

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00793 vom 23. März 2017**

ZH Verwaltungsgericht, 2017-03-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00793](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00793)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00793 du 23 mars 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00793 del 23 marzo 2017

## **Regeste**

Submission | Nichtberücksichtigung durch Preisgericht bei Architekturwettbewerb im Präqualifikationsverfahren: Legitimation; Begründungspflicht; Kostenaufgabe nach Verursacherprinzip. Nach der Rechtsprechung ist das einzelne Mitglied einer Anbietergemeinschaft zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid, welcher die Gemeinschaft als Ganze betrifft, wie insbesondere bei der Zulassung zum Angebot im selektiven Verfahren oder beim Zuschlag, nicht befugt. Vorliegend hat indessen lediglich eine von beiden Parteien des in der Ausschreibung geforderten Werbeteams Beschwerde erhoben (E. 2.2). Der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmenden im Präqualifikationsverfahren bedarf wie alle anfechtbaren Vergabeentscheide einer Begründung. Das Vergaberecht setzt die Anforderungen an die Begründung zwar herab, indem es eine kurze bzw. summarische Begründung genügen lässt. Vorliegend fällt ins Gewicht, dass eine grosse Anzahl Bewerbungen zu beurteilen waren und das Ausformulieren der Beurteilung der Eignung eines Teams in architektonischer und gestalterischer Hinsicht anspruchsvoll ist und bereits für sich einen grossen Aufwand erfordert, weshalb keine vertiefte Begründung verlangt werden kann. Zumindest im Nachhinein müssen aber die wesentlichen Gesichtspunkte bekanntgegeben werden, welche für den Entscheid ausschlaggebend waren. Die Begründung vermochte jedoch selbst diesen geringen Anforderungen nicht zu genügen. Dieser Verfahrensmangel rechtfertigt es nach dem Verursacherprinzip, die Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (E. 4.2 f.). Nichteintreten.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### **E. 2.1**

Der Entscheid über die Präqualifikation im selektiven Vergabeverfahren ist selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. c IVöB). Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen 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 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGr, 15. September 2014, 2C\_380/2014, E. 4.9). Diese Rechtsprechung gilt auch bei Beschwerden gegen Präqualifikationsentscheide, da diese für den Verbleib eines Angebots im Vergabeverfahren massgeblich sind (VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390, E. 2.1). Die Beschwerdeführerin ist zwar den Ausführungen der Beschwerdegegnerin zufolge zusammen mit siebzehn weiteren Teams bereits in der zweiten Runde aufgrund ihrer im Vergleich schlechteren Referenzen ausgeschieden. Bei dieser Ausgangslage lässt sich die Frage stellen, ob für die Beschwerdeführerin eine realistische Aussicht auf Zulassung der zweiten Phase besteht. Die Frage kann jedoch offengelassen werden, da auf die Beschwerde bereits aus einem anderen Grund nicht einzutreten ist.

## **E. 2.2**

Nach der geltenden Rechtsprechung ist das einzelne Mitglied einer Anbietergemeinschaft zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid, welcher die Gemeinschaft als Ganze betrifft, wie insbesondere bei der Zulassung zum Angebot im selektiven Verfahren oder beim Zuschlag, nicht befugt (RB 2000 Nr. 11 = BEZ 2000 Nr. 7; VGr, 5. Mai 2010, VB.2009.00667, E. 2.4). Gemäss dem Ausschreibungsprogramm der Stadt Uster besteht das Kernteam jeweils aus dem Architekten und dem Landschaftsarchitekten. Wenn zwar die Architektur an gleicher Stelle als federführend bezeichnet wird, ergibt sich daraus doch klar, dass es sich um eine Arbeitsgemeinschaft zwischen Architekten und Landschaftsarchitekten handeln soll. Dies verdeutlichen zusätzlich die Ausführungen auf S. 8 Ziff. 7 Abs. 1 des erwähnten Programms; danach soll die Auftragsvergabe an das "Team (Architekt/Landschaftsarchitekt)" erfolgen. Dementsprechend ist denn auch der angefochtene Präqualifikationsentscheid abgefasst: Die präqualifizierten Teams setzen sich jeweils aus dem Architektur- und dem Landschaftsarchitekturbüro zusammen. Die Beschwerdeführerin als Architekturbüro hatte ihren Teilnahmeantrag zusammen mit dem Landschaftsarchitekturbüro B AG eingereicht. Hingegen erhob die Beschwerdeführerin das vorliegende Rechtsmittel nur im eigenen Namen und begründete auch nur ihre eigene Legitimation. Hinweise darauf, dass die Beschwerde auch im Namen der B AG eingereicht worden wäre, bestehen nicht. Diese selbst hat keine Beschwerde erhoben. Auf das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin ist daher nicht einzutreten.

## **E. 3**

Mit diesem Nichteintretensbeschluss wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

## **E. 4.1**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65 Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Kosten, die ein Beteiligter durch Verletzung von Verfahrensvorschriften oder durch nachträgliches Vorbringen solcher Tatsachen oder Beweismittel verursacht, die er schon früher hätte geltend machen können, sind ihm ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens zu überbinden (vgl. dazu Kaspar Plüss, in Alain Griffel [Hrsg], Kommentar zum

Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2014, § 13 N. 59).

## **E. 4.2**

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist davon auszugehen, dass die Verletzung von Verfahrensvorschriften durch die Beschwerdegegnerin Anlass für die vorliegende Beschwerdeführung war.

