

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00322 vom 28. September 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-09-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00322

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00322 du 28 septembre 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00322 del 28 settembre 2011

Regeste

Submission | Generalplanerauftrag betreffend Teilinstandsetzung von Kongresshaus und Tonhalle Zürich: Rechtzeitigkeit der Beschwerde; Gewichtung des Preiskriteriums; Ermessensspielraum bei der Bewertung des Kriteriums "Zugang zur Aufgabe". Damit aus einer nachträglichen Publikation des Zuschlags keine Unklarheit entsteht, die aus Gründen des Vertrauensschutzes zu einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs führen kann, empfiehlt es sich, die Verfügung mit einer angepassten Rechtsmittelbelehrung zu versehen, wonach die Beschwerdefrist nur für Betroffene, denen der Entscheid nicht zugestellt wurde, mit der Publikation zu laufen beginnt. Vorliegend fehlte ein entsprechender Hinweis, weshalb die Beschwerdeführerin in guten Treuen annehmen durfte, die Publikation führe auch für sie zu einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs (E. 2). Vorliegend handelt es sich um einen komplexen Vergabegegenstand. Die Bedeutung der Preisunterschiede beim Planerhonorar werden zudem dadurch relativiert, dass sich durch die Vorzüge eines Projekts die in ökonomischer Hinsicht weit stärker ins Gewicht fallenden Baukosten allenfalls erheblich reduzieren lassen (E. 6.3). Die vorgenommene Preisbewertung liegt im Rahmen des der Vergabestelle zustehenden Ermessensspielraums. Wie bei den anderen Kriterien ist auch beim Preis das untere Ende der Notenskala bei einem wirklich "schlechten" Angebot anzusetzen (E. 7.2). Die Vergabeinstanz hat den ihr zustehenden Ermessensspielraum bei der Bewertung des Kriteriums "Zugang zur Aufgabe" nicht rechtsverletzend gehandhabt (E. 9). Insbesondere war die offene Umschreibung der denkmalpflegerischen Rahmenbedingungen gerechtfertigt und den Anbietern bekannt (E. 9.4). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00389, E. 1 mit Hinweisen). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 1.3

des „Ausschreibungsbeschriebs, 2. Phase“ folgende Zuschlagskriterien samt Unterkriterien bekannt gegeben, deren prozentuale Gewichtung den Bewerbern indes erst im Anschluss an die Vergabe eröffnet wurde und sich folgendermassen präsentiert: Zugang zur Aufgabe

80 % - Architektonische Qualität, Umgang mit hochwertiger denkmalgeschützter Bausubstanz - Funktionalität - Nachhaltigkeit/Wirtschaftlichkeit Honorarofferte 20 % - Offertvergleich

E. 2

Der Vergabeentscheid vom 3. Mai 2011 wurde der Beschwerdeführerin mit Begleitschreiben vom 6. Mai 2011 zugestellt und ist dort laut Eingangsstempel am 9. Mai 2011 eingegangen. Am 13. Mai 2011 wurde der Entscheid sodann im Amtsblatt des Kantons Zürich und auf dem elektronischen Informationssystem simap.ch publiziert. Die Beschwerdeführerin reichte ihre Beschwerde am 23. Mai 2011 (Datum des Poststempels) ein. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerde sei verspätet, weil sie nicht innert zehn Tagen nach der Zustellung des Entscheids erhoben worden sei, und beantragt, nicht darauf einzutreten. Beschwerden gegen den Entscheid einer Vergabebehörde sind schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit der Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die Vergabestelle eröffnet Verfügungen durch Zustellung und soweit erforderlich überdies durch Veröffentlichung (§ 38 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Einer Veröffentlichung bedürfen Zuschlagsentscheide im offenen und selektiven Verfahren sowie freihändig erteilte Zuschläge im Anwendungsbereich der staatsvertraglichen Verpflichtungen; die Publikation erfolgt innert 72 Tagen im kantonalen Amtsblatt sowie auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen (§ 35 SubmV). Im Streit liegt die Frage nach dem Beginn der Rechtsmittelfrist bei der Anfechtung von Entscheiden, die auf verschiedenen Wegen (und zu verschiedenen Zeiten) eröffnet wurden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (VGr, 12. Januar 2005, VB.2004.00477, E. 3.5 = RB 2005 Nr. 40 = BEZ 2005 Nr. 23) beginnt die Beschwerdefrist grundsätzlich mit der Zustellung der Verfügung zu laufen, sofern die Rechtsmittelbelehrung in diesem Sinn abgefasst ist. Ob ein Adressat sich gleichwohl auf die nochmalige Eröffnung durch Publikation verlassen darf, beurteilt sich nach Treu und Glauben und hängt vor allem davon ab, wie die dortige Rechtsmittelbelehrung lautet. Damit aus einer nachträglichen Publikation keine Unklarheit entsteht, die aus Gründen des Vertrauensschutzes zu einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs führen kann, empfiehlt es sich daher, die Verfügung mit einer angepassten Rechtsmittelbelehrung zu versehen, wonach die Beschwerdefrist nur für Betroffene, denen der Entscheid nicht zugestellt wurde, mit der Publikation zu laufen beginnt. Vorliegend wurde der individuellen Eröffnung des Vergabeentscheids zwar eine Rechtsmittelbelehrung angefügt, wonach die Beschwerdeerhebung innert 10 Tagen von der Zustellung an gerechnet zu erfolgen habe. Vorab findet sich indes im Text des Begleitschreibens der ausdrückliche Hinweis: „Bitte beachten Sie, dass das Submissionsergebnis am Freitag, 13. Mai 2011, [...] veröffentlicht wird“. In der publizierten Verfügung heisst es sodann, die Beschwerdefrist beginne mit dem Publikationsdatum zu laufen. Eine Einschränkung, wonach dies nur für Betroffene gelte, denen der Entscheid nicht vorgängig zugestellt wurde, fehlt. Unter diesen Umständen durfte die Beschwerdeführerin den ausdrücklichen Hinweis auf die Publikation in guten Treuen dahingehend verstehen, diese führe auch für sie zu einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs. Ihre innert 10 Tagen seit der Publikation eingereichte Beschwerde erweist sich mithin als rechtzeitig.

