach zu Unrecht unterblieben. Entsprechend der Projektumschreibung lassen sich beim streitigen Auftrag zwei Bereiche unterscheiden: der Ausbau des Tramdepots einerseits und die Realisierung einer Zusatznutzung andererseits. Die beiden Projektteile wurden jeweils gemeinsam vergeben und definieren daher in dieser Kombination auch den massgeblichen Streitgegenstand. In den nachfolgenden Erwägungen wird zunächst auf den Aspekt der Zusatznutzung eingegangen.

E. 4.1

Wie ausgeführt (vorn, E. 2.1), lag im August 1991 ein Vorprojekt betreffend den Ausbau des Tramdepots Hard mit der Zusatznutzung "Schule für Gestaltung Zürich" vor. Diese Zusatznutzung "Schule für Gestaltung Zürich" stand dann aber im Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Projektierung nicht mehr zur Diskussion, und es mussten neue Überlegungen zur Zusatznutzung angestellt werden. Im Stadtratsbeschluss vom 8. Januar 2003 heisst es dazu: "Das Areal weist [...] ein grosses Wertschöpfungspotenzial auf. Bereits das 1990 ausgearbeitete Projekt von Architekt Theo Hotz hat gezeigt, dass Zusatznutzungen überaus attraktiv sein können. Mit der seither eingetretenen Gebietsentwicklung hat sich dieses Potenzial noch verstärkt. Die Zusatznutzungen sind daher auf die heutige Nachfragesituation abzustimmen. Zur Klärung der aktuellen städtebaulichen Rahmenbedingungen und des Nutzungspotenzials hat das Amt für Hochbauten erneut eine Projektstudie durch den Architekten Theo Hotz, Zürich, sowie eine Standort- und Marktanalyse als Grundlage für ein Nutzungskonzept durch [die C AG] ausarbeiten lassen. Bei der Studie Hotz wurden folgende Fragen ausgelotet: - Was ist aus städtebaulicher Sicht möglich bzw. erwünscht, um diesen Ort prägnant zu besetzen? - Können die Betriebsanforderungen der VBZ, die Erschliessung der Bauten und die öffentliche Anbindung des Quartiers ans Limmatufer für alle Teile befriedigend gelöst werden?" Bei der ebenfalls angesprochenen Standort- und Marktanalyse der C AG ging es um die Eignung des Standorts für Wohnnutzung und für Büro-/Dienstleistungsnutzung. Gestützt auf diese Analyse und die Projektstudie der Mitbeteiligten kam der Stadtrat am 8. Januar 2003 zum Schluss, als Zusatznutzung über dem erweiterten Tramdepot solle eine Wohnüberbauung in Form eines Hochhauses und – als Immissionsschutz für die Wohnungen – Büros, Dienstleistungen, Quartierinfrastruktur oder evtl. Gewerbenutzungen realisiert werden. Die nunmehr vorgeschlagene Nutzung hat mit der ursprünglichen Schulnutzung nicht mehr viel gemeinsam, und es wurde damit auch in statisch-konstruktiver sowie gestalterischer Hinsicht ein neues Konzept verfolgt. Gemäss

Stadtratsbeschluss vom 16. August 1989 sollte der Neubauteil noch die Typologie des Bestehenden übernehmen und waren höhere Überbauungsteile sowohl gegen den Escher-Wyss-Platz als auch im Neubauteil ausgeschlossen (vgl. vorn, E. 2.1). Dementsprechend präsentierte sich das Vorprojekt "Zusatznutzung Schule für Gestaltung" vom August 1991 als mehrgeschossiger, flächendeckend und niveaugleich auf dem Depotneubau aufgesetzter Gebäudekomplex. Zwölf Jahre später, im Januar 2003, wünschte der Stadtrat dann aber, den Ort aus städtebaulicher Sicht "prägnant zu besetzen" und zwar – entsprechend den Rahmenbedingungen – mit einem Hochhaus. Das aktuelle Vorprojekt vom März 2004 zeigt denn auch ein kleeblattförmiges Hochhaus, welches im Innern der grossen Tram-Wendeschleife am westlichen Depot-Ende positioniert wird und dort rund 90 m aus dem flächendeckenden Gebäudesockel herausragt. Der Gebäudesockel wird gebildet aus der Gleishalle und dem darüber liegenden, entlang der Strassenseite zweigeschossig angelegten Verwaltungsaufbau mit quartierbezogenen Nutzungen wie Büroräume, Kinderkrippe und Hort.

