



INSTITUT FÜR SCHWEIZERISCHES
UND INTERNATIONALES BAURECHT
UNIVERSITÄT FREIBURG

INSTITUT POUR LE DROIT SUISSE
ET INTERNATIONAL DE LA CONSTRUCTION
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Aktuelles Vergaberecht 2010 Marchés Publics 2010

HERAUSGEGEBEN VON/ÉDITÉ PAR
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY | HUBERT STÖCKLI

Schulthess §

Wettbewerbe und Studienaufträge

Die neuen Regeln

Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV

für Bau- und Immobilienrecht, LL.M., Zürich

Stefan Scherler, Dr. iur. Rechtsanwalt, Winterthur

Übersicht

- I. **Grundlagen**
- A Die Erscheinungsformen in der Praxis
- B Honorarsubmission und Wettbewerbs-/Studienauftragsverfahren
 - 1. Leistungsorientierte Beschaffung
 - 2. Lösungsorientierte Beschaffung
- C Anwendbares Recht, Regelwerke der Fachverbände
 - 1. Staatsvertragsrecht
 - 2. Bundesrecht
 - 3. Kantonales Recht
 - 4. Bestimmungen von Fachverbänden
 - 5. Preisausschreiben und Auslobung (Art. 8 OR)
 - 6. Exkurs: Gemeinschaftsrecht EU
- D Submissionrechtliche Mindestanforderungen
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Anonymität
 - 3. Weitere Anforderungen
 - 4. Gewinnerbegriff
- II. **Die an Wettbewerben und Studienaufträgen Beteiligten**
 - 1. Die Auftraggeberin
 - 2. Das Preisgericht/Beurteilungsgremium
 - 3. Die Experten
 - 4. Die Teilnehmenden

III. Die Umsetzung und Durchführung von Wettbewerben (SIA-Ordnung 142/2009)

- A Mögliche Formen des Wettbewerbs und die Verfahren
- B Kombinationen, Mehrstufigkeit und Überarbeitungen
- C Das Ergebnis des Wettbewerbs
 1. Der Bericht und die Empfehlung des Preisgerichts
 2. Die Verbindlichkeit der Empfehlung des Preisgerichts
- D Die Ansprüche der Beteiligten

IV. Die Besonderheiten von Studienaufträgen (SIA-Ordnung 143/2009)

- A Die Verfahrenswahl
 1. Die Notwendigkeit des Dialogs
 2. Das selektive Verfahren als Regelfall
- B Die Durchführung des Dialogs
- C Das Ergebnis des Studienauftrags
 1. Die Schlussbeurteilung und die Empfehlung des Beurteilungsgremiums
 2. Der Anspruch auf Folgeaufträge

V. Übersichten

VI. Literaturverzeichnis und Materialien

I. Grundlagen

A Die Erscheinungsformen in der Praxis

Private und öffentliche Bauherren brauchen Architektur- wie Ingenieurleistungen und beschaffen diese auf dem freien Markt. Während der private Bauherr dabei frei bestimmen kann, ob er direkt einen Auftrag vergeben oder eine von ihm gestaltete Art von Ausschreibung unter Konkurrenz der Teilnehmer durchführen will, haben die öffentlichen Auftraggeberinnen die jeweils massgebende Submissionsgesetzgebung vorrangig zu beachten.

Eine Bestandaufnahme der Ausschreibungen von Planerleistungen ergibt ein ausgesprochen heterogenes Bild.¹ *Private Bauherren* führen Wettbewerbe in der Regel nicht gemäss den SIA-Ordnungen durch.² Wettbewerbsverfahren in Anwendung der SIA-Ordnung 142/2009³ werden mehrheitlich von der *öffentlichen Hand* durchgeführt. In deren Ausschreibungsunterlagen und Wettbewerbprogrammen finden sich aber teilweise unklare und widersprüchliche Aussagen zur Art des durchzuführenden Verfahrens.⁴ Die Begriffe Wettbewerb, Studienauftrag oder Planermission werden nicht konsequent angewendet und die Verfahren werden nicht immer anonym durchgeführt. Teilweise unzureichend geklärt wird die Unterstellung einer Auftraggeberin unter das öffentliche Beschaffungsrecht.⁵ Die Anwendbarkeit der SIA-Ordnung 142/2009 wird mit Formulierungen wie «in analoger Anwendung/in Anlehnung an» häufig offen gelassen. Oft ist nicht geregelt, ob der Zuschlag aufgrund des ausgewählten Siegerprojekts auch an ein Team mit den Fachplannern erfolgen und wer bzw. was durch den Wettbewerb überhaupt ermittelbar werden soll. Zuschlagskriterien sind teilweise zu ungenau oder zu schwamm-

¹ Eine zufällige Bestandaufnahme von Ausschreibungen im November 2009: Tiefbauamt des Kantons Bern/Bundesamt für Strassen ASTRA, Testplanung Raun Wankdorf (selektives Vergabeverfahren mit «kooperativem Entwicklungsprozess und Dialog»); Hochbauamt Kanton Zürich, Kantonsplan Winterthur, Ersatzneubau Hochhaus (2-stufiger, anonymer Projektwettbewerb mit Vorbehalt einer nichananymen Überarbeitungsstufe und Anwendbarkeit SIA-Ordnung 142/1998); Kanton Obwalden, Kantonsplan Sarne, Umbau und Ersatz Bettenhaus (einstufiger anonymer Projektwettbewerb im selektiven Verfahren); Amt für Gründstücke und Gebäude Kanton Bern, Masterplan Inselspital/Universitätsklinik (anonymer Ideenwettbewerb im selektiven Verfahren mit Folgeauftrag und Anwendbarkeit der SIA-Ordnung 142/2009).

² Vgl. z.B. privater Studienauftrag auf Einladung der Wüth. Gruppe für ein Ausbildungs- und Trainingszentrum in Rorschach, Bericht in rec 21/10, S. 8.

³ Vor 1998 SIA-Ordnung 152 für Architekturwettbewerbe (Ausgabe 1992); ab 1998 SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe (Ausgabe 1998). Darin wurden auch die Grundprinzipien für die Durchführung von Studienaufträgen beschrieben.

⁴ Vgl. Thesen zum Architekturwettbewerb, Beratungszentrum Zürich für Vergabeverfahren von Planungsdienstleistungen 2007; www.bzz.ch.

⁵ Als Beispiel Wettbewerb auf Einladung zum Neubau Kongresszentrum Zürich.

mig und die Abtretung von Urheberrechten wird in allen möglichen Spielarten verlangt.⁶ Wettbewerbe spielen in der Baupraxis eine wichtige Rolle⁷ und in den Medien wird regelmässig über Ergebnisse von erfolgreichen Verfahren, aber auch von Kontroversen berichtet.⁸

3 Grundlegend sind deshalb vorab die nachfolgend Unterscheidungen und Definitionen:

B Honorarsubmission und Wettbewerbs-/ Studienauftragsverfahren

1. Leistungsorientierte Beschaffung

4 Eine öffentliche Auftraggeberin kann Planleistungen konventionell als Dienstleistung ausschreiben oder ein Wettbewerbs- bzw. Studienauftragsverfahren durchführen.⁹ Die neuen Ausgaben der SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009 unterscheiden grundlegend zwischen einer Beschaffung mittels einer *Honorarsubmission* («= leistungsorientierte Beschaffung») oder eines *Wettbewerbs bzw. Studienauftrags* («= lösungsorientierte Beschaffung»).

5 Die Konsequenzen der richtigen Wahl sind für die öffentlichen Auftraggeberinnen bedeutend: Je nach eingeschlagenem Weg – Honorarsubmission oder Wettbewerb bzw. dem «neuen» Studienauftrag – gelten unterschiedliche gesetzliche Vorschriften und sind andere Voraussetzungen zu beachten, die sich aus der Rechtsprechung entwickelt haben. Die von der öffentlichen Vergabestelle angestrebte freihändige Vergabe an den Gewinner eines Wettbewerbs setzte gemäss bisheriger Rechtsprechung insbesondere voraus, dass er anonym¹⁰ durchgeführt und ein unabhängiges Preisgericht eingesetzt wurde.

6 Sind die Voraussetzungen eines Wettbewerbs- bzw. Studienauftragsverfahrens nicht erfüllt, haben die öffentlichen Auftraggeberinnen die strengeren Vorschriften zum konventionellen Ausschreibungsverfahren der Honorarsubmission zu beachten. Bei solchen Verfahren ist insbesondere dem Kriterium Preis

6 Vgl. Thesen zum Architekturrechtswettbewerb, zit. in Anm. 4.

7 Vgl. hinten Literaturverzeichnis: RECHSTÄTNER, S. 149.

8 MESSERLI, S. 19; Usc-News Nr. 1/2010, S. 21.

9 GALLI/MOSER/LANG/CLERC, N. 645.

10 Vgl. die Entscheide der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2004-017 (8.9.05) (Studienauftrag SBB Bahnhof Genf/Cornavin) und BRK 2005-025 (18.5.06) (Gesamtleistungswettbewerb EAWAG Dübendorf); VGer (ZH) VB.2002.00044 (9.08.2003), BEZ 2003 Nr. 36; VGer (ZH) VB.2001.00035 (13.02.2002), BEZ 2002 Nr. 28; VGer (ZH) VB.2000.00261 (10.05.2001), RB 2001 Nr. 46 sowie unten, Ziff. I./D.; www.vgrzh.ch.

eine Mindestgewichtung einzuräumen.¹¹ Das Preisgericht verfügt zudem nicht mehr über den gewünschten Spielraum bei der Beurteilung der Projekte und die getroffene Projektauswahl ist mit erheblich grösserem Aufwand zu begründen.

2. Lösungsorientierte Beschaffung

Die Durchführung einer Honorarsubmission vermag je nach Fragestellung und bereits vorliegenden Grundlagen das Bedürfnis der Auftraggeberin nach einer Evaluation verschiedener Lösungsansätze nicht abzudecken.¹² Entscheidet sich die Auftraggeberin deshalb dafür, ein lösungsorientiertes Verfahren durchzuführen,¹³ hat sie in einem zweiten Schritt die Beschaffungsform Wettbewerb (anonym) oder Studienauftrag (nicht-anonym) festzulegen. Eine Übersicht im Anhang der SIA-Ordnung 142/143 veranschaulicht die anonymen Wettbewerbs- und nicht-anonymen Studienauftragsarten und stellt systematisch die möglichen Beschaffungsformen und Verfahrensarten dar.¹⁴

Dem Wettbewerb und dem Studienauftrag ist begrifflich somit *in Abgrenzung zur Honorarsubmission* gemeinsam, dass die Evaluation nicht über das Kriterium Preis¹⁵ stattfindet und ein unabhängiges Preisgericht bzw. Beurteilungsgremium eingesetzt wird, dessen Entscheid für die Auftraggeberin verbindlich ist.¹⁶ Wettbewerbs- und Studienauftragsverfahren unterscheiden sich gegenseitig sodann wie folgt:

a) Der Wettbewerb

Nach der gesetzlichen Konzeption handelt es sich beim Wettbewerb noch nicht um ein Vergabeverfahren. Dem Gewinner des Wettbewerbs kann gestützt auf bestimmte Voraussetzungen der Zuschlag im Rahmen eines freihändigen Verfahrens erteilt werden.¹⁷ Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb unterscheidet sich, so die bisherige Gerichtspraxis, von der gewöhnlichen Submission vor allem in der Beurteilung durch eine unabhängige Jury und

11 GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz 547; WOLF, S. 17.

12 Gemäss Präambel der SIA-Ordnung 142/2009 ermöglichen Wettbewerbe die Evaluation und der Vergleich verschiedener Lösungen und werden mit dem Ziel ausgeschrieben, Lösungen zu finden, die den konzeptionellen, gestalterischen, gesellschaftlichen, ökologischen, ökonomischen und technischen Anforderungen am besten entsprechen.

