

Die neue SIA-Ordnung 144/2013

Claudia Schneider Heusi, lic. iur., LLM, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht, Zürich

Im August 2013 hat der SIA eine neue Ordnung 144 für Ingenieur- und Architekturleistungsofferten publiziert. Damit liegt nach den Ordnungen 142/2009 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe¹ und 143/2009 für Architektur- und Ingenieurstudienaufträge eine dritte «Vergabeordnung» des SIA vor². Der Weg zum Erlass dieser neuen Ordnung für Leistungsofferten von Planern war lang und leidvoll³; ihr weiteres Schicksal scheint ungewiss. So lässt sie eine ganze Reihe von Fragen offen und enthält zu wesentlichen Punkten, die in einer Planerausschreibung zu regeln sind, keine Aussagen.

I. Vorgesehener Zweck und Anwendungsbereich der SIA-Ordnung 144

A Eine Ordnung für die leistungsorientierten Beschaffungen

Mit der neuen Ordnung 144 für Ingenieur- und Architekturleistungsofferten (nachfolgend SIA-Ordnung 144) will der SIA Regeln für leistungsorientierte Beschaffungsformen festlegen⁴. Diese Verfahren eignen sich, so der SIA «für Aufgaben, für die keine planerischen Lösungsansätze des Anbieters notwendig sind, um das Ziel der Beschaffung zu erreichen.»⁵

Die SIA-Ordnung 144 soll nach diesem Verständnis ein Beschaffungsverhältnis regeln, das der Ermittlung des Planers und späteren Vertragspartners nach Abschluss des Auswahlverfahrens dient. Eine neue oder zusätzliche Beschaffungsform wird damit nicht eingeführt. Vielmehr bezweckt die SIA-Ordnung 144, das in der Praxis häufig durchgeführte Verfahren der klassischen «Honorarsubmission»⁶ zu regeln, bei dem die – öffentliche⁷ oder private – Auftraggeberin Angebote mit Honoraren bei Planern einholt. Zweck der Ordnung ist, die Rechte und Pflichten

der am Verfahren beteiligten Auftraggeberin, der Anbieter und des Bewertungsgremiums festzulegen⁸.

B Die Abgrenzung zu den Wettbewerben und Studienaufträgen

In leistungsorientierten Verfahren reichen die Teilnehmer *Preisangebote* und nicht Projektbeiträge mit planerischen Lösungsansätzen ein. Der SIA grenzt den Anwendungsbereich der neuen Ordnung 144 deshalb deutlich ab⁹ von den lösungsorientierten Beschaffungsformen des Wettbewerbs gemäss der Ordnung 142/2009¹⁰ und des Studienauftrags nach der Ordnung 143/2009¹¹.

Die neue Ordnung soll von der Auftraggeberin *subsidiär* als anwendbar erklärt werden, wenn *kein Wettbewerb oder Studienauftrag durchgeführt werden kann*¹². Es liegt allerdings alleine im *Ermessen der Auftraggeberin* zu entscheiden, ob sie Planerleistungen konventionell als Dienstleistung¹³ ausschreiben oder ein Wettbewerbs- bzw. Studienauftragsverfahren durchführen will¹⁴. Ausschlaggebend dabei ist, ob die Auftraggeberin bereits weiss, wo für sie die Planerleistungen benötigt und ob sie das von ihr gesuchte Ergebnis klar beschreiben kann. Insbesondere die öffentliche Auftraggeberin hat für eine Planerausschreibung vorgängig die notwendigen Grundlagen zu erarbeiten und in die Ausschreibungsunterlagen einfließen zu lassen, um die vergaberechtlich gebotene Vergleichbarkeit der Angebote herbeiführen zu können. Zutreffend bestimmt Art. 3.1 SIA-Ordnung 144, dass die zu beschaffende Leistung genau beschrieben sein muss und weist auf die der Ausschreibung vorhergehende notwendige

⁸ Art. 2.1 SIA-Ordnung 144. Der Regelungsgehalt zu diesen Rechten und Pflichten ist allerdings gering, vgl. unten, Ziff. III.

⁹ Präambel SIA-Ordnung 144, Beschaffungsformen, und Anhang 4.

¹⁰ SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe (Ausgabe 2009); vgl. dazu SCHERLER, Der Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142, zit. in Fn. 6, Nr. 3.1 ff.

¹¹ SIA-Ordnung 143 für Architektur- und Ingenieurstudienaufträge (Ausgabe 2009); vgl. dazu CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Der Studienauftrag nach der SIA-Ordnung 143, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Zürich/Basel/Genf 2013, Nr. 4.1 ff.

