Ausschreibung und Vergabe von Dienstleistungsaufträgen: besondere Berücksichtigung der Ingenieur- und Architektenaufträge

Autor(en): **Ganz, George**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizer Ingenieur und Architekt**

Band (Jahr): **118 (2000)**

Heft 8

PDF erstellt am: **19.03.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-79880

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.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

George Ganz, Zürich

Ausschreibung und Vergabe von Dienstleistungsaufträgen

Besondere Berücksichtigung der Ingenieur- und Architekturaufträge

Neu sind auch Dienstleistungsaufträge dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt. Besondere Anforderungen stellt dabei die Ausschreibung komplexer Aufgaben wie Ingenieur- und Architekturaufträge. Der SIA hat hiezu die Kommission 140, Vergabeverfahren, eingesetzt, die Lösungsansätze erarbeitet.

Wie die Privaten braucht auch die öffentliche Hand für die Erfüllung ihrer Aufgaben Sachmittel, insbesondere Bauten, Arbeitsmaterialien im weitesten Sinne oder Arbeitsleistungen verschiedenster Art, eben Dienstleistungen. Traditionell umfasst das öffentliche Beschaffungswesen:

- Bauleistungen, wie Hoch- und Tiefbauten oder die Erstellung von Fertigbauten, aber auch Spezialarbeiten und Installationen
- Lieferungen von Gütern, wie Fahrzeuge, Maschinen und Geräte, Verbrauchsmaterial und dergleichen.

Neu werden auch

- Dienstleistungen, wie Architektur, Stadt- und Landschaftsplanung, technische Beratung und Planung oder Informatiktätigkeiten unter das öffentliche Beschaffungsrecht gestellt.

Das Gemeinwesen bedient sich in der modernen Zeit immer mehr der Privaten und leistet verschiedene Tätigkeiten selber nicht mehr. Schon bisher wurden Ingenieur- und Architekturaufträge meist an private Büros vergeben. In der Regel wurden nur wenige solche Arbeiten intern ausgeführt. In anderen Bereichen liegen die Verhältnisse ganz anders. Noch vor wenigen Jahren war es schwer vorstellbar, dass kein eigenes Reinigungspersonal mehr beschäftigt wird. Undenkbar war sodann, dass die Datenverarbeitung extern vergeben werde.

Heute ist dies keinesfalls mehr so. Die Spitäler lassen ihre Räume durch Spezialfirmen reinigen, ja planen, die nichtmedizinischen Dienste (Pflege, Essen und Trinken usw.) extern zu vergeben. Auch gesamte Bereiche des Service public (wobei eine moderne Definition und damit Abgrenzung des Service public sehr schwierig ist, da es zwingend vom Gemeinwesen selber auszuführende Aufgaben kaum mehr gibt) wie das Abfuhrwesen, die Energieversorgung und anderes mehr werden an Dritte vergeben. Schliesslich sind heute verschiedene Modelle zur Auslagerung öffentlicher Aufgaben in Diskussion. Beispiele sind die Gründung einer Firma durch einen oder mehrere Kantone, die die bisherigen Leistungen der kantonalen Informatikämter übernimmt, oder die Übertragung dieser Leistungen an Dritte (anderen Kanton, Private usw.).

An diesen Beispielen wird deutlich, dass im Dienstleistungsbereich die Verhältnisse viel komplizierter sind als bei den meisten Bau- und Lieferleistungen. Dort können meist vor der Auftragsvergabe klare Leistungsbeschreibungen oder Anforderungsprofile erstellt werden, so dass gestützt darauf die entsprechenden Angebote im Detail verglichen werden können. Viele Dienstleistungsaufträge hingegen sind einerseits durch besonders enge Vertrauensverhältnisse gekennzeichnet und anderseits sind die Kosten nicht abschätzbar. Oft sind weder die Grundlage noch das Ziel bekannt (damit sie klar definiert werden können). Schliesslich kann der Aufwand bei der Ausführung erheblich und laufend ändern.

