

# **BAURECHT**

# **DROIT DE LA CONSTRUCTION**

**1/2010**

## **Die SIA-Ordnung 142/2009 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe**

Claudia Schneider Heusi

## **Das neue Immobiliarsachenrecht – Les nouveaux droits réels immobiliers**

Bettina Hürlimann-Kaup / Paul-Henri Steinauer

## **Zur Vertragsstruktur von projektfinanzierten PPP**

Thomas Müller-Tschumi

## **Rechtsprechung zum öffentlichen Recht – Jurisprudence en droit public**



# Die SIA-Ordnung 142/2009 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe

Claudia Schneider Heusi, lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht, LL.M., Zürich\*

Der SIA hat am 15. Mai 2009 eine neue Ordnung 143/2009 für Architektur- und Ingenieurstudienaufträge<sup>1</sup> und gleichzeitig die revidierte Ordnung 142/2009 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe verabschiedet.<sup>2</sup> Die beiden Ordnungen sind mit der Publikation am 1. Oktober 2009 in Kraft gesetzt worden.<sup>3</sup>

Nachfolgend werden der Anwendungsbereich und die wichtigsten Neuerungen der revidierten SIA-Ordnung 142/2009 dargestellt.<sup>4</sup> Aufgegriffen werden sodann offene Fragen, auch zu Themen, die weder mit der Revision der SIA-Ordnung 142/2009 noch mit den per 1. Januar 2010 in Kraft getretenen Änderungen der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen VöB vom 18. November 2009<sup>5</sup> angegangen wurden.

## I. Der Hintergrund der Revision

Die Schweiz verfügt seit Jahrzehnten über eine hoch entwickelte Wettbewerbskultur. In diesem Umfeld hat die SIA-Wettbewerbsordnung<sup>6</sup> einen hohen Stellenwert. Die Reglementierung zum öffentlichen Vergaberecht führte ab Mitte der neunziger Jahre zu einer grundlegenden Revision dieser Ordnung,<sup>7</sup> vor allem aber zu einer Verunsicherung bei allen Beteiligten, die zu bestimmten Themen wie Folgeaufträge, Ansprüche und Urheberrechte der Teilnehmenden bis heute anhält.<sup>8</sup>

Wettbewerbsverfahren in Anwendung der SIA-Ordnung 142/2009 werden mehrheitlich von der öffentlichen Hand durchgeführt. Umso mehr standen bei der juristischen Auseinandersetzung zu Wettbewerben und wettbewerbsähnlichen Verfahren in den letzten Jahren die vergaberechtlichen Fragen im Vordergrund. Diskussionen und Rechtsstreitigkeiten ergaben sich seit der Revision von 1998 überwiegend zu den Wettbewerbsverfahren der öffentlichen Hand und dabei vor allem zu den folgenden Themenkreisen: a) Unklar formulierte Wettbewerbsprogramme der Veranstalter, in denen verschiedene Formen möglicher Verfahren vermischt werden, etwa die konventionelle Honorarsubmission mit Elementen des Wettbewerbsverfahrens sowie des Studienauftrags; b) nicht oder nicht genügend geklärte Rahmenbedingungen zum Vorhaben und zur späteren Auftragserteilung; c) Unsicherheiten im Zusammenhang mit der späteren Auftragserteilung. Als besonders heikel erwies sich d) die

Anordnung von Bereinigungsstufen unter Aufhebung der Anonymität.

## II. Der Anwendungsbereich der SIA-Ordnung 142/2009

### A Das Wettbewerbsverfahren als eine Mehrheit von Vertragsverhältnissen

Die SIA-Ordnung 142/2009 in der bisherigen Fassung 1998 wie auch der neuen Fassung 2009 regelt die Durchführung von Wettbewerben zur Beschaffung von Architektur- und Ingenieurleistungen und legt Rechte und Pflichten von Auftraggebern, Preisrichtern, Experten und Teilnehmenden fest. Sie kann von privaten und öffentlichen Auftraggebern als anwendbar erklärt werden, was voraussetzt, dass sie im Wettbewerbsprogramm genannt wird. Durch die von den Teilnehmern durch Einreichung einer Bewerbung bzw. eines Projekts erfolgte Übernahme erhält sie den Stellenwert von verbindlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das Wettbewerbsverfahren ist somit in einem Vertragsverhältnis geregelt: Mit seiner Teilnahme am Wettbewerb schliesst der Teilnehmende mit dem Auftraggeber einen Vertrag ab, in dem die Durchführung des Verfahrens geregelt und der mit der Festlegung des Gewinners und den Empfehlungen des Preisgerichts beendet wird.<sup>9</sup>

\* Dr. STEFAN SCHERLER, Rechtsanwalt, danke ich herzlich für seine kritische Durchsicht des Beitrags und für die wertvollen Hinweise.

