

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00861 vom 12. Juni 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-06-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00861](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00861)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00861 du 12 juin 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00861 del 12 giugno 2013

## Regeste

Submission | Projektwettbewerb für Erweiterung/Neubau Primarschulhaus: Vergabe aufgrund einer einstimmigen Empfehlung des Preisgerichts an das Planungsteam des erstrangierten Projekts, obwohl dieses infolge Verstosses gegen die Bauvorschriften von der Preiserteilung ausgeschlossen worden war. Die Jury durfte Wettbewerbsbeiträge, welche gegen wesentliche Programmbestimmungen verstossen, zwar mit einem Ankauf auszeichnen, nicht aber zur Weiterbearbeitung empfehlen. Vorliegend hält der Hauptbau den Grenzabstand zur östlichen Nachbarparzelle nicht ein. Zum einen handelt es sich dabei um einen Verstoss gegen die einzige im Programm ausdrücklich als "zwingend" bezeichnete Vorgabe. Zum andern erreicht die streitige Abstandsverletzung ein Ausmass, welches die Grenze der Geringfügigkeit deutlich überschreitet. Je nach Parteistandpunkt ragt das dreigeschossige Hauptgebäude auf einer Länge von rund 20 m und einer Breite von 2 m bzw. 3,5 m in den Abstandsbereich, was die Qualifikation als wesentlicher Verstoss in jedem Fall begründet erscheinen lässt. Die Rangierung des Wettbewerbsbeitrags der Mitbeteiligten wäre somit auch bei einer uneingeschränkten Übernahme der Regelung gemäss SIA 142 als unzulässig zu werten (E. 4.2.2). Gutheissung

## Erwägungen

### E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weiter gezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 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 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 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### E. 2

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; § 21 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend wurde der

Wettbewerbsbeitrag der Beschwerdeführerinnen vom Preisgericht mit dem 2. Rang/1. Preis ausgezeichnet. Vermögen sie mit ihren Einwänden gegen die Berücksichtigung des den 1. Rang einnehmenden Projekts der Mitbeteiligten durchzudringen, haben sie folglich eine realistische Chance mit ihrem eigenen Projekt zum Zug zu kommen, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist.

### **E. 3**

Gemäss § 10 Abs. 1 lit. i der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) ist eine freihändige Vergabe zulässig, wenn die Vergabestelle im Voraus die Absicht bekannt gegeben hat, den Vertrag auf Grund der Beurteilung durch ein unabhängiges Preisgericht mit der Gewinnerin oder dem Gewinner eines Planungs- oder Gesamleistungswettbewerbs abzuschliessen. Ferner wird ausdrücklich vorausgesetzt, dass der durchgeführte Wettbewerb den Grundsätzen des Beitrittsgesetzes und der Submissionsverordnung entspricht. Dazu gehören insbesondere das Transparenzgebot sowie die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Wettbewerbsteilnehmer und einer unparteiischen Vergabe. Vorliegend wurde ein unter den Begriff des Planungswettbewerbs zu subsumierender Projektwettbewerb durchgeführt und in Aussicht gestellt, die weitere Bearbeitung der Bauaufgabe dem Gesamtplanersteam des vom Preisgericht vorgeschlagenen Siegerprojektes zu vergeben. Vorbehalten blieb eine Einigung über das Honorar und die Kreditfreigabe seitens der Gemeinde. Weiter wurde im Wettbewerbsprogramm vom 8. Mai 2012 statuiert, subsidiär zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und der kantonalen Submissionsverordnung gelange die SIA-Ordnung 142 (Ausgabe 2009) zur Anwendung. Ferner wurde unter dem Titel „Randbedingungen“ festgehalten: "Zwingend einzuhalten sind die kommunalen und kantonalen Bauvorschriften. Unterschreitungen des gesetzlichen Gebäudeabstandes gegenüber Dritten sind nicht erlaubt." Vergeben wurde der Folgeauftrag sodann aufgrund einer einstimmigen Empfehlung des Preisgerichts an das Planungsteam des erstrangierten Projekts, welches infolge Verstosses gegen die Bauvorschriften von der Preiserteilung ausgeschlossen worden war. Begründet wurde dieser Entscheid mit einem Verweis auf Art. 22 Abs. 2 und 3 der SIA-Ordnung 142/2009, wonach programmwidrige Beiträge, sofern sie „angekauft“ werden, dennoch unter bestimmten Voraussetzungen auf dem ersten Platz rangiert und auch zur Weiterbearbeitung empfohlen werden dürfen. Die Beschwerdeführerinnen erachten dieses Vorgehen in mehrfacher Hinsicht als unzulässig. Zum einen seien vorliegend noch nicht einmal die Voraussetzungen der angerufenen SIA-Ordnung 142/2009 für die Rangierung angekaufter Beiträge erfüllt. Darüber hinaus sei es mit den vorrangigen submissionsrechtlichen Grundsätzen aber ohnehin nicht vereinbar, wenn als zwingend erklärte Rahmenbedingungen zugunsten einzelner Anbieter nachträglich quasi ausser Kraft gesetzt würden.