E. 4.2

Mit Bezug auf die Zusatznutzung ist der Beschwerdeführerin demnach beizupflichten, dass das vor dem Inkrafttreten des neuen Submissionsrechts verfolgte Projekt aufgegeben und ein gänzlich neuer Ansatz gewählt wurde. Dies wird von der Beschwerdegegnerin nicht grundsätzlich bestritten. Sie macht jedoch geltend, man habe sich damit immer noch im Rahmen des einheitlichen Auftrags von 1988/89 bewegt. Die Erteilung von Planungsaufträgen werde in den Grundzügen (Schwierigkeitsgrad, Korrekturfaktoren, Rahmenbedingungen etc.) auf der Grundlage der SIA-Ordnung in der Stadt Zürich seit langem über das gesamte Projekt angelegt. Als "definierte Aufgabe" sei somit das Projekt zu verstehen. Der Planungsauftrag werde jedoch in einzelnen Phasen freigegeben. Diese Auftragserteilung entspreche der gängigen Praxis im Planungswesen und der heutigen Praxis im Rahmen der IVöB. Würde jede in Auftrag gegebene Phase als abgeschlossener Auftrag betrachtet, wäre ein öffentlicher Bauträger nach jeder Phase eines Bauvorhabens verpflichtet, die nachfolgenden Leistungen wieder neu auszuschreiben. Dabei wäre der Erbringer der ersten Leistung mit grosser Wahrscheinlichkeit wegen Vorbefassung von der Teilnahme am folgenden Verfahren auszuschliessen. Eine getrennte Behandlung einzelner Auftragschritte würde im Übrigen auch gegen Zivilrecht, wie insbesondere die Urheberrechte der Projektverfassenden und die Vertragsgrundsätze der SIA-Ordnung, verstossen. Diesem Verfahren entsprechend seien die Projektierungsaufträge zwischen 1988 bis 1992 in mehreren Schritten frei gegeben worden. Im Zeitpunkt der Sistierung sei das Projekt keinesfalls abgeschlossen, sondern lediglich aufgeschoben worden. Für diesen Aufschub sei mit den provisorischen Investitionen in die offene Abstellanlage ein klarer Zeithorizont festgelegt worden. Bereits nach sechs Jahren sei die Projektierung wieder aufgenommen worden, was für Bauvorhaben keinen aussergewöhnlich langen Unterbruch darstelle. Zu den Zusatznutzungen seien zwar neue Überlegungen gemacht worden; am grundsätzlichen Ziel, eine Zusatznutzung bzw. mehrere solcher Nutzungen im Einklang mit dem Tramdepot zu verwirklichen, sei jedoch nichts geändert worden. Nach der Sistierung sei der Planungsprozess lediglich fortgesetzt worden. Zu Beginn dieses Prozesses sei das Projekt – auch bezüglich der Zusatznutzungen – noch wesentlich näher beim Projekt von 1992 gewesen, wie die Projektstudie vom 24. Januar 2000 belege. Das vorliegende Resultat sei also nicht aufgrund einer neuen Ausgangslage, sondern aufgrund eines iterativen Prozesses und einer vertieften Bearbeitung der früheren Ergebnisse entstanden. Dem ist entgegenzuhalten, dass Planungs- und Projektierungsaufträge regelmässig für eine im