¹² Vgl. Präambel SIA-Ordnung 144, Anwendungsbereich. Gemäss der Präambel der SIA-Ordnung 142/2009 ermöglichen Wettbewerbe die Evaluation und den 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 Honorarsubmission, vgl. die Hinweise in Fn. 6.

¹⁴ PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETZ LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 991; zu einer Regelung dieser Fragestellung in einem kantonalen Erlass vgl. Art. 4 Reglement über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Freiburg (ÖBR, SGF 122.91.11).

¹ Der Wettbewerb und der Studienauftrag sind seit 2009 in zwei verschiedenen Ordnungen geregelt.

² Vgl. www.sia.ch, zuletzt besucht am 18.3.2014 (Medieninformation vom 26.8.2013).

³ Ein erster Anlauf scheiterte 2006 in der Vernehmlassung (vgl. tec 21 22/2011, S. 41).

⁴ Vgl. die Umschreibung in der Einleitung zur SIA-Ordnung 144.

⁵ Präambel SIA-Ordnung 144, Anwendungsbereich.

⁶ Zum Begriff «Honorarsubmission» vgl. STEFAN SCHERLER, Der Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Zürich/Basel/Genf 2013, Nr. 3.6 sowie CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI/STEFAN SCHERLER, Wettbewerbe und Studienaufträge, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, S. 212.

⁷ Zum Vorrang des Vergaberechts vgl. sogleich unten, Ziff. I/C.

Grundlagenbeschaffung und Vorabklärungen hin¹⁵. Die öffentliche Auftraggeberin hat weiter die Ausschreibung zur Einholung von Angeboten klar abzugrenzen von Wettbewerbs- oder Studienauftragsverfahren, für die andere vergaberechtliche Grundlagen gelten¹⁶. Die Auftraggeberin, die sich nicht mit dem Risiko konfrontiert sehen will, die vergaberechtlich vorgegebenen Verfahren nicht eingehalten zu haben¹⁷, hat bei einer «Honorarsubmission» darauf zu verzichten, Ideenskizzen oder Projektentwürfe zu verlangen¹⁸.

C Der Vorrang des Vergaberechts

Wie die SIA-Ordnungen 142 und 143 kann die SIA-Ordnung 144 von *privaten und öffentlichen Auftraggeberinnen* als anwendbar erklärt werden. Die private Auftraggeberin untersteht keinen vergaberechtlichen Vorschriften, während die öffentliche Auftraggeberin¹⁹ die Bestimmungen des Vergaberechts²⁰ *vorrangig* zu beachten hat²¹. Darauf weist zutreffend Art. 2.3 SIA-Ordnung 144 hin²².

Die SIA-Ordnung 142²³ wird in Gerichtsentscheiden zu Submissionsbeschwerden teilweise als *subsidiäres öffentliches Recht* bezeichnet²⁴, da Wettbewerbe gesetzlich nur rudimentär geregelt sind²⁵. Ein ähnlicher Stellenwert wird der SIA-Ordnung 144 bereits deshalb nicht zu kommen, da sie über die detaillierte Vergabegesetzgebung hinaus keine weiter gehenden, eigenständigen Regelungen enthält.

D Vorvertragliche Rechtsbeziehungen

Die Übernahme der SIA-Ordnung 144 setzt voraus, dass sie in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich genannt wird. Der Anbieter erklärt sich mit der Einreichung seines Angebots²⁶ damit einverstanden, dass die in den Ausschreibungsunterlagen sowie der SIA-Ordnung 144 genannten Bestimmungen angewendet werden. Damit erlangen die in der Ordnung festgelegten Bestimmungen zur Durchführung des Verfahrens, das zur Auswahl eines Angebots und einem Vertragsabschluss²⁷ führen soll, für die Auftraggeberin und diesen Anbieter Verbindlichkeit. *Um mehr als Regeln für eine Beschaffung und ein Vertragsanbahnungsverhältnis geht es allerdings nicht:* Der – offenbar unbesehen aus den Ordnungen 142²⁸ und 143²⁹ übernommene – Art. 2.2³⁰ der SIA-Ordnung 144 mit dem Konzept eines *Vertragsabschlusses* stiftet hier Verwirrung. Anders als beim Wettbewerb und Studienauftrag reichen die Anbieter keine Pläne oder Studien ein und sie erhalten weder eine Entschädigung³¹, noch haben sie Aussicht auf ein Preisgeld³². Die Anbieter unterbreiten einzig ein Angebot und die Auftraggeberin sowie das Bewertungsgremium sind verpflichtet, dieses gemäss den festgelegten Regeln zu beurteilen und dem bestbewerteten Angebot den Zuschlag zu erteilen³³. Auftraggeberin und Anbieter befinden sich ungeachtet der Übernahme der SIA-Ordnung 144 lediglich in einer *vorvertraglichen* Beziehung, das bei den öffentlichen Auftraggeberinnen zudem wie erwähnt ein *öffentlich-rechtliches Vergabeverhältnis* ist.