### **E. 4**

Ein auf der SIA-Ordnung 142/2009 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 § 10 Abs. 1 lit. i SubmV dienen (vgl. VGr, 28. Januar 2004, VB.2003.00234, auch zum Folgenden). 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. Letzteres ist vorliegend der Fall. Das den 1. Rang belegende Projekt der Mitbeteiligten erhielt keinen Preis zugesprochen, wurde aber mit dem 1. Ankauf ausgezeichnet. Beim Ankauf handelt es sich um eine Auszeichnung für Beiträge, die zwar hervorragende Lösungsansätze aufzeigen, von der Preiserteilung aber ausgeschlossen werden müssen, weil sie gegen wesentliche Rahmenbedingungen verstossen (vgl. Kommission SIA 142/143, Wegleitung zum Ankauf 142i–404d ).

#### **E. 4.1**

Beim Instrument des Ankaufs ist zu unterscheiden zwischen dem Ankauf ohne Empfehlung zur Weiterbearbeitung und dem Ankauf mit einer solchen Empfehlung. Ohne gleichzeitige Empfehlung zur Weiterbearbeitung beschränkt sich der Ankauf auf den Vergütungsaspekt und wirft ansonsten keine weiteren Fragen auf. „Problematisch“ wird es erst, wenn der Ankauf verbunden mit der Empfehlung zur Weiterbearbeitung zum Wettbewerbssieger gekürt werden soll. Diesfalls stellt sich die Frage, ob ein solches Wettbewerbsergebnis mit den vorrangigen Grundsätzen des anwendbaren Vergaberechts über Zulässigkeit und Ausschluss von Angeboten (bzw. Beiträgen) vereinbar ist. Gemäss Art. 22 Abs. 3 SIA 142/2009 können angekaufte Wettbewerbsbeiträge unter folgenden Voraussetzungen durch das Preisgericht rangiert und auch zur Weiterbearbeitung empfohlen werden: a) ausdrückliche Festlegung dieser Möglichkeit im Programm sowie b) ein Entscheid mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der Stimmen der Jury und die Zustimmung aller Vertreter des Auftraggebers. Das Vergaberecht des Bundes führt in Art. 52 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes vom 11. Dezember 1995 (VöB) eine analoge Bestimmung, welche sich lediglich hinsichtlich des Abstimmungsquorums (Einstimmigkeit) von der vorstehenden Regelung unterscheidet. Im Gegensatz zur Regelung auf Bundesstufe findet sich im Zürcher Vergaberecht keine Bestimmung, welche in Anlehnung an Art. 22 Abs. 3 SIA 142/2009 die Rangierung eines angekauften Wettbewerbsbeitrags vorsieht. Die Beschwerdeführerinnen erachten die Rangierung von Ankäufen, welche sich einzig auf die subsidiäre Anwendung der SIA-Ordnung stützt, von vornherein als unzulässig. Sie berufen sich dabei auf einen Entscheid des St. Galler Verwaltungsgerichts vom 14. Oktober 2010 (VGer SG B 2010/156; Martin Beyeler/Hubert Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010–2012, in Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 154 Ziff. 195). Demnach räumt das St. Galler Vergaberecht – entsprechend der Zürcher Regelung in § 10 Abs. 1 lit. i SubmV – privaten Regelwerken wie der genannten SIA Ordnung nur Geltung ein, soweit sie dem öffentlichen Recht nicht widersprechen. Basierend darauf kam das Verwaltungsgericht St. Gallen zum Schluss, die Berücksichtigung von Beiträgen, die wesentliche und zudem als "zwingend" bezeichnete inhaltlich Vorgaben verletzen, verstosse gegen das übergeordnete Vergaberecht, sodass den Art. 22 Abs. 2 und 3 SIA-142/2009 insofern keine Bedeutung zukommen könne. Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass die einseitige nachträgliche "Aufweichung" wesentlicher Rahmenbedingungen dem Gleichbehandlungs- und dem Transparenzgebot zuwider läuft. Dennoch vertritt sie den Standpunkt, die Missachtung dieser zentralen vergaberechtlichen Grundsätze lasse sich mit dem gegenteiligen Vorbehalt in § 10 Abs. 1 lit. i SubmV vereinbaren. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung von Bundesverwaltungs- und Bundesgericht zur bundesrechtlichen Regelung in Art. 52 Abs. 2