Ob es sinnvoll war, die Dienstleistungen dem öffentlichen Beschaffungsrecht zu unterstellen, steht hier nicht zur Diskussion, sondern ist als gegeben zu akzeptieren (zumindest für die vorliegenden Ausführungen). Die Ingenieur- und Architektenverträge sind grundsätzlich dem neuen öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt. Zu prüfen ist darum vielmehr, was besonders zu beachten ist und welche Problemlösungen denkbar sind.

Die «einfachen Dienstleistungen» wie Reinigungsdienste usw. müssen hier nicht speziell behandelt werden. Sie sind weitgehend problemlos, bzw. es stellen sich weitgehend die gleichen Fragen wie bei Baudienstleistungen (Installationen). Dort kann ein klares und detailliertes Pflichtenheft erstellt werden, weil der Auftrag bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Ist es also möglich, den Auftrag - Inhalt der Arbeit und deren Entgelt - klar zu definieren, stellt die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechtes keine besonderen Probleme. Zu beleuchten sind vielmehr die komplexen Dienstleistungen.

Regelung der Dienstleistungen im öffentlichen Beschaffungsrecht

Die rechtlichen Grundlagen

Ein Dienstleistungsauftrag ist ein Vertrag zwischen einem Auftraggeber und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung. Die gesetzlichen Grundlagen sind die folgenden:

- Art. I Gatt/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Governemental Procurement Agreement GPA)
- Art. 6 Abs. 1 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB
- Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), insb. Art. 5
- Art. 1 Abs. 1 lit. a und Art. 5 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen BoeB, Art. 1, 3 und 4 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen VoeB
- Kantonale Gesetzgebung

Abgrenzungsfragen

Besteht eine Beschaffung aus einer Lieferung oder einem Bauauftrag verbunden mit einer Dienstleistung (z.B. Kauf und Installation von Computerhardware; Ersatz einer Heizzentrale mit vorgängiger Wärmebedarfsberechnung), so gilt die Leistung als massgeblich, die den höchsten Wert einnimmt. Die Lieferung eines Personalcomputers mit einer umfassenden und individuell erarbeiteten technischen und Verwaltungssoftware würde beispielsweise als Dienstleistung qualifiziert[1].

Der Ingenieur- und Architekturvertrag

Der Ingenieur- und Architektenvertrag ist grundsätzlich ein Dienstleitungsauftrag. Er untersteht daher zweifellos dem GPA und dem öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz. Bei dieser Auftragsgattung ergeben sich in diesem Zusammenhang besondere Probleme. Dabei bestehen keine speziellen Regelungen; anwendbar sind vielmehr die allgemeinen Bestimmungen. Die IVöB regelt beispielsweise die Planungswettbewerbe und den Gesamtleistungswettbewerb im Gegensatz zur Bundesgesetzgebung (VoeB) nicht. Die Kantone sind seinerzeit davon ausgegangen, dass der Planungswettbewerb und der Gesamtleistungswettbewerb durch Normen und Standards genügend geregelt seien.

Die entsprechenden Ordnungen des SIA als zuständiger Institution wurden kurz nach Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Bestimmungen ausser Kraft gesetzt und überarbeitet. Die Ordnung SIA 142

berücksichtigt die neuen und besonderen Gegebenheiten. So wird in Art. 28.12 ausdrücklich und richtigerweise erwähnt, dass bei Wettbewerben, die von einem öffentlichen Auftraggeber oder einer Auftraggeberin durchgeführt werden, in jedem Fall für Beschwerden die zuständigen staatlichen Gerichte (in der Regel das Verwaltungsgericht oder die eidgenössische Rekurskommission) anzurufen sind und nicht die SIA-Kommission. Die «technische» Abwicklung kann durchaus gestützt auf die Ordnung SIA 142 erfolgen, es handelt sich um ein taugliches Instrument.