II. Inhalt: Was ist wie geregelt, was fehlt?

A Zu den Verfahren, den Kriterien und der Bewertung der Angebote

Angelehnt an die vergaberechtlichen Bestimmungen werden die vier Arten offenes, selektives, Einladungs- und freihändiges Verfahren beschrieben³⁴. Zur Leistungsbeschreibung erwähnt die SIA-Ordnung 144 die Möglichkeiten der funktionalen Umschreibung mit der Vorgabe

¹⁵ Vgl. auch Art. 1.5 SIA-Ordnung 144.

¹⁶ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, zit. in Fn. 14, Nr. 988 ff.; SCHNEIDER HEUSI/SCHERLER, Wettbewerbe und Studienaufträge, zit. in Fn. 6, S. 212 und S. 223.

¹⁷ Numerus clausus der Verfahrensarten, BRK 2004-017 (8.9.2005) (Studienauftrag SBB Bahnhof Genf/Cornavin) und BRK 2005-025 (18.5.2006) (Gesamtleistungswettbewerb EAWAG Dübendorf); VGer (ZH) VB.2002.00044 (9.8.2003), BEZ 2003 Nr. 36; VGer (ZH) VB.2001.00035 (13.2.2002), BEZ 2002 Nr. 28; VGer (ZH) VB 2000.00261 (10.5.2001); RB 2001 Nr. 46.

¹⁸ Zutreffend deshalb Art. 1.8, 8.2 und 24.2 SIA-Ordnung 144.

¹⁹ Das Thema der Unterstellung einer Auftraggeberin unter das Vergaberecht und damit der Geltungsbereich des Vergaberechts sind komplex und immer im Einzelfall unter verschiedenen Aspekten zu klären. Grundlegend dazu MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012.

²⁰ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER zit. in Fn. 14, Nr. 992 und Nr. 1010; zur Darstellung der gesetzlichen Grundlagen und den vergaberechtlichen Mindestanforderungen SCHNEIDER HEUSI/SCHERLER, Wettbewerbe und Studienaufträge, zit. in Fn. 6, S. 225 f.

²¹ Zum Vorrang der gesetzlichen Vorschriften vgl. Entscheide VGer (ZH) VB.2012.00861 (12.6.2013) und VGer (SG) B 2010/156 (14.10.2010).

²² Dies gilt auch für die SIA-Ordnungen 142 und 143.

²³ Vgl. dazu Fn. 10.

²⁴ BRK 2004-017 (8.9.2005) (Studienauftrag SBB Bahnhof Genf/Cornavin); GALLI/MOSER/LANG/STEINER, zit. in Fn. 14, Nr. 1011.

²⁵ Vgl. SCHNEIDER HEUSI/SCHERLER, Wettbewerbe und Studienaufträge, zit. in Fn. 6, S. 218.

²⁶ Gegebenenfalls bereits seines Antrags auf Teilnahme im selektiven Verfahren.

²⁷ Art. 28.2 SIA-Ordnung 144, vgl. unten Fn.31.

²⁸ Art. 2.2 SIA-Ordnung 142, zit. in Fn. 10.

²⁹ Art. 2.2 SIA-Ordnung 143, zit. in Fn.11.

³⁰ Gemäss Art. 2.2 SIA-Ordnung 144 ist die Ausschreibung einer Leistungs-offerte ein Antrag zum Abschluss eines Vertrages, bei der der Anbieter mit der Abgabe seines Angebots den Antrag annimmt und den Vertrag abschliesst.

³¹ Art. 28.1 SIA-Ordnung 144.

³² Anders bei Wettbewerben und Studienaufträgen, wo bei einer Übernahme der SIA-Ordnung 142 Preisgelder (Art. 17 SIA-Ordnung 142/2009, zit. in Fn. 10) bzw. der SIA-Ordnung 143 Pauschalentschädigungen (Art. 17 SIA-Ordnung 143/2009, zit. in Fn. 11) auszurichten sind.