<sup>1</sup> Vgl. zur Darstellung der neuen Ordnung 143/2009: JACQUES DUBEX, Le nouveau règlement des mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie SIA-143/2009, BR 4/2009, S. 140 ff.

<sup>2</sup> www.sia.ch (aktuell/news/20090598; Medieninformation vom 30. September 2009).

<sup>3</sup> Bis anhin wurden sowohl Wettbewerbe als auch die Grundprinzipien für die Durchführung von Studienaufträgen in der SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe (Ausgabe 1998) beschrieben.

<sup>4</sup> Vgl. zum neuen Streitfallverfahren nach Art. 28 SIA 142: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/DENIS ESSEIVA, L'arbitrage et la médiation dans les procédures des marchés publics et privés, BR 2/2009, S. 44 f.

<sup>5</sup> Änderung Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11 vom 18. November 2009, AS 2009-6149.

<sup>6</sup> Vor 1998 SIA-Ordnung 152 für Architekturwettbewerbe (Ausgabe 1992).

<sup>7</sup> Ab 1998 SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe (Ausgabe 1998).

<sup>8</sup> Vgl. die Entscheide Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), 2004-017 vom 8.9.05 (Studienauftrag SBB Bahnhof Genf/Cornavin) und 2005-025 vom 18.5.2006 (Gesamtleistungswettbewerb EAWAG Dübendorf); GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2007, Rz 658.

<sup>9</sup> Art. 2.2 SIA-Ordnung 142/Ausgabe 2009.

## B Der Wettbewerb als Form der Vertragsanbahnung

Der Wettbewerb ist auch ein Vergabeverhältnis, das der Ermittlung des Planers und späteren Vertragspartners nach Abschluss des Wettbewerbsverfahrens dient. Der private Veranstalter untersteht dabei keinen besonderen Vorschriften, während der dem öffentlichen Vergaberecht unterstellte Auftraggeber vorrangig zur privaten SIA-Ordnung 142/2009 die jeweils anwendbare Submissionsgesetzgebung zu beachten hat. Wettbewerbsverfahren werden in den Submissionserlassen unterschiedlich und zum Teil nur am Rande geregelt. Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA)<sup>10</sup> sieht in Art. XV Ziff. 1 lit. j vor, dass eine freihändige Vergabe an den Gewinner eines Wettbewerbs zulässig ist, vorausgesetzt, die Organisation des Wettbewerbs entspricht den Grundsätzen des Übereinkommens, insbesondere hinsichtlich der Veröffentlichung der Ausschreibung. Erforderlich ist zudem, dass eine unabhängige Jury eingesetzt wird und den Gewinnern Verträge in Aussicht gestellt werden.

Diese Bestimmung wurde von Bund und Kantonen<sup>11</sup> unterschiedlich detailliert umgesetzt. Im für Auftraggeber des Bundes massgebenden Recht, insbesondere in Art. 13 Abs. 3 BoeB<sup>12</sup> und Art. 40 ff. VöB, wurden detaillierte, aber nicht abschliessende Bestimmungen über Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe erlassen. Das für die Kantone massgebende Konkordat<sup>13</sup> enthält in Art. 12 Abs. 3 die Bestimmung, dass bei der Veranstaltung von Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerben ganz oder teilweise auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verwiesen werden kann. Im Vordergrund steht dabei die SIA-Ordnung 142/2009.<sup>14</sup> Die Gerichte messen der SIA-Ordnung 142/2009 – obwohl Regelwerk eines privaten Vereins und nicht Gesetz – eine hohe Bedeutung zu.<sup>15</sup> Sie wird in Entscheiden zu Submissionsbeschwerden, teilweise sogar in kantonalen Erlassen,<sup>16</sup> als subsidiäres öffentliches Recht bezeichnet.<sup>17</sup>

## III. Die Neuerungen der Fassung 2009

### A Die Wahl der richtigen Beschaffungsform

#### 1. Leistungsorientierte oder lösungsorientierte Beschaffung

Die neue Fassung unterscheidet im Anhang zwischen einer Beschaffung mittels einer *Honorarsubmission* («leistungsorientierte Beschaffung») und eines *Wettbewerbs/Studienauftrags* («lösungsorientierte Beschaffung»). Diese Klarstellung ist wichtig: In der bisherigen Praxis wurden diese Beschaffungsformen von Auftraggebern häufig vermischt und der Begriff Wettbewerb wurde für verschiedene und auch unklar definierte Verfahren verwendet.