Voraus definierte Arbeit vergeben werden und mit der Lieferung der bestellten Ergebnisse abgeschlossen sind. Ein darüber hinaus auf unbestimmte Zeit fortdauerndes Vertragsverhältnis für Planungs- oder Projektierungsaufträge im Zusammenhang mit einem konkreten Einzelobjekt ist mit den Zielen des Vergaberechts nicht vereinbar (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB bzw. Art. 1 Abs. 2 der alten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 [aIVöB]) . Es kann nicht im Belieben der Vergabeinstanz liegen, das Vertragsverhältnis mit einzelnen Anbieterinnen auf unbestimmte Zeit anzulegen bzw. fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen (vgl. VGr, 2. November 2000, VB.2000.00136, E. 3c, www.vgrzh.ch; 19. Mai 1999, VB.98.00362/363). Vorliegend ist unbestritten, dass 1991 ein konkretes Vorprojekt vorlag, welches den definierten Auftragsvorgaben entsprach, auf allseitige Zustimmung stiess und letztlich "nur" wegen der momentanen Finanzlage nicht zur Ausführung gelangte. Aus vertraglicher Sicht hatte die Mitbeteiligte ihren Auftrag damit grundsätzlich erfüllt. Von einer Fortsetzung des nämlichen Auftrags könnte aus heutiger Sicht höchstens dann noch gesprochen werden, wenn es dabei im Wesentlichen nach wie vor um das 1992 sistierte Vorhaben ginge. Dies ist aber nach dem Gesagten zumindest hinsichtlich der Zusatznutzung nicht der Fall. Die Beschwerdegegnerin macht zwar geltend, anfangs sei man bei der wieder aufgenommenen Planung auch bezüglich der Zusatznutzung noch wesentlich näher beim Projekt von 1992 gewesen, wie die Projektstudie vom 24. Januar 2000 belege. Dieser Einwand findet indessen keine Stütze in den Akten. Wie aus dem Protokoll der Besprechung vom 7. September 1999 zwischen Vertretern des Hochbauamts und der Mitbeteiligten hervorgeht, war vielmehr von Anfang an klar, dass sich bezüglich der Zusatznutzung die Rahmenbedingungen für eine Überbauung des Areals geändert hatten. Dies namentlich, weil sich Zürich-West zu einem urbanen Stadtteil mit hoher Dichte entwickle, die Hypothekarzinsen gefallen seien und die Baukosten wesentlich niedriger seien als vor zehn Jahren. Aufgrund dieser neuen Rahmenbedingungen solle auf dem Areal eine Überbauung realisiert werden, die zum einen der heutigen Entwicklung in Zürich-West in städtebaulicher/architektonischer Hinsicht Rechnung trage und zum anderen aufgrund der möglichen Überbauungsausnutzung das Projekt auf eine wirtschaftlich tragbare Basis stelle. Demgemäss werde die Mitbeteiligte beauftragt, aufgrund der neuen Ausgangslage ein neues Projekt zu erarbeiten. Angesichts dieser Feststellungen überzeugt es nicht, wenn die Beschwerdegegnerin ausführt, das aktuelle Vorprojekt sei nicht aufgrund einer neuen Ausgangslage, sondern aufgrund eines iterativen Prozesses und einer vertieften Bearbeitung der früheren Ergebnisse entstanden. Sowohl das Besprechungsprotokoll als auch die zitierten Erwägungen im Stadtratsbeschluss vom 8. Januar 2003 belegen, dass die Nachfragesituation hinsichtlich der Zusatznutzung eine andere war und diesbezüglich somit ein Bruch bzw. eine Neuausrichtung der Projektierung erfolgte. Mithin handelt es sich bei dem die Zusatznutzung betreffenden Projektierungsauftrag aus dem Jahr 2003 um einen neuen Auftrag.

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin wendet weiter ein, selbst wenn es sich dabei um einen "unabhängigen" Ergänzungs- oder Folgeauftrag gehandelt hätte, so hätte die zu Beginn der 1990er-Jahre geltende städtische Submissionsverordnung ermöglicht, Ergänzungen zu bereits erteilten Aufträgen aus eindeutigen Rationalisierungsgründen direkt zu vergeben. Dieser Einwand geht fehl. Der fragliche Folgeauftrag datiert, wie gesagt, aus dem Jahr 2003. Seine Vergabe findet ihre rechtliche Grundlage folglich nicht mehr in der städtischen Submissionsverordnung vom 20. Dezember 1989, sondern hatte sich nach den damals

geltenden Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (aIVöB) und der kantonalen Submissionsverordnung (aSubmV) zu richten. Im Übrigen ist fraglich, ob der Auftrag als "Ergänzung zu bereits erteilten Aufträgen" im Sinn von Art. 3 lit. c der Submissionsverordnung der Stadt Zürich vom 20. Dezember 1989 hätte gelten können. Auch nach damaligem Sprachverständnis hätte eine "Ergänzung" wohl einen untergeordneten Teil des Gesamtprojekts betreffen müssen.

