

# KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 9/Mai 2003

## Wettbewerbe und öffentliches Beschaffungswesen

Rechtslage, Gerichtsentscheide und Praxis



Claudia  
Schneider  
Heusi,  
Rechtsanwältin

### Grundlagen

Öffentliche Bauherren als Veranstalter von Architektur- und Ingenieurwettbewerben haben die Submissionsgesetzgebung zu beachten. Im Kanton Zürich ist eine freihändige Vergabe gestützt auf § 11 Abs. 1 lit. k Submissionsverordnung (SVO) an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs möglich, vorausgesetzt, dass die Organisation des Wettbewerbs den Grundsätzen des Vergaberechts entspricht. Dies bedeutet, dass im Anschluss an einen Wettbewerb ein Zuschlag für den Weiterbearbeitungsauftrag freihändig erteilt werden kann, allerdings unter bestimmten Voraussetzungen. Erwähnt werden insbesondere «die Veröffentlichung einer Einladung an angemessen qualifizierte Anbieterinnen und Anbieter zur Teilnahme» sowie die «Beurteilung durch eine unabhängige Jury». Weitergehende Bestimmungen zum Wettbewerb sind nicht vorhanden. Es besteht die Möglichkeit, auf Bestimmungen von Fachverbänden, wie die SIA-Ordnung 142, zu verweisen.

### Gerichtsentscheide im Kanton Zürich

Die erwähnten Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe sind auslegungsbedürftig und geben Anlass zu zahlreichen Rechtsfragen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat sich zu einzelnen Punkten bisher wie folgt geäußert:

- Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb unterscheidet sich, so das Verwaltungsgericht, von der gewöhnlichen Submission vor allem in der Beurteilung durch eine unabhängige Jury und der anonymen Durchführung (VB.2001.00035 vom 13.3.2002; VB 2000.00261 vom 10.5.2001; siehe [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)).

Kommentar zu diesem Entscheid: *In der Submissionsverordnung wird allerdings das Erfordernis der **Anonymität** gerade nicht genannt. 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, sollte der Veranstalter auch nicht anonyme Verfahren durchführen und dem Gewinner eines solchen Wettbewerbs den Zuschlag freihändig erteilen können, allerdings gebunden an den Juryentscheid.*

- Nach einem weiteren Entscheid sind bei der **Festlegung des Verfahrens** die Schwellenwerte für Dienstleistungsaufträge inklusive allfälliger Folgeaufträge zu berücksichtigen. Die Absicht der Erteilung eines freihändigen Folgeauftrags muss deutlich aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehen (VB.2000.00122 vom 2.11.2000). Eine freihändige Vergabe nach Abschluss eines Ideenwettbewerbs ist, so das Zürcher Verwaltungsgericht, nicht zulässig (VB.1999.00386 vom 2.11.2000).

Kommentar zu diesem Entscheid: *Bei der Festlegung der Verfahrensart beim Projekt- und Gesamtleistungswettbewerb ist nicht allein auf den mutmasslichen **Folgeauftrag** abzustellen, sondern ist zusätzlich die **gesamte Preissumme** hinzu zurechnen. Beim Ideenwettbewerb berechnet sich der Schwellenwert aufgrund der Gesamtpreissumme. Die Erteilung eines Folgeauftrags an den Gewinner eines Ideenwettbewerbs kann wohl auch nicht so kategorisch ausgeschlossen werden.*

- Das Verwaltungsgericht entschied ferner, dass eine freihändige Vergabe im Anschluss an einen Wettbewerb nur an den Gewinner erfolgen kann. Nicht zulässig ist es, entgegen dem Juryentscheid den Zuschlag einem anderen Wettbewerbsteilnehmer zu erteilen. Es müssen wesentliche Gründe vorliegen, um ein **Abweichen von der Empfehlung der Jury** zu rechtfertigen. Solche liegen, wie das Zürcher Verwaltungsgericht entschieden hat, gerade nicht vor, wenn – beispielsweise baurechtliche – Mängel des Siegerprojekts von untergeord-

neten Bedeutung sind und im Rahmen der weiteren Projektierung noch behoben werden können. Nicht entscheidend ist auch, wie knapp der Juryentscheid zustanden gekommen ist. (VB2001.00035 vom 13. Februar 2002).

Kommentar zu diesem Entscheid: *Dieser Entscheid ist für die Praxis ausserordentlich wichtig. Die Auftraggeberin darf von der Empfehlung der Jury nicht abweichen und hat den Zuschlag dem Gewinner zu erteilen. Eine Ausnahme liesse sich nur dort rechtfertigen, wo der Juryentscheid schlechterdings fehlerhaft erfolgte und eine Realisierung des Gewinnerprojekts aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen gar nicht möglich wäre.*

- Das Zürcher Verwaltungsgericht hat zudem entschieden, dass es – zumindest bei Ausschreibungen ohne Folgeoption – zulässig ist, die Eignungsprüfung in einem selektiven Verfahren allein im Rahmen einer **anonymen Skizzenselektion** vorzunehmen. Ebenfalls hat das Gericht entschieden, dass keine Pflicht besteht, eine **Bewertungsmatrix** zu verwenden (VB.2000.00122 vom 2.11.2000; VB.1999.00386 vom 2.11.2000).
- Anfechtbar ist nur der Vergabeentscheid des öffentlichen Auftraggebers, nicht aber die Empfehlung des Preisgerichts (VB.2002.00022 vom 3.7.2002).