Die Konsequenzen der richtigen Wahl sind für die *öffentlichen Auftraggeber* bedeutend: Je nach eingeschlagenem Weg – Honorarsubmission oder Wettbewerb – 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 der Wettbewerb anonym<sup>18</sup> durchgeführt und ein unabhängiges Preisgericht eingesetzt wurde. Sind die Voraussetzungen eines Wettbewerbsverfahrens nicht erfüllt, haben die öffentlichen Auftraggeber die strengeren Reglementierungen der Submissionsgesetzgebung und die Vorschriften zum konventionellen Ausschreibungsverfahren der Honorarsubmission zu beachten. Bei solchen Verfahren ist insbesondere dem Kriterium Preis eine Mindestgewichtung einzuräumen.<sup>19</sup> Zudem verfügt die Jury nicht mehr über den gewünschten Spielraum bei der Beurteilung der Projekte. Weiter ist die Wahl des Projekts mit erheblich grösserem Aufwand zu begründen.

#### 2. Wettbewerb oder Studienauftrag

Entscheidet sich der Auftraggeber dafür, ein lösungsorientiertes Verfahren durchzuführen, hat er in einem zweiten Schritt die Beschaffungsform festzulegen: In Frage kommen der Wettbewerb (anonym) und der Studienauftrag (nicht-anonym). Die Anonymität ist definiert als «*die konsequente Trennung zwischen der Kenntnis des Lösungsvorschlags einerseits und des Verfassers andererseits*».<sup>20</sup> Eine Übersicht im Anhang der SIA-Ordnung 142/2009 veranschaulicht die anonymen Wettbewerbs- und nicht-anonymen Studienauf-

<sup>10</sup> Government Procurement Agreement, SR 0.632.231.422.

<sup>11</sup> Detaillierte Regelungen in teilweise deutlicher Anlehnung an die VöB kennen z. B. die Kantone Wallis, Neuenburg, Luzern und Solothurn. Im Kanton Aargau wird auf das Bundesrecht verwiesen.

<sup>12</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1.

<sup>13</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001.

<sup>14</sup> BEAT MESSERLI, Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2. Aufl., Bern 2007, N 3 zu Erläuterungen zu Art. 40–57 VöB; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, a.a.O., Rz 646.

<sup>15</sup> Vgl. THOMAS SIEGENTHALER/HUBERT STÖCKLI, «Ist die SIA-Norm 118 gerichtsnotorisch?» – Eine Umfrage bei Zivilgerichten, BR/DC 1/2008, S. 37 ff.

<sup>16</sup> Als Beispiele Kanton Wallis, Art. 26 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SGS 726.100).

<sup>17</sup> Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), 2004-017 vom 8.9.2005 (Studienauftrag SBB Bahnhof Genf/Cornavin); GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, a.a.O., Rz 658.

<sup>18</sup> Vgl. Entscheide Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), 2004-017 vom 8.9.2005 (Studienauftrag SBB Bahnhof Genf/Cornavin) und 2005-025 vom 18.5.2006 (Gesamtleistungswettbewerb EAWAG Dübendorf); GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, a.a.O., Rz 658. Mit dem neuen Art. 13 Abs. 1 lit. 1 VöB ist für Beschaffungen auf Stufe Bund ab 1.1.2010 eine Grundlage vorhanden, aufgrund der auch nach nicht anonymen Verfahren eine Auftragserteilung unter bestimmten kumulativen Voraussetzungen zulässig ist. Noch offen ist, ob und wie die kantonalen Gesetzesgrundlagen angeglichener werden.

<sup>19</sup> GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, a.a.O., Rz 547; ROBERT WOLF, Preis und Wirtschaftlichkeit in BR/DC «Sonderheft Vergaberecht 2004», S. 17.

<sup>20</sup> SIA-Ordnung 142/2009, Begriffsdefinitionen, S. 5.

tragsarten und stellt die möglichen Beschaffungsformen und Verfahrensarten systematisch dar.