E. 5

Nachdem festgestellt wurde, dass der die Zusatznutzung betreffende Projektierungsauftrag aus dem Jahr 2003 den damaligen Vergabevorschriften unterstand, bleibt zu prüfen, ob die entsprechenden Voraussetzungen für seine freihändige Vergabe nach § 11 aSubmV erfüllt waren. Die Beschwerdegegnerin schliesst zwar die Annahme eines Folgeauftrags und damit die Anwendbarkeit von § 11 Abs. 1 aSubmV grundsätzlich aus, macht aber gleichzeitig geltend, dass die streitigen Aufträge an die Mitbeteiligte vergeben werden mussten bzw. dass deren bisherige Leistungen bei einer Auftragserteilung an einen anderen Architekten nutzlos geworden wären. Damit beruft sie sich materiellrechtlich dennoch auf die Ausnahmeregelungen von § 11 Abs. 1 lit. c und f aSubmV.

E. 5.1

Nach § 11 Abs. 1 lit. c aSubmV war eine freihändige Vergabe zulässig, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage kam und es keine angemessene Alternative gab. – Mit Bezug auf den zunächst interessierenden Aspekt der Zusatznutzung wurde das bisherige Projektierungsergebnis wie gesagt aufgegeben und ein neuer Ansatz verfolgt. Urheberrechtliche Gründe für eine freihändige Vergabe können insofern ausgeschlossen werden. Auf die Frage, ob allenfalls urheberrechtliche Gründe im Zusammenhang mit der Projektierung der Tramdepoterweiterung den Ausnahmetatbestand von § 11 Abs. 1 lit. c aSubmV zu begründen vermögen, ist noch zurückzukommen (hinten, E. 5.2.2).

E. 5.2

Nach § 11 Abs. 1 lit. f aSubmV konnte ein Auftrag freihändig vergeben werden, wenn er "zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen" an den ursprünglichen Anbieter vergeben werden musste, "weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist". – Als derartige Vorleistung kommt vorliegend einzig der Projektbereich "Tramdepoterweiterung" bzw. dessen Projektierungsstand im Januar 2003 in Betracht.

E. 5.2.1

Die Beschwerdegegnerin macht zumindest sinngemäss geltend, dass insofern eine "bereits erbrachte Leistung" im Sinn von § 11 Abs. 1 lit. f aSubmV vorliege. Sie führt aus, bei der Ausarbeitung des Vorprojekts von 1993 sei es darum gegangen, auf dem langen und schmalen Grundstück, unter Einbezug des bestehenden denkmalgeschützten Depots, ein Konzept zu entwickeln, welches bezüglich der Abstelllängen eine maximale Nutzung gestatte, einen rationellen und geordneten Betriebsablauf ermögliche und gleichzeitig die heute erforderlichen Manöverfahrten über den verkehrsbelasteten Escher-Wyss-Platz eliminiere. Dem dabei entwickelten Depotbetrieb liege ein neues Konzept zugrunde, welches einen rationellen Einrichtungsbetrieb aufweise. Dies erfordere Gleis- und Strassenanpassungen in der Hardturmstrasse, Gleisanpassungen auf dem Depotgelände,