Neben dem einfachen Auftrag und dem Wettbewerb gibt es verschiedene andere Arbeitsformen, die rechtlich nicht geregelt sind. Erwähnt werden können[2]:

- Die Testplanung, bei der einem oder mehreren Planern oder einem interdisziplinären Planerteam der Auftrag gegeben wird, die Grundlagen für einen späteren Wettbewerb oder einen Projektauftrag zum Beispiel in Form von Arbeitshypothesen, Szenarien oder Vorgaben aufzuzeigen;
- Ähnlich wie bei der Testplanung, geht es beim Workshop um grundsätzliche strategische oder konzeptionelle Entwicklungsarbeit, die im Vorfeld einer Realisierungsphase durchgeführt wird;
- Der Skizzenwettbewerb als Vorphase eines Auftrages (Hilfe für den Besteller, dem damit eine Konkretisierung seines Wunsches geliefert wird) ist ein Ideenwettbewerb, bei dem die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten sind (Urheberrecht, kein Anspruch auf Weiterbearbeitung/Planerauftrag usw.)

Der General- und der Totalunternehmervertrag werden hier nicht behandelt.

Der Ingenieur- und Architektenauftrag im Speziellen

Selbst bei bescheidenen Bauwerken fallen zahlreiche Planungs-, Vorbereitungs- und Überwachungsaufgaben an. Diese werden in der Regel einer Fachperson übertragen: dem Architekten oder Ingenieur. Deren Hauptaufgabe ist einmal, die Vorstellungen des Bauherrn mit diesem zusammen in ein ausführungsreifes Projekt umzusetzen, also zu planen. Dabei können die Vorstellungen des Bauherrn konkret oder nur eine erste Idee sein. Besonders im letzteren Fall ist unklar, wie gross der Aufwand für diese Arbeit sein wird. Der zweite Schwerpunkt der Arbeit des Architekten oder Ingenieurs ist ebenso wichtig, aber vom Umfang und Inhalt her leichter abzuschätzen: Detailplanung, Bauleitung, Abrechnung.

Hier wie dort bestehen indessen Unklarheiten über den genauen Arbeitsablauf und Umfang der Arbeitsleistung. Sich aus Konkretisierungen, Ergänzungen, notwendigen Änderungen und allen unerwarteten Umständen ergebende Mehrkosten können nicht oder höchstens als Annäherungswerte kalkuliert werden: Information des Bestellers und Dritter (bei politisch umstrittenen Projekten), Einsprachen Dritter, Prozesse.

Technische Gegebenheiten sind oft in der Offertphase nicht genügend bekannt, so dass der Aufwand nicht berechnet werden kann. Die Ausgestaltung des Baugrundes kann je nach Situation erhebliche Kostenfolgen haben.

Bei der Arbeit des Planers wie des Architekten ist typisch, dass ein sehr grosser Bogen von der Analyse eines Problems oder einer Aufgabe über die Projektierung und Planung der Lösung bis hin zur Schlussabrechnung und zur Garantieabnahme geschlagen wird. Diese Tätigkeiten werden durch das Vertrauen des Bauherrn in den Architekten und in den Ingenieur und durch dessen loyales Engagement im Interesse des Bauherrn geprägt. Damit steht im Gegensatz zu reinen Herstellungs- und Lieferungsaufträgen hier der Mensch und nicht das Objekt im Vordergrund. Schliesslich gilt zu berücksichtigen, dass speziell bei Architekten, aber auch beim Planer neben der soliden Arbeit auch die Idee gesucht und verlangt wird. Damit entstehen weitere Fragen wie der Schutz des geistigen Eigentums und wie dieser sichergestellt werden kann.

Es ist somit äusserst schwierig, den Auftrag so zu umschreiben, dass vergleichbare Offerten erfolgen und in voller Transparenz verglichen werden können. Man möge einwenden, es stehe dann das Instrument des Wettbewerbs zur Verfügung. Das ist richtig, aber auch nicht immer die gute Lösung, speziell bei Ingenieuraufgaben. Der Wettbewerb führt oft dazu, dass der Besteller gegen seinen Wunsch längerfristig gebunden ist.