Auftraggeber sind gezwungen, die Verfahren entweder der Kategorie anonymer Wettbewerb oder der Kategorie nicht-anonymer Studienauftrag zuzuordnen. Einen Weg dazwischen gibt es nicht, und eine Kombination zwischen Wettbewerb und Studienauftrag ist unzulässig. Wenden sie die SIA-Ordnung 142/2009 an, gilt automatisch die Form des Wettbewerbs. Werden im Rahmen einer Projektentwicklung beide Beschaffungsformen, Wettbewerb und Studienauftrag, angewandt, so sind diese als je in sich geschlossene Schritte durchzuführen.<sup>21</sup>

### 3. Mögliche Formen des Wettbewerbs und die Verfahren

Wie bisher unterscheidet die SIA-Ordnung 142/2009 zwischen Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben.<sup>22</sup> Als *Planungswettbewerbe* gelten der Ideen- und der Projektwettbewerb.<sup>23</sup> Die Definitionen bleiben unverändert: Der *Ideenwettbewerb* generiert Vorschläge für konzeptionelle Entscheide oder für die Lösung von Aufgaben, die nur allgemein umschrieben und abgegrenzt sind und deren Ausführung nicht unmittelbar vorgesehen ist, während der *Projektwettbewerb* der Lösung klar umschriebener Aufgaben dient. Präzisiert wurden die Ansprüche und Abgeltungen.<sup>24</sup>

In den Art. 6–8 SIA-Ordnung 142/2009 werden die drei möglichen Verfahrensarten – offenes, selektives und Einladungsverfahren – beschrieben. Grundsätzlich ist der Auftraggeber in der Wahl zwischen offenem und selektivem Verfahren 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 wiederholt vorgebrachte Forderung des Vorrangs des offenen Verfahrens wurde bei der Revisionsvorlage aber verzichtet.<sup>25</sup> Zu begrüßen ist, dass die rechtlich wie inhaltlich unstrittene Skizzenselektion<sup>26</sup> als Eignungskriterium gestrichen und festgehalten wurde, dass bei der Präqualifikation kein Beitrag zur Lösung der gestellten Aufgabe verlangt werden darf.<sup>27</sup> Kriterien wie «Zugang zur Aufgabenstellung» oder «Beschrieb von Lösungsmöglichkeiten» sind vor dem Hintergrund der verlangten Abgrenzung der Präqualifikation zur Wettbewerbsaufgabe problematisch und vermögen nichts daran zu ändern, dass im Ergebnis die Auswahl der Bewerber über die eingereichten Referenzobjekte und -auskünfte vorgenommen wird.

### 4. Kombination, Mehrstufigkeit und Überarbeitungen

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

Von kombinierten Verfahren, bei denen die einzelnen Verfahrensschritte abgeschlossen werden, ist die *Mehrstufigkeit* des Wettbewerbsverfahrens zu unterscheiden.<sup>28</sup> Bei diesem Vorgehen, das im Programm z. B. als «offener Projektwettbewerb in zwei Stufen» bezeichnet wird, entwickeln und vertiefen die Teilnehmer ihren Beitrag schrittweise. Der Auftraggeber verkleinert dabei das Teilnehmerfeld sukzessive und/oder modifiziert bzw. konkretisiert dabei eventuell auch die Wettbewerbsaufgabe.<sup>29</sup> Eine Rangierung und Preisverteilung erfolgt erst auf der letzten Stufe.<sup>30</sup> Die vorgeschalteten Stufen dienen somit zur Reduktion der Lösungsvarianten. Dieses Vorgehen und insbesondere die Möglichkeit, die Wettbewerbsaufgabe zu ändern, sind vergaberechtlich problematisch.<sup>31</sup> Den dem öffentlichen Vergaberecht unterstellten Auftraggebern ist zu empfehlen, im Regelfall Wettbewerbe einstufig durchzuführen<sup>32</sup> und bei mehrstufigen Verfahren jedenfalls darauf zu verzichten, die Aufgabenstellung und das Wettbewerbsprogramm anzupassen.