eine neue Ausfahrtsbeziehung aus dem Depot in Richtung Höngg und eine Dienstgleisverbindung am Escher-Wyss-Platz für Trameinfahrten aus Richtung Höngg. Diese betrieblichen Anforderungen umzusetzen, sei äusserst komplex, da bezüglich der Geometrien einer Gleisanlage sowohl aufgrund der minimal erforderlichen Radien als auch des maximal zulässigen Gefälles enge Grenzen bestünden. Dazu kämen eisenbahntechnische Sicherheitsanforderungen und arbeitsrechtliche Vorgaben für die Depotmitarbeitenden, welche grosse Auswirkungen auf die Depotkonzeption hätten. Nebst dem eigentlichen Depotbetrieb sei sodann auch die Einbindung in das umgebende Stadtgefüge eine komplexe Aufgabe gewesen, welche auf langwierig ausgehandelten Vereinbarungen mit den verschiedenen hoheitlichen Stellen von Stadt und Kanton beruht hätten. Im Wesentlichen sei dabei Folgendes zu berücksichtigen gewesen: Die Verkehrsanbindung des Areals an eine Nationalstrasse 3. Klasse, für welche Kanton und Bund zuständig seien, könne nur über Ausnahmen geregelt werden. Für das nördlich angrenzende Limmatufer seien Konzessions- und wasserrechtliche Bestimmungen zu erfüllen. Die Ufermauer sei baufällig und müsse im Zug des Bauvorhabens erneuert werden. Zudem sei die Aussenabstellanlage als Ruderalfläche im Inventar der Naturobjekte von kommunaler Bedeutung verzeichnet, und im regionalen Richtplan sei die Flussuferverbindung als regionaler Fuss- und Veloweg ausgewiesen. Mit dem Projektstand von 1992 seien all diese konfliktträchtigen Punkte mit den entsprechenden Stellen geklärt und vereinbart gewesen, sodass der Bewilligungsfähigkeit des Projekts auf dieser Ebene nichts entgegengestanden habe. Das bis 1992 ausgearbeitete Projekt sei denn auch seither die Grundlage für sämtliche in diesem Gebiet erfolgten weiteren Projekt- und Planungsentscheide gewesen. So seien unter Berücksichtigung des vorliegenden Depotprojekts folgende Bauprojekte und Planungen umgesetzt worden: "- Sanierung VBZ-Depot, östlicher Teil und Wohnhäuser Hardturmstrasse; - Festlegen der Gewässerabstandslinie entlang der Limmat; - Projektierung des regionalen Fuss- und Velowegs als Steg entlang dem Depot; - Fussgängerbrücke über die Limmat; - Fussgängerdurchgang Hardturmstrasse-Limmat als Anbindung des Gebiets Puls 5; - Gleisprojekt Escher-Wyss-Platz mit Einfahrtsschleife Höngg; - Gebietsentwicklung Zürich-West, Gesamtkonzept." Die bei der Wiederaufnahme der Projektierung in Auftrag gegebene Projektstudie vom Januar 2000 habe sodann bestätigt, dass das Betriebskonzept von 1993 nach wie vor gültig sei und lediglich den neuesten technischen Erkenntnissen angepasst werden müsse. Dabei handle es sich im Übrigen nicht um grundsätzlich neue technische oder betriebliche Erkenntnisse, insbesondere seien die Anforderungen an die neuen Fahrzeuggenerationen bereits 1992 bekannt gewesen. Daneben hätten auch die mit den Ämtern vereinbarten Rahmenbedingungen (betreffend Erschliessung, Nutzungsverflechtung, Einbindung ins Leitbild Zürich-West etc.) weiterhin uneingeschränkt Gültigkeit. Wie sich nachfolgend (E. 5.2.3) zeigt, braucht hierzu nicht abschliessend Stellung genommen zu werden. Es sei aber immerhin angemerkt, dass die Ausführungen zum geltend gemachten Umfang der relevanten Vorleistung nicht restlos überzeugen. So wird im Stadtratsbeschluss vom 16. November 2005 ausgeführt, die beim sistierten Vorprojekt bereits "[...] ausgeklügelte Verknüpfung von Erschliessung der Zusatznutzungen und Abgrenzung zum VBZ-Betrieb [ist] nach wie vor gültig". Dies erstaunt einigermaßen, kann doch eine vor rund 12 Jahren und im Hinblick auf eine ganz andere Zusatznutzung "ausgeklügelte" Verknüpfungslösung heute kaum noch von Bedeutung sein. Andererseits dürfte die neu zu lösende Verknüpfung mit der Zusatznutzung einen wesentlichen Aspekt bei der Projektierung des Depotgeschosses darstellen. Dies kann