### **E. 4.2.1**

Der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmenden im Präqualifikationsverfahren bedarf wie alle anfechtbaren Vergabeentscheide einer Begründung. Das Vergaberecht setzt die Anforderungen an die Begründung zwar herab, indem es eine kurze bzw. summarische Begründung genügen lässt (Art. 13 lit. h IVöB und § 38 Abs. 2 SubmV). Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde gemäss § 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für deren Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben. Diese Anforderungen gelten sinngemäss auch für Präqualifikationsentscheide (VGr, 25. März 2009, VB.2005.00254, E. 4.1). Zudem lässt die Rechtsprechung zu, dass die Behörde die Begründung ihres Entscheids im Rahmen des Beschwerdeverfahrens noch ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs beheben können, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte (VGr, 18. November 2009, VB.2007.00503, E. 3 mit Hinweisen).

### **E. 4.2.2**

Die Rechtsprechung anerkennt sodann, dass in Vergabeverfahren, die auf einem Wettbewerb mit anonymen Beiträgen und einer unabhängigen Jury beruhen (vgl. § 10 Abs. 1 lit. i SubmV), wegen der dadurch gewährleisteten erhöhten Objektivität und Transparenz geringere Anforderungen an die Begründungspflicht bestehen als in andern Vergabeverfahren (VGr, 8. August 2013, VB.2012.00852, E. 7.4; 2. November 2000, VB.1999.00386, E. 6b = RB 2000 Nr. 60). Diese Voraussetzungen waren jedoch vorliegend nicht erfüllt. Zwar kann das von der Beschwerdegegnerin eingesetzte Preisgericht nach den Massstäben der SIA-Norm 142 (Ordnung für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe, Ausgabe 1998) als unabhängige Jury gelten. Hingegen wurden die Bewerbungen vom Preisgericht nicht anonym beurteilt. Die Zusammenstellung der eingereichten Projekte, welche dem Preisgericht zur Vorbereitung zur Verfügung gestellt worden war, führt die teilnehmenden Teams namentlich auf. Das Preisgericht nahm die Beurteilung der Projekte entsprechend in voller Kenntnis der teilnehmenden Teams vor.

### **E. 4.2.3**

Vorliegend fällt zwar ins Gewicht, dass eine grosse Anzahl Bewerbungen zu beurteilen waren und das Ausformulieren der Beurteilung der Eignung eines Teams in architektonischer und gestalterischer Hinsicht anspruchsvoll ist und bereits für sich einen grossen Aufwand erfordert; es kann daher keine vertiefte Begründung verlangt werden (vgl. VGr, 22. November 2006, VB.2005.00264, E. 5.1). Zumindest im Nachhinein müssen aber dennoch die wesentlichen Gesichtspunkte bekanntgegeben werden, welche für den Entscheid ausschlaggebend waren (VGr, 2. November 2000, VB.2000.00122, E. 5e; 22. November 2006, VB.2005.00264, E. 5.1).

### **E. 4.2.4**

Die Beschwerdegegnerin begründet das Ausscheiden der Beschwerdeführerin im Präqualifikationsverfahren in erster Linie mit dem Entscheid des Preisgerichts. Dem Protokoll über die Präqualifikation zufolge wurden in einem ersten Rundgang 54 von 86 Bewerbungen ausgeschieden, deren Referenzen der Aufgabenstellung nicht gerecht worden seien, oder bei denen die geforderten Kompetenzen im Bereich Landschaftsarchitektur/Freiraumplanung gefehlt hätten. Weitere 18 Bewerbungen, darunter diejenige der Beschwerdeführerin, seien im zweiten Rundgang ausgeschieden, bei dem die Darstellung der Einbettung in die Umgebung und der Umgang mit der örtlichen Situation beurteilt worden seien. Dem Protokoll ist damit lediglich das Kriterium zu entnehmen, an dem die Beschwerdeführerin gescheitert ist, über die Beurteilung wird jedoch nichts gesagt. Die massgebenden Gründe ihres Ausschlusses waren daher für die Beschwerdeführerin nicht ersichtlich.

#### **E. 4.2.5**

Die Beschwerdegegnerin führte in ihrer Beschwerdeantwort ergänzend aus, die Referenzen der Beschwerdeführerin seien der Aufgabenstellung gerecht geworden, doch hätte deren Qualität im Vergleich mit den Mitkonkurrenten nicht vollends überzeugen können, weshalb sie in der zweiten Runde ausgeschieden sei. Insgesamt vermag die Begründung jedoch selbst den geringen Anforderungen, die bei der Auswahl aus einem grossen Bewerberkreis zu erfüllen sind, nicht zu genügen. Damit wurde lediglich das Ergebnis der Bewertung angeführt, nicht jedoch, weshalb die Beurteilung so ausgefallen ist. Sodann fehlt die Bewertung der weiteren Eignungskriterien (Erfahrung der Schlüsselpersonen in Bezug auf die gestellte Aufgabe sowie Zusammensetzung des Teams) vollständig.

#### **E. 4.3**

Nach dem Gesagten erweist sich der Präqualifikationsentscheid als ungenügend begründet. Dieser Verfahrensmangel rechtfertigt es nach dem Verursacherprinzip, die Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

#### **E. 5**

Der geschätzte Auftragswert übersteigt mutmasslich den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]). Gegen diesen Entscheid ist daher 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); 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.