Neu wird die *Überarbeitung von Projekten geregelt*, wonach das Preisgericht den Wettbewerb mit Projekten aus der engeren Wahl verlängern kann, falls sich dies als notwendig erweist.<sup>33</sup> Die Rangierung findet dabei erst nach der optionalen Bereinigungsstufe statt. Vorausgesetzt wird, dass eine solche optionale Bereinigungsstufe explizit im Programm erwähnt, anonym erfolgt und separat entschädigt wird. So kann auf die oft vorgenommenen «*unvorhergesehenen Überarbeitungen*»<sup>34</sup> reagiert werden. Diese wurden bereits bisher als heikel eingestuft, da dabei in der Regel die Anonymität aufgehoben wurde und sich bei öffentlichen Auftraggebern Konflikte mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz sowie dem Grundsatz der Unabänderlichkeit von Offerten manifestierten.<sup>35</sup> 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

<sup>21</sup> Präambel SIA-Ordnung 142/2009, vgl. nachfolgend Ziff. IV.

<sup>22</sup> Art. 4 SIA-Ordnung 142/2009 (unverändert).

<sup>23</sup> Art. 3 SIA-Ordnung 142/Ausgabe 2009.

<sup>24</sup> Vgl. nachfolgend Ziff. B.1.

<sup>25</sup> Ein solcher liesse sich bei den dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellten Auftraggebern auch nicht durchsetzen.

<sup>26</sup> MESSERLI, a.a.O., N 4 zu Erläuterungen zu Art. 40–57 VöB.

<sup>27</sup> Art. 7.2 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>28</sup> Art. 5.2 SIA-Ordnung 142/2009 (unverändert).

<sup>29</sup> Die Präqualifikation im Rahmen eines selektiven Verfahrens gilt nicht als Stufe des Wettbewerbs, Art. 5.1 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>30</sup> Art. 5.1 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>31</sup> MESSERLI, N 10/11 zu Art. 42 VöB.

<sup>32</sup> So auch die Empfehlung von Art. 5.1 SIA-Ordnung 142/2009, wonach Planungswettbewerbe in der Regel einstufig und Gesamtleistungswettbewerbe zweistufig durchgeführt werden sollen.

<sup>33</sup> Art. 5.4 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>34</sup> FELIX JOST/CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht, ZBl. 2004, S. 361.

<sup>35</sup> Vgl. Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), 2005-025 vom 18.5.2006 (Gesamtleistungswettbewerb EAWAG Dübendorf).

tung als Siegerprojekt in Betracht fallen. Auch diese Auswahl ist zu begründen. Die Beurteilung der überarbeiteten Projekte hat wiederum durch das im Wettbewerbsprogramm bezeichnete Preisgericht zu erfolgen.

Offen bleibt, in welcher Form *öffentliche Auftraggeber* 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 rechtsmittelfähiger Verfügungen unter Wahrung der Anonymität der weiter im Verfahren verbleibenden Teilnehmer. So kann für das weitere Vorgehen Rechtssicherheit geschaffen und unnötiger Aufwand vermieden werden.

Neu ist weiter, dass das Preisgericht *Stufen weglassen* kann, wenn es sich erweist, dass das Resultat des Wettbewerbs bereits erreicht wurde.<sup>36</sup> Vorausgesetzt ist, dass der Auftraggeber diese Möglichkeit im Wettbewerbsprogramm nennt und das Preisgericht mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der Stimmen und einer Zustimmung aller Vertreter der Auftraggeberin entscheidet. Die Gesamtpreisumme, welche auch den Aufwand der reduzierten Stufen berücksichtigt, muss jedoch voll ausbezahlt werden. Auch hier wird zu prüfen sein, ob bei öffentlichen Auftraggebern 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.

## B Preise, Abgeltungen und Ansprüche aus Wettbewerben

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

Art. 17 regelt die Höhe und Zuteilung von Preisen, Ankäufen und Entschädigungen, für die im Wettbewerbsprogramm eine Gesamtpreisumme<sup>37</sup> zu bestimmen ist. Über diese Instrumente werden die Arbeit der Teilnehmenden<sup>38</sup> und (noch) nicht die Teilleistungen des späteren Auftragsverhältnisses entschädigt. Preise, Entschädigungen und Ankäufe sind folgerichtig nicht Bestandteil eines späteren Honorars.<sup>39</sup>

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

Die Entschädigungen gemäss Art. 17 sind zu unterscheiden von den Ansprüchen gemäss Art. 27, der 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

Zentrales Thema für Auftraggeber und Teilnehmende ist, welche Ansprüche und Folgeaufträge aus Wettbewerben

resultieren, unter welchen Voraussetzungen insbesondere öffentliche Auftraggeber eine Zuschlagserteilung an den Verfasser des siegreichen Projekts vornehmen können und inwiefern sie an den Entscheid des Preisgerichts gebunden sind.<sup>40</sup> 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.