Wird allerdings ein Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb durchgeführt, bestehen heute taugliche Unterlagen. Es kann auf die Ordnung SIA 142 verwiesen werden, ebenso auf VoeB Art. 40–57, SVI-Wegleitung für Wettbewerbe im Verkehrsplanungs- und Strassenbereich und die entsprechende, wenn auch noch nicht allzu umfassende Literatur.

Bei den verschiedenen anderen Architektur- und Planerverträgen besteht eine grosse Unklarheit, wie diese geregelt werden sollen. Wie wird der Skizzenwettbewerb ausgeschrieben, wie der Studienauftrag, wie die Vorbereitung der Ausschreibung und wie die Beratung des Bauherrn und wie die Konkretisierung und Optimierung der Ideen des Bauherrn bis zu Variantenvorschlägen?

Lösungsansätze

Die nachstehenden Vorschläge sind eine Diskussionsbasis und nicht feststehende Lösungen. Die Praxis muss und soll die Richtigkeit bestätigen. Es ist äusserst erfreulich, dass die betroffenen Branchen sich nicht in Opposition gesetzt, sondern den Ball aufgenommen haben. Der SIA hat die Kommission 140 eingesetzt, damit die Ingenieure und Architekten eine sachkundige Beratung erhalten. Die Union Suisse des Ingénieurs-Conseils (Usic) ihrerseits arbeitet an Lösungsansätzen und will eine Diskussions- und Umsetzungsplattform einsetzen.

Diese Vorgehensweisen sind deshalb richtig, weil die bisherigen Erfahrungen bei Veranstaltungen, aber auch mittels Analyse der vorliegenden Urteile von Gerichten auf kantonaler und eidgenössischer Ebene gezeigt haben, dass das neue öffentliche Beschaffungsrecht bei der Vergabe von Ingenieur- und Architektenaufträgen in den Grundsätzen zwar durchaus angewendet werden kann, dass aber generelle und detaillierte Verfahrensregelungen für die Mehrzahl der Fälle nicht oder kaum allgemein bestimmt werden können.

Die Problematik, die oben erläutert worden ist (Auftrag kann nicht klar definiert werden), führt dazu, dass Verfahrenstypen gefunden werden müssen, die im Einzelfall besonders ausgestaltet sind. Als Diskussionsbasis sei deshalb in jedem Fall ein zwei- oder mehrstufiges Verfahren vorgeschlagen.

Es handelt sich dabei keinesfalls um willkürliches Vorgehen oder Umgehen der Vergabebestimmungen, weil die feststehenden Grundsätze (Transparenz, Nichtdiskriminierung/Gleichbehandlung) unangetastet bleiben und immer Grundlage und Ausgangspunkt für die erwähnten besonderen Verfahren für den Einzelfall sind und sein müssen. Dabei gilt es aber einzugestehen, dass dem Ermessen (zumindest im Gegensatz zu den meisten Bauaufträgen und Lieferaufträgen) grössere Bedeutung und weiteren Spielraum zugeordnet werden muss. Das verlangt gegenseitiges Vertrauen und Verständnis. Diese Tatsache ist bei der Architekten- und bei der Ingenieurarbeit generell und nicht nur im Zusammenhang mit der öffentlichen Beschaffung ein zentrales Charakteristikum (und naturgemäss rechtlich schwer erfassbar). Anderseits darf nicht vergessen werden, dass das neue öffentliche Beschaffungsrecht Ziele wie Qualitätssteigerung, Liberalisierung

hat, aber auch den Vergabestellen weiterhin Handlungsspielraum gewähren will.