VöB. Nachdem das hier anwendbare kantonale Recht aber wie gesagt keine entsprechende Bestimmung kennt, kann die angerufene Rechtsprechung indes kaum als einschlägig gewertet werden. Der Frage nach der Vereinbarkeit der Rangierung programmwidriger Beiträge nach SIA 142/2009 mit dem übergeordneten Vergaberecht braucht im vorliegenden Fall jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden, sollte sich nämlich zeigen, dass die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Berücksichtigung des angekauften Beitrags nach SIA 142/2009 (und Art. 52 Abs. 2 VöB) ohnehin nicht erfüllt wären.

## **E. 4.2**

Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass die Möglichkeit, programmwidrige Beiträge zu rangieren, im vorliegenden Wettbewerbsprogramm nicht ausdrücklich festgelegt wurde. Sie wendet aber ein, immerhin sei das Institut des Ankaufs ausdrücklich erwähnt. Sodann weise auch das Projekt der Beschwerdeführerinnen gewisse Programmwidrigkeiten auf – ein Umstand, welcher den Beschwerdeführerinnen zweifellos bewusst gewesen sei. Einen solchen Beitrag reiche nur ein, wer selber darauf vertraue, der Zuschlag könne über das Instrument des Ankaufs auch an qualifiziert programmwidrige Beiträge erteilt werden. Die Rüge, wonach die Möglichkeit der Rangierung von angekauften Beiträgen im Wettbewerbsprogramm nicht ausdrücklich vorgesehen und daher von vornherein unzulässig sei, erweise sich daher als verspätet, jedenfalls aber als treuwidrig.

### **E. 4.2.1**

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Sie lässt nicht nur die massgebliche Unterscheidung zwischen Ankauf einerseits und Ankauf mit Rangierung und Empfehlung zur Weiterbearbeitung andererseits ausser Acht, sondern auch die Tatsache, dass der Beitrag der Beschwerdeführerinnen vom Preisgericht mit dem 1. Preis ausgezeichnet und damit eindeutig als programmkonform qualifiziert worden ist. Vor diesem Hintergrund sind die gegen die Rangierung des 1. Ankaufs erhobenen Rügen der Beschwerdeführerinnen weder verspätet noch treuwidrig.

