

Wenn Wettbewerbe vor Gericht entschieden werden

Drei neue Gerichtsentscheide und ihre Konsequenzen

Wettbewerbe sind Teil des öffentlichen Beschaffungswesens. Mit der Anpassung an internationales Recht hat die Zahl der durchgeführten Wettbewerbe in den letzten fünf Jahren deutlich zugenommen und damit auch die Zahl der Einsprachen. Doch Gerichte schaffen nicht immer Klarheit: Vorsicht bei Studienaufträgen, Überarbeitungen und Befangtheit!

Vor Jahresfrist wurde an dieser Stelle ausführlich über die aktuelle Rechtsprechung zum Thema «Wettbewerbe und öffentliches Beschaffungswesen» berichtet (tec21, 14-15/2003). Seither fällten Gerichte weitere Urteile, die aber umstritten sind oder sogar zusätzliche Unklarheiten schaffen.

Zur Erinnerung: Bund und Kantone haben für die Umsetzung des internationalen Rechts im öffentlichen Beschaffungswesen¹ ihre eigenen Rechtsgrundlagen geschaffen. Für den Bund als Auftraggeber wurden detaillierte, aber nicht abschliessende Bestimmungen über Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe erlassen.² In den Ausführungserlassen der Kantone zur bisherigen und zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen finden sich nur vereinzelt detaillierte Regelungen.³

Anonymität als Voraussetzung für eine freihändige Vergabe?

Im Kanton Zürich⁴ ist eine freihändige Vergabe an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs möglich, «sofern die Vergabestelle im Voraus die Absicht bekannt gegeben hat, den Vertrag aufgrund der Beurteilung durch ein unabhängiges Preisgericht mit der Gewinnerin oder dem Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbes (...) abzuschliessen». Dies bedeutet, dass im Anschluss an einen – je nach Schwellenwert im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren durchgeführten – Wettbewerb ein

Zuschlag für den Weiterbearbeitungsauftrag freihändig erteilt werden kann, allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sieht den Unterschied des Wettbewerbs zur gewöhnlichen Submission vor allem in der Beurteilung durch eine unabhängige Jury und der anonymen Durchführung. In einem Entscheid vom 9. Juli 2003⁵ bestätigte das Gericht nun seine umstrittene Rechtsprechung und hielt fest, dass die Anonymität ein unerlässliches Merkmal des Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbs sei. Ein nicht anonymer Studienauftrag sei deshalb kein Wettbewerb, sondern ein gewöhnliches Submissionsverfahren. Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass der Veranstalter zwar die Anforderungen des Submissionsrechts beachten muss, aber nicht an den Entscheid des Beurteilungsgremiums gebunden ist. Der Studienauftrag wird dadurch wohl entwertet. Die Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts zum Erfordernis der Anonymität ist allein aus diesem Grund problematisch. Aus juristischer Sicht ist anzufügen, dass der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber im Kanton Zürich⁶ auf das Erfordernis der Anonymität verzichtet hat. Der Begriff der Unabhängigkeit der Jury kann deshalb nicht zwangsläufig mit Anonymität gleichgesetzt werden. Die Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts sollte allerdings gleichwohl in Zukunft beachtet werden, da vermutlich demnächst keine Korrektur erfolgen wird.

Bindung an den Juryentscheid?

Die freihändige Vergabe im Anschluss an einen Wettbewerb kann nur an den Gewinner erfolgen. Nicht zulässig ist es, entgegen dem Juryentscheid den Zuschlag einem Dritten zu erteilen. Dies ist aufgrund des Vertrauensprinzips selbst dann der Fall, wenn die SIA-Ordnung 142 nicht für anwendbar erklärt wurde. Es müssen wesentliche Gründe vorliegen, um ein Abweichen von der Empfehlung der Jury zu rechtfertigen.⁷ In einem neueren Entscheid vom 28. Januar 2004 relativierte nun das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich seine bisherige Rechtsprechung und hielt fest, dass das Konzept der freihändigen Vergabe gestützt auf einen Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb «in der Tat eher gegen das Bestehen einer Verpflichtung der Behörde spreche, nach durchgeführtem Wettbewerb überhaupt einen Zuschlag zu erteilen». Es bestehe, so das

Gericht, durchwegs eine Handlungsmöglichkeit, nicht aber eine Handlungspflicht. Eine Vergabebehörde könne nicht gegen ihren Willen dazu gezwungen werden, ein Projekt zu realisieren, dem sie – aus welchen Gründen auch immer – ablehnend gegenüberstehe. Die Bindungswirkung sei also in erster Linie eine negative, indem es ihr versagt sei, die freihändige Vergabe an einen anderen Anbieter als den Gewinner des Wettbewerbs vorzunehmen.⁸

Vorausgegangen war diesem Rechtsstreit die Empfehlung eines Preisgerichts, das nach Durchführung eines zweistufigen Gesamtleistungswettbewerbs zwei Projekte zur Weiterbearbeitung empfohlen hatte. Der Veranstalter beschloss, auf diese Weiterbearbeitung zu verzichten und dem von ihm sowie den nicht stimmberechtigten Jurymitgliedern favorisierten Projekt den Zuschlag zu erteilen. Dies war nach Ansicht des Zürcher Verwaltungsgerichts nicht zulässig. Allerdings erklärte das Zürcher Verwaltungsgericht, gestützt auf die eingangs erwähnten Erwägungen, dass dem ebenfalls zur Weiterbearbeitung empfohlenen Projekt der Beschwerdeführenden nicht den Zuschlag erteilt werden könne. (Das Projekt wäre von den stimmberechtigten Mitgliedern des Preisgerichts gemäss einer unklaren Formulierung im Beurteilungsbericht sogar auf den 1. Rang gesetzt worden.) Das Gericht verzichtete allerdings ohne Begründung darauf, eine Weiterbearbeitung der beiden Projekte anzuordnen.