³³ Art. 28.2 SIA-Ordnung 144, wobei bei der öffentlichen Auftraggeberin das Vergaberecht regelt, inwieweit ein Anspruch auf Zuschlagserteilung besteht.

³⁴ Art. 6–10 SIA-Ordnung 144.

der Ziele oder mittels eines detaillierten Pflichtenhefts³⁵. Die dazu erforderlichen *konkreten* Angaben der Auftraggeberin nennt sie nicht. So ist die öffentliche Auftraggeberin zum Beispiel gehalten, in den Ausschreibungsunterlagen vorzugeben, ob sie einen Einzel- oder einen Generalplaner sucht³⁶ und in welchem Umfang welche Teilleistungen als Grund- oder Zusatzleistungen mit welchen möglichen Optionen wann benötigt sowie ausgelöst werden.

Bei den Kriterien zur Bewertung der Angebote wird zutreffend zwischen Eignungs-³⁷ und Zuschlagskriterien³⁸ unterschieden. Beispiele werden in den Anhängen 1 und 2 genannt. Zum Kriterium «Zugang zur Aufgabe» betont die SIA-Ordnung 144 mehrfach, dass darauf zu achten ist, dass von den Anbietern keine planerischen Lösungsansätze im Sinne von Ideenskizzen und/oder Projektentwürfen zu leisten sind³⁹. Dies ist vergaberechtlich zu begrüssen, da so klar zwischen lösungs- und leistungsorientierten Verfahren unterschieden wird⁴⁰. Sofern sich eine Vergabestelle für ein solches Kriterium entscheidet, bleibt es unerlässlich, dass sie es mit klaren Unterkriterien näher konkretisiert und die dazu erbringenden Nachweise nennt. Dazu finden sich in der SIA-Ordnung 144 keine näheren Angaben. Dies gilt auch für die Kriterien «Auftragsanalyse» oder «Vorgehensweise»⁴¹. Vergaberechtlich heikel ist das im Anhang 2 genannte Kriterium «Bewertung einer Präsentation»⁴², unklar bleibt das aufgeführte Kriterium «Umsetzung der massgebenden Aspekte einer nachhaltigen Entwicklung».

Zum Kriterium *Preis* gibt die SIA-Ordnung 144 zur Beurteilung von funktionalen Leistungsangeboten eine *Gewichtung von maximal 25%* vor und hält fest, dass sie bei komplexen Aufgabenstellungen und funktionalen Ausschreibungen «auch wesentlich tiefer angesetzt werden kann»⁴³. Die öffentliche Auftraggeberin hat hier die vom Bundesgericht vorgegebene unterste Grenze von 20% zu beachten⁴⁴. Keine Aussage macht der SIA beim Preis zu Unterkriterien⁴⁵ und zu den in den Ausschreibungsunterlagen unerlässlichen Vorgaben der öffentlichen Auftraggeberin zur *Honorierungsart* (z.B. feste Vergütung mit einer Pauschalen bzw. Globalen oder Festlegung des Ho-

norars nach den Baukosten bzw. nach dem Zeitaufwand)⁴⁶ sowie den dazu erforderlichen Grundlagen (wie z.B. den Faktoren zur Honorarbestimmung⁴⁷). Ohne diese Angaben kann eine Auftraggeberin die Angebote nicht vergleichen. Es wäre ausgesprochen wichtig gewesen, dass der SIA hierzu in der Ordnung selber die verschiedenen Möglichkeiten mit Beispielen aufgezeigt hätte⁴⁸.

Art. 22–26 SIA-Ordnung 144 enthalten Bestimmungen zur *Durchführung der Verfahren*, angelehnt, nicht immer aber kongruent zu den vergaberechtlichen Bestimmungen. Als Beispiele zu nennen sind: In Vergabeverfahren der öffentlichen Auftraggeberin führt eine *fehlende Eignung* eines Anbieters zum Ausschluss aus dem Verfahren. Anders und ungenau ist deshalb Art. 25.1 SIA-Ordnung 144, wonach einerseits Angebote von Anbietern, die die Eignungskriterien nicht erfüllen, bei der weiteren Bewertung nicht berücksichtigt werden, während andererseits Angebote, bei denen die Teilnahmebedingungen nicht eingehalten wurden, auszuschliessen sind. Einzelne Kantone⁴⁹ verlangen anders als Art. 26.2 SIA-Ordnung 144 mehr als die bloss *summarische Begründung* des Zuschlagsentscheids. *Vorbehalte* von Anbietern schliesslich sind vergaberechtlich kritisch, führen allenfalls zu einem Ausschluss und können deshalb entgegen Art. 1.4 SIA-Ordnung 144 nicht als «wichtige Elemente eines Angebots» bezeichnet werden.