#### a) Die Folgeaufträge des Gewinners

Beim *Ideenwettbewerb* steht in der Regel kein Auftrag in Aussicht.<sup>41</sup> In Art. 27.1 lit. a wird neu präzisiert, dass der Gewinner dann Anspruch auf einen planerischen Auftrag hat, wenn ein solcher im Programm in Aussicht gestellt wird. Öffentliche Auftraggeber werden im Programm die Voraussetzungen und Kriterien sorgfältig festlegen müssen, damit die beschaffungsrechtlichen Vorgaben für eine solche Zuschlagserteilung erfüllt sind. Wenn kein bzw. kein substantzieller Auftrag in Aussicht gestellt wurde, hat der Gewinner zusätzlich zum Preisgeld gemäss Art. 17 Anspruch auf eine Entschädigung. Der Begriff des substantziellen Auftrags wird noch zu klären sein.<sup>42</sup>

Der *Gewinner eines Projektwettbewerbs* hat gemäss Art. 27.1 lit. b Anspruch auf den Auftrag, wie er im Wettbewerbsprogramm formuliert ist. Neu wird dazu 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, die dem gleichen Prozentsatz der Gesamtpreisumme entspricht, um welchen der volle Auftrag reduziert wurde. Damit soll insbesondere die Reduktion von Teilleistungen bei einer späteren Generalunternehmerauschreibung des Auftraggebers aufgefangen werden.<sup>43</sup>

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

#### b) Die Abgeltung des Urhebers

In Art. 27.2 werden zwei mögliche Fälle und die Voraussetzungen genannt, nach denen ein Gewinner, der keinen Folge-

<sup>36</sup> Art. 5.5 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>37</sup> Unverändert geblieben ist die Höhe der auszurichtenden Gesamtpreisumme.

<sup>38</sup> Unter gewissen Voraussetzungen ist es neu möglich, die Gesamtpreisumme und die Anzahl Preise zu reduzieren, vgl. Art. 17.5 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>39</sup> Art. 17.3 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>40</sup> Zusätzlich zu den Ansprüchen gemäss Art. 27 SIA-Ordnung 142/2009 bestehen weitere zu prüfende Anspruchsgrundlagen (öffentliches Beschaffungsrecht, Urheber-, Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht, Vertrauenshaftung).

<sup>41</sup> Art. 3.2 SIA-Ordnung 142/2009; vgl. Anmerkung 42 nachfolgend.

<sup>42</sup> Auszugehen ist im Minimum von den Teilleistungen für die Phasen Vorprojekt, Bauprojekt und Bewilligungsverfahren.

<sup>43</sup> Vgl. auch Art. 17.1 SIA-Ordnung 142/2009.

auftrag 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.<sup>44</sup>

Beide Bestimmungen setzen voraus, dass der Auftraggeber nicht bereits im Wettbewerbsprogramm eine Abtretung der Urheberrechte vorgeschrieben hatte. Dieses von grösseren Auftraggebern häufig praktizierte Vorgehen wird von Teilnehmern und ihren Berufsverbänden immer wieder kritisiert. Eine generelle Abtretung wird zum Teil als unstatthaft qualifiziert.<sup>45</sup> 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»<sup>46</sup> zur möglichen unzulässigen Ausübung der Nachfragemacht der öffentlichen Hand zu hinterfragen.

### c) Der Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens

Eine wichtige Änderung findet sich in Art. 27.3: Verzichtet der Auftraggeber innerhalb von drei Jahren nach dem Preisgerichtsentscheid definitiv auf eine Realisierung des Vorhabens und erteilt den Auftrag für die ausgeschriebenen Leistungen nicht, kann eine Abgeltung verlangt werden. Dies gilt auch bei einem rechtmässigen Verzicht und unabhängig von den Gründen, die den Auftraggeber zu diesem Schritt bewegen.