## Umsetzung von Gesetzgebung und Entscheiden in der Praxis: was ist zu beachten?

Damit eine freihändige Vergabe im Anschluss an einen Wettbewerb erfolgen kann, sollten auf jeden Fall folgende Punkte beachtet werden:

- Die Auftraggeberin hat sich aufgrund der konkreten Fragestellung zu entscheiden, ob ein **Ideen- oder Projektwettbewerb**, allenfalls ein **Gesamtleistungswettbewerb** oder ein **Studienauftrag** und ob allenfalls ein mehrstufiges Verfahren durchgeführt werden soll. Anschliessend ist die Verfahrensart abhängig vom Auf-

tragswert festzulegen. Liegen bei einem Projektwettbewerb beispielsweise die Gesamtpreisumme und der Wert eines Folgeauftrags voraussichtlich über Fr. 248 950.–, ist eine offene Ausschreibung (allenfalls mit einer vorgängigen Präqualifikation) vorzunehmen.

- Die Grundsätze der **Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung** sind wichtig. Im Wettbewerbsprogramm sind das Verfahren, die Aufgaben, Rahmenbedingungen und Anforderungen sowie die massgebenden Beurteilungskriterien vorgängig verbindlich festzulegen. Änderungen können grundsätzlich nicht mehr erfolgen. In einem mehrstufigen Verfahren ist es möglich, die Kriterien für jede Stufe im jeweiligen Wettbewerbsprogramm noch detaillierter festzulegen (aber nicht mehr zu ändern). Ein solches Vorgehen sollte jedoch bereits zu Beginn bekannt gegeben werden.
- Die **Ansprüche der Wettbewerbsteilnehmer** sind im Wettbewerbsprogramm zu regeln (Preise, Urheberrechte etc.). Auf die Option der Erteilung eines freihändigen Folgeauftrags muss deutlich hingewiesen werden. Dabei ist auch dessen Umfang festzulegen.
- Sodann sind – falls erwünscht – im Wettbewerbsprogramm allfällige Normen, Empfehlungen und Ordnungen von Fachverbänden (wie die **SIA-Ordnung 142**) für verbindlich zu erklären. Diese sind in der Folge im Detail zu beachten. Die Submissionsgesetzgebung hat dabei aber weiterhin Vorrang.
- Es ist eine **unabhängige Jury** einzusetzen, deren Empfehlung bei der Zuschlagserteilung verbindlich ist. Das Erfordernis der Unabhängigkeit bezieht sich sowohl auf die Teilnehmenden wie auch auf die Auftraggeberin (vgl. dazu im Detail beispielsweise Art. 10 der SIA Ordnung 142).
- Mehrstufige Verfahren sind zulässig, sofern dies im Wettbewerbsprogramm klar geregelt wurde. Ausserordentlich problematisch sind **unvorhergesehene Überarbeitungen** von

Wettbewerbsprojekten. Es ist empfehlenswert, im Wettbewerbsprogramm eine Klausel aufzunehmen, wonach solche Überarbeitungen unter bestimmten, sehr eng gefassten Voraussetzungen möglich sind.

- **Ausstandsregeln** und das **Verbot der Teilnahme von vorbefassten Wettbewerbsteilnehmern** sind zu beachten. Externe Planer und Unternehmer, die für die Ausarbeitung des Wettbewerbsprogramms bzw. die Durchführung des Wettbewerbs beigezogen werden, sind darauf aufmerksam zu machen, dass sie sich am eigentlichen Wettbewerb nicht beteiligen dürfen.
- **Verfahrensvorschriften** sind zu beachten. Diese ergeben sich aus dem Wettbewerbsprogramm, den für anwendbar erklärten Bestimmungen von Fachverbänden und der Submissionsgesetzgebung. ■

### § 11 Abs. 1 lit. k SVO

«Ein Auftrag kann unter folgenden Voraussetzungen direkt und ohne vorherige Veröffentlichung vergeben werden:

- k) Es soll aufgrund eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs der Vertrag mit dem Gewinner geschlossen werden, vorausgesetzt, dass die Organisation des Wettbewerbs den Grundsätzen des Beitrittsgesetzes und dieser Verordnung entspricht. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf die Veröffentlichung einer Einladung an angemessen qualifizierte Anbieterinnen und Anbieter zur Teilnahme. Zur Beurteilung ist eine unabhängige Jury einzusetzen.»