13 Ein Entscheid, der im Ermessen der Auftraggeberin und nicht etwa deren Subventionsgeber liegt.

14 Vgl. unten, V./Übersichten.

15 Anders bei Gesamtleistungswettbewerben-/studienaufträgen.

16 Vgl. unten, Ziff. III./C/2.

17 Vgl. unten, Ziff. I./D/4.

der *anonymen* Durchführung.¹⁸ Ob die Anonymität zwingende Voraussetzung dafür ist, dass ein Verfahren als Wettbewerb qualifiziert werden kann, ist indes unstritten geblieben.¹⁹

10 Gemäss der SIA-Ordnung 142/2009 sind Wettbewerbe der Regelfall und neu zwingend anonym durchzuführen.²⁰ Die Anonymität wird definiert als «die konsequente Trennung zwischen der Kenntnis des Lösungsvorschlags einerseits und des Verfassers andererseits».²¹ Die Anonymität wird vorliegend als Abgrenzungsmerkmal zum nicht-anonymen *Studienauftrag* verstanden, nicht aber als zwingende Voraussetzung für die anschliessende freihändige Vergabe eines angekündigten Folgeauftrags.²²

11 Unter den Begriff des Planungswettbewerbs fallen einerseits der Ideen- und andererseits der Projektwettbewerb:

- Der Ideenwettbewerb soll Vorschläge bringen für konzeptionelle Entschiede oder für die Lösung von Aufgaben, die nur allgemein umschrieben und abgegrenzt sind, und deren Ausführung nicht unmittelbar vorgehen ist.
- Beim Projektwettbewerb hat der Bauherr meistens bereits konkrete Vorstellungen, möchte aber unter verschiedenen Lösungsvorschlägen auswählen können. Er will die ästhetisch, wirtschaftlich und funktionell beste Lösung erhalten und sucht anhand der eingereichten Projekte nach dem für das konkrete Vorhaben am besten geeigneten Planer.²³
- Der Gesamtleistungswettbewerb umfasst neben den Planungsleistungen auch die Bauleistungen. Es sollen Lösungsvorschläge zu Vorhaben gesucht werden, bei denen die Aufgabenstellung klar und präzise definiert und die Zusammenarbeit von Architekten, Ingenieuren und Unternehmen gewünscht ist.

b) *Der Studienauftrag*

12 Seit jeher wird der Begriff des Studienauftrags für eine Vielzahl von unterschiedlichen Verfahren verwendet, häufig ohne klare Begriffsdefinition.²⁴ Mit der Durchführung eines Studienauftrags erhält die Auftraggeberin wie beim Wettbewerb im Ergebnis ebenfalls mehrere Lösungsvorschläge für eine be-

¹⁸ Vgl. dazu die Zitate in Anm. 10.

¹⁹ Begalt DUBEV, MEB S. 144; vermerkt RECHSTEINER, S. 172.

²⁰ Präambel SIA-Ordnung 142/2009.

²¹ SIA-Ordnung 142/2009, Begriffsdefinitionen, S. 5.

²² Vgl. unten, Ziff. IV/C/2.

²³ ULRICH, AJP S. 249.

²⁴ ULRICH, Architekturwettbewerb, S. 110.

stimmte planerisch offene Ausgangslage. Unterschiedlich ist vor allem das Verfahren:

- Die Auftraggeberin erteilt für die Erarbeitung von Lösungsvorschlägen parallel identische entgeltliche Aufträge an verschiedene Planer.
- Der Studienauftrag wird nicht-anonym durchgeführt.
- Es wird ein Dialog zwischen dem Beurteilungsgremium und den Teilnehmern durchgeführt.
- Die Teilnehmenden werden alle gleich honoriert und auf eine Rangierung wird verzichtet.

13 Gemäss der SIA-Ordnung 143/2009 eignen sich Studienaufträge für *komplexe* Aufgaben, die einen *direkten Dialog* zwischen dem Beurteilungsgremium und den Teilnehmenden erfordern und deshalb im Sinne *eines zu begründenden Ausnahmefalls* nicht-anonym durchgeführt werden.²⁵ Diese auf die Voraussetzung der begründeten Komplexität einschränkende Definition wird den nachfolgenden Ausführungen zugrunde gelegt. Beschaffungs- wie auch vertragsrechtlich²⁶ unstritten und davon zu unterscheiden sind bis heute die Qualifikation dieses Vorgehens sowie die Zulässigkeit der Erteilung möglicher Folgeaufträge.²⁷

c) *Abgrenzung zu weiteren Formen*

14 Alternative Formen wie Testplanung oder Workshops werden weder in der SIA-Ordnung 142/2009 noch in der Ordnung 143/2009 erwähnt. Bei einer Testplanung wird einem oder mehreren Planern der Auftrag erteilt, die konzeptionellen und strategischen Grundlagen zu erarbeiten, die den weiteren Weg einer Planung und Projektierung aufzeigen sollen. Der Workshop dient der gemeinsamen und interdisziplinären Diskussion zwischen Auftraggeberinnen und Teilnehmern, allenfalls unter Einbezug von weiteren Interessierten (Nachbarn, Verbänden, Experten etc.). Die Begriffe sind allerdings nicht klar definiert. Massgebend ist immer die inhaltliche Ausgestaltung im Einzelfall.

²⁵ Präambel und Art. 1.1 SIA-Ordnung 143/2009.

²⁶ Der Studienauftrag ist als Summe individuell abgeschlossener Werkverträge zwischen der Auftraggeberin und den einzelnen Teilnehmern zu qualifizieren (vgl. ULRICH, SIA 142, S. 245).

²⁷ Vgl. dazu unten, Ziff. IV/C/2.

C Anwendbares Recht, Regelwerke der Fachverbände

1. Staatsvertragsrecht

15 Das GATT/WTO-Übereinkommen (GPA)²⁸ hält für die Durchführung von Wettbewerbsverfahren keine ausdrücklichen Bestimmungen bereit. Aus Art. XV Abs. 1 Bst. j ergibt sich aber, dass das offene oder selektive Verfahren nicht angewendet werden muss «bei Zuschlägen, die dem Gewinner eines Wettbewerbs erteilt werden», wobei das Verfahren gemäss den Grundsätzen des GPA durchzuführen ist. Zu diesen Grundsätzen gehören insbesondere diejenigen der *Neutralisierung* und der *Transparenz*, welche durch eine entsprechende Publikation des Wettbewerbs zu gewährleisten ist. Daneben fordert das GPA, dass zur Beurteilung der Wettbewerbsarbeiten eine *unabhängige Jury* einzusetzen ist und den Gewinnern *Verträge in Aussicht* gestellt worden sind.

16 Indem das GPA so die freihändige Vergabe eines Folgeauftrags aus einem Wettbewerbsverfahren an die Einhaltung der staatsvertraglichen Grundsätze knüpft, sind die Verfahren dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt. Die Erfahrung zeigt, dass sich Praktiker dessen und der sich daraus ergebenden Konsequenzen oft nicht bewusst sind, und sich bereits bei der Gestaltung des Wettbewerbsprogrammes und/oder im Wettbewerbsverfahren entsprechende Rechtsverletzungen ereignen.²⁹

2. Bundesrecht

17 Im Bundesrecht finden sich detaillierte Bestimmungen über die Durchführung von Planungs- und Gesamleistungswettbewerben. Sie wurden vom Bundesrat gestützt auf die Kompetenzdelegation in Art. 13 Abs. 3 BÖB in einem separaten Kapitel zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen erlassen (Art. 40 ff. VöB).

18 Allerdings regelt auch die Verordnung das Verfahren für Planungs- und Gesamleistungswettbewerbe nicht abschliessend: Einerseits bestimmt Art. 40 Abs. 2 VöB, dass «die Bestimmungen der übrigen Kapitel» insoweit gelten, als diese diejenigen «dieses Kapitels nicht widersprechen»; auf der anderen Seite steht es gemäss Art. 41 VöB im Ermessen der Auftraggeberin, ob sie bei der Durchführung der Verfahren «ganz oder teilweise auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweist», soweit solche Bestimmungen nicht diejenigen der Verordnung widersprechen.³⁰

²⁸ Government Procurement Agreement, SR 0.632.231.422.

²⁹ RECHSTEINER, S. 151.

³⁰ Die Erläuterungen zum Verordnungsentwurf VöB, S. 15, wiesen 1995 entsprechend darauf hin, dass die «vorliegende Ordnung aus den wichtigsten Leitsätzen» bestehe und die

Mit der im Rahmen der Revision VöB erfolgten Aufnahme von Buchstabe I 19 in die Liste der Tatbestände für vergabefreie Verfahren, gleich der Bundesrat die Wettbewerbsverfahren auf Stufe Bund den Vorgaben des GPA an. Unter der Hauptprämissse, dass das «vorausgehende Verfahren» in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Gesetzes durchgeführt wird, kann die Auftraggeberin gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. l «die Folgeplanung oder die Koordination der Leistungen zur Umsetzung der Planung an den Gewinner oder die Gewinnerin» vergeben, «der oder die im Rahmen eines vorausgehenden Verfahrens die Lösung einer planerischen Aufgabe erarbeitet hat».³¹

In Art. 42 VöB werden zwei Arten von Planungswettbewerben (Ideen- und Projektwettbewerb), denen der Gesamleistungswettbewerb als besondere Form eines Wettbewerbs gegenübergestellt wird, geregelt. Diese drei Wettbewerbsarten unterscheiden sich insoweit, als die Empfehlung des Preisgerichts zuhanden der Auftraggeberin dem berücksichtigten Teilnehmer den Anspruch zuerkenn, den Zuschlag und/oder eine Abgelung zu erhalten.³²

Der Anhang 1 zur VöB führt zudem in Ziffer 13 unter den dem Gesetz unterstellten Dienstleistungen den Studienauftrag auf und definiert diesen als «Vergabe identischer Aufträge an mehrere Anbieter und Anbieterinnen zwecks Erarbeitung von Lösungsvorschlägen».

3. Kantonales Recht

a) IVöB und VRöB

Für die Kantone ergibt sich aus Art. 12 Abs. 3 IVöB, dass bei Planungs- oder Gesamleistungswettbewerben die Grundsätze der interkantonalen Vereinbarung zu beachten sind, und dass darüber hinaus der Veranstalter auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweisen kann. § 9 Abs. 1 Bst. j VRöB zeigt im Katalog der vergabefreien Verfahren an, dass die Vergabestellen einen Vertrag unabhängig von dessen Wert direkt vergeben können, wenn im Voraus die Absicht bekannt gegeben worden ist, dem Gewinner des Planungs- oder Gesamleistungswettbewerbs den Zuschlag zu erteilen.

³¹ «konkrete Ausgestaltung innerhalb der gezogenen Schranken weitgehend den jeweiligen Auftraggeberinnen» überlassen werde. Dazu und «um den Aufwand für die Auftraggeberinnen aber nicht zu gross werden zu lassen, ist es ihnen anheimgestellt, ob sie statt dessen ganz oder teilweise auf einschlägige Detailregelungen von Verbänden verweisen wollen».

³² Vgl. unten Ziff. IV/C/2.

³³ Vgl. Art. 53 und Art. 55 VöB.

b) Kantonale Gesetzgebung

23 Die föderalistisch geprägte Regulationssituation mit einer gewissen Neigung zur Unübersichtlichkeit zeigt sich im Bereich der Planungs- und Gesamtleistungsverträge. Innerhalb der kantonalen Reglementierungen über das Wettbewerbsverfahren können nicht weniger als vier Gruppen³³ unterschieden werden:

- In 8 Kantonen werden die Wettbewerbsverfahren im kantonalen Vergaberecht ebenso detailliert geregelt wie im Bundesrecht; eine entsprechende Reglementierung besteht auf Verordnungsebene, die Gesetze enthalten münfter, die eine oder andere Definition oder Anwendungsvorschrift.³⁴
- In 8 weiteren Kantonen sieht das Beschaffungsrecht nur vereinzelte Bestimmungen zur Rechtsfigur des Wettbewerbs im engeren Sinne vor; je nach Kanton beschränken sich die Bestimmungen darauf, auf andere Regelungen zu verweisen (diejenigen des öffentlichen Beschaffungsrechts und/oder von Fachverbänden), den Wettbewerb zu benennen, zwischen unterschiedlichen Wettbewerbsarten zu unterscheiden und ihren Anwendungsbereich abzugrenzen.³⁵

– 6 Kantone begnügen sich mit einer Gesetzgebung, nach welcher der Wettbewerb im engeren Sinne zu den Umständen gezählt wird, bei denen die Vergabestelle einen Auftrag freihändig vergeben kann.³⁶

– Die 4 übrigen Kantone kennen die Rechtsfigur des Wettbewerbs im engeren Sinne nicht.³⁷

4. Bestimmungen von Fachverbänden

a) SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009

24 Die öffentliche Reglementierung des Wettbewerbs enthält vielfache Verweise auf die einschlägigen Bestimmungen von Fachverbänden. Die beiden neuen Ordnungen SIA 142/2009 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe und 143/2009 für Architektur- und Ingenieurstudienaufträge nehmen einen besonderen Platz ein:

– Hinsichtlich des Wettbewerbsverfahrens ersetzt die SIA-Ordnung 142/2009 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe die Ordnung 142/1998, mit

³³ Vgl. ZUFFEREV/DUBÉY, S. 14 ff.
³⁴ GL, JU, LU, NE, SO, TI, AG, VS, AI, BL, BS, FR, GE, GR, SG, VD, AR, BF, NW, OW, TG, ZH.
³⁵ AR, BF, NW, OW, TG, ZH.
³⁶ SH, SZ, UR, ZG.

welcher wiederum Ordnungen aus den frühen neunziger Jahren abgelöst wurden und seit vielen Jahren Grundlage für die überwiegende Mehrheit der in der Schweiz organisierten Wettbewerbe darstellen.³⁸

– Die neue Ordnung SIA 143/2009 für Studienaufträge orientiert sich in weiten Teilen an der revidierten Ordnung SIA 142/2009. Sie wendet deren bisherige und neue Vorgaben analog auf den ausschliesslich nicht-anonymen Studienauftrag an.³⁹

b) Weitere Reglemente und Wettbewerbsordnungen

Neben den beiden einschlägigen SIA-Ordnungen existieren in der Schweiz weitere Bestimmungen von Fachverbänden im Bereich Leistungserbringung in konzeptioneller oder planerischer Hinsicht:⁴⁰

– Etabliert hat sich in den vergangenen Jahren insbesondere die «Wettbewerbsordnung für visuelle Kunst» der Visarte (Berufsverband für visuelle Kunst Schweiz). Die Wettbewerbsordnung lehnt sich eng an die bisherige SIA-Ordnung 142/1998 an. Sie weist u.a. ausdrücklich auf den Vorrang des öffentlichen Beschaffungswesens hin (soweit dieses zur Anwendung gelangt) und umschreibt Wettbewerbsarten wie Präqualifikation, Ideenwettbewerb und Projektwettbewerb. Im Weiteren werden etwa die Zusammensetzung und die Aufgaben der Jury definiert.