Heikel ist ebenfalls die in Art. 15 SIA-Ordnung 144 neu vorgesehene *Zweicouvertmethode*: Sie sieht vor, dass das erste Couvert der Anbieter die Qualifikationsdaten und sämtliche Angaben zur Vorgehensweise enthält, während sich im zweiten Couvert das Preisangebot befindet. Das zweite Couvert wird erst geöffnet und bewertet, nachdem der Inhalt des ersten Couverts ausgewertet und protokolliert wurde⁵⁰. Dieses Vorgehen kollidiert mit den vergaberechtlichen Vorschriften zur Öffnung der Angebote, wonach das Offertprotokoll, das nach Eingang der Angebote zu erstellen ist, ebenfalls die *Preise* der Angebote festzuhalten hat⁵¹.

³⁵ Art. 3 SIA-Ordnung 144.

³⁶ Art. 14.1 SIA-Ordnung 144 lässt dies offen.

³⁷ Art. 19 SIA-Ordnung 144.

³⁸ Art. 20 SIA-Ordnung 144.

³⁹ Art. 1.4 SIA-Ordnung 144.

⁴⁰ Zu dem im konkreten Fall noch als zulässig beurteilten Kriterium «Zugang zur Aufgabe» VGer (ZH) VB.2011.003222 (8.9.2011) (Generalplanersubmission Zürcher Tonhalle).

⁴¹ Vgl. dazu KBOB, Zuschlagskriterien für Planerleistungen, Dezember 2013 (www.kbob.ch, zuletzt besucht am 24.1.2014).

⁴² Zur Durchführung von Präsentationen vgl. Art. 17 SIA-Ordnung 144: Hier wären klare Spielregeln im Programm von Vorteil gewesen. Vgl. zu den formellen Anforderungen an eine Präsentation mit der notwendigen Anwesenheit aller Mitglieder eines Beurteilungsgremiums und der Experten: VGer (ZH) VB.2012.00657 (13.3.2013).

⁴³ Art. 21. 2 und Anhang 3 SIA-Ordnung 144.

⁴⁴ 20% als unterste Grenze bei der Gewichtung des Kriteriums Preis: BGE 129 I 313; vgl. zudem VGer (ZH) VB.2011.003222 (8.9.2011).

⁴⁵ Zum Beispiel den Honoraren für die Grundleistungen und Zusatzleistungen im Zeittarif sowie den Nebenkosten.

⁴⁶ Art. 23.3 erwähnt bei den Angaben zur Aufgabenstellung zwar das Honorierungsmodell, nähere Ausführungen dazu fehlen hingegen.

⁴⁷ Prognostizierte Baukosten sowie bei der Vorgabe der Honorarberechnung nach den Baukosten gemäss der SIA-Ordnung 102 (Ausgabe 2003) der Schwierigkeitsgrad n, die aktuellen, vom SIA publizierten Koeffizienten Z1/Z2, der Leistungsanteil q.

⁴⁸ Vgl. anders KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von Leistungen im Planerbereich vom 27.9.2009 (www.kbob.ch, zuletzt besucht am 24.1.2014).

⁴⁹ Beispielsweise die Kantone Aargau, Bern, St. Gallen.

⁵⁰ Damit soll eine Beurteilung der qualitativen Aspekte unabhängig vom Preisangebot ermöglicht werden, vgl. Art. 15.1 SIA-Ordnung 144.

⁵¹ Art. 24. Abs. 2 lit. b Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11), § 26 Abs. 2 f. Vergaberichtlinien, Mustervorlage der kantonalen Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (VRöB, www.bpuk.ch); § 27 Abs. 3 Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 (ZHSVO, LS 720.11). Zu Mängeln des Offertöffnungsprotokolls vgl. VGer (ZH) VB.2010.00171 (17.5.2010).

B Zu den Beteiligten

Die SIA-Ordnung 144 sieht die folgenden Beteiligten vor: die *Auftraggeberin*⁵², das *Bewertungsgremium*⁵³, allenfalls *Experten mit beratender Funktion*⁵⁴ und die *Anbieter*⁵⁵. Die Pflichten und Funktionen dieser Beteiligten sind nicht in jeder Hinsicht kongruent zu den vergaberechtlichen Vorschriften und Vorgaben der Rechtsprechung geregelt.