Schliesslich sollen marktwirtschaftliche Grundsätze zur Anwendung gebracht werden. Damit steht neben dem neuen Recht auch ein Sparauftrag (wenn die Sparmöglichkeit auch nicht allzu überschätzt werden darf). Das öffentliche Beschaffungswesen bzw. die öffentliche Auftragsvergabe ist immer auch ein ökonomischer Vorgang[3]. Dieser lässt sich hier ebenso wenig mathematisch genau erfassen wie das günstigste Angebot. Deshalb bedarf es auch hier des Ermessensspielraumes.

Schon nach altem Recht war der vergebenden Stelle grundsätzlich ein weiter - richterlich nicht überprüfbarer - Verfahrensspielraum gegeben. Neu werden nun für die Verfahren zwar Leitplanken - allerdings breite - gesetzt. Hinzu kommt ein grösserer Ermessensspielraum, dessen Überschreiten richterlich geprüft werden kann: Willkür wird (zumindest auf Antrag) geahndet. Damit sollen unter anderem Bestechung und Korruption verhindert werden. Bei den Architektur- und Ingenieuraufträgen war bereits unter altem Recht sowohl der Verfahrens- wie der Ermessensspielraum sehr gross und praktisch nicht eingeschränkt. Infolge des Fehlens der gesetzlichen Regelungen wurden andere Leitplanken gesucht und gesetzt, einerseits ermöglicht durch die Nachfragemacht der öffentlichen Hand, anderseits mittels Vereinbarung. Beispiele sind Musterverträge (wobei es sich vielmehr um Formularverträge handelte) und die bekannten KBOB-Tarifansätze, seit einigen Jahren Empfehlungen.

Wenn also bisher dem Ermessen weiter Spielraum gegeben war, dem nur durch aussergesetzliche Massnahmen Grenzen gesetzt wurden, ist nicht einzusehen, weshalb neu kein Ermessen mehr sinnvoll sein soll. Es ist vielmehr einem breiten Ermessensspielraum das Wort zu sprechen. Das heisst nicht - dies sei hier wiederholt -, dass die Vergabestelle willkürlich handeln darf. Zur Abgrenzung zwischen Ermessen und Willkür besteht zumindest im Baurecht vor allem im Zusammenhang mit dem Baubewilligungsverfahren eine breite Judikatur. Im öffentlichen Beschaffungsrecht ist diese analog zu erarbeiten. Es wäre zweckmässig, wenn diese von der Praxis selber gegeben würde und nicht von den Gerichten definiert werden müsste.

Um zu zeigen, wie das System «Kern- + individuelles Folgeverfahren» funktioniert, sind Modelle oder Beispiele darzulegen. Es handelt sich dabei um Vorschläge und Diskussionsansätze, die in der Praxis und in der (sachlichen) Auseinandersetzung mit den Direktbetroffenen, also den Architekten, Ingenieuren und Planern, vertieft werden müssen.

Anforderungen klar nennen

Bei der Ausschreibung ist es nicht zwingend nötig, dass diese nach gängigem Muster erfolgt und sich auf wenige Punkte beschränkt. Vielmehr ist sie entsprechend den Anforderungen des auszuführenden Auftrages auszugestalten. Es ist durchaus möglich, dass eine textliche Umschreibung des geplanten Auftrages erfolgt. Damit wird dem interessierten Auftragnehmer meist schneller klar, ob er geeignet ist und/oder ob eine Offertstellung für ihn in Frage kommen kann. Ebenso können zur Vermeidung von «unnötigen» Eingaben von Interessenten (aus Rationalisierungsgründen) Schwergewichte bereits in der Ausschreibung gesetzt werden (zum Beispiel ausdrücklicher Hinweis auf ein Musskriterium wie besondere Berufsausweise, ausgewiesene Spezialkenntnisse usw.).