– Der Branchenverband Schweizer Werbe- und Kommunikationsagenturen (BSW) veröffentlichte einen «Leitfaden zur Wahl einer Werbeagentur».

– Der Berufsverband Swiss graphic designers (SGD) hat ein «Wettbewerbsreglement» ausgearbeitet, das Richtlinien als Grundlage für die Planung und Durchführung von Wettbewerben im Bereich der visuellen Kommunikation enthält. Dieses Reglement gilt namentlich bei Wettbewerben, die zur Ausarbeitung von Logos organisiert werden.

5. Preisschreiben und Auslobung (Art. 8 OR)

25 Gemäss Art. 8 OR hat, «wer durch Preisschreiben oder Auslobung für eine Leistung eine Belohnung aussetzt, diese seiner Auskündigung gemäss zu entrichten. Tritt er zurück, bevor die Leistung erfolgt ist, so hat er denjenigen,

³⁸ Vgl. unten III.; vgl. zur neuen Ordnung 142/2009: SCHNEIDER HENSI, S. 4 ff.; zum neuen Streitfallverfahren nach Art. 28 SIA 142: ZUFFEREV/ESSERA, S. 44 f.
³⁹ Vgl. unten IV. sowie zur Darstellung der neuen Ordnung 143/2009: DUBÉY, MÉR, S. 140 ff.
⁴⁰ Ob diese privaten Regelungen jedoch durchwegs konform sind mit den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts muss im Einzelfall genau abgeklärt werden. RECHSTEINER, S. 154.

die auf Grund der Auskündigung in guten Treuen Aufwendungen gemacht haben, hierfür bis höchstens zum Betrag der ausgesetzten Belohnung Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihnen die Leistung doch nicht gelungen wäre».

28 Aus dieser Bestimmung wird die Pflicht des Wettbewerbsveranstalters zur (programmgemässen) Durchführung des Wettbewerbs abgeleitet. Art. 8 OR bildet die Basis für Wettbewerbsverfahren, die durch private Veranstalter ausgeschrieben und durchgeführt werden. Ob sich Wettbewerbsteilnehmer bei Wettbewerben, die von öffentlichen Vergabebehörden ausgeschrieben werden bei entsprechenden Pflichtenverletzungen ebenfalls auf diese Bestimmung berufen und auf zivilrechtlichen Weg Ansprüche geltend machen können, oder ob sie ausschliesslich auf den von der Beschaffungsgesetzgebung vorgesehenen Rechtsweg verwiesen sind, ist bisher nicht entschieden worden.⁴¹

6. Exkurs: Gemeinschaftsrecht EU

29 Im Gemeinschaftsrecht der EU werden Wettbewerbe im engeren Sinne geregelt. Im Vergleich zum Schweizerischen Recht weist die gemeinschaftsrechtliche Regelung folgende Besonderheiten auf:

– Im Gemeinschaftsrecht wird das Wettbewerbsverfahren ausdrücklich für die Vergabe von Dienstleistungen vorbehalten. Sein Anwendungsbereich ist folglich viel enger, als derjenige, der den unterschiedlichen Wettbewerbsarten vom Schweizer Recht zugesprochen wird. Letzteres kennt auch den Gesamleistungswettbewerb.

– Die Europäischen Richtlinien schreiben für diese Art Wettbewerb insbesondere zwei besondere Merkmale («Plan oder Planung») vor, und bestimmen, dass die Lösungsvorschläge der Teilnehmer anonym von einer von der Vergabestelle unabhängigen Jury beurteilt werden müssen. Sie legen hingegen keine verschiedenen Wettbewerbsarten fest, sondern überlassen den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, Wettbewerbe hinsicht-

⁴¹ Konflikte sind denkbar, etwa wenn die Vergabebehörde ein Wettbewerbsverfahren abbricht. Dieser Abbruch kann gerechtfertigt und deshalb submissionsrechtlich unangreifbar sein (vgl. dazu Z.B. Art. 30 VöB des Bundes). Submissionsrechtliche Konformität bedeutet aber nicht gleichzeitig, dass kein zivilrechtlicher Anspruch aus Art. 8 Abs. 2 OR mehr besteht. Es ist vielmehr von einem Nebeneinander von submissionsrechtlichen und zivilrechtlichen Ansprüchen auszugehen. Denkbar ist, das Wettbewerbsverfahren als solches als rechtsmissbräuchliches zu betrachten, die ausschliessende feilhändige Vergabe aber gemäss submissionsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Dies mindestens dann, wenn das Wettbewerbsverfahren nicht öffentlich-rechtlich geregelt ist, was beim Bund und einigen Kantonen jedoch nicht der Fall ist. RECHSTEINER, S. 154.

lich Folgeaufträgen, Preisen und Rechtswirkung der Empfehlungen des Preisgerichts unterschiedlich zu regeln.

– Der Wettbewerb öffnet im Gemeinschaftsrecht den Weg zu einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung, «wenn der Auftrag (...) gemäss den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder einen der Gewinner des Wettbewerbs vergeben werden muss». Das Gemeinschaftsrecht überlässt es den Umsetzungssetzungen in den Mitgliedsstaaten zu bestimmen, ob das Preisgericht einen oder mehrere Gewinner benennt, unter denen der Veranstalter dann die Wahl hat, verlangt aber im letzten Fall, dass alle Gewinner zur Teilnahme an den Verhandlungen einzuladen sind.

D Submissionsrechtliche Mindestanforderungen

1. Vorbemerkungen

Der Planungs- oder Gesamleistungswettbewerb ist selber kein förmliches Vergabeverfahren⁴²; der eigentliche Wettbewerb endet bereits mit der Empfehlung des Preisgerichts, die dann Grundlage bildet für eine feilhändige Vergabe der Auftraggeberin. Das Wettbewerbsverfahren wird innerhalb der gesetzlichen Schranken einzelfällweise von der Auftraggeberin geregelt.⁴³

Während im Bund die vergleichsweise detaillierten Bestimmungen von 31 Art. 40 ff. VöB zu beachten sind, reicht es in einigen Kantonen⁴⁴ aus, wenn gemäss Art. XV Ziff. 1 lit. j GPA und Art. 12 Abs. 3 IVöB den Grundsätzen des Submissionsrechts entsprochen wird.⁴⁵ Dazu gehören namentlich das Transparenzgebot, das Nichtdiskriminierungsverbot sowie die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Wettbewerbsteilnehmer und einer unparteiischen Vergabe.

Es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit von Vorschriften der IVöB und der kantonalen Umsetzungsgesetzgebungen abgewichen werden darf, um den submissionsrechtlichen Grundsätzen noch zu genügen. Während etwa hinsichtlich Ausschreibung, Vorbefassung und Abschluss dieselben Anforderungen zu stellen sind wie an ein herkömmliches Vergabeverfahren,³²

⁴² A.M. BRK 011/1999 (9.12.1999) VPB 64-63, BR/DC 2000, S. 54 f. (S3) wonach der Wettbewerb neben offener, selektiver und feilhändiger Vergabe eine selbstständige, vierte Verfahrensart darstellen soll.

⁴³ Vgl. insgesamt zu den submissionsrechtlichen Mindestanforderungen: JOST/SCHNEIDER HEUST, III./3/a.

⁴⁴ Zum Beispiel § 10 Abs. 1 lit. i SVO ZH.

⁴⁵ Vgl. demgegenüber Art. 41 VöB.

kann hinsichtlich der Eignungskriterien, der Beurteilung⁴⁶ oder der Begründung⁴⁷ von Vergabeentscheiden teilweise von den Vorgaben der Submissionsgesetzgebung abgewichen werden. Verstösst das Wettbewerbsverfahren gegen die submissionsrechtlichen Grundsätze, ist die Grundlage für einen freihändigen Folgeauftrag an die Gewinnerin oder den Gewinner entzogen.

2. Anonymität

33 Die in der Praxis regelmässig anzutreffende und in der Ordnung 142/2009 ausdrücklich vorgeschriebene Anonymität des Wettbewerbsverfahrens hilft, die Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer zu gewährleisten und objektive Preisgerichtsentscheide zu ermöglichen.⁴⁸ Nicht der bisherige Leistungsansweis oder die Reputation der Wettbewerbsteilnehmer, sondern allein die eingereichten Wettbewerbsbeiträge sollen ausschlaggebend sein für die Beurteilung durch das Preisgericht.

34 Soweit ein Wettbewerb der SIA-Ordnung 142/2009 unterstellt wird, gelangt der Anonymitätsgrundsatz kraft Art. 1.4 zur Anwendung; die Auftraggeberin, die Wettbewerbsteilnehmer und die beteiligten Fachleute haben demzufolge die Anonymität der Wettbewerbsbeiträge zu sichern, bis das Preisgericht die Wettbewerbsbeiträge beurteilt, rangiert und die Preise zugesprochen sowie eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abgegeben hat. Wettbewerbsteilnehmer, die gegen das Anonymitätsgebot verstossen, werden vom Verfahren ausgeschlossen.⁴⁹

35 Während im Bundesrecht die Anonymität des Wettbewerbsverfahrens im Art. 48 VöB ebenfalls ausdrücklich vorgesehen ist, fehlt eine entsprechende Bestimmung in vielen Kantonen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hält indessen die Anonymität auch im Anwendungsbereich des zürcherischen Rechts für ein unerlässliches Merkmal des Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbs.⁵⁰ Fehlt die Anonymität des Verfahrens, handelt es sich dieser

⁴⁶ In einem Planungswettbewerb braucht in Abweichung von § 29 Abs. 3 SVO ZH keine objektive Vergleichstabelle erstellt zu werden (VGer ZH VB.2000.00122 E. 5c [2.11.2000] BEZ 2001 Nr. 12).

⁴⁷ Bei Wettbewerben mit anonymen Beiträgen und einer unabhängigen Jury sind aufgrund der durch diese Besonderheiten bereits weitgehend gewährleistetesten Objektivität und Transparenz die Anforderungen an die Begründungspflicht weniger streng (VGer ZH VB.1999.00386 [2.11.2000]).

⁴⁸ Vgl. Urtuch, AP, S. 252.

⁴⁹ Art. 19.1 SIA-Ordnung 142/2009.

⁵⁰ VGer ZH VB.2002.00044 E. 2c/dd (9.07.2003); BEZ 2003 Nr. 36.

Ansicht nach nicht mehr um einen Planungs- und Gesamleistungswettbewerb, sondern um ein «gewöhnliches» Submissionsverfahren.⁵¹

3. Weitere Anforderungen

Besondere Beachtung ist dem Aspekt der Vorbefassung zu schenken:⁵² Am Wettbewerb darf auch teilnehmen, wer Vorleistungen vor Beginn des Wettbewerbs erbracht hat, sofern ihm gemäss Preisgericht aus seiner bisherigen Tätigkeit keine unzulässigen Wettbewerbsvorteile erwachsen. Vorleistungen und deren Verfasser sind im Programm zu nennen und es sind deren Ergebnisse allen Teilnehmenden zur Verfügung zu stellen. Damit wird die bundesgerichtliche Definition der Vorbefassung aufgenommen. Auffallend ist, dass *das Preisgericht* darüber befundet, ob einem Teilnehmer aus seiner bisherigen Tätigkeit ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil zukommt. Öffentliche Beschaffungsstellen bleiben für diesen Entscheid selber verantwortlich und begründungspflichtig.

Eine weitere Anforderung an den Planungs- und Gesamleistungswettbewerb ist in Art. XV Ziff. 1 lit. j GPA ausdrücklich festgehalten: Danach hat die Ausschreibung des Wettbewerbs (mindestens) in denselben Publikationsorganen zu erfolgen, die auch für «normale» Submissionsverfahren vorgesehen sind. Häufig werden die Wettbewerbsausschreibungen zusätzlich auch in den einschlägigen Fachzeitschriften veröffentlicht.

Ein unabhängiges Element des Architektur- und Ingenieurwettbewerbs ist schliesslich die Einsetzung eines unabhängigen Preisgerichts.⁵³

4. Gewinnerbegriff

Eine freihändige Vergabe ist nach dem Wortlaut von Art. XV Ziff. 1 lit. j GPA nur an den «Gewinner» («lauréat») eines Wettbewerbs erlaubt. Insbesondere im Anwendungsbereich der SIA-Ordnung 142/2009 und der VöB ist fraglich, was darunter zu verstehen ist, zumal sich der Preisgerichtsentscheid aus verschiedenen Elementen zusammensetzt, nämlich der Festlegung der Rangfolge⁵⁴, der Zuschreibung der Preise und Ankäufe⁵⁵ sowie der Empfehlung.⁵⁶

⁵¹ Dies hat zur Folge, dass einerseits sämtliche formellen und materiellen Anforderungen des Submissionsrechts zu beachten wären, andererseits aber keine Bindung an den Jurysentscheid bestünde: vgl. oben Ziff. I/B/1.

⁵² Art. 12.2 SIA-Ordnung 142/2009.

⁵³ Dazu unten II/2.

⁵⁴ Art. 21 SIA-Ordnung 142/2009; Art. 51 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VöB.

⁵⁵ Art. 22 SIA-Ordnung 142/2009; Art. 51 Abs. 1 und 52 Abs. 3 VöB.

⁵⁶ Art. 23 SIA-Ordnung 142/2009; Art. 51 Abs. 2 VöB.

Nur wenn ein Wettbewerbsprojekt bei allen drei Elementen obsiegt, steht der Gewinner eindeutig fest.⁵⁷

40 Gemäss Art. 22.2 und 22.3 SIA-Ordnung 142/2009 wie auch gemäss Art. 52 Abs. 2 VöB dürfen hervorragende Wettbewerbsbeiträge, die wegen wesentlichen Verstössen gegen die Programmbestimmungen von der Preiserteilung ausgeschlossen sind, durch das Preisgericht rangiert und derjenige im ersten Rang auch zur Weiterbearbeitung empfohlen werden. Voraussetzung dafür ist die ausdrückliche Festlegung dieser Möglichkeit im Wettbewerbsprogramm und ein einstimmiger Preisgerichtsentscheid.

41 Trotz der genannten Einschränkung sind derartige Empfehlungen submissionsrechtlich ausgesprochen heikel. Die Wettbewerbsteilnehmer sollten nämlich in jedem Fall darauf vertrauen dürfen, dass sich das Preisgericht an die eigenen Programmbestimmungen hält. Wer erheblich vom Wettbewerbsprogramm abweicht, ist vom Verfahren auszuschliessen. Andernfalls würden die grundlegenden submissionsrechtlichen Gebote des fairen und transparenten Verfahrens wie auch der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzt.⁵⁸ Durch die Zulassung von qualifiziert programmwidrigen Projekten würde die Vergleichbarkeit der Wettbewerbsbeiträge massiv erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht, was zu inakzeptablen Wettbewerbsverzerrungen führte. Auch verschafft sich ein Teilnehmer, der sich über die Programmbestimmungen hinwegsetzt, gegenüber seinen Mitkonkurrenten eine Besserstellung, indem er eigenmächtig seine Projektierungsfreiräume erweitert.

42 Weicht das Siegerprojekt in wesentlichen Punkten vom Wettbewerbsprogramm ab oder liegt gegen den Verfasser ein anderweitiger Ausschlussgrund vor, rückt der zweitplatzierte Teilnehmer nach und gilt nunmehr als neuer «Gewinner» im Sinn von Art. XV Ziff. 1 lit. j GPA. Dies hat zur Folge, dass diesen (ursprünglich zweitplatzierten) Wettbewerbsteilnehmer ein freihändiger Folgeauftrag erteilt werden darf.⁵⁹ Zusammenfassend ergibt sich, dass als «Gewinner» im Sinn von Art. XV Ziff. 1 lit. j GPA der am besten rangierte Wettbewerbsteilnehmer gilt, gegen den kein Ausschlussgrund vorliegt.

⁵⁷ VGer ZH VB.2003.00234 E. 2.2(28.01.2004).

⁵⁸ Art. 1 Abs. 3 lit. b und c IVöB; vgl. KOLLER, R.z. 243.

⁵⁹ Fraglich ist, ob aufgrund dieses Nachrückens auch die Preise neu zu verteilen sind.

II. Die an Wettbewerben und Studienaufträgen Beteiligten

1. Die Auftraggeberin

a) Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen

Die Frage der subjektiven und objektiven Unterstellung ist im Einzelfall und unter Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Regelungen sorgfältig zu klären.⁶⁰ Bei Wettbewerben und Studienaufträgen sind oft insbesondere verschiedene Kooperationsformen zwischen öffentlichen und privaten Auftraggebern anzutreffen und Fragen im Zusammenhang mit der Suche eines privaten Investors sowie der Überlassung von Grundstücken zu klären. In zwei neueren Entscheiden sind folgende Klarstellungen erfolgt:

– Bei der Durchführung eines Public Private Partnership darf die Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand nicht nach freiem Ermessen in einem freihändigen Verfahren erfolgen, sondern es ist vielmehr eine Ausschreibung erforderlich.⁶¹ Wird ein PPP-Partner in einem dem Vergabebereich unterstellten Verfahren bestimmt, müssen allfällige Aufträge derselben aufgrund des Prinzips der Einmaligkeit der Ausschreibung nicht mehr nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben werden.⁶²

– Im «Center Plakatfall» entschied das Bundesgericht, dass eine mit der Auflage verbundene Konzession, die dem Gemeinwesen als Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, die den Wert des vom Submittenten für die Monopolgebühr offerierten Beitrags verringert und ohne Weiteres von der Konzession losgelöst werden kann, dem Begriff der öffentlichen Beschaffung unterliegt.⁶³

Damit sind unter bestimmten Voraussetzungen die Bestimmungen des öffentlichen Vergaberechts auch bei Vorgängen anzuwenden, die nicht den klassischen Einkäufen zuzuordnen sind. Wettbewerbe und Studienaufträge, die mit Verkaufsgeschäften, der Gewährung von Baurechten zu *Vorzugskonditionen* verbunden sind sowie Investorenwettbewerbe unterstehen der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, ebenso wie die im Anschluss an ein Konkurrenzverfahren vorgesehene Übertragung des Betriebs an einen Pri-

⁶⁰ Im Detail: Ströckli, S. 41 ff.; Beyerler, Geltungsbereich, S. 65 ff.

⁶¹ So z.B. erfolgt im Gesamtleistungswettbewerb des Kantons Bern «PPP-Projekt – Überbauung Zeughausareal Burgdorf», September 2007.

⁶² «Tischmarchhof Galgenen», VGer (SZ) VGE 817/06 (29.08.2006); BGE 2C_116/2007 und 2C_396/2007 (10.10.2007).

⁶³ BGE 135 II 49 (9.01.2009).

vaten, sobald damit eine *zusätzliche Leistungserbringung für die öffentliche Hand* *verknüpft* wird.

b) Aufgaben

Wahl des Verfahrens

45 Die Auftraggeberin hat das geeignete Verfahren zu wählen und dieses so durchzuführen, dass eine angestrebte Aufgabenteilung an den Gewinner zulässig ist und das Vorhaben umgesetzt werden kann. Die Liste der geschichteten Verfahren in der Praxis ist allerdings lang und immer wieder ergeben sich Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten. Unso mehr ist die Verfahrenswahl sorgfältig anzugehen. Insbesondere die Voraussetzungen der Komplexität des Vorhabens und der Notwendigkeit des Dialogs und damit der Ausnahmefall des nicht-anonymen Verfahrens sind ausreichend und projektbezogen zu begründen.⁶⁴ Hat sich die Auftraggeberin für ein Verfahren entschieden, ist gemäss den einschlägigen Schwellenwerten entweder das Einladungs- oder aber das offene oder selektive Vergabeverfahren einzuschlagen.⁶⁵ Inhaltlich sind sodann die Rahmenbedingungen frühzeitig, d.h. vor der Verfahrenswahl zu klären.

46 Auftraggeberinnen, die die SIA-Ordnungen 142/2009 bzw. 143/2009 anwenden, haben die Verfahren entweder der Kategorie *anonymer Wettbewerb* oder der Kategorie *nichtanonymer Studienauftrag* zuzuordnen. Einen Weg dazwischen gibt es nicht, und eine Kombination zwischen Wettbewerb und Studienauftrag ist unzulässig. Werden im Rahmen einer Projektentwicklung beide Beschaffungsformen, Wettbewerb und Studienauftrag, angewandt, so sind diese als in sich geschlossene Schritte durchzuführen.⁶⁶

Auswahl des Preisgerichts, des Beurteilungsgremiums sowie der Experten

47 Die Besetzung des Preisgerichts bzw. des Beurteilungsgremiums ist ebenfalls Aufgabe der Auftraggeberin. Unter Beachtung der unten⁶⁷ beschriebenen Schranken zur personellen Zusammensetzung hat die Auftraggeberin bei der Bestellung der Preisrichter grundsätzlich freie Hand.

⁶⁴ Art. 13.3. SIA-Ordnung 143/2009.

⁶⁵ Vgl. unten, III/A.

⁶⁶ Präambel SIA-Ordnung 142/2009, vgl. nachfolgend Ziff. IV.

⁶⁷ Vgl. unten, II./2.

Publikation und Wettbewerbs- bzw. Studienauftragsprogramm

Die Auftraggeberin ist für die Publikation sowie die Erstellung und das Versenden des Wettbewerb- bzw. Studienauftragsprogramms verantwortlich. Darin sind insbesondere die *Eignungs- und Zuschlagskriterien* festzulegen.⁶⁸ Empfehlenswert ist, die *Einzelheiten des späteren Vertragsverhältnisses* und insbesondere die Festlegung des Honorars des ausgewählten Planers zu regeln. Damit nach Abschluss des Wettbewerbs die Vertragsverhandlungen ausgewogen und erfolgreich verlaufen, ist folgendes Vorgehen sinnvoll: die Auftraggeberin gibt im Wettbewerbsprogramm, wo erforderlich, zu den einzelnen Honorarfaktoren faire und angemessene Maximalbedingungen⁶⁹ vor, und der Teilnehmer reicht mit der Projektabgabe in einem zweiten verschlossenen Kuvert ein Honorarangebot ein. Der vom Gewinner angebotene Preis wird aber nicht für die Beurteilung und Auswahl der Projekte bezogen, sondern dient als spätere Verhandlungsgrundlage.

Folgauftragsoption

Im Wettbewerbsprogramm ist sodann zu bestimmen, ob und in welchem Umfang dem Gewinner die Option auf einen Folgauftrag eingeräumt wird. Fehlt es an einer genügend deutlichen Absichtserklärung, darf kein Folgauftrag erteilt werden.⁷⁰ *Bestand und Umfang* des Folgauftrags sind möglichst präzise zu umschreiben. Insbesondere ist bekannt zu geben, ob der Folgauftrag neben weiteren Planungsleistungen auch die *Bauleitung* umfasst.⁷¹

Weitere Aufgaben

Die Auftraggeberin setzt die Gesamtpreissumme angemessen fest⁷² und beantwortet Fragen der Wettbewerbsteilnehmer. Er ist für die wertungsfreie Vorprüfung der eingereichten Wettbewerbsbeiträge sowie die Erstellung eines Vorprüfungsberichts besorgt.⁷³ Die Auftraggeberin übernimmt die angemessene Bekanntmachung des Wettbewerbsergebnisses in den Medien und die öffentliche Ausstellung der Wettbewerbsbeiträge.⁷⁴ Sie hat sodann die not-

⁶⁸ Vgl. dazu JOST/SCHNEIDER HEUS, V/2/c/aa.

⁶⁹ Als Faktoren beispielsweise die prognostizierten Baukosten sowie bei der Vorgabe der Honorarberechnung gemäss der SIA-Ordnung 102 (Ausgabe 2003) der Schwierigkeitsgrad n , die aktuellen, vom SIA publizierten Koeffizienten Z1/Z2, der Leistungsanteil q ; vergabe- und kartellrechtlich kritisch ist hingegen die Vorgabe von (Maximal-)Stundensätzen.

⁷⁰ VGer ZH VVB 2000.00122 E. 5b/aa (2.11.2000), BEZ 2001 Nr. 12.

⁷¹ Vgl. Art. 27.1 lit.c SIA-Ordnung 142/2009.

⁷² Art. 44 Abs. 2 VöB; Art. 17.1 SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009. Vgl. dazu die Wegleitung der SIA Kommission SIA 142/143 «Bestimmung der Preissumme» (Oktober 2009).

⁷³ Art. 49 VöB; Art. 9.1 und 15 SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009.

⁷⁴ Art. 57 VöB; Art. 25 SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009.

wendigen Verfügungen zu erlassen und allfällige Vergabe- und Rechtstreitigkeiten zu führen.⁷⁵

2. Das Preisgericht/Beurteilungsgremium

a) Zusammensetzung

51 Gemäss Art. 50 Abs. 2 VöB muss sich das Preisgericht auf Bundesebene mehrheitlich aus beruflich qualifizierten Preisrichtern, sog. Fachpreisrichtern, zusammensetzen. Gleiches gilt, wenn auf kantonaler Ebene eine sinngemässe Bestimmung vorhanden ist oder die SIA-Ordnungen 142/2009 für anwendbar erklärt werden.

52 Qualitätsmerkmal eines Wettbewerbs ist die *Unabhängigkeit* des Preisgerichts.⁷⁶ Zu unterschieden ist zwischen der *Unabhängigkeit* des Preisgerichts von den Wettbewerbsteilnehmern einerseits sowie diejenigen von der Auftraggeberin andererseits. Die *Unabhängigkeit* gegenüber den Wettbewerbsteilnehmern ist zwingend zu beachten. Demgegenüber ist im Verhältnis zur Auftraggeberin ausreichend, wenn die Hälfte der Fachpreisrichter von diesem unabhängig ist.⁷⁷

b) Aufgaben

53 Das Preisgericht genehmigt das Wettbewerbsprogramm und damit auch die Beurteilungskriterien. Hauptaufgabe ist die Beurteilung der Wettbewerbsbeiträge, der Entscheid über die Rangierung sowie die Zuspicherung der Preise und allfälliger Ankäufe.⁷⁸ Schliesslich ist der Beurteilungsbericht zu verfassen und eine Empfehlung auszusprechen.⁷⁹

54 Beide Ordnungen⁸⁰ weisen den Mitgliedern des Preisgerichts die Verantwortung zu, dass der Wettbewerb ordnungsgemäss durchgeführt wird. Fehlerhafte Entscheide des Preisgerichts haben weit reichende Konsequenzen in erster

⁷⁵ Vgl. JOST / SCHNEIDER HEUSI, V/2/d sowie SCHNEIDER, HEUSI, S. 7.

⁷⁶ Art. XV Ziff. 1 lit. j GPA, Art. 50 VöB, kantonale Erlasse, z.B. § 10 Abs. 1 lit. i SVO ZH.

⁷⁷ Art. 50 Abs. 4 Satz 3 VöB; Art. 10.4 SIA-Ordnung 142/2009; zu einem vielbeachteten Entscheid vgl. VGer (LU) V 03 308 E.10 und 11 (7.01.2004) (Planungswettbewerb Neubau Universität Luzern) und JOST/SCHNEIDER, HEUSI, IV/1/b.

⁷⁸ Vgl. Art. 21 und 22 SIA-Ordnung 142/2009; Art. 52 VöB.

⁷⁹ Art. 51 Abs. 2 VöB; Art. 16, 23 und 24 SIA-Ordnung 142/2009, vgl. zum Inhalt der Empfehlung und der Bindungswirkung unten III/C/2.

⁸⁰ Art. 10.1 SIA-Ordnung 142/2009; für den Studienauftrag ebenso Art. 10.1. SIA-Ordnung 143/2009.

Linie für die Auftraggeberin⁸¹ und entsprechend kommt ihr die Aufgabe zu, das Preisgericht über die submissionsrechtlich relevante Ausgangslage im Kenntnis zu setzen und heikle Fragestellungen frühzeitig, insbesondere vor der Rangierung und Festlegen der Empfehlung, klären zu lassen.

c) Besonderheiten beim Studienauftrag

55 Anstelle eines Preisgerichts wird ein *Beurteilungsgremium* eingesetzt, dessen Zusammensetzung, insbesondere bei Studienaufträgen mit Folgeauftrag, nach denselben Regeln wie beim Wettbewerb zu erfolgen hat. Im Vergleich zu den ansonsten gleichlautenden Aufgaben des Beurteilungsgremiums beim Studienauftrag fällt auf, dass den Mitgliedern des Beurteilungsgremiums die Aufgabe zugewiesen wird, die Transparenz während der Durchführung des Verfahrens und die Gleichbehandlung der Teilnehmenden sicher zu stellen.⁸² Da das Verfahren nicht-anonym durchgeführt wird, kommt den beschaffungsrechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz eine erhöhte Bedeutung zu.⁸³

3. Die Experten

56 Neben den Fachpreisrichtern werden regelmässig Experten beigezogen, die den Teilnehmenden im Rahmen der Fragenbearbeitung für Abklärungen zur Verfügung stehen. Sie haben kein Stimmrecht.⁸⁴ Diese externe Experten und Fachstellen, haben Verhaltensregeln zu beachten.⁸⁵ Beiden kommt bei anforderungsreichen und komplexen Aufgaben eine einflussreiche Stellung zu. Ihre Auskünfte und Festlegungen im Vorprüfungsbericht und der Fragenbearbeitung beeinflussen sowohl die Teilnehmer bei der Erarbeitung der Projekte wie auch das Preisgericht bei der Beurteilung der Projekte in der Regel massgeblich.

4. Die Teilnehmenden

57 Sie sind die wichtigsten Akteure, wobei ihre Tätigkeit aber nur rudimentär geregelt ist.⁸⁶ In der Praxis sind in Bezug auf die Teilnehmenden insbesondere die folgenden juristischen Fragen von Relevanz:

⁸¹ Als Beispiel: Antitrochbahnbrücke Jonenrotobel/Silsberg Süd (Baudirektion Kanton Zürich, 2002) mit der Rangierung eines aufgrund Vorgaben des ASTRA nicht realisierbaren Projekts; VGer (ZH) VB.2003.00234 (28.01.2004), mit der Anordnung der Überarbeitung von zwei Projekten und unklarer Formulierungen im Jurybericht.

⁸² Art. 10.5 SIA-Ordnung 143.

⁸³ Vgl. unten Ziff. IV/B.

⁸⁴ Vgl. Art. 50 Abs. 3 VöB; Art. 11.1 SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009.

⁸⁵ Art. 14.2 SIA-Ordnung 142/2009 und 14.2. SIA-Ordnung 143/2009.

⁸⁶ Art. 12/2009 SIA-Ordnung 142/2009 und 14.2. SIA-Ordnung 143/2009.

- Die Teilnahme von *Planerteams*: Die Auftraggeberin hat bereits mit der Ausschreibung des Wettbewerbs bzw. Studienauftrags festzulegen, ob auch Leistungen weiterer Planer (Landschaftsarchitekt, Bauingenieur, Elektroingenieur, HLK-Ingenieur, Sanitäringenieur, etc.) als Folgeaufträge vergeben werden sollen und hat entsprechend zu entscheiden, welche dieser Planer in welcher Stufe ihr Projekt bzw. ihre Beiträge als Team, allenfalls als Generalplaner einzureichen haben. Sie hat dabei auch auf das *Verbot von Mehrfachbewerbungen* hinzuweisen.⁸⁷
- *Vorbefassung*: Am Wettbewerb darf auch teilnehmen, wer Vorleistungen vor Beginn des Wettbewerbs erbracht hat, sofern ihm gemäss Preisgericht aus seiner bisherigen Tätigkeit keine unzulässigen Wettbewerbsvorteile erwachsen. Vorleistungen und deren Verfasser sind im Programm zu nennen und es sind deren Ergebnisse allen Teilnehmenden zur Verfügung zu stellen.⁸⁸
- *Nachwuchsförderung*: In Programmen zu selektiven Verfahren nehmen Auftraggeberinnen zum Teil die Bestimmung auf, wonach eine bestimmte Anzahl von Teilnahmeplätzen für Nachwuchsfachleute reserviert ist. Dieses Vorgehen stösst in der Praxis auf breite Akzeptanz, währenddem kritische Stimmen darin eine mögliche Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sehen.⁸⁹

III. Die Umsetzung und Durchführung von Wettbewerben (SIA-Ordnung 142/2009)

A Mögliche Formen des Wettbewerbs und die Verfahren

- 58 Wie bisher unterscheidet die SIA-Ordnung 142/2009 zwischen Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben.⁹⁰
- 59 In den Art. 6–8 werden die drei möglichen Arten von Verfahren – offenes, selektives oder Einladungsverfahren – beschrieben. Grundsätzlich ist die Auftraggeberin bei der Wahl, ob sie ein offenes oder ein selektives Verfahren
- ⁸⁷ Vgl. dazu Wegleitung der Kommission SIA 142/143 «Teambildungen bei Projektwettbewerben» (Juni 2009) und VGer (ZH) VB.2005.000153 (25.01.2006).
- ⁸⁸ Art. 12.2 SIA-Ordnung 142/2009.
- ⁸⁹ Anders beim Vorliegen einer expliziten gesetzlichen Grundlage, vgl. Art. 47VöB, § 10 Absatz 2 Subnd AG; vgl. auch MESSERLI, N 2 zu Art. 47VöB.
- ⁹⁰ Art. 4 SIA-Ordnung 142/2009, zu den Definitionen vgl. vorne Ziff. I./B./2.b und zur Qualifikation gesamthaft SCHNEIDER HEUSI, S. 4 ff.

durchführen will, frei. Die Vor- und Nachteile der beiden Verfahren werden unter Planenden selber kontrovers beurteilt. Gegenüber dem selektiven Verfahren wird der Vorwurf erhoben, die für die Präqualifikation herangezogenen Eignungskriterien wie «Erfahrung» oder «Referenzobjekte» bevorzugten ältere und etablierte Büros und liessen jüngeren Anbietern keine Chance. Auf die wiederholte vorgebrachte Forderung des Vorrangs des offenen Verfahrens wurde bei Erlass der Revisionsvorlage aber verzichtet.⁹¹ Zu begrüssen ist, dass die rechtlich wie inhaltlich umstrittene Skizzenauswahl⁹² als Eignungskriterium hingegen gestrichen und festgehalten wurde, dass bei der Präqualifikation kein Beitrag zur Lösung der gestellten Aufgabe verlangt werden darf.⁹³ Kriterien wie «Zugang zur Aufgabenstellung» oder «Beschrieb von Lösungsmöglichkeiten» sind vor dem Hintergrund der verlangten Abgrenzung der Präqualifikation zur Wettbewerbsaufgabe problematisch und sie vermögen nichts daran zu ändern, dass im Ergebnis die Auswahl der Bewerber über die eingereichten Referenzobjekte und – auskünfte vorgenommen wird.

Ob ein Wettbewerb im offenen oder selektiven Verfahren durchzuführen ist oder ob das Einladungsverfahren eingeschlagen werden darf, hängt vom Wettbewerb ab, der sich aus der Gesamtpreisumme⁹⁴ und dem geschätzten Wert eines allfälligen Folgeauftrags zusammensetzt.⁹⁵ Bis zu einem gewissen Schwellenwert⁹⁶ darf der Wettbewerb im Einladungsverfahren durchgeführt werden.⁹⁷

Obwohl das massgebenden Schwellenwerts stehen das selektive Verfahren mit vorangehender Präqualifikation sowie das offene Verfahren zur Verfü-

- ⁹¹ Ein solcher liesse sich bei den dem öffentlichen Vergaberecht unterstellten Auftraggeberinnen auch nicht durchsetzen.
- ⁹² MESSERLI, a. a. O., N 4 zu Erläuterungen zu Art. 40–57VöB.
- ⁹³ Art. 7.2 SIA-Ordnung 142/2009.
- ⁹⁴ Die Gesamtpreisumme ist durch die Auftraggeberin angemessen festzusetzen (Art. 44 Abs. 2VöB; Art. 17.1 SIA-Ordnung 142). Vgl. dazu die Wegleitung der SIA Kommission 142 «Bestimmung der Preisumme für Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe aus dem Bereich Architektur».
- ⁹⁵ Art. 44 VöB; ESSERVA, Concours et marchés publics, in: Institut pour le droit suisse et international de la construction, Journées suisses du droit de la construction 2003, Freiburg 2003, S. 219. – Bei einem Projekt- oder Gesamtleistungswettbewerb ist somit der Wettbewerbwert mittels Addition von gesamter Preisumme und geschätztem Wert des Folgeauftrags zu ermitteln, während beim Ideenwettbewerb der Wettbewerbwert lediglich aus der Gesamtpreisumme besteht.
- ⁹⁶ Im Bund: Fr. 248'950.– bei Planungs- bzw. Fr. 2 Mio. bei Gesamtleistungswettbewerb (Art. 6 Abs. 1 BÖB; Art. 43 Abs. 1 VöB; V des EVD vom 13. Oktober 2003 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2004 [SR 172.056.12]). In den Kantonen: Fr. 250'000.– bei Planungs- und Fr. 500'000.– bei Gesamtleistungswettbewerb (Anhang 2 IVöB).
- ⁹⁷ VGer ZH VB.2001.00035 (13.02.2002), BEZ 2002 Nr. 28 (Planungswettbewerb im Einladungsverfahren).

gung.⁹⁸ Sowohl das offene wie auch das selektive Verfahren können gemäss Art. 5 SIA-Ordnung 142/2009 in mehrere Stufen unterteilt werden. In diesem Fall erfolgt das Vorrücken in die nächste Runde aufgrund einer stufenweisen Beurteilung der Projekte nach Zuschlagskriterien. Davon streng zu unterscheiden ist die Präqualifikation im selektiven Verfahren, bei der anhand von Eignungskriterien die Teilnehmer ausgewählt werden, die am Wettbewerb teilnehmen dürfen.

B Kombinationen, Mehrstufigkeit und Überarbeitungen

62 Die *Kombination verschiedener Wettbewerbsformen* – Ideen-, Projekt- und Gesamleistungswettbewerb – bleibt möglich. Dieses selten praktizierte Vorgehen ermöglicht es, das Resultat aus einem Ideenwettbewerb als Grundlage für einen später durchzuführenden Projektwettbewerb verwenden zu können.

63 Von solchen kombinierten Verfahren, bei denen die einzelnen Verfahrensschritte abgeschlossen werden, ist die *Mehrstufigkeit* des Wettbewerbsverfahrens zu unterscheiden.⁹⁹ Darunter wird das Vorgehen verstanden, wonach die Teilnehmer ihren Beitrag schrittweise zu entwickeln und zu vertiefen haben (im Programm z.B. bezeichnet als «offener Projektwettbewerb in zwei Stufen»). Die Auftraggeberin verkleinert dabei das Teilnehmerfeld sukzessive und/oder modifiziert bzw. konkretisiert dabei eventuell auch die Wettbewerbsaufgabe.¹⁰⁰ Eine Rangierung und Preisverteilung erfolgt erst auf der letzten Stufe.¹⁰¹ Die vorgeschalteten Stufen dienen somit zur Reduktion der Lösungsvarianten. Dieses Vorgehen und insbesondere die vorgesehene Möglichkeit, dass die Auftraggeberin die Wettbewerbsaufgabe ändern kann, sind beschaffungsrechtlich problematisch.¹⁰² Der dem öffentlichen Vergaberecht unterstellten Auftraggeberin ist zu empfehlen, im Regelfall Wettbewerbe einstufig durchzuführen,¹⁰³ und bei ausnahmsweise mehrstufigen Verfahren darauf zu verzichten, die Aufgabenstellung und das Wettbewerbsprogramm anzupassen.

64 Neu wird die *Überarbeitung von Projekten geringelt*, wonach das Preisgericht den Wettbewerb mit Projekten aus der engeren Wahl verlängern kann, falls sich dies als notwendig erweist.¹⁰⁴ Die Rangierung findet dabei erst nach der op-

⁹⁸ Vgl. auch Art. 6–8 SIA-Ordnung 142.

⁹⁹ Art. 5.2 SIA-Ordnung 142/2009 (unverändert).

¹⁰⁰ Die Präqualifikation im Rahmen eines selektiven Verfahrens gilt nicht als Stufe des Wettbewerbs, Art. 5.1 SIA-Ordnung 142/2009.

¹⁰¹ Art. 5.1 SIA-Ordnung 142/2009.

¹⁰² MESSERLI, N 10/11 zu Art. 42 VöB.

¹⁰³ So auch die Empfehlung von Art. 5.1 SIA-Ordnung 142/2009, wonach Planungswettbewerbe in der Regel einstufig und Gesamleistungswettbewerbe zweistufig durchgeführt werden sollen.

¹⁰⁴ Art. 5.4 SIA-Ordnung 142/2009.

tionalen Bereinigungsstufe statt. Vorausgesetzt wird, dass eine solche optionale Bereinigungsstufe explizit im Programm erwähnt, anonym erfolgt und separat entschädigt werden muss. So kann auf die oft vorgenommenen «unvorhergesehenen Überarbeitungen»¹⁰⁵ reagiert werden. Diese wurden bereits bisher als heikel eingestuft, da dabei in der Regel die Anonymität aufgehoben wird und sich bei öffentlichen Auftraggeberinnen Konflikte mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz sowie dem Grundsatz der Unabänderlichkeit von Offerten manifestieren.¹⁰⁶ Die Neuerung, dass bei diesem Schritt die Anonymität des Verfahrens aufrechterhalten werden muss, ist ebenso zu begrüssen, wie die neu statuierte Begründungspflicht: Das Preisgericht muss die Notwendigkeit der Überarbeitungen begründen und zu den betroffenen Projekten eingehende Beurteilungen abgeben, die den Teilnehmern eine gezielte Verbesserung erlauben. Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, sind alle jene Projekte zur Überarbeitung vorzuschlagen, die bei objektiver Betrachtung als Siegerprojekt in Betracht fallen können. Auch diese Auswahl ist zu begründen. Die Beurteilung der überarbeiteten Projekte hat wiederum durch das im Wettbewerbsprogramm bezeichnete Preisgericht zu erfolgen.

65 Offen bleibt, im welcher Form *öffentliche Auftraggeberinnen* Entscheidungen des Preisgerichts (Art. 5) zu eröffnen haben, wenn diese eine Reduktion der Teilnehmerzahl mit sich bringen und so die verbundene Aufgabenstellung erweitern und eine optionale Bereinigungsstufe anordnen. Zu empfehlen ist hier der Erlass von rechtsmittelfähigen Verfügungen unter Wahrung der Anonymität der weiter im Verfahren verbleibenden Teilnehmer. So kann für das weitere Vorgehen Rechtssicherheit geschaffen und unnötiger Aufwand vermieden kann werden.

Neu ist weiter, dass das Preisgericht *Stufen weglassen* kann, wenn sich erweist, dass das Resultat des Wettbewerbs bereits erreicht wurde.¹⁰⁷ Voraussetzung dafür ist, dass die Auftraggeberin dies im Wettbewerbsprogramm ankündigte und das Preisgericht mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der Stimmen und einer Zustimmung aller Vertreter der Auftraggeberin entscheidet. Die Gesamtpreissumme, welche auch den Aufwand der reduzierten Stufen berücksichtigt, muss jedoch voll ausbezahlt werden. Auch hier wird zu prüfen sein, ob bei öffentlichen Auftraggeberinnen ein solcher Schritt mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden vereinbar ist. In jedem Fall ist Vergabestellen zu empfehlen, eine solche Reduktion der Stufen gegenüber den betroffenen Anbietenden ausreichend zu begründen.

¹⁰⁵ JOST/SCHNEIDER HEUSI, IV/3.

¹⁰⁶ Vgl. Eidgenössische Revisionskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), 2005-025 vom 18.5.06 (Gesamtleistungswettbewerb EAWAG Dübendorf).

¹⁰⁷ Art. 5.5 SIA-Ordnung 142/2009.

C Das Ergebnis des Wettbewerbs

1. Der Bericht und die Empfehlung des Preisgerichts

66 Gemäss Art. 51 Abs. 1 VöB und Art. 10.2 SIA-Ordnung 142/2009 genehmigt das Preisgericht das Wettbewerbsprogramm und damit auch die Beurteilungskriterien. Häufig ist die Genehmigung kein einseitiger Beschluss, sondern Ergebnis eines Dialogs mit der Auftraggeberin. Regelmässig obliegt dem Preisgericht auch die Aufgabe, unter Wahrung der Anonymität namens der Auftraggeberin Fragen der Teilnehmer zu beantworten.¹⁰⁸ Das Preisgericht beurteilt sodann die Wettbewerbsbeiträge und entscheidet über die Rangierung¹⁰⁹ sowie die Zusprechung der Preise und allfälliger Ankäufe.¹¹⁰ Mit Bezug auf das Verfahren der Projektbeurteilung, der eigentlichen Kernaufgabe des Preisgerichts, verbleiben dem Preisgericht trotz Bindung an die Zuschlagskriterien grosse Frei Räume.¹¹¹ Schliesslich ist zu Handen der Auftraggeberin ein Beurteilungsbericht zu verfassen und eine Empfehlung für den Auspruch.¹¹² Die Empfehlung lautet auf Erteilung des Zuschlags für den in Aussicht gestellten Folgeauftrag. Beim Ideenwettbewerb, der typischerweise keine Folgeauftragsoption enthält, wird auf eine Empfehlung verzichtet.

67 Nicht geregelt ist in der SIA-Ordnung 142/2009, wer die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren (Präqualifikation) zu treffen hat. Gemäss Art. 45 Abs. 3 lit. e VöB ist dies Sache der Auftraggeberin. Eine Delegation dieser Aufgabe an das Preisgericht ist in der Praxis gelegentlich anzutreffen und erscheint zweckmässig, auch wenn dadurch eine temporäre Aufhebung der Anonymität in Kauf zu nehmen ist.¹¹³ Eine allfällige rechtsmittelfähige Verfügung ist aber auf jeden Fall durch die Auftraggeberin zu erlassen.¹¹⁴

2. Die Verbindlichkeit der Empfehlung des Preisgerichts

68 Stellt das Preisgericht fest, dass aus dem Wettbewerb kein brauchbares Ergebnis hervorgegangen ist, hält sie dies in ihrem Bericht fest. Die Auftraggeberin ist alsdann gemäss Art. 23.3 SIA-Ordnung 142/2009 für die Weiterbearbeitung von jeder Verpflichtung aus dem Wettbewerb befreit. In submissionsrechtlicher Hinsicht ist in diesem Fall das Wettbewerbsverfahren durch die

¹⁰⁸ Art. 14 i. Vm. Art. 10.2 SIA-Ordnung 142; MESSERLI, Art. 51–52 N. 3.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 21 SIA-Ordnung 142; Art. 52 Abs. 1 VöB.

¹¹⁰ Vgl. Art. 22 SIA-Ordnung 142; Art. 52 Abs. 3 VöB.

¹¹¹ Vgl. Art. 18 ff. SIA-Ordnung 142. Spielraum besteht etwa betreffend Anzahl Rundgänge, Einzelauswertung durch die Preisrichter, Führen von Debatten, Entscheidung durch einfaches oder qualifiziertes Mehr etc.; siehe dazu MESSERLI, Art. 51–52 N. 4 ff.

¹¹² Art. 51 Abs. 2 VöB; Art. 16, 23 und 24 SIA-Ordnung 142.

¹¹³ MESSERLI, Art. 45 N. 8.

¹¹⁴ Vgl. unten V2. e.

Auftraggeberin formell abzubrechen.¹¹⁵ Diese Pflicht ergibt sich aus dem allgemeinen submissionsrechtlichen Grundsatz, wonach Vergabeverfahren abzubrechen sind, wenn kein Angebot die geforderten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt.¹¹⁶ Weil das Wettbewerbsverfahren nach den Grundsätzen des Submissionsrechts analog einer «gewöhnlichen» Submission abzuwickeln ist, kann hier nichts anderes gelten.

69 Sofern die Ergebnislosigkeit nicht von der Auftraggeberin oder vom Preisgericht zu verantworten ist, sondern allein in den ungenügenden Projektingaben begründet liegt, muss im Anschluss an den Abbruch kein neues Wettbewerbsverfahren eingeleitet werden;¹¹⁷ vielmehr darf die Auftraggeberin gemäss Art. XV Ziff. 1 lit. a GPA fehlerhaft einen Planungsauftrag erteilen.¹¹⁸

D Die Ansprüche der Beteiligten

1. Die Entschädigungen gemäss Art. 17 SIA-Ordnung 142/2009

70 Art. 17 regelt die Höhe und Zuteilung von Preisen, Ankäufen und Entschädigungen, für die im Wettbewerbsprogramm eine Gesamtpreissumme¹¹⁹ zu bestimmen ist. Über diese Instrumente wird die Arbeit der Teilnehmenden gewürdigt¹²⁰ und noch nicht die Teilleistungen des späteren Auftragsverhältnisses entschädigt. Preise, Entschädigungen und Ankäufe sind folgerichtig nicht Bestandteil eines späteren Honorars.¹²¹

Diese Entschädigungen decken die erbrachten Leistungen der Teilnehmer für das erarbeitete Wettbewerbsprojekt in der Regel nicht ab. Umso wichtiger ist,

¹¹⁵ A.M. offenbar das Verwaltungsgericht Zürich in VGer ZH, 28. Januar 2004, VB.2003.00234, www.vgzh.ch.

¹¹⁶ Vgl. § 37 Abs. 1 lit. a SVO ZH, Art. 30 Abs. 2 lit. a VöB. – Die Wettbewerbsteilnehmer haben grundsätzlich Anspruch darauf, dass einem von ihnen der mit der Ausschreibung in Aussicht gestellte Folgeauftrag vergeben wird; wird aus wichtigen Gründen kein Zuschlag erteilt, ist das Verfahren förmlich abzubrechen.

¹¹⁷ Haben die Auftraggeberin (bei Mängeln in der Ausschreibung oder im Wettbewerbsprogramm) oder das Preisgericht (infolge mangelhafter Jurierung) den ergebnislosen Wettbewerb zu verantworten, ist der Wettbewerb zu wiederholen oder sind die Planungsleistungen in einem konventionellen Submissionsverfahren zu vergeben.

¹¹⁸ Ebenso: Art. 13 Abs. 1 lit. a und b VöB; § 10 Abs. 1 lit. a und b SVO ZH; § 8 Abs. 3 lit. c SubmD AG. – Fraglich ist, ob hierfür Planer beauftragt werden dürfen, die bereits am (ergebnislosen) Wettbewerb teilnahmen.

¹¹⁹ Unverändert geblieden ist die Höhe der auszurichtenden Gesamtpreissumme.

¹²⁰ Unter gewissen Voraussetzungen ist es neu möglich, die Gesamtpreissumme und die Anzahl Preise zu reduzieren, vgl. Art. 17.5 SIA-Ordnung 142/2009.

¹²¹ Art. 17.3 SIA-Ordnung 142/2009.

dass mit dem Wettbewerbsprojekt nicht bereits Teilleistungen verlangt werden, die erst im Rahmen der späteren Auftragserteilung zu erbringen sind, und dass Umfang und Detaillierungsgrad der von den Teilnehmern verlangten Leistungen im Wettbewerb der Aufgabenstellung angemessen festgelegt werden.

72 Die Entschädigungen gemäss Art. 17 sind zu unterscheiden von den Ansprüchen gemäss Art. 27, der erheblich verändert wurde. Im Anhang der SIA-Ordnung 142/2009 werden die Zusammenhänge zwischen diesen beiden Bestimmungen verdeutlicht.

2. Die Ansprüche gemäss Art. 27 SIA-Ordnung 142/2009

a) Vorbemerkungen

73 Zentrales Thema für Teilnehmende sowie Auftraggeberin ist, welche Ansprüche und Folgeaufträge aus Wettbewerben resultieren, unter welchen Voraussetzungen insbesondere öffentliche Auftraggeberinnen eine Zuschlagerteilung an den Verfasser des siegreichen Projekts vornehmen können und inwiefern sie an den Entscheid des Preisgerichts gebunden sind.¹²² Zu unterscheiden sind die Ansprüche aus Wettbewerben im Sinne von Folgeaufträgen gemäss Art. 27.1 als Regelfall und die Abgeltungen gemäss Art. 27.2 und 27.3 als Ausnahmefälle.

b) Die Folgeaufträge des Gewinners

74 Beim *Ideenwettbewerb* steht in der Regel kein Auftrag in Aussicht.¹²³ In Art. 27.1 lit. a wird neu präzisiert, dass der Gewinner dann Anspruch auf einen planerischen Auftrag hat, sofern ein solcher im Programm in Aussicht gestellt wird. Öffentliche Auftraggeberinnen werden im Programm die Voraussetzungen und Kriterien sorgfältig festlegen müssen, damit die beschaffungsrechtlichen Vorgaben für eine solche Zuschlagerteilung erfüllt sind. Wenn kein bzw. kein substantieller Auftrag in Aussicht gestellt wurde, hat der Gewinner zusätzlich zum Preisgeld gemäss Art. 17 Anspruch auf eine Entschädigung. Der Begriff des substantiellen Auftrags wird noch zu klären sein.¹²⁴

75 Der *Gewinner eines Projektwettbewerbs* hat gemäss Art. 27.1 lit. b Anspruch auf den Auftrag, wie er im Wettbewerbsprogramm formuliert ist. Neu wird dazu

¹²² Zusätzlich zu den Ansprüchen gemäss Art. 27 SIA-Ordnung 142/2009 bestehen weitere zu prüfende Anspruchsgrundlagen (öffentliches Beschaffungsrecht, Urheber-, Wettbewerbs- und Lautkeitsrecht, Vertrauenshaftung).
¹²³ Art. 3.2 SIA-Ordnung 142/2009; vgl. Anmerkung 43 nachfolgend.
¹²⁴ Auszugehen ist im Minimum von den Teilleistungen für die Phasen Vorprojekt, Bauprojekt und Bewilligungsverfahren.

ausdrücklich festgehalten, dass in der Regel der volle Auftrag (100 Teilleistungsprozente gemäss SIA-Honorarordnungen) in Aussicht gestellt wird und bei Reduktion der Teilleistungen der Gewinner zusätzlich zum Preisgeld bzw. Ankauf eine Entschädigung erhält, welche dem gleichen Prozentsatz der Gesamtpreissumme entspricht, um welchen die Teilleistungen reduziert wurden. Damit soll insbesondere die Reduktion von Teilleistungen bei einer späteren Generalunternehmerausschreibung der Auftraggeberin aufgefangen werden.¹²⁵

Unverändert blieb die Regelung der Folgeaufträge beim *Gesamtleistungswettbewerb* gemäss Art. 27.1 lit. c, wonach der Gewinner den Auftrag für die Planleistungen und den Zuschlag für die Bauleistungen erhält.

c) Abgeltung des Unehmers

77 In Art. 27.2 werden zwei mögliche Fälle und die Voraussetzungen genannt, nach denen ein Gewinner, der keinen Folgeauftrag erhält, zusätzlich zu den Preisgeldern gemäss Art. 17 eine Abgeltung beanspruchen kann. Die Abgeltungen gemäss den beiden alternativen Fällen von Art. 27.2 lit. a und b können kumuliert werden, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind.¹²⁶

78 Beide Bestimmungen setzen voraus, dass die Auftraggeberin nicht bereits im Wettbewerbsprogramm eine Abtretung der Urheberrechte vorgeschrieben habe. Dieses von grösseren Auftraggeberinnen häufig praktizierte Vorgehen wird von Teilnehmern und ihren Berufsverbänden immer wieder kritisiert. Eine generelle Abtretung wird zum Teil als unstatthaft qualifiziert.¹²⁷ Die Notwendigkeit insbesondere des Zeitpunkts und des Umfangs einer solchen Abtretung von Urheberrechten ist von Veranstaltern insbesondere auch aufgrund der Anmerkung im Entscheid der BRK «Genf/Cornavin»¹²⁸ zur möglichen unzulässigen Ausübung der Nachfragemacht der öffentlichen Hand zu hinterfragen.

d) Der Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens

79 Eine wichtige Änderung findet sich in Art. 27.3: Verzichtet die Auftraggeberin innerhalb von drei Jahren nach dem Preisgerichtsentscheid auf eine Realisierung des Vorhabens definitiv und erteilt den Auftrag für die ausgeschrie-

¹²⁵ Vgl. auch Art. 17.1 SIA-Ordnung 142/2009.
¹²⁶ Mit der präzisierten Formulierung im Vergleich zur bisherigen Fassung ist nun verdeutlicht, dass die Abgeltungen nicht die Unrechtmässigkeit des Auftragsentzugs voraussetzen. Eine Entschädigung ist unabhängig davon geschuldet, ob die Empfehlung des Preisgerichts rechtskonform erfolgt ist oder nicht, vgl. Jost/SCHNEIDER HEUSI, Anm. 159.
¹²⁷ MESSERLI, a.a.O., Rz 5 zu Art. 56.
¹²⁸ Zitiert in Anm. 10.

benen Leistungen nicht, kann eine Abgeltung verlangt werden. Dies gilt auch bei einem rechtmässigen Verzicht und unabhängig von den Gründen, die die Auftraggeberin zu diesem Schritt bewegen.

80 Mit dieser Bestimmung wird der Situation Rechnung getragen, dass die Auftraggeberin nicht gegen ihren Willen dazu gezwungen werden kann, dem Wettbewerbsgewinner den Zuschlag und einen Folgeauftrag zu erteilen. Dem Entscheid des Preisgerichts kommt gemäss Rechtsprechung lediglich eine negative Bindungswirkung zu. Dies bedeutet, dass der dem öffentlichen Vergaberrecht unterstellte Auftraggeberinnen nicht eine feihändige Vergabe an einen andern Anbieter als den Wettbewerbsgewinner vorzunehmen kann,¹²⁹ währenddem der Vertragsabschluss von Wettbewerbsgewinner nicht durchgesetzt werden kann (kein Kontrahierungszwang).¹³⁰

81 Vom *definitiven Verzicht* ist jedoch der Fall zu unterscheiden, wo das Vorhaben zumindest teilweise weiterverfolgt bzw. eine neue Ausschreibung vorgenommen werden soll. Beabsichtigt eine dem öffentlichen Vergaberrecht unterstellte Vergabestelle, ein neues Verfahren für dieselbe Beschaffung oder eine solche mit vergleichbarem Zweck durchzuführen, so ist dies nur möglich, wenn der bestehende Zuschlag vorgängig rechtswirksam widerrufen wird, wofür wichtige Gründe vorliegen müssen.¹³¹ Die Geltendmachung einer Abgeltung gemäss Art. 27.3 ist unabhängig davon möglich.

IV. Die Besonderheiten von Studienaufträgen (SIA-Ordnung 143/2009)

A Die Verfahrenswahl

1. Die Notwendigkeit des Dialogs

82 Zum Erfordernis der Notwendigkeit des Dialogs finden sich in der SIA-Ordnung 143/2009 an verschiedenen Stellen Aussagen. Genannt werden¹³², die *Komplexität der Aufgabenstellung, die Aufgaben können nicht im Voraus klar definiert werden, ein aktiver Lernprozess ist gewünscht, Randbedingungen sollen getestet werden, die Auftraggeberin soll während der Projektentwicklung Einfluss nehmen können*.

83 Soll aufgrund eines Studienauftragsverfahrens ein Folgeauftrag vergeben werden, ist der *Begründungspflicht* erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Bis heute

¹²⁹ VGer ZHVB.2004.00078 (17.03.2004) und VB.2003.00234 (28.01.2004).

¹³⁰ BGE 129 I 410; VGer ZHVB.2005.00068 (20.04.2005).

¹³¹ VGer ZHVB.2005.00068 (20.04.2005).

¹³² Präambel, Art. 1.2 sowie Art. 3.2/3.3 und Art. 4.1 SIA-Ordnung 143/2009.

ist offen, ob eine Auftragserteilung aufgrund eines nichtanonymen Verfahrens vor allem bei den dem kantonalen Recht unterstellten Auftraggeberinnen ohne entsprechende gesetzliche Grundlagen zulässig sein wird.¹³³ Umso mehr sind die Kriterien für die Notwendigkeit des Dialogs ausgerichtet an den Vorgaben des öffentlichen Beschaffungswesens über die SIA-Ordnung 143/2009 hinaus klarer und strukturierter zu definieren.¹³⁴

Nebst dem *Kriterium der Komplexität der Aufgabenstellung*, das unseres Erachtens in jedem Fall eng zu fassen ist¹³⁵, ist weiter zu fordern, dass die Auftraggeberin darzulegen hat, weshalb sie objektiv *nicht in der Lage* ist, zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens selber sämtliche *Rahmenbedingungen* der Aufgabenstellung festzulegen und weshalb sie dazu den gemeinsamen *Austausch mit den Teilnehmenden benötigt*. Sie hat sodann zu deklarieren, welche *Programmbestimmungen* durch diesen Prozess *wann und in welchem Umfang präzisiert* werden sollen.

2. Das selektive Verfahren als Regelfall

85 Gemäss Präambel der SIA-Ordnung 143/2009 können Studienaufträge nur im *selektiven Verfahren* durchgeführt werden.¹³⁶ Die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Frage der Verfahrenswahl sind vorrangig zu beachten, führen aber zum selben Ergebnis: zulässiges Kriterium für die Wahl des selektiven Verfahrens und die damit einhergehende Beschränkung des Wettbewerbs ist die Komplexität des Beschaffungsgegenstands.¹³⁷ Insbesondere auch angesichts der hohen Anforderungen, die bei einem Dialogverfahren sowohl bei der Auftraggeberin als auch den Teilnehmenden anfallen, ist einem selektiven Verfahren bei Studienaufträgen den Vorzug zu geben.¹³⁸ Vor diesem Hintergrund kann bei Studienaufträgen auch auf die rechtlich als heikel qualifizierten mehrstufigen Verfahren verzichtet werden.¹³⁹

¹³³ Vgl. unten Ziff. IV/C/II.

¹³⁴ Art. 26a VöB; Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1.10.2010.

¹³⁵ Komplex aufgrund der späteren Betriebsabläufe sind zum Beispiel Spitalbauten, sodann auch Vorhaben, die auf einen längeren Zeithorizont ausgerichtet sind (PPP Ausschreibungen). Die Projektierung und Ausführung setzt im Ergebnis bei allen Beteiligten eine hohe fachliche, organisatorische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voraus.

¹³⁶ Vgl. auch Art. 6.1. SIA-Ordnung 143/2009.

¹³⁷ Vgl. Art. X Ziff. 1 GPA; VGer ZHVB.2006.00425 (23.05.2007).

¹³⁸ Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1.10.2010, Art. 26a VöB.

¹³⁹ SCHNEIDER HEUSI, S. 6; Art. 5 SIA-Ordnung 143/2009.

B Die Durchführung des Dialogs

86 Entscheidender Unterschied zum sonst weitgehend gleichlautenden Wettbewerbsverfahren ist der bereits erwähnte Dialog: Gemäss Art. 14 SIA-Ordnung 143/2009 er folgende Merkmale aufzuweisen:

- Durchgeführt wird eine *schriftliche Fragestellung*, mindestens eine *Zwischen- und eine Schlussbesprechung*;
- Das stimmberechtigte Beurteilungsgremium verfasst nach jeder Besprechung ein *Protokoll*, das die massgebenden und verbindlichen Informationen für die Weiterbearbeitung enthält;
- Bei Studienaufträgen mit Folgeauftrag werden die Präsentationen der Beiträge der Zwischen- und Schlussbesprechungen für die Teilnehmenden einzeln durchgeführt. Das Beurteilungsgremium berät in Abwesenheit der Teilnehmenden. Die Protokolle zu projektspezifischen Fragen werden nur den betroffenen Teilnehmenden zugestellt.
- Bei Studienaufträgen ohne bzw. ohne substantiellen Folgeauftrag können die Präsentationen der Beiträge der Zwischen- und Schlussbesprechungen in Anwesenheit aller Teilnehmenden durchgeführt werden. Das Beurteilungsgremium berät in Anwesenheit oder Abwesenheit der Teilnehmenden. In begründeten Fällen darf die Meinung der Öffentlichkeit während der Durchführung eingeholt werden.

87 Die Frage stellt sich, ob das in Art. 14 der SIA-Ordnung 143/2009 geregelte Dialogverfahren den Anforderungen des öffentlichen Beschaffungswesens genügt. Im Vordergrund stehen der Gleichbehandlungsgrundsatz und der Grundsatz der Vertraulichkeit der von den Anbietenden gemachten Angaben und Informationen.¹⁴⁰ Mit der Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen wurde kurz nach Inkrafttreten der Ordnung 143/2009 für Beschaffungen auf Bundesebene ebenfalls ein Dialog¹⁴¹ als Verfahrenselement eingeführt. Dabei wählt die Auftraggeberin diejenigen Anbietenden aus, mit denen sie den Dialog durchführen will. Als Anforderungen werden genannt: «*Hinweise auf die Durchführung eines Dialogs in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen zur Vergütung der Teilnahme sowie der Verwendung der Teilnahmebeiträge*».

88 Die neue gesetzliche Regelung lässt allerdings Fragen offen: Nicht geklärt wird, ob die Auswahl der Teilnehmer am Dialog mit einer rechtmittelfähigen Verfügung zu erfolgen hat und wie der vertrauliche Charakter der von den Anbietenden gemachten Angaben zu wahren ist. Fraglich ist auch, ob es ge-

¹⁴⁰ Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB

¹⁴¹ Art. 26a VöB.

nügt, wenn erst in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben wird, aufgrund welcher Kriterien die Auftraggeberin die Dialogpartner auswählt und nur diesen die Mindestangaben zum Ablauf des Dialoges bekannt zu geben braucht. Beim Studienauftragsverfahren gemäss der Ordnung 143/2009 wird der Dialog – im Unterschied zum neuen Dialogverfahren gemäss Art. 26a VöB – mit *allen Teilnehmenden* durchgeführt, was vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu begrüssen ist. Die Auftraggeberin ist so insbesondere auch nicht mit der Frage konfrontiert, inwiefern sie eine Auswahl der Teilnehmer am Dialog verfügen soll oder muss.

Im Zentrum wird bei Studienaufträgen insbesondere bei Verfahren mit Folgeaufträgen deshalb die Frage stehen, wie eine *Übertragung von Ideen* unter den Teilnehmenden verhindert wird und wie das Beurteilungsgremium Empfehlungen für die Weiterbearbeitung vornehmen kann, ohne dabei Hinweise auf andere Teilnehmerbeiträge zu geben. Unzulässig ist ein eigenliches «Cherry-Picking». Ein Dialog darf sodann auch nicht zur Folge haben, dass die Empfehlungen zum weiteren Vorgehen auf einen Teilnehmerbeitrag zugeschnitten werden. Die SIA-Ordnung 143/2009 nennt als federführend für die Durchführung des Studienauftrags das Beurteilungsgremium, das auch als dafür verantwortlich bezeichnet wird, dass kein Ideentransfer stattfindet. Beschaffungsrechtlich in der Verantwortung steht indessen die Auftraggeberin. Gerade angesichts der fehlenden Anonymität des Verfahrens hat sie selber umso mehr dafür besorgt zu sein, dass die Gleichbehandlung der Teilnehmenden gewährleistet ist. Die Auftraggeberin ist deshalb verpflichtet, bereits in der Publikation der Ausschreibung möglichst umfassend die Einzelheiten zum Dialogverfahren bekannt zugeben (*Anzahl, Zeitpunkt und Modalitäten der Besprechungen*) und insbesondere die Ergebnisse der Präsentationen und Besprechungen umgehend mit Protokollen zu dokumentieren.

C Das Ergebnis des Studienauftrags

1. Die Schlussbeurteilung und die Empfehlung des Beurteilungsgremiums

Das Beurteilungsgremium nimmt eine Schlussbeurteilung vor und erstellt einen Beurteilungsbericht. Im Unterschied zum Wettbewerb nimmt es *keine Rangierung* vor¹⁴² und spricht keine Preise zu, da die Teilnehmenden mit *Pauschalschadenschätzungen* in gleicher Höhe entschädigt werden.¹⁴³ Bei Studienaufträgen mit Folgeauftrag wählt es den besten Beitrag und damit den Gewinner aus und empfiehlt diesen, bzw. wenn mehrere Folgeaufträge ausgeschrieben

¹⁴² Art. 20 und 21 SIA-Ordnung 143/2009.

¹⁴³ Art. 17 SIA-Ordnung 143/2009.

wurden, diese zur Weiterbearbeitung. Bei Studienaufträgen ohne Folgeauftrag gibt es Empfehlungen für das weitere Vorgehen ab.¹⁴⁴

2. Der Anspruch auf Folgeaufträge

91 Mit dem neuen Art. 13 Abs. 1 lit. l VöB ist für Beschaffungen auf Stufe Bund ab 1. Januar 2010 eine gesetzliche Grundlage geschaffen worden, wonach für Planleistungen auch nach nicht-anonymen Verfahren eine freihändige Auftragserteilung unter bestimmten *kumulativen Voraussetzungen* zulässig ist. Hervorzuheben ist dabei das Erfordernis, dass die Lösungsvorschläge von einem *mehrheitlich unabhängigen* Gremium zu beurteilen sind.

92 Nicht geregelt wird hingegen das Verfahren zu nichtanonymen Studienaufträgen an sich und die Bestimmungen zum anonymen Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb gemäss dem 4. Kapitel der VöB blieben unverändert. Klar scheint immerhin, dass nichtanonyme Verfahren nicht als Wettbewerbe qualifiziert werden, während die Anforderungen, die eine Zuschlagserteilung im Anschluss an einen nichtanonymen Studienauftrag mit dem Verweis auf eine *«Durchführung in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Gesetzes»* vage bleiben.

93 Mit der Anwendung der SIA-Ordnung 143/2009 werden zumindest transparente Regeln geschaffen, die aber noch zu verdeutlichen sind. Vor der Verfahrenswahl sind die folgenden Punkte zu klären und in der Ausschreibung offen zu legen:

- Durchführung und Modalitäten des Dialogverfahrens;
- Anzahl, Zeitpunkt und Modalitäten der Zwischenbesprechungen;
- Notwendigkeit des Dialogs (Komplexität der Aufgabenstellung sowie Gründe, weshalb Rahmenbedingungen bei Einleitung des Verfahrens nicht festgelegt werden können);
- Programmbestimmungen und ihr Umfang, die durch den Dialog präzisiert werden sollen;
- Massnahmen zur Wahrung der Vertraulichkeit der Teilnehmerbeiträge und der Urheberrechte;
- Entschädigungen für die Teilnahme sowie für die weitere Verwendung der Beiträge;
- Genaue Bezeichnung der zu erteilenden Folgeaufträge.

¹⁴⁴ Art. 21 SIA-Ordnung 143/2009.

Noch offen ist, ob und wie die kantonalen Gesetzesgrundlagen angeglichen werden. Eine Zuschlagserteilung nach einem Studienauftrag ist unserer Ansicht nach dann möglich, wenn in diesen gesetzlichen Grundlagen die Anonymität nicht als Voraussetzung für die Zuschlagserteilung genannt wird und das Verfahren gemäss der SIA-Ordnung 143/2009 mit den oben genannten *zusätzlichen Anforderungen durchgeführt wurde*.

V. Übersichten

Schemata aus den Anhängen der Ordnungen SIA 142/2009 und 143/2009

Kombinationen von Beschaffungsformen und Verfahrensarten:

Verfahrensarten*	Beschaffungsformen			
	Wettbewerb	Studienauftrag	leistungsorientierte Beschaffungsformen	leistungsorientierte Beschaffungsformen (über detailliertes Pflichtenheft)
offen	x	-	x	x
selektiv	x	x	x	x
Einladung	x	x	x	x
freihändig	Gewinner	Gewinner	-	-

* Für öffentliche Bauherren gelten bei der Wahl der Verfahrensart die gesetzlichen Vorschriften.

	Ordnung SIA 142 (2009) Wettbewerb	Ordnung SIA 143 (2009) Studienauftrag
Durchführung	anonym	nicht anonym
Bewertung	Preisgericht	Bewertungsgremium
Arten	Planungswettbewerb	Gesamt- leistungs- wettbewerb
	Ideen-WB Projekt- WB	Ideestudie Projektstudie
Auftrag/Folgebeftrag/ Zuschlag	ohne/mit	ohne/mit
Preissumme/ Entschädigung (gem. Art. 17)	3x Aufwand	1,5x Aufwand
	2x Aufwand	100% Aufwand
Rangierung	Gesamtpreissumme	Preisachtschädigung pro Teilnehmenden
	Rangierung, Ermittlung des Gewinners	keine Rangierung, Ermittlung des Gewinners

V. Literaturverzeichnis und Materialien

Literatur

- BEYELER, MARTIN, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, Gedanken zum Begriff des öffentlichen Auftrags, in: ZUFERREY/STÖCKLI (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 65 ff. (zit.: BEYELER, Geltungsbereich).
- BEYELER, MARTIN, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Freiburg/Zürich 2004 (zit.: BEYELER, Öffentliche Beschaffung)
- DUBÉY, JACQUES, Le nouveau règlement des mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie SIA-143/2009, in: BR 4/2009, S. 140 ff. (zit. DUBÉY, MEP)
- DUBÉY, JACQUES, Le Concours en droit des marchés publics, Freiburg/Zürich 2005 (zit. DUBÉY, Concours)
- ESSEIVA, DENIS, Concours et marchés publics, in: Institut pour le droit suisse et international de la construction, Journées suisses du droit de la construction 2003, Freiburg 2003 (zit. ESSEIVA, Concours)

ESSEIVA, DENIS, Concours, mandats d'étude parallèles et autres procédures spéciales en droit cantonal, in: Sonderheft BR Vergaberecht 2006, Freiburg 2006 (zit. ESSEIVA, Vergaberechtung 06)

GALLI, PETER/LEHMANN, DANIEL/RECHSTEINER, PETER, Das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz, Zürich 1996

GALLI, PETER/MOSER, ANDRÉ/LANG, ELISABETH/CLERC, EVELYNE, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007

KOLLER, ALFRED, Der Architekturwettbewerb, in: GAUCH/TERCIER (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. A., Freiburg 1995

JOST, FELIX/SCHNEIDER HEUSI, CLAUDIA, Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht, in: ZBl 2004, S. 361 ff.

MESSERLI, BEAT, Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2. A., Bern 2007

RECHSTEINER, PETER, Die Wettbewerbe: Rechtslage und Praxis, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Schweizerische Baurechtstagung 2003, Freiburg 2003, S. 151 ff.

SCHNEIDER HEUSI, CLAUDIA, Die SIA-Ordnung 142/2009 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe, in: BR 1/2010, S. 4 ff.

STÖCKLI, HUBERT, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, System und der Versuch einer Synthese, in: ZUFERREY/STÖCKLI (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 41 ff.

URRICH, SIMON, Der Architekturwettbewerb unter besonderer Berücksichtigung fehlerhafter Preisentscheide, St. Gallen 1994 (zit. URRICH, Architekturwettbewerb)

URRICH, SIMON, Die neue SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe, in: AJP 1999, S. 249 ff. (zit. URRICH, SIA 142)

WOLF, ROBERT, Preis und Wirtschaftlichkeit, in: BR/DC «Sonderheft Vergaberecht 2004», S. 17 ff.

ZUFERREY, JEAN-BAPTISTE/ESSEIVA, DENIS, L'arbitrage et la médiation dans les procédures des marchés publics et privés, in: BR 2/2009, S. 44 f.

ZUFERREY, JEAN-BAPTISTE/DUBÉY, JACQUES, Wettbewerbsverfahren und andere Verfahren für Beschaffungen mit intellektuellen Dienstleistungen, Gutachten des Instituts für schweizerisches und internationales Baurecht, Universität Freiburg; zum Forschungsauftrag der Beschaffungskommission des Bundes, 1. März 2005

Materialien

- Dokumentation D 0204, Empfehlungen des SIA zur Vergabe von Planeraufträgen (2004)
- Wegleitung der Kommission SIA 142/143 «Bestimmung der Preissumme» (Oktober 2009)
- Wegleitung der Kommission SIA 142/143 «Teambildungen bei Projektwettbewerben» (Juni 2009)
- Wegleitung der Kommission SIA 142/143 «Befangenheit und Ausstandsgründe» (März 2008)
- Wegleitung der Kommission SIA 142/143 «Selektive Verfahren bei Architektur- und Ingenieurwettbewerben nach SIA 142» (Dezember 2007)
- Wegleitung der Kommission SIA 142/143 «Planungswettbewerb für Architekten und Investoren» (Dezember 2007)
- Wegleitung der Kommission SIA 142/143 «Wettbewerbsbegleitung» (September 2007)