Mit dieser Bestimmung wird der Situation Rechnung getragen, dass der öffentliche Auftraggeber nicht gegen seinen Willen dazu gezwungen werden kann, dem Wettbewerbsgewinner einen Folgeauftrag zu erteilen (kein Kontrahierungszwang). Dem Entscheid des Preisgerichts kommt gemäss Rechtsprechung lediglich eine negative Bindungswirkung zu. Dies bedeutet, dass der dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellte Auftraggeber nicht eine freihändige Vergabe an einen andern Anbieter als den Wettbewerbsgewinner vornehmen kann,<sup>47</sup> währenddem der Vertragsabschluss vom Wettbewerbsgewinner nicht durchgesetzt werden kann.<sup>48</sup>

Vom *definitiven Verzicht* ist jedoch der Fall zu unterscheiden, wo das Vorhaben zumindest teilweise weiterverfolgt bzw. eine neue Ausschreibung erfolgen soll. Beabsichtigt eine dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellte Vergabestelle, ein neues Vergabeverfahren 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.<sup>49</sup> Die Geltendmachung einer Abgeltung gemäss Art. 27.3 ist unabhängig davon möglich.

### C Weitere Änderungen

Hervorzuheben sind insbesondere die folgenden Punkte:

- *Vorbefassung*:<sup>50</sup> Am Wettbewerb darf auch teilnehmen, wer vor Beginn des Wettbewerbs Vorleistungen 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 befindet, ob einem Teilnehmer aus seiner bisherigen Tätigkeit ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil zukommt. Öffentliche Auftraggeber bleiben für diesen Entscheid selber verantwortlich und begründungspflichtig.

- Für *externe Experten und Fachstellen*,<sup>51</sup> die den Teilnehmenden im Rahmen der Fragenbeantwortung für Abklärungen zur Verfügung stehen, werden Verhaltensregeln festgelegt. Beiden kommt bei anforderungsreichen und komplexen Aufgaben eine einflussreiche Stellung zu, da ihre Auskünfte und Festlegungen im Vorprüfungsbericht sowohl die Teilnehmer bei der Erarbeitung der Projekte wie auch das Preisgericht bei der Beurteilung der Projekte in der Regel massgeblich beeinflussen.
- Die *Weiterbearbeitung des Ankaufs*: In Art. 22.3 wurden die Voraussetzungen modifiziert. Bewusst ausgeklammert und damit nicht gelöst wurde die Problematik, dass ein dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellter Auftraggeber einem angekauften Projekt, das wegen wesentlichen Verstössen gegen das Wettbewerbsprogramm ausgeschlossen wurde, keinen Zuschlag erteilen kann.

## IV. Offene Fragen und Fazit

Die mit der Revision statuierte *Trennung zwischen anonymen Wettbewerben als Regelfall und nicht-anonymen Studienaufträgen als zu begründenden Ausnahmefall* sowie die eingrenzende Regelung der Möglichkeit von Überarbeitungen sind zu begrüssen. Die weitere Entwicklung ist von der Praxis der professionellen und öffentlichen Bauherren abhängig. Es wird Aufgabe dieser Veranstalter sein, die Vorgaben in der Praxis einzuhalten und inskünftig die Verfahrensarten deutlicher abzugrenzen. Die Auftraggeber der öffentlichen Hand sind gehalten, die Verfahrenswahl sorgfältig anzugehen, damit die angestrebte Auftragserteilung an den Gewinner zulässig ist. 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.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> 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, a.a.O., Anm. 159.

<sup>45</sup> MESSERLI, a.a.O., Rz 5 zu Art. 56.

<sup>46</sup> Zitiert in Anm. 8.

<sup>47</sup> VGer ZH, 17. März 2004, VB.2004.00078 und 28. Januar 2004, VB.2003.00234.

<sup>48</sup> BGE 129 I 410; VGer ZH, 20. April 2005, VB.2005.00068.

<sup>49</sup> VGer ZH, 20. April 2005, VB.2005.0068.

<sup>50</sup> Art. 12.2 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>51</sup> Art. 14.2 SIA-Ordnung 142/2009.

<sup>52</sup> Art. 13.3. SIA-Ordnung 143/2009.

Offen ist, wie die Auftraggeber damit umgehen werden, dass eine *Kombination von Wettbewerb und Studienauftrag unzulässig* ist. Die bisher häufig praktizierten Verfahren für komplexe Vorhaben, in denen in einem Wettbewerbs- oder Studienauftrag in der letzten Stufe die Anonymität aufgehoben wurde, sind nicht mehr möglich.<sup>53</sup> Hier sind für Projektentwicklungen andere Wege als bisher einzuschlagen und Modelle zu entwickeln, in denen die beiden Instrumente Studienauftrag und Wettbewerb als in sich abgeschlossene Schritte<sup>54</sup> eingesetzt werden können.