E. 3

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin zwar das tiefste Angebot eingereicht, belegt damit in der Gesamtbewertung aber lediglich den vierten Platz. Mit ihrer Beschwerde verfolgt sie indes neben der Anwendung einer steileren Preiskurve bei der Preisbewertung auch eine stärkere Gewichtung des Preiskriteriums sowie eine Besserbewertung beim zweiten Zuschlagskriterium, wodurch ihr Angebot in der Gesamtbewertung auf den ersten Platz gehoben werden soll. Falls ihre Rügen begründet sind, hat sie eine realistische Chance auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist. Da sämtliche Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt, die Beschwerdegegnerin sei ihrer Begründungspflicht nicht hinreichend nachgekommen bzw. soweit sie ihre Begründung in der Duplik noch ausgeweitet habe, sei diese verspätet erfolgt und daher unbeachtlich. Der Entscheid über den Zuschlag bedarf einer ausreichenden Begründung (VGr, 28. März 2007, VB.2006.00309, E. 3 mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Aufgrund der Sonderregeln des Vergaberechts ist die Vergabestelle zwar bei der Eröffnung des Zuschlags zunächst nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Art. 13 lit. h IVöB und § 38 Abs. 2 SubmV). Auf Gesuch eines nicht berücksichtigten Anbieters hat sie jedoch gemäss § 38 Abs. 3 SubmV verschiedene Begründungselemente bekannt zu geben, darunter die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (lit. d) und die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots (lit. e). 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. Eine weitere Ergänzung im Rahmen eines vom Gericht angeordneten zweiten Schriftenwechsels ist dagegen grundsätzlich nicht zulässig. Neue Vorbringen sind nach der Beschwerdeantwort nur noch gestattet, soweit diese durch entsprechend ergänzte Vorbringen der Gegenseite veranlasst wurden oder sich auf nachträglich entdeckte erhebliche Tatsachen beziehen (vgl. VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, E. 5d). Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vorab auf die Begründung im gleichzeitig eingereichten „Protokoll Planerwahl / Submissionsergebnis“ vom 3. Mai 2011 verwiesen. Dieses enthält eine Auflistung der relevanten Unterkriterien und nennt in der kriterienbezogenen Bewertung auch die jeweils ausschlaggebenden Merkmale der beurteilten Angebote. Ergänzend wird in der Beschwerdeantwort überdies angeführt, denkmalpflegerisch nicht vertretbar sei auch der Einbau der auf Seite 2 der beschwerdeführerischen Offerte rot markierten Wände, welche asymmetrisch zum Raum jeweils hinter die bestehenden Säulen gestellt würden. Insgesamt wurde dem Begründungserfordernis im Verfahren vor Verwaltungsgericht damit hinreichend Genüge getan. Dies belegt letztlich auch der Detaillierungsgrad der von der Beschwerdeführerin replikando geübten inhaltlichen Kritik an der Beurteilung, welche ihrerseits dann wiederum umfangreiche Entgegnungen der Beschwerdegegnerin auslöste.

Dass mit der Duplik darüber hinaus noch neu Beurteilungskriterien und Bewertungsgründe nachgeschoben worden wären, ist dagegen nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert dargetan. Ihr Einwand, die Duplik enthalte unzulässige neue Vorbringen, erweist sich damit als unbegründet.