jedenfalls aus den weiteren Erwägungen im zitierten Stadtratsbeschluss geschlossen werden, wonach die sehr enge Verbindung mit der aktuellen Zusatznutzung im Erdgeschoss der VBZ bauliche Massnahmen in der Höhe von 21,4 Mio. Franken erfordere, um überhaupt die Voraussetzungen für die Realisierung der Zusatznutzung zu schaffen. Sodann lässt auch die Höhe des am 8. Januar 2003 beschlossenen Projektierungskredits daran zweifeln, dass es beim Tramdepot selbst nur noch um eine Anpassung des Betriebskonzepts von 1993 an die neuesten technischen Erkenntnisse ging. Damals wurde ein Kredit von insgesamt 2,9 Mio. Franken gesprochen, wovon immerhin 1 Mio. Franken auf den Ausbau des Tramdepots entfielen und 1,9 Mio. Franken auf die Zusatznutzung. Sowohl in ihrer absoluten Höhe als auch gemessen an den damals auf 29 Mio. Franken geschätzten Kosten für den Ausbau des Tramdepots (12,5 Mio. Franken VBZ-Depotneubau und 16,5 Mio. Franken VBZ-Betriebseinrichtungen) sprechen diese Projektierungskosten für eine umfangreichere Leistungsbeschaffung, als aufgrund der Darstellung der Beschwerdegegnerin anzunehmen wäre.

E. 5.2.2

Weiter führt die Beschwerdegegnerin aus, gelte es auch zu beachten, dass die Mitbeteiligte im Rahmen des umstrittenen Auftrags ein urheberrechtlich geschütztes Werk geschaffen habe. Aufgrund der genannten konkreten Umstände und Vorgaben stelle die Depotweiterung ein komplexes Vorhaben dar. Die dafür notwendigen Verhandlungen zwischen allen behördlichen Stellen von Bund, Kanton und Stadt sowie die Konsensfindung mit dem Quartier hätten einen enormen Einsatz von allen Beteiligten erfordert und sich in Nuancen von Geometrien und in Kämpfen um weniger als einen Meter bewegt, um alles in ein akzeptiertes Gleichgewicht zu bringen. Auch wenn die Pläne für Aussenstehende schematisch erscheinen möchten, sei darin doch ein wesentlicher planerischer Gehalt ausgedrückt. Dem lässt sich entgegenhalten, dass alle diese örtlichen, betrieblichen, technischen und rechtlichen Vorgaben den planerischen Spielraum bzw. die Lösungsmöglichkeiten erheblich einschränken und man sich daher ernstlich fragen kann, wieweit überhaupt Raum für ein urheberrechtlich geschütztes Werk bleibt. Zum Ausmass bzw. der Dichte der konkreten Vorgaben kann ergänzend auch auf den vorliegenden "Auszug Dokumentation Vorprojekt vom März 2004" verwiesen werden, wo ausgeführt wird (Hervorhebung hinzugefügt): "Ausgangslage zur geplanten Depothalle mit Zusatznutzung als Erweiterung zum renovierten denkmalgeschützten Tramdepot von 1911 bildet das von der VBZ vorgegebene Gleislayout, welches die gesamte bebaubare Grundstückfläche mehrheitlich belegt." Weiter stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit die bisherige Depotplanung auf eine konkrete Zusatznutzung abgestimmt war und damit entweder inzwischen überholt oder – mit Bezug auf die aktuell verfolgte Zusatznutzung – aus urheberrechtlicher Sicht für den Vergabeentscheid im Januar 2003 nicht mehr rechtserheblich sein konnte (vgl. vorn, E. 5.1). Die Fragen nach dem Umfang der konkreten Vorleistung und ihrer allfälligen Werkeigenschaft sind indessen vorliegend nicht von entscheidender Bedeutung. Selbst wenn im behaupteten Umfang von einer bereits erbrachten und allenfalls sogar urheberrechtlich geschützten Leistung ausgegangen würde, wären damit die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe noch nicht erfüllt. Denn es müsste der bereits erbrachten Vorleistung im Verhältnis zur freihändig beschafften Leistung auch das nötige Gewicht zukommen. Wie nachfolgend ausgeführt, ist dies hier nicht der Fall.