So ist die Auftraggeberin vergaberechtlich nicht dazu verpflichtet, ein Bewertungsgremium einzusetzen. Sie kann dies zwar vorkehren, bleibt jedoch *verantwortlich für die Bewertung* der Angebote. Sie kann nicht alleine nur auf einen Antrag des Bewertungsgremiums für die Erteilung des Zuschlags bzw. der Auswahl der Anbieter im selektiven und Einladungsverfahren verweisen, sondern sie muss ihren Entscheid eigenständig begründen können⁵⁶. Die Auftraggeberin kann vom Antrag des Bewertungsgremiums auf Erteilung des Zuschlags⁵⁷ in begründeten Fällen abweichen⁵⁸; ist die Begründung des Beurteilungsgremiums unzureichend oder mangelhaft⁵⁹, muss sie sogar einen anderen Entscheid fällen.

⁵² Art. 11 SIA-Ordnung 144.

⁵³ Art. 12 SIA-Ordnung 144.

⁵⁴ Art. 13 SIA-Ordnung 144.

⁵⁵ Art. 14 SIA-Ordnung 144.

⁵⁶ Ein blosser Verweis auf von einem Beurteilungsgremium erteilte Punkte oder Noten ist unzureichend, vgl. VGer (ZH) VB.2009.00393 (8.9.2010); zu einem Grenzfall vgl. weiter VGer (ZH), VB.2012.00852 (8.8.2013).

⁵⁷ Art. 12.2 und Art. 25.9 SIA-Ordnung 144.

⁵⁸ Anders beim Wettbewerb und dem Studienauftrag, vgl. dazu Art. 23/27 SIA-Ordnung 142 (zit. in Fn. 10) und Art. 23/27 SIA-Ordnung 143 (zit. in Fn. 11). Die Empfehlung des Preisgerichts bzw. des Beurteilungsgremiums ist – negativ – verbindlich. Dem Auftraggeber ist es grundsätzlich verboten, die freihändige Vergabe an einen andern Anbieter als den Wettbewerbsgewinner vorzunehmen, vgl. Art. 53 VöB (zit. in Fn. 49) und VGer (ZH) VB.2004.00078 (17.3.2004).

⁵⁹ So beispielsweise bei der Verwendung einer Preisbewertungsformel, die nicht den Vorgaben der Rechtsprechung entspricht.

Art. 14.3–14.5 SIA-Ordnung 144 umschreiben sodann *Vorbefassungstatbestände* der Anbieter, angelehnt an die vergaberechtliche Rechtsprechung. Die öffentliche Auftraggeberin hat letztere jedoch vorrangig, einzelfallweise und vor allem in ihrer detaillierteren Ausgestaltung zu beachten⁶⁰.

III. Fazit

Der neuen SIA-Ordnung 144 fehlt es an substanziellem Regelungsgehalt, im Unterschied zu den beiden Ordnungen 142⁶¹ für den Wettbewerb und 143⁶² für den Studienauftrag. Wichtige Bereiche wie die erforderlichen Vorgaben der Auftraggeberinnen zu Leistungsinhalt und Honorierungsart sind überhaupt nicht und die Verfahren mit den Rechten und Pflichten der Beteiligten nur oberflächlich geregelt⁶³. Die Auftraggeberinnen werden in den Ausschreibungsunterlagen dazu die notwendigen Angaben vornehmen müssen und sie können nicht auf die Ordnung im Sinne eines Leitfadens mit konkreten Handlungsanweisungen zurückgreifen. Hinzu kommt, dass die öffentliche Auftraggeberin ohnehin die vorrangigen, detaillierten vergaberechtlichen Bestimmungen mit der dazugehörigen Rechtsprechung zu beachten hat. Für sie ist es weder notwendig noch sinnvoll, die SIA-Ordnung 144 als anwendbar zu erklären.

Welchen Stellenwert die SIA-Ordnung 144 einnehmen kann, bleibt damit offen.

⁶⁰ Eine Auswahl: BGer, Urteile 2D 29/2012 (21.11.2012) und 2P.164/2004 (25.1.2005); VGer (ZH) VB.2009.00151 (7.10.2009).

⁶¹ SIA-Ordnung 142, zit. in Fn. 10.

⁶² SIA-Ordnung 143, zit. in Fn. 11.

⁶³ Geplant ist offenbar eine Wegleitung, vgl. Präambel SIA-Ordnung 144.