### **E. 4.2.2**

Den Beschwerdeführerinnen ist sodann auch in der Sache beizupflichten. Mangels ausdrücklicher Festlegung im Wettbewerbsprogramm sind die Voraussetzungen für die Rangierung eines angekauften Beitrags gemäss Art. 22 Abs. 3 SIA 142/2009 vorliegend nicht erfüllt. Mithin durfte die Jury Wettbewerbsbeiträge, welche gegen wesentliche Programmbestimmungen verstossen, zwar mit einem Ankauf auszeichnen, nicht aber zur Weiterbearbeitung empfehlen (vgl. Kommission SIA 142/143, Wegleitung zum Ankauf 142i–404d). Vorliegend hat die Jury in ihrem Bericht vom 26. September 2012 festgestellt, das Projekt "J" der Mitbeteiligten werde „aufgrund von Verstössen gegen das Baurecht von der Preiserteilung ausgeschlossen“. Konkret geht es darum, dass der Hauptbau den Grenzabstand zur östlichen Nachbarparzelle Kat.Nr. 01 nicht einhält. Dass die Jury dies als wesentliche Programmwidrigkeit wertete, wird von keiner Seite in Frage gestellt und ist auch nicht zu beanstanden. Zum einen handelt es sich um einen Verstoss gegen die einzige im Programm ausdrücklich als „zwingend“ bezeichnete Vorgabe. Selbst beim Vorliegen einer Festlegung gemäss Art. 22 Abs. 3 SIA 142/2009 könnte man sich daher fragen, ob eine im nämlichen Wettbewerbsprogramm als "zwingend" bezeichnete Vorgabe, die Ermächtigung zur Rangierung abweichender Beiträge nicht punktuell wiederum aufhebt. Zum andern erreicht die streitige Abstandsverletzung ein Ausmass, welches die Grenze der Geringfügigkeit deutlich überschreitet. Je nach Parteistandpunkt ragt das dreigeschossige

Hauptgebäude auf einer Länge von rund 20 m und einer Breite von 2 m bzw. 3,5 m in den Abstandsbereich, was die Qualifikation als wesentlicher Verstoss in jedem Fall begründet erscheinen lässt. Die Rangierung des Wettbewerbsbeitrags der Mitbeteiligten wäre somit auch bei einer uneingeschränkten Übernahme der Regelung gemäss SIA 142 als unzulässig zu werten. Entgegen dem beschwerdegegnerischen Dafürhalten vermag daran auch die Feststellung der Jury nichts zu ändern, wonach die fragliche Abstandsverletzung „über eine volumetrische Korrektur“ oder die Gewährung eines Näherbaurechts „zu regeln“ wäre. Dabei geht es um die Realisierbarkeit des Projekts und damit um eine Frage, welche sich bei Beiträgen, die nach Gesetz oder Programm gar nicht berücksichtigt werden dürfen, letztlich erübrigt.

#### **E. 5**

Zusammenfassend beruht der Zuschlag an die Mitbeteiligte demnach auf einem rechtswidrigen Wettbewerbsergebnis und ist er daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Hebt das Gericht den angefochtenen Zuschlag auf, so hat es die Möglichkeit selber einen neuen Zuschlag zu erteilen oder die Sache, wenn weitere Abklärungen oder Ermessensentscheide erforderlich sind, an die Vergabestelle zurückzuweisen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch selbst dann nicht selber; wenn der neue Zuschlagsempfänger feststeht, vielmehr ist die Sache mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33). Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, mit dem Ausscheiden der Mitbeteiligten rücke ihr eigenes Angebot auf den 1. Rang vor, weshalb der Zuschlag nunmehr an sie zu erteilen sei. Diese im Submissionsverfahren übliche Konsequenz erfährt bei Vergaben auf der Grundlage eines Wettbewerbs indes eine Einschränkung. Selbst wenn der Wettbewerbsgewinner aufgrund des Juryentscheids eindeutig feststeht bzw. feststellbar ist, muss diesem nicht in jedem Fall ein Auftrag erteilt werden; die Bindung der Vergabebehörde an den Entscheid der Jury ist in erster Linie eine negative, indem es ihr versagt ist, die freihändige Vergabe an einen andern Anbieter als den Gewinner vorzunehmen (VGr, 28. Januar 2004, VB.2003.00234, E. 2.1 und 2.3; vgl. VGr, 12. März 2003, BEZ 2003 Nr. 26 E. 2c). Ausgeschlossen ist dementsprechend auch eine die Zuschlagserteilung erzwingende gerichtliche Weisung an die Vorinstanz. Mithin muss es im vorliegenden Fall mit der Aufhebung des angefochtenen Zuschlags sein Bewenden haben.

#### **E. 6**

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Diese ist zudem zu verpflichten, den Beschwerdeführerinnen eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 7**

Da sowohl der Wert der ausgeschriebenen Planerleistung als auch die Gesamtkosten des Projekts die jeweiligen im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwerte erreichen (Art. 1 lit. b und c der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013), 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, andernfalls steht dagegen 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.