Selbstverständlich sind dann in den Ausschreibungsunterlagen die nötigen Angaben zu machen (Eignungs- und Zuschlagskriterien usw.). Gerade hier soll und darf mutig festgehalten werden, dass zum Beispiel in einem Präqualifikationsverfahren neben gewissen Formalien (Kenntnisse, Firmenangaben, Leistungsfähigkeit usw.) das Schwergewicht beim Qualifikationsgespräch liege. Dort können auch andere Hinweise gemacht werden, dass zum Beispiel der Preis eine untergeordnete Rolle spielt, dafür aber gewisse Stundenansätze gelten und eine periodische Abrechnung verlangt werde. Gleiches gilt für die Personenbezogenheit, die bei den Architektur- und Planeraufträgen zentral sein kann. Die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer kann dann die involvierte Person (mit den verlangten Eigenschaften und Kenntnissen) nicht einseitig auswechseln (was bei anderen Aufträgen doch eher möglich sein muss).

Dabei muss stets begründbar sein, warum solche ausserordentliche Massnahmen ergriffen werden. So ergibt sich von selbst, dass bei einem einfachen, kleinen Auftrag dieses Vorgehen kaum denkbar und auch nicht nötig ist, indessen schon bei einem Auftrag, wo der Besteller lange und sehr eng mit dem Auftragnehmer zusammenarbeiten wird und auch gemeinsam individuelle, originelle oder ausserordentliche Lösungen finden will. Einerseits lässt sich ein solches Vorgehen durch das unbedingt nötige besondere Vertrauensverhältnis begründen, aber auch dadurch, dass nur so die Schutzrechte des geistigen Eigentums gewahrt bleiben.

Damit ist auch hier gesagt, dass es eben darauf ankommt, dass eine Handlungsweise tatsächlich und sachlich begründet werden kann und dass diese klar und allen gleicherweise von Anfang an kund getan wurde. Heimatschutz und Ähnliches, Bevorzugung einzelner Anbieterrinnen und Anbieter dürfen damit nicht bezweckt werden. Es geht somit um Nutzung des Ermessensspielraumes und nicht um Willkür. Dabei sind die Anforderungen an die ausschreibenden Stellen hoch anzusetzen. Gerade die sehr hohen Anforderungen an die vergebenden Stellen sind ein besonderes Merkmal des neuen Beschaffungsrechtes. Diese Tatsache muss immer wieder betont werden.

Modellbeispiele

Ingenieurauftrag für eine bekannte Aufgabe, die klar umschreibbar ist

Hier kann ohne Weiteres eine «normale» Ausschreibung erfolgen, allenfalls mit Nennung von gewissen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Das normale Beschaffungsrecht kommt zur Anwendung. Beispiele sind einfache Planeraufträge, für die es keiner besonderen Qualifikation bedarf und wo der Preis im Vordergrund steht.

Es ist oft zweckmässig (wenn die Fachkompetenz intern nicht vorhanden ist, sogar unerlässlich), zuerst einen Kleinauftrag direkt zu vergeben, der die Definition der Aufgabe und Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen zum Inhalt hat. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so gestaltet werden, dass die Interessierten genau wissen, was der Inhalt des Auftrages ist und die eingehenden Offerten tatsächlich auch verglichen werden können. Gerade dieses Kriterium ist von zentraler Bedeutung. Darum muss immer die Frage gestellt werden: wie erreiche ich das «Ausschreibungsniveau», das zu tatsächlich vergleichbaren Angeboten führt?

Der Bauherr wünscht eine originelle Verwirklichung mit Exklusivcharakter

Bei solchen Aufträgen (es handelt sich um das Gegenteil des obigen Beispieles) spielt in der Regel der Preis eine untergeordnete Rolle. Wichtig ist indessen, dass Architekt und Bauherr sich verstehen, gleiche Vorstellungen haben. Vom Architekt wird sodann eine hohe Flexibilität und Kreativität verlangt. Dabei soll deswegen kein Wettbewerb durchgeführt werden, weil der Bauherr sich nicht auf eine «Schlussidee» festlegen will.

Bei solchen Fällen (die anerkanntermassen beim Gemeinwesen weniger vorkