

# Wettbewerbe und öffentliches Beschaffungswesen

Autor(en): **Schneider Heusi, Claudia**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Tec21**

Band (Jahr): **129 (2003)**

Heft 14-15: **Um Uri herum**

PDF erstellt am: **27.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-108738>

## Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern. Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Wettbewerbe und öffentliches Beschaffungswesen

## Erste Gerichtsentscheide über Submissionsbeschwerden bringen einerseits Klärungen, verstärken andererseits die vorhandenen Unsicherheiten.

Öffentliche Bauherren<sup>1</sup> als Veranstalter von Architektur- und Ingenieurwettbewerben haben die Submissionsgesetzgebung zu beachten. Die Wettbewerbe selber sind jedoch teilweise nur marginal geregelt<sup>2</sup>, insbesondere in den Gesetzgebungen der Kantone über das öffentliche Beschaffungswesen. Im Kanton Zürich beispielsweise wird der Planungs- und Gesamtleistungs-Wettbewerb lediglich im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer freihändigen Vergabe an den Gewinner erwähnt. In der für die Kantone massgebenden interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen findet sich in der Revisionsvorlage vom 15. März 2001<sup>3</sup> neu noch der Hinweis, dass bei Planungs- und Gesamtleistungs-Wettbewerben ganz oder teilweise auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verwiesen werden kann. Es besteht bereits nach heutiger Rechtslage die Möglichkeit, nicht aber die Pflicht, beispielsweise nach der SIA-Ordnung 142 vorzugehen.<sup>4</sup>

Eine gewisse Freiheit der Veranstalter bei der Durchführung von Wettbewerben ist vorhanden. Diese sollte – immer unter Berücksichtigung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbietenden – auch genutzt werden. Die Rechtsunsicherheit bei Veranstaltern wie Wettbewerbsteilnehmern ist allerdings gross. Erste Entscheide der Gerichte über Submissionsbeschwerden im Bereich der Wettbewerbe haben einerseits gewisse Klärungen gebracht, andererseits aber diese Unsicherheit noch verstärkt. Im Folgenden werden einige kritische Punkte näher beleuchtet und für die Ausnützung des gesetzlich möglichen Handlungsspielraums plädiert.

### Freihändige Vergabe an den Gewinner

Im Kanton Zürich ist wie erwähnt eine freihändige Vergabe an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungs-Wettbewerbs möglich, vorausgesetzt, dass die Organisation des Wettbewerbs den Grundsätzen des Vergaberechts entspricht. Erwähnt werden insbesondere «die Veröffentlichung einer Einladung an angemessenen qualifizierte Anbieterinnen und Anbieter zur Teilnahme» sowie die «Beurteilung durch eine unabhängige Jury».<sup>5</sup> Dies bedeutet, dass im Anschluss an einen – je nach Schwellenwert im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren durchgeführten – Wettbewerb ein Zuschlag insbesondere auch für den Weiterbearbeitungsauftrag freihändig erteilt werden kann, allerdings unter bestimmten Voraussetzungen.

Die erste Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist die nach dem im Zürcher Recht nicht geregelten Begriff «Planungs- und Gesamtleistungs-Wettbewerb». Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich<sup>6</sup> zieht die Definition des Bundesrechts heran und sieht den Unterschied des Wettbewerbs zur gewöhnlichen Submission vor allem in der Beurteilung durch eine unabhängige Jury und der anonymen Durchführung<sup>7</sup>. Das Zürcher Verwaltungsgericht hat ferner entschieden, dass eine freihändige Vergabe nach Abschluss eines Ideenwettbewerbs nicht möglich sei<sup>8</sup> sowie dass bei einem Projektwettbewerb die Absicht der Erteilung eines freihändigen Folgeauftrags deutlich aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehen müsse<sup>9</sup>. Zudem hat das Gericht klargestellt, dass hinsichtlich der Veröffentlichung der Teilnahme die Schwellenwerte für Dienstleistungsaufträge berücksichtigt werden müssen, wobei bei Projekt- bzw. Gesamtleistungs-Wettbewerben der Folgeauftrag zu berücksichtigen ist.<sup>10</sup>

Vor allem das – in der zürcherischen Submissionsverordnung gerade nicht genannte – Erfordernis der Anonymität des Verfahrens ist problematisch. Die geforderte Unabhängigkeit der Jury muss nicht zwangsläufig mit der Anonymität der Verfahren gleichgesetzt werden. In Einzelfällen, insbesondere auch bei wettbewerbsähnlichen Studienaufträgen, bei denen der

Wunsch nach Erteilung eines Folgeauftrags besteht<sup>11</sup>, sollte der Veranstalter auch nicht anonyme Verfahren durchführen und dem Gewinner eines solchen Wettbewerbs den Zuschlag freihändig erteilen können, allerdings gebunden an den Juryentscheid<sup>12</sup>. Diese Bindung an den Juryentscheid wird bei nicht anonymen Verfahren durch die Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts zumindest in Frage gestellt. Der Raum, den der Gesetzgeber auch für andere als die klassischen Formen des Wettbewerbs – bei denen der Bedarf und der Wunsch vorhanden sind, in einem wechselseitigen Dialog zu einem Resultat zu gelangen – offen gelassen hat, wird unnötig beschränkt.

### **Eignungs- und Beurteilungskriterien**

Bereits in «gewöhnlichen» Submissionsverfahren werden die – gesetzlichen wie auch von der Rechtsprechung verlangten – Anforderungen an Eignungs- und Zuschlagskriterien wie Objektivität, Detaillierungsgrad, Angabe von Reihenfolge bzw. Gewichtung usw. sowie ihre praktische Durchführbarkeit diskutiert. Bei Wettbewerben sollte bei der Festlegung von Eignungskriterien für die Präqualifikation bzw. den Beurteilungskriterien für den Juryentscheid den Besonderheiten dieser Verfahren Rechnung getragen werden können. Dies sollte insbesondere bei denjenigen Gesetzeserlassen gelten, die auf Regelung von Wettbewerben im Detail verzichten und auf die Grundsätze des Submissionsrechts verweisen.

Diese Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung gebieten, dass die – sachgerechten – Kriterien bereits im Voraus bekannt gegeben werden müssen und grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden dürfen. In einem mehrstufigen Verfahren sollte es jedoch möglich sein, die Kriterien für jede Stufe im jeweiligen Wettbewerbsprogramm noch detaillierter festlegen (aber nicht mehr abändern) zu können. Ein solches Vorgehen sollte jedoch bereits zu Beginn bekannt gegeben werden, um Missverständnisse zu vermeiden. Die Nennung von Alibikriterien, die gar nicht zur Beurteilung gelangen, ist zu vermeiden. Umgekehrt sind gerade bei Eignungsprüfungen von Teams die Kriterien nicht nur auf den Architekten, sondern auch auf die übrigen Teammitglieder angemessen zuzuschneiden.

Die Anforderungen hinsichtlich des Detaillierungsgrads von Kriterien und der Angabe einer Reihenfolge und Gewichtung sollten hingegen nicht allzu hoch geschraubt werden. Die Jury kann und soll ihren Entscheid nicht aufgrund eines mathematisch bis ins letzte Detail vorgeschriebenen Verfahrens fällen. Ihr sollte ein gewisser Bewertungsspielraum zugestanden werden. Wichtig ist allerdings, dass die Jury die Kriterien bereits bei deren Festsetzung – wie im Übrigen das Wettbewerbsprogramm als solches – prüft und genehmigt.

Das Zürcher Verwaltungsgericht hat bis anhin entschieden, dass es – zumindest bei Ausschreibungen ohne Folgeoption – zulässig ist, die Eignungsprüfung in einem selektiven Verfahren allein im Rahmen einer anonymen Skizzenselektion<sup>13</sup> vorzunehmen.<sup>14</sup> Ebenfalls hat das Gericht entschieden, dass keine Pflicht

besteht, eine Bewertungsmatrix zu verwenden.<sup>15</sup> Die für Vergaben des Bundes zuständige Eidgenössische Rekurskommission hat zudem entschieden, dass die Beurteilungskriterien den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung zu genügen haben. Dies bedeute, dass stets eine individuelle Behandlung jedes Wettbewerbsbeitrags vorzunehmen und ein Losentscheid willkürlich und unzulässig sei.<sup>16</sup>

### **Empfehlungen der Jury**

Die freihändige Vergabe im Anschluss an einen Wettbewerb kann nur an den Gewinner erfolgen. Hat der Veranstalter die SIA-Ordnung 142 für anwendbar erklärt, so hat insbesondere der Gewinner eines Projekt- bzw. eines Gesamtleistungs-Wettbewerbs einen Anspruch darauf, dass ihm der Zuschlag gemäss der Empfehlung der Jury erteilt wird. Ein Verzicht des Veranstalters auf Realisierung ist allerdings immer möglich. 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. Solche liegen gerade nicht vor, wenn – beispielsweise baurechtliche – Mängel des Siegerprojekts von untergeordneter Bedeutung sind und im Rahmen der weiteren Projektierung noch behoben werden können. Nicht entscheidend ist auch, wie knapp der Juryentscheid zustanden gekommen ist.<sup>17</sup>

Spricht die Jury eine Empfehlung zur zuvor angekündigten Überarbeitung eines Projekts aus, so ist der Veranstalter ebenfalls an diesen Entscheid gebunden. Die Beurteilung des überarbeiteten Projekts hat wiederum durch die Jury und nicht durch den Veranstalter zu erfolgen. Ausserordentlich heikel sind unvorhergesehene Überarbeitungen. Nicht zulässig ist es zudem, wenn der Veranstalter nach dem Jury- aber vor dem Vergabeentscheid von sich aus die Überarbeitung eines oder mehrerer Projekte erklärt. Davon zu unterscheiden ist die in der Natur der Sache gelegene untergeordnete Weiterbearbeitung eines Siegerprojekts nach erfolgter Zuschlagserteilung.

### **Ausblick**

Rechtsfragen sind im Spannungsfeld Wettbewerbe – öffentliches Beschaffungswesen zahlreich und werden sicher auch in Zukunft für Gesprächsstoff sorgen. Nebst den behandelten Fragen, die letztlich der Klärung durch die Gerichte bedürfen, sind in der Praxis weitere Probleme auszumachen. Insbesondere im Bereich des Rechtsschutzes sind Fragen offen bzw. bestehen in den Kantonen unterschiedliche Vorgehensweisen. Beispielsweise ist nicht der Juryentscheid, sondern erst der Vergabeentscheid des Veranstalters mit Submissionsbeschwerde anfechtbar. Der Juryentscheid wird den Teilnehmern im Kanton Zürich mitgeteilt, eine anfechtbare Verfügung über den Zuschlag ergeht aber unter Umständen erst viel später.<sup>18</sup> Dieses Vorgehen ist an sich richtig, führt aber beispielsweise bei mehrstufigen, anonymen Verfahren zu dem für beide

Seiten unbefriedigenden Ergebnis, dass Submissionsbeschwerden überhaupt erst zu einem Zeitpunkt erfolgen können, wenn das ganze Verfahren bereits beendet ist. Wichtig ist auf jeden Fall, dass sich die Gerichte bei der inhaltlichen Beurteilung der Projekte Zurückhaltung auferlegen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich verweist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf, dass die Rüge der Unangemessenheit nicht zulässig ist und eine Jury aufgrund ihres Fachwissens besser zur Beurteilung von fachspezifischen Fragen in der Lage ist.<sup>19</sup>

Lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL. M., ist als selbstständige Rechtsanwältin in Zürich tätig. Sie war während fünf Jahren bis 2001 Leiterin des Rechtsdienstes des Hochbauamtes des Kantons Zürich. C. S. H., Tel. 01 910 35 56, csh@ggaweb.ch

#### Anmerkungen

- 1 Im Kanton Zürich sind das derzeit der Kanton, die öffentlich-rechtlichen Anstalten und Regiebetriebe sowie die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an denen er beteiligt ist, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, öffentlich-rechtliche Organisationen und Unternehmen aus den Bereichen Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung und aus dem Telekommunikationsbereich sowie Objekte und Leistungen, die mit mehr als 50 % von der öffentlichen Hand subventioniert werden.
- 2 Anders der Bund in Art. 40ff der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB).
- 3 Art. 12 Abs. 3 rev. IVöB vom 15.3.01. Derzeit sind die Kantone Freiburg, St. Gallen, Bern und Basel-Stadt beigetreten, während in den anderen Kantonen ein Beitritt vorbereitet wird. Die Revisionsvorlage bezweckt die Umsetzung des bilateralen Abkommens mit der Europäischen Union und die Harmonisierung der Schwellenwerte.
- 4 Die für Beschaffungen auf Bundesebene zuständige Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen bezeichnet die SIA-Ordnung 142 als subsidiäres öffentliches Recht (Entscheid BRK 011/1999 vom 9.12.1999).
- 5 Die Formulierung von § 11 Abs. 1 lit. k ZH-SVO entspricht Art. XV Ziff. 1 lit. j des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA).
- 6 Dazu [www.vger.zh.ch](http://www.vger.zh.ch) sowie H. Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 5. Aufl., Freiburg 2002.
- 7 Vgl. Entscheide Zürcher Verwaltungsgericht in VB.2001.00035 vom 13.3.2002; VB 2000.00261 vom 10.5.2001.
- 8 Vgl. Entscheid Zürcher Verwaltungsgericht in VB.1999.00386 vom 2.11.2000. Beim Ideenwettbewerb besteht zwar kein Anspruch auf Erteilung eines Folgeauftrags. Dennoch sollte der Veranstalter entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtes die Möglichkeit haben, eine solche Option im Wettbewerbsprogramm aufnehmen und beispielsweise freihändig den Zuschlag für die Ausarbeitung der erforderlichen planungsrechtlichen Grundlagen erteilen zu können.
- 9 Vgl. Entscheid Zürcher Verwaltungsgericht in VB.2000.00122 vom 2.11.2000.
- 10 Vgl. Entscheid Zürcher Verwaltungsgericht in VB.2000.00122 vom 2.11.2000.
- 11 Die Erteilung einer weiteren Beauftragung ist bei Studienaufträgen auch nach der SIA-Ordnung 142 möglich.
- 12 Vgl. dazu nachfolgend, Empfehlungen der Jury
- 13 In der Vergabepaxis ist die Präqualifikation anhand von Skizzenselektionen allerdings umstritten.
- 14 Vgl. Entscheide Zürcher Verwaltungsgericht in VB.1999.00386 vom 2.11.2000; VB.2000.00122 vom 2.11.2000.
- 15 Vgl. Entscheid Zürcher Verwaltungsgericht in VB.1999.00386 vom 2.11.2000.
- 16 Entscheid BRK 011/1999 vom 9.12.1999; wobei dies in der Praxis kaum immer möglich ist.
- 17 Vgl. Entscheid Zürcher Verwaltungsgericht in VB.2001.00035 vom 13.2.2002 sowie Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg 2A 01 vom 19.4.2001.
- 18 Vgl. dazu auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern LGVE 2000 II, S. 223, Nr. 17 vom 16.3.2000.
- 19 Vgl. Entscheid Zürcher Verwaltungsgericht in VB.2000.00122 vom 2.11.2000.

**Bohren  
Rammen**

**Foundationen  
Baugruben-  
abschlüsse  
Grundwasser-  
absenkungen**

**risi**  
**die Spezialtiefbauer**

041-766 99 99 [www.risi-ag.ch](http://www.risi-ag.ch)