E. 5.2.3

§ 11 Abs. 1 aSubmV sah diverse Ausnahmetatbestände vor, die als solche grundsätzlich einschränkend auszulegen sind. Wo die Ausnahmeregelung am Vorhandensein einer bereits erbrachten Leistung anknüpft, sei diese nun urheberrechtlich geschützt (lit. c) oder nicht (lit. f), muss deren Bedeutung in einem vernünftigen Verhältnis zu derjenigen der Folgeleistung stehen. Mit Bezug auf § 11 Abs. 1 lit. f aSubmV ergibt sich dies aus der Beschränkung auf Leistungen zur "Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen". Abgesehen vom hier nicht interessierenden Ersatz einer Leistung geht es demnach um eine Zusatzleistung zu einer in ihrer Bedeutung überwiegenden Hauptleistung. Im Wortlaut von § 11 Abs. 1 lit. c aSubmV wird ein entsprechender Grundsatz zwar nicht ausdrücklich erwähnt. Er entspricht jedoch dem Zweck der Ausnahmeregelung und ergibt sich sinngemäss auch aus der abschliessenden Einschränkung in § 11 Abs. 1 lit. c aSubmV, wonach eine freihändige Vergabe trotz bestehender Urheberrechte nur dann in Frage kommt, wenn es "keine angemessene Alternative" gibt. Eine solche rückt umso mehr in den Vordergrund, je deutlicher die Bedeutung der neuen Leistung gegenüber derjenigen der vorhandenen Leistung überwiegt. Vorliegend kommt dem Projektteil "Zusatznutzung" im Verhältnis zum Projektteil "Tramdepoterweiterung" keineswegs bloss die Bedeutung einer "Ergänzung oder Erweiterung" zu. Dagegen sprechen schon die Dimensionen der fraglichen Baukörper, welche ein deutliches Übergewicht der Zusatznutzung belegen. Ferner bestätigt dies auch ein Blick auf die mutmasslichen Baukosten. Im Stadtratsbeschluss vom 8. Januar 2003 betreffend den Projektkredit für die Ausarbeitung des Vorprojekts wurde von geschätzten Baukosten von total 110 bis 130 Mio. Franken ausgegangen, wovon etwa 80 bis 100 Mio. Franken auf die Zusatznutzung und 29 Mio. Franken auf den Ausbau des Tramdepots entfallen sollen. Dieses geschätzte Kostenverhältnis von 3 : 1 wurde gestützt auf das ausgearbeitete Vorprojekt nicht mehr entscheidend korrigiert. Gemäss Stadtratsbeschluss vom 16. November 2005 betreffend die Erhöhung des Projektierungskredits werden die Anlagekosten nun auf insgesamt 184,7 Mio. Franken geschätzt, wovon 48,1 Mio. Franken zulasten der Verkehrsbetriebe und 136,6 Mio. Franken zulasten der Zusatznutzung bzw. deren Trägerschaft gehen. Mit Blick auf die Ausnahmevoraussetzungen von § 11 Abs. 1 aSubmV ist angesichts dieses Ungleichgewichts ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der allenfalls urheberrechtlich geschützten Vorleistung im Projektteil "Tramdepoterweiterung" und den hinsichtlich der angestrebten Zusatznutzung noch ausstehenden Folgeleistungen festzustellen. Mithin waren vorliegend die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe des Projektierungsauftrags betreffend die Zusatznutzung im Januar 2003 nicht erfüllt. Ob dies auch für den Projektteil "Tramdepoterweiterung" gilt oder ob diesbezüglich allenfalls von einem einheitlichen Auftrag aus dem Jahr 1988 ausgegangen werden dürfte, kann offen bleiben. Gegenstand der vorliegenden Beschwerde bildet, wie erwähnt (vorn, E. 3), die kombinierte Vergabe der beiden Projektteile, wie sie den angefochtenen Stadtratsbeschlüssen vom 8. Januar 2003 und vom 16. November 2005 zugrunde liegt. Sind die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe für einen Projektteil nicht erfüllt, so erweist sich der Vergabeentscheid insgesamt als rechtswidrig. Ausserhalb des Streitgegenstands liegend und daher hier ebenfalls nicht zu entscheiden ist letztlich auch die hypothetische Frage, wie die Rechtslage bei einer allfälligen Abspaltung der Zusatznutzung oder einem generellen Verzicht auf eine solche mit Bezug auf den Projektteil "Tramdepoterweiterung" zu beurteilen wäre.