E. 5

Ausgeschrieben war vorliegend eine interdisziplinäre Gesamtplanungsleistung, welche die Fachbereiche Architektur (BKP 291), Bauingenieurwesen (BKP 292), Elektroingenieurwesen (BKP 293), Heizungs-/Lüftungs-/Klimatechnik (BKP 294) und Sanitäringenieurwesen (BKP 295) umfasst. Die mittels Präqualifikation ausgewählten Anbieter hatten neben ihrer Honorarofferte unter dem Titel „Zugang zur Aufgabe“ eine Arbeitsprobe einzureichen, welche einen Lösungsvorschlag zur Umsetzung der gewünschten Anpassungen an den Eingangsbereichen von Kongresshaus und Tonhalle zum Gegenstand hatte. Nach § 33 Abs. 1 SubmV erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises (§ 33 Abs. 2 SubmV) zur Anwendung kommt – auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung der Angebote ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten, wobei neben dem Preis insbesondere die folgenden Kriterien berücksichtigt werden können: Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt. Dabei steht ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, wie auch beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei (VGr, 26. Januar 2011, VB.2010.00351, E. 3 mit Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Zuschlagskriterien müssen sodann, um die notwendige Transparenz eines Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB) zu gewährleisten, in den Ausschreibungsunterlagen mit deren Rangordnung oder Gewichtung bekannt gegeben werden (§ 13 Abs. 1 lit. m SubmV). Vorliegend wurden in Ziffer

E. 6

Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen die Auswahl der Zuschlagskriterien oder deren vorschriftsgemässe Publikation in den Ausschreibungsunterlagen. Sie rügt jedoch, die nachträglich eingesetzte Gewichtung des Preiskriteriums mit 20 % sei zu tief. Wie das Bundesgericht im Entscheid BGE 129 I 313 E. 9 (= Praxis 2004 Nr. 64) feststellte, liegt eine auf das Preiskriterium entfallende Quote von 20 % auch für einen komplexen Auftrag an der unteren Grenze des Zulässigen, wenn der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht seines Gehalts entleert werden soll. Ausschlaggebend für die Zulässigkeit der umstrittenen Gewichtung von 20 % ist demnach, ob der streitige Vergabegegenstand als komplex zu qualifizieren ist.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der streitbetreffenden Aufgabe eine erhöhte Komplexität attestiert werden könne. Die ausgeschriebene Teilinstandsetzung umfasse nebst acht „Allgemeinen Massnahmen“ vier Module für das Kongresshaus und drei Module

für die Tonhalle. Die Module seien in der Machbarkeitsstudie vom 1. April 2010 beschrieben und würden dort gestützt auf eine Grobkostenschätzung mit insgesamt Fr. 80 Mio. veranschlagt. Gemessen an den Gesamtkosten handle es sich beim überwiegenden Teil der beschriebenen Aufgaben um reine Instandstellungsarbeiten ausserhalb denkmalpflegerisch heikler Bereiche, welche von vornherein keine erhöhte Komplexität aufwiesen. Soweit denkmalpflegerische Aspekte zu berücksichtigen seien, wie bei der Erneuerung von Kongressaal (Fr. 4,3 Mio.), Grosse Tonhallensaal (Fr. 8,5 Mio.) und Adagio (Fr. 4,6 Mio., Module 9, 13 und 14), bestünden sodann schon weitgehende Vorgaben der Bauherrschaft, was den Gestaltungsspielraum der Zuschlagsempfängerin und damit die Komplexität der Aufgabe auch in diesen Bereichen entsprechend verringere. Dies gelte auch für das unter dem Titel „Zugang zur Aufgabe“ zum Streitgegenstand erhobene Eingangshallenkonzept (Modul 7), welches nur gerade Fr. 0,8 Mio. am Gesamtbudget ausmache und in keiner Weise die Kernaufgabe des Gesamtprojekts repräsentiere. Hinzu komme, dass gemäss Ausschreibungsbeschreibung sogar in diesem Bereich die Ökonomie im Vordergrund stehe, werde doch eine funktionale und räumliche Aufwertung der beiden Eingangsbereiche zu Kongresshaus und Tonhalle mit „minimalen Mitteln“ gewünscht. Wesentliches Vergabekriterium müsse daher letztlich der Preis sein, wobei ein Gewicht von unter 50 % als rechtsverletzend zu qualifizieren sei.