Der Entscheid überzeugt wegen der darin vorgenommenen Relativierung der Bindungswirkung eines Juryentscheids nicht. Fraglich ist auch, ob ein Wettbewerbsverfahren, das – wie im vorliegenden Fall vom Gericht angeordnet – noch vor einem definitiven Entscheid des Preisgerichts beendet wird, nicht formell korrekt und gebunden an die Voraussetzung des Vorliegens eines wichtigen Grundes⁹ abgebrochen werden müsste. Die berechtigten Interessen der Teilnehmer an der korrekten Durchführung des Verfahrens und an der Möglichkeit, einen Zuschlag zu erhalten, sind zu schützen. Aufgrund dieses Entscheids ist Preisgerichten zu raten, wenn immer möglich auf die Anordnung von unvorhergesehenen Überarbeitungen zu verzichten und sich zu einem klaren Ergebnis durchzuringen.

Ausstandspflichten von Jurymitgliedern

In einem ausführlichen Entscheid des Luzerner Verwaltungsgerichts vom 7. Januar 2004¹⁰ zum zweistufigen Planungswettbewerb für den Neubau der Universität Luzern wurde die Frage der Ausstandspflichten von Jurymitgliedern eingehend erörtert. Das Gericht kam zum Schluss, dass im konkreten Fall die beruflichen und privaten Verbindungen zwischen einem Juror und dem Gewinner/Zuschlagsempfänger derart intensiv gewesen seien, dass diese nicht mehr mit einem Verhältnis zu einem beliebigen anderen Berufskollegen verglichen werden können. Insbesondere die frühere Zusammenarbeit zwischen den beiden lasse den Preisrichter als befangen erscheinen, weshalb er in den Ausstand hätte treten bzw. das von den Beschwerdeführern gestellte Ausstandsgesuch hätte gutgeheissen werden müssen. Offen gelassen wurde, ob der dem Preisrichter

nahe stehende Teilnehmer durch seine Teilnahme gegen Art. 12.2 SIA-Ordnung 142¹¹ verstossen hat und vielleicht nicht hätte am Wettbewerb teilnehmen dürfen. Das Gericht entschied, dass der Vergabeentscheid aufzuheben sei und eine neue Jury ohne den befangenen Preisrichter die vier in der Endrunde verbliebenen Projekte, inklusive das Projekt des «bisherigen» Zuschlagsempfängers, nochmals beurteilen müsse.

Bei diesem Entscheid ist zu beachten, dass es sich in der zweiten Stufe um einen nicht anonymen Studienauftrag handelte. Die Anforderungen, die an die Unbefangenheit eines Jurors gestellt werden, sind deshalb strenger als in einem anonymen Verfahren. Interessant ist dieser Entscheid aber auch in anderer Hinsicht: Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich kam wie erwähnt zum Schluss, dass es sich bei einem nicht anonymen Studienauftrag nicht um einen Wettbewerb handeln könne. Das Verwaltungsgericht in Luzern hat diesen Schluss nicht gezogen. Weiter hielt das Luzerner im Gegensatz zum Zürcher Gericht in seinen Erwägungen fest, dass eine nochmalige Jurierung stattzufinden habe und die Gutheissung der Beschwerde nicht einfach nur dazu führe, dass das Wettbewerbsverfahren wegen des fehlerhaften Jury- und des darauf gestützten Vergabeentscheids ergebnislos beendet sein soll.

lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL. M., ist selbstständige Rechtsanwältin in Zürich und beschäftigt sich seit längerem mit dem öffentlichen Beschaffungswesen und damit auch mit dem Wettbewerbswesen. csh@cshlaw.ch

Anmerkungen

- 1 WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) sowie Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens.
- 2 Art. 13 Abs. 3 BoeB und Art. 40ff. VoeB.
- 3 Die revidierte Fassung der für die Kantone massgebenden Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 enthält neu in Art. 12 Abs. 3 die Bestimmung, dass bei der Veranstaltung von Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerben das Verfahren im Einzelfall im Rahmen der Grundsätze der IVöB zu regeln ist und dabei ganz oder teilweise auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verwiesen werden kann, soweit solche Bestimmungen nicht gegen die Grundsätze der IVöB verstossen. Detaillierte Regelungen in teilweise deutlicher Anlehnung an die VoeB kennen z.B. die Kantone Wallis, Luzern und Solothurn. Im Kanton Aargau wird auf das Bundesrecht verwiesen.
- 4 § 10 Abs. 1 lit. i SVO ZH. Der Kanton Zürich hat die revidierte IVöB mit dem revidierten Beitrittsgesetz vom 15. September 2003 und einer revidierten Submissionsverordnung vom 1. Dezember 2003 umgesetzt. Diese revidierten Erlasse sind am 1. Januar 2004 in Kraft getreten.
- 5 VGr ZH, 9. Juli 2003, VB.2002.00044. Vgl. auch Entscheide VGr ZH, 13. März 2002, VB.2001.00035 und 10. Mai 2001, VB.2000.00261 (www.vgrzh.ch).
- 6 So bewusst auch in der Revisionsvorlage (vgl. FN 4).
- 7 VGr ZH 13. Februar 2002, VB.2001.00035.
- 8 VGr ZH, 28. Januar 2004, VB.2003.00234.
- 9 Vgl. dazu § 37 ZH SVO.
- 10 VGr LU, 7. Januar 2004, V 03 308 (www.lu.ch/pdf/urteil_neubau_uni.pdf).
- 11 Am Wettbewerb darf nicht teilnehmen, wer mit einem Preisrichter in einem beruflichen Abhängigkeits- oder Zusammengehörigkeitsverhältnis steht.