E. 6

Für den vom Stadtrat am 16. November 2005 beschlossenen neuerlichen Projektierungsauftrag, welcher Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist, kommt eine freihändige Vergabe nur in Frage, wenn er gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. c oder f SubmV als zulässiger Folgeauftrag des früheren Auftrags vom 8. Januar 2003 betrachtet werden kann. Das trifft aus zwei Gründen nicht zu.

E. 6.1

Zum einen ist die Berufung auf die Ausnahmeregeln von § 10 Abs. 1 lit. c und f SubmV nur statthaft, wenn die Vergabe der früher erbrachten Leistung, welche urheberrechtlich geschützt ist oder zu welcher die Austauschbarkeit gewährleistet werden soll, in einem rechtskonformen Verfahren erfolgt ist (vgl. VGr, 9. November 2001, VB.2001.00116, E. 4d, www.vgrzh.ch). Das ist hier, wie vorstehend dargelegt (E. 5.2.3), nicht der Fall.

E. 6.2

Zum andern wäre eine freihändige Vergabe des Projektierungsauftrags gemäss Stadtratsbeschluss vom 16. November 2005 selbst dann nicht zulässig, wenn der Auftrag vom 8. Januar 2003 rechtmässig erteilt worden wäre. Denn auch hier muss wieder gelten, dass der gemäss § 10 Abs. 1 lit. c und f SubmV freihändig zu vergebende Folgeauftrag im Vergleich zum Hauptauftrag, auf den er sich bezieht, von untergeordneter Bedeutung ist (vgl. vorn, E. 5.2.3). Eine Behörde könnte sonst durch die Vergabe eines kleinen Auftrags für eine Studie oder ein Vorprojekt, die allenfalls noch freihändig erfolgen darf, jederzeit erreichen, dass sie anschliessend auch einen grösseren Auftrag, welcher der Weiterführung der begonnenen Projektierung dient, ohne die Einhaltung des erforderlichen Vergabeverfahrens vergeben darf. Das kann nicht der Sinn der Ausnahmebestimmungen von § 10 Abs. 1 lit. c und f SubmV sein. Diese Regeln sind auch dann einzuhalten, wenn eine Projektstudie oder ein Vorprojekt ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstellen und daher nicht ohne Zustimmung des Urhebers als Grundlage für die weitere Projektierung (durch einen andern Bearbeiter) verwendet werden dürfen. Die Vergabebehörde ist gehalten, sich die nötigen urheberrechtlichen Befugnisse aus dem ersten Auftrag vertraglich zu sichern (vgl. Peter Rechsteiner, *Freihändige Vergabe und Urheberrecht*, Baurecht 2002, S. 159), und wenn sie dies versäumt, ist dies kein Grund, sie mit Bezug auf die Vergabe weiterer Leistungen zu privilegieren. Sie riskiert dann vielmehr, dass sie die Vorarbeiten nochmals durchführen lassen muss. Im vorliegenden Fall kann angesichts des Grössenverhältnisses von 2,9 Mio. Franken für den Projektierungsauftrag von 2003 und 9,9 Mio. Franken für den 2005 beantragten Zusatzkredit nicht davon die Rede sein, dass der zweite ein Folgeauftrag untergeordneter Bedeutung sei. Die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe sind daher auch aus diesem Grund nicht erfüllt.

E. 7

Zusammengefasst ergibt sich, dass die gestützt auf den Stadtratsbeschluss Nr. 22 vom 8. Januar 2003 erfolgte Auftragsvergabe rechtswidrig war. Sodann waren auch die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe des vom Stadtrat am 16. November 2005 beschlossenen neuerlichen Projektierungsauftrags nicht erfüllt. Dieser Vergabeentscheid ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Beschwerdegegnerin wird einen allfälligen neuen Auftrag aufgrund seines Auftragswerts im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben haben.

E. 8

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG), und es steht ihr keine Parteientschädigung zu. Dagegen ist sie zur Leistung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 VRG); angemessen sind Fr. 4'000.- (§ 12 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 1997, LS 175.252). Demgemäss entscheidet die Kammer:

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