E. 6.2

Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, bei der ausgeschriebenen Planerleistung handle es sich in mehrfacher Hinsicht nicht um eine bloss Standardaufgabe. Das Bearbeitungsobjekt umfasse mit Tonhalle und Kongresshaus zwei Baudenkmäler mit baugeschichtlich vielfältigem und komplexem Hintergrund. Das Erfinden und Einarbeiten materiell geringfügiger, aber künstlerisch und funktional zielführender Projektideen sei aus denkmalpflegerischer Sicht anspruchsvoll und dementsprechend auch in planerischer Hinsicht mit ungewöhnlich hohen Anforderungen verbunden. Hinzu kämen noch die architektonischen und nutzungsspezifischen Besonderheiten, aufgrund derer auch hinsichtlich der dringend nötigen bauphysikalischen Überholung des Gebäudes mit besonderen Problemstellungen zu rechnen sei. So weise z. B. das Dach der Tonhalle eine nicht isolierte, teils offen belüftete Konstruktion auf. Mit der in diesem Bereich erforderlichen neuen Wärmedämmung müsse die Schadensfreiheit der Eisenkonstruktion im sensiblen Übergangsbereich zum Aussenklima gewährleistet werden. Einerseits gelte es, die knappen statischen Reserven der Konstruktion und die bauphysikalischen Erfordernisse zu berücksichtigen, und andererseits dürften die akustischen Qualitäten dieses als Nachhallraum der Tonhalle notwendigen Dachraums nicht negativ beeinflusst werden. All dies erfordere eine über jedes normale Mass hinausgehende Koordination unterschiedlichster Spezialisten.

E. 6.3

Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie die Komplexität des Vergabegegenstands in ein irgendwie geartetes Verhältnis zu den Gesamtbaukosten zu setzen versucht. Eine komplexe Planerleistung wird nicht weniger komplex, nur weil damit allenfalls noch kostenintensivere „Standardarbeiten“ einhergehen. Ebenso wenig überzeugt der Einwand, durch die denkmalpflegerischen Aspekte würde der planerische Gestaltungsspielraum auch in den „denkmalpflegerisch heiklen Bereichen“ von vornherein derart eingeschränkt, dass auch insofern keine komplexe Aufgabe vorliege. Dem lässt sich entgegenhalten, dass eine Vielzahl von Vorgaben eine Aufgabe nicht zwingend

anspruchsloser macht. Hinzu kommt vorliegend, dass die streitbetroffenen Baudenkmäler zwar inventarisiert sind, aber keine formellen Unterschutzstellungsbeschlüsse vorliegen, weshalb auch die denkmalpflegerischen Vorgaben keineswegs so eindeutig sind, wie dies die Beschwerdeführerin darstellt. Die konträren Projektansätze der Anbietenden zur Frage nach Erhalt oder Aufhebung der lateralen Raumgrenzen im Eingangsbereich der Tonhalle machen dies mehr als deutlich (vgl. nachfolgend E. 9.4). Wie die Beschwerdegegnerin sodann zutreffend hervorhebt, ist das Bauobjekt abgesehen von seiner denkmalpflegerischen und kulturellen Bedeutung auch in bautechnischer und nutzungsspezifischer Hinsicht kein Standardobjekt. Es leuchtet ohne Weiteres ein, dass für die umfassende Erneuerung eines solchen Objekts eine ungewöhnliche Breite an Spezialwissen zum Einsatz kommt, was wiederum die Koordinationsleistung des Generalplaners erschwert. Dementsprechend ist vorliegend mit der Beschwerdegegnerin von einem komplexen Vergabegegenstand auszugehen. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten ist nicht ersichtlich, dass bzw. inwiefern die im Ausschreibungsbescrieb für die Honorarberechnung vorgegebenen Faktoren und die weiteren Ausführungen dazu anlässlich der Frage-/Antwort-Runde vom 17. März 2011 diesem Schluss entgegenstehen sollten. Dort heisst es zwar, der für die Architekturleistungen vorgegebene Anpassungsfaktor $r = 0.75$ rühre daher, „dass es sich bei der Bauaufgabe grossmehrheitlich um Instandhaltungsmassnahmen mit entsprechend geringer Eingriffstiefe handelt.“ Im gleichen Zug wird aber auch klargestellt, dass „Erschwernisse für Umbau und Denkmalpflege sowie der Schwierigkeitsgrad [...] mit separaten Korrekturfaktoren berücksichtigt [werden]. Das Produkt der einzelnen Faktoren [ergebe] einen der Aufgabe angemessenen Honorarfaktor“. Zu kurz greift schliesslich auch das Argument der Beschwerdeführerin, wonach gemäss Ausschreibungsbescrieb die Ökonomie im Vordergrund zu stehen habe, werde doch eine funktionale und räumliche Aufwertung der beiden Eingangsbereiche zu Kongresshaus und Tonhalle mit „minimalen Mitteln“ gewünscht. Abgesehen davon, dass mit dieser Vorgabe die Ökonomie nicht über die Aspekte der funktionalen und räumlichen Aufwertung gestellt wurde, geht es dabei offenkundig in erster Linie um die in ökonomischer Hinsicht weit stärker ins Gewicht fallenden Baukosten und nicht um das hier zur Diskussion stehende Planerhonorar. Die vorliegend im Streit liegenden Unterschiede beim Planerhonorar lassen sich sodann noch weiter relativieren, wenn man bedenkt, dass sie durch die Vorzüge eines Projekts gegebenenfalls mehr als wettgemacht werden können. Im Ergebnis spricht der Einwand der Beschwerdeführerin daher eher für als gegen eine tiefere Gewichtung des Preiskriteriums. Zusammenfassend erscheint es demnach als durchaus sachgerecht, den Schwerpunkt der Bewertung auf die qualitativen Aspekte zu legen und den Stellenwert des Auftragspreises mit einem Gewicht von 20 % auf das Minimum zu beschränken.