Ein anderes, in der Praxis nicht minder konfliktanfälliges Thema wurde in der Revisionsvorlage nicht geregelt: *die Einzelheiten des späteren Vertragsverhältnisses und insbesondere die Festlegung des Honorars des ausgewählten Planers*. Grössere und damit nachfragemächtige Auftraggeber geben in der Regel bereits im Wettbewerbsprogramm die einzelnen Honorarfaktoren und Stundenansätze teilweise einseitig vor. Bei Fehlen von Vorgaben entstehen Konflikte auch gerade deshalb, weil die Parteien sich nach Abschluss des Wettbewerbs über die Konditionen des Vertragsverhältnisses nicht einigen können.<sup>55</sup> Damit nach Abschluss des Wettbewerbs die Vertragsverhandlungen ausgewogen und er-

folgreich verlaufen, ist folgender Lösungsansatz denkbar: Der Auftraggeber gibt im Wettbewerbsprogramm, wo erforderlich, zu den einzelnen Honorarfaktoren faire und angemessene Maximalbedingungen<sup>56</sup> 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 beigezogen, sondern dient als spätere Verhandlungsgrundlage.

<sup>53</sup> Vgl. dazu z. B. Wettbewerb zur Erweiterung des Kunstmuseums Basel, Anordnung zur Überarbeitung zweier Projekte, Bericht in tec21 51-52/2009, S. 5; Studienaufträge der Stadt Zürich für das Stadtspital Triemli Zürich Mai 2005 und für den Neubau Stadion Letzigrund 2002.

<sup>54</sup> So die allgemein gehaltenen Formulierungen gemäss Präambeln SIA Ordnungen 142/2009 und 143/2009.

<sup>55</sup> Vgl. dazu NZZ vom 30. Juni 2009 «Das Scheitern einer Schulhausplanung in Uster».

<sup>56</sup> 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.

## JOURNÉES DU DROIT DE LA CIRCULATION ROUTIÈRE STRASSENVERKEHRSRECHTSTAGUNG

**7 - 8 juin 2010**

### CONFÉRENCES GÉNÉRALES

Le tort moral et la circulation routière : un état des lieux

L'emploi du véhicule automobile et la réalisation du risque selon l'art. 58 LCR

La conduite en état d'incapacité : conditions, conséquences et pratique

Droit pénal et droit administratif / Responsabilité civile et assurances privées : jugements importants en matière de circulation routière

### ATELIERS À CHOIX

L'obligation d'assistance en cas d'accident selon l'art. 51 LCR

Le rôle de la médecine légale dans les accidents de la circulation routière dus à l'incapacité et l'inaptitude au volant : quelle conduite ?

La révision de la loi sur le contrat d'assurance : où en est-on ?

La nouvelle coordination sociale de l'UE : répercussions sur la Suisse

Direction des journées : Prof. Franz Werro, Université de Fribourg

Prix : CHF 430.-

Renseignements et inscription online :

[www.unifr.ch/strassenverkehrsrecht/fr/](http://www.unifr.ch/strassenverkehrsrecht/fr/) ou tél. 026 300 73 39

**10. - 11. Juni 2010**

### PLENARVERANSTALTUNGEN

Der Ersatz immateriellen Schadens im Strassenverkehr

Die Betriebsgefahr als Haftungsvoraussetzung nach Art. 58 SVG

Fahren in fahruntüchtigem Zustand: Voraussetzungen, Konsequenzen, Erfahrungen

Straf- und Verwaltungsrecht sowie Haftpflicht- und Versicherungsrecht: Wichtige Urteile

### WAHLVERANSTALTUNGEN

Die Pflicht zur Hilfeleistung bei Verkehrsunfällen nach Art. 51 SVG

Die Bedeutung der Rechtsmedizin bei Strassenverkehrsunfällen wegen Fahrunfähigkeit

Die Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes

Die neue Sozialrechtskoordinierung der EU: Auswirkungen auf die Schweiz

Tagungsleitung: Prof. Thomas Probst, Universität Freiburg

Tagungsbeitrag: CHF 430.-

Auskünfte und Anmeldung online:

[www.unifr.ch/strassenverkehrsrecht/de/](http://www.unifr.ch/strassenverkehrsrecht/de/) oder Tel. 026 300 73 47



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG / UNIVERSITÄT FREIBURG  
FACULTÉ DE DROIT / RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