E. 7.1

Hinsichtlich der Preisbewertung wendet die Beschwerdeführerin ferner ein, die vorgegebene Gewichtung sei unterlaufen worden, indem die von der Bewertungsskala erfasste Preisspanne unrealistisch bzw. unverhältnismässig weit angesetzt worden sei. Sie beruft sich dabei auf die in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts entwickelten Anforderungen an die Bewertung der Angebotspreise. Nach diesen steht der Vergabestelle auch bei dieser Bewertung ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Bewertung muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das vorgegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 5.4; 26. August 2009, VB.2009.00047, E. 4.1 mit Hinweisen). Das bedeutet insbesondere, dass

beim Preiskriterium nur die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 5.4 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen auch Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20 ff.). Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. So ist bei einfachen Bauarbeiten in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen. Wird die Bandbreite erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGr, 8. September 2010, VB.2009.00393, E. 7.2; 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.2).

E. 7.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, nachdem das Verwaltungsgericht in einem Entscheid vom 5. Mai 2006 (VB.2005.00582) eine Preisspanne von 100 % als unrealistisch bezeichnet habe, müsse dies erst recht für die vorliegend von der Beschwerdegegnerin angelegte Preisspanne von rund 180 % gelten. Dieser Einwand beruht auf einem Missverständnis. Die Beschwerdegegnerin hat eine Notenskala von 1 bis 6 angewendet, wobei sie von einer Preisspanne von knapp 80 % und nicht von 180 % ausging. In Zahlen ausgedrückt erhielt das Angebot der Beschwerdeführerin die Bestnote 6, und die schlechteste Note 1 entfiel auf ein um rund Fr. 5'080'000.- bzw. 77 % höheres, imaginäres Angebot. Entsprechend irrelevant sind folglich die Ausführungen der Parteien zur Frage nach der Begründetheit einer über 100 % liegenden Preisspanne. Die effektive Preisspanne zwischen dem tiefsten und der höchsten Honorarofferte liegt sodann bei 38,6 %. Dass die Beschwerdegegnerin einen über der tatsächlichen Spanne von rund 40 % liegenden Wert gewählt hat, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, denn wie bei den andern Kriterien ist auch beim Preis das untere Ende der Notenskala bei einem wirklich "schlechten" Wert anzusetzen (VGr, 5. Mai 2006, VB.2005.00582, E. 5.3; 21. April 2004, VB.2003.00469, E. 2.5 = BEZ 2004 Nr. 34 = ZBl 105/2004, S. 384). Für die Wahl einer flacheren Preiskurve spricht aber auch, dass vorliegend von einem komplexen Vergabegegenstand auszugehen ist (vgl. E. 6.3) und zudem die Möglichkeit besteht, dass die Differenzen beim Planerhonorar durch finanzielle Vorzüge des Ausführungsprojekts wiederum kompensiert werden. Angesichts dessen erweist sich die von der Beschwerdegegnerin angelegte Preisspanne von knapp 80 % als vertretbar bzw. bleibt sie damit jedenfalls im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums.

E. 8

Wie sich aus der Vergleichstabelle „Protokoll Planerwahl / Submissionsergebnis“ ergibt, liegt die Beschwerdeführerin (Note 3,5) beim vorrangigen Kriterium „Zugang zur Aufgabe“ um zwei Noten hinter der Mitbeteiligten (Note 5,5) und eineinhalb Noten hinter der zweitplatzierten Anbieterin (Note 5). Ohne die von der Beschwerdeführerin verfochtenen Korrekturen bei der Preisbewertung und -gewichtung müsste sie beim verbleibenden Zuschlagskriterium „Zugang zur Aufgabe“ eine um über 110 Punkte bessere Bewertung erzielen, um auf den 1. Platz vorzurücken. Da bei diesem Kriterium eine Abstufung in halben Noten gewählt wurde, was von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet wird, bedeutet das eine notwendige Aufwertung um 1,5 Noten auf die Note 5. Anzumerken ist, dass dies auch der Fall wäre, wenn dem Antrag der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Anwendung einer steileren Preiskurve entsprochen und auf die effektive Preisspanne von 38,6 % abgestellt würde. Wie sich aus der nachstehenden Tabelle ergibt, würde dann zwar

die Aufbesserung um eine Note (bzw. 80 Punkte) ausreichen, um die Mitbeteiligte zu überholen. Um die dank der steileren Preiskurve auf den 1. Platz vorrückende bisherige Zweitplatzierte zu überholen, müsste die Beschwerdeführerin indes auch in diesem Fall beim Zuschlagskriterium „Zugang zur Aufgabe“ mehr als 80 Punkte zulegen und dementsprechend die Note 5 erreichen. Honorar in CHF Note ZK 2 Wert 20 % Note ZK 1 Wert 80 % Gesamt-punktzahl Beschwerdeführerin 6'578'800 6,0 120 3,5 280 400 Zweitplatzierte 7'385'500 4,4 88 5,0 400 488 Drittplatzierte 6'876'100 5,4 108 4,0 320 428 Mitbeteiligte 9'118'800 1,0 20 5,5 440 460

E. 9.1

Unter dem Titel „Zugang zur Aufgabe“ hatten die Anbietenden einen Vorschlag zur Umgestaltung der Eingangsbereiche von Kongresshaus und Tonhalle einzureichen. Wie die Beschwerdegegnerin ausführt, ging es ihr darum, anhand einer signifikanten Teilaufgabe eine Arbeitsprobe für die geforderte planerische Syntheseleistung zu erhalten, anhand welcher die gestalterische und entwerferische Kompetenz der Anbieter, aber auch ihr Verständnis für die Nutzeransprüche, für den denkmalgeschützten Bestand und die Angemessenheit der eingesetzten Mittel beurteilt werden konnten. Dieser Ansatz erscheint durchaus sachgerecht und überzeugend, trifft er doch den Kernbereich der streitigen Vergabe. Es vermag denn auch nicht zu überzeugen, wenn die Beschwerdeführerin moniert, das zur Arbeitsprobe erhobene Eingangshallenkonzept (Modul 7) mache nur gerade Fr. 0,8 Mio. des Gesamtbudgets aus und repräsentiere in keiner Weise die Kernaufgabe des Gesamtprojekts. Sie verkennt dabei, dass rein monetäre Überlegungen, wie schon bei der Frage der Komplexität eines Auftrags, so auch bei derjenigen nach dessen Kern- oder Schlüsselbereich, nicht im Vordergrund stehen.

E. 9.2

Die Bewertung beim Zuschlagskriterium „Zugang zur Aufgabe“ erfolgte anhand der Unterkriterien „Architektonische Qualität/Umgang mit hochwertiger denkmalgeschützter Bausubstanz“, „Funktionalität“ und „Nachhaltigkeit/Wirtschaftlichkeit“, wobei das Kriterium "Funktionalität" neben der Bewertung durch das Beurteilungsgremium zusätzlich einer Beurteilung der Gebäudetechnik und der Statik, das Kriterium „Nachhaltigkeit/Wirtschaftlichkeit“ einer solchen der Gebäudetechnik unterzogen wurde. Die Bewertung bestand in einer Gesamtnote, eine Aufschlüsselung nach Unterkriterien erfolgte nicht. Dieser Umstand wird von der Beschwerdeführerin indes nicht beanstandet. Sie rügt aber, beim Unterkriterium „Wirtschaftlichkeit/Nachhaltigkeit“ sei offenbar nur darauf abgestellt worden, ob dieser Aspekt überhaupt thematisiert worden sei; eine eigentliche Bewertung habe nicht stattgefunden. Die Beschwerdegegnerin bestätigt, dass man sich bei dieser Bewertung bewusst knapp gehalten habe, weil die eingereichten Arbeiten kaum verwertbare Aussagen enthalten hätten. Gemäss den Vorgaben im Ausschreibungsbescheid hatten die Anbieter lediglich Lösungsvorschläge im Sinn von Projektskizzen einzureichen – ausgearbeitete Projektvorschläge waren ausdrücklich nicht verlangt. Es erstaunt daher nicht, dass auf der Grundlage der eingegangenen Vorschläge kaum verbindliche Aussagen zur Nachhaltigkeit gemacht werden konnten. Entsprechendes gilt auch hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin ebenfalls aufgegriffenen Aspekts des Brandschutzes, bei welchem die Beschwerdegegnerin ihre Prüfung in vertretbarer Weise darauf beschränkte, ob brandschutztechnische Trennungen zwischen Kongresshaus und Tonhalle gewährleistet sowie eine entsprechende Abtrennung des neuen Shopbereichs ersichtlich sei. Bezüglich der von der Beschwerdeführerin im Weiteren aufgegriffenen

Beurteilung der Baustatik weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass man sich hier zum Teil auf Annahmen stütze, welche erst noch durch Vermessungen und Sondierungen am Gebäude zu verifizieren seien. Man gehe aber davon aus, dass der Grossteil der aus statischen Gründen notwendig werdenden Massnahmen andere Gebäudebereiche betreffen werde, nicht den zur Beurteilung stehenden Eingangsbereich. Dieser Aussage wird seitens der Beschwerdeführerin nicht substantiiert entgegengetreten. Sie beschränkt sich auf die Anmerkung, man müsse sich fragen, wieso die Statik im Planerwahlprotokoll eine eigene Spalte habe, wenn es sich dabei um einen irrelevanten Nebenschauplatz handle. Wie viel Sinn die fragliche Bewertung auf der Basis „mit grosser Wahrscheinlichkeit“ und „voraussichtlich notwendig“ tatsächlich macht, mag dahingestellt bleiben. Ausschlaggebend ist, dass die Beschwerdegegnerin den fraglichen Unterkriterien erklärermassen höchstens eine untergeordnete Bedeutung beigemessen hat. Dass sie sich mit dieser Gewichtung im Rahmen des Vertretbaren bewegt, blieb unbestritten. Es ist denn auch weder dargetan noch ersichtlich, dass bezüglich der jeweiligen Bewertungen überhaupt ein relevantes Auf- oder Abwertungspotenzial besteht; der Frage nach ihrer Rechtmässigkeit ist unter diesen Umständen nicht weiter nachzugehen.

E. 9.3

Zum Unterkriterium „Funktionalität“ macht die Beschwerdeführerin geltend, das Beurteilungsgremium bemängle bei ihrem Vorschlag in erster Linie die beiden langgezogenen Tresen, was aber weniger ein funktionales als ein optisches Kriterium darstelle. Auch sei zum Projekt der Mitbeteiligten zu sagen, dass der Bereich hinter dem Shop derart eng ausfalle, dass er funktional gegenüber dem heutigen Zustand eher ab- als aufgewertet werde. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, bei der Mitbeteiligten würden durch die Vernetzung der internen Arbeitsplätze mit der möglichen Bedienung von Kasse bzw. Musikalien-Shop sowohl die Arbeitsplätze funktional als auch der Raum in seinem Öffentlichkeitsgrad aufgewertet. Auch kläre die Anordnung der Arbeitsplätze an der Fensterfassade das Verhältnis von Verkehrsfläche zu ruhiger Arbeitszone. Die Büroarbeitsplätze seien richtigerweise quer zu den Fenstern angeordnet. Im Brüstungsbereich sowie zwischen den Arbeitstischen seien genügend Regalflächen vorgesehen. Demgegenüber bringe die Anordnung der Arbeitsplätze bei der Beschwerdeführerin in der Mitte der Raumschicht nur Nachteile. Das Verhältnis von Verkehrsfläche zu Arbeitsfläche sei verwässert, was ein ungestörtes Arbeiten verunmögliche. Zwei brusthohe Regale böten zu wenig Staufläche und das Platzieren weiterer Möbel sei angesichts der engen Platzverhältnisse nicht möglich. Unglücklich sei im Übrigen auch die Anordnung der Arbeitsplätze längs zu den Fenstern, weil Reflexionen auf den Bildschirmen zu erwarten seien. Diesen differenzierten und nachvollziehbaren Ausführungen tritt die Beschwerdeführerin in der Tripplik nicht mehr substantiiert entgegen. Ihrer ursprünglichen Kritik lässt sich sodann entgegenhalten, dass die Fragen nach der räumlichen oder funktionellen Qualität einer Massnahme, wie auch die rein gestalterischen Wertungen, klassische Ermessensentscheide darstellen. Vorliegend ist aber weder dargetan noch ersichtlich, dass die entsprechende Ermessensausübung rechtsverletzend erfolgt wäre.

E. 9.4

Auch der Bereich „Architektur/Denkmalpflege“ beruht zu einem erheblichen Teil auf gestalterischen Wertungen. Soweit der Beschwerdegegnerin bei der entsprechenden Bewertung denn überhaupt eine rechtsverletzende Ermessensausübung vorgeworfen werden könnte, käme dafür nur der Teilaspekt „Denkmalpflege“ infrage. Diesbezüglich

rügt die Beschwerdeführerin, es werde ihr fehlende Sensibilität gegenüber dem geschützten Bestand vorgeworfen, weil sie die Aufhebung der lateralen Raumgrenzen (Ausfachung/Stützen) im Eingangsbereich der Tonhalle und damit eine Rückführung in den Originalzustand von 1895 vorschlage. Für die Beschwerdegegnerin sei der Erhalt dieser lateralen Raumgrenzen offenbar zentral. Dass sie den 1939 von den Architekten „Haefeli Moser Steiger“ vorgenommenen Umgestaltungen damit eine höhere denkmalpflegerische Bedeutung beimesse, sei aber mangels eines formellen Unterschutzstellungsbeschlusses weder unumstösslich noch für die Anbietenden vorhersehbar gewesen. Neben der Beschwerdeführerin haben noch vier weitere Mitbewerberinnen die Aufhebung der lateralen Raumgrenzen im Eingangsbereich der Tonhalle vorgeschlagen. Bei diesen fünf Bewerberinnen lagen die Benotungen im Bereich zwischen 3 und 4. Die beiden verbleibenden Anbieterinnen erzielten demgegenüber die Noten 5 und 5,5. Das Ausmass einer möglichen Besserbenotung liegt damit durchaus in dem für die Beschwerdeführerin entscheidenden Bereich von 1,5 Noten. Mithin bleibt die Frage, ob die Beschwerdegegnerin die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Rückführung der Tonhalle in den Zustand von 1895 aus denkmalpflegerischer Sicht ausschliessen durfte und ob dies gegebenenfalls deutlicher hätte kommuniziert werden müssen.

E. 9.4.1

Die Beschwerdegegnerin stützt sich bei ihrer Wertung auf die Meinung des im Planerwahlgremium Einsitz nehmenden Mitglieds der kantonalen Denkmalpflege und auf die im Rahmen der Machbarkeitsstudie vom 1. April 2010 bei der Kantonalen Denkmalpflege getroffenen Abklärungen zu den denkmalpflegerischen Rahmenbedingungen einer Erneuerung. Letztere wurden mit unverändertem Wortlaut in den Ausschreibungsbeschrieb übernommen. Konkrete Aussagen zur Schutzwürdigkeit einzelner Bauteile werden darin keine gemacht, weder positiv noch negativ. Immerhin wird damit zumindest implizit die Qualität des bestehenden Gebäudes zum Ausdruck gebracht. Zur Umgestaltung der Architekten „Haefeli Moser Steiger“ aus den Jahren 1937–39 heisst es sodann: „Alt- und Neubau [seien] formal zu einer qualitätsvollen neuen Einheit zusammenkomponiert worden“. Daraus muss zwar nicht zwingend geschlossen werden, der Erhalt der mit der Umgestaltung verbundenen Massnahmen am Baudenkmal Tonhalle sei in jedem Fall einem Rückbau in den Originalzustand von 1895 vorzuziehen. Dasselbe gilt aber auch für den gegenteiligen Schluss. Für die von der Beschwerdegegnerin getroffene Wertung bedeutet dies, dass es sich wiederum um einen Ermessensentscheid handelt, mit dem sie sich vorliegend im Rahmen des Vertretbaren bewegt.

E. 9.4.2

Im Weiteren kann auch nicht gesagt werden, bei den Anbietern sei insofern eine andere Erwartung geweckt worden. Die offene Umschreibung der denkmalpflegerischen Rahmenbedingungen war ihnen aus dem Ausschreibungsbeschrieb genauso bekannt wie der Umstand, dass kein formeller Unterschutzstellungsbeschluss mit detaillierten Schutzvorgaben existiert. Sodann wurde im Rahmen der Fragerunde vom 17. März 2011 die Frage gestellt: „Können die Seitenwände im Tonhallenfoyer innerhalb der Rundbögen (Holzelemente inkl. Spiegelement) rückgebaut werden, oder gibt es Restriktionen bezüglich Denkmalschutzes?“. Die Antwort lautete: „Die Teilnehmenden der 2. Phase sind im Rahmen der Aufgabenstellung ‚Zugang zur Aufgabe‘ grundsätzlich frei in der Wahl ihrer Mittel und der Bestimmung der Eingriffstiefe“. Damit blieben die Vorgaben betont offen und die Bewertung der Lösungsvorschläge in erkennbarer Weise ins Ermessen der

Vergabebehörde gestellt. Ob die zuständige Denkmalpflegebehörde oder auch allfällige Rekursberechtigte Heimatschutzverbände dereinst ein anderes „denkmalpflegerische Sensorium“ haben könnten, ist für das vorliegende Verfahren unerheblich. Hier geht es nicht um die definitive Unterschutzstellung der Baudenkmäler, sondern um die ins breite Ermessen der Vergabebehörde gestellte Umschreibung der Ausschreibungsvorgaben (vgl. RB 1999 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 15 E. 4b).

E. 9.4.3

Die Offenheit der Ausschreibungsvorgaben ist unter den vorliegenden Umständen nicht zu beanstanden. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass für die Vergabebehörde schon vor der Auswertung der Offerten feststand, dass die lateralen Raumgrenzen aus denkmalpflegerischen Gründen nicht aufgehoben werden sollten. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde somit auch in diesem Punkt als unbegründet. Sie ist daher insgesamt abzuweisen.

E. 10

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu. Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort weitgehend die ihr ohnehin obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Angemessen sind Fr. 1'500.-.

E. 11

Da der Wert des strittigen Auftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 11. Juni 2010 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011; SR 172.056.12), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG; BGE 134 II 192 E. 1.2; BGr, 11. März 2009, 2C_634/2008, E. 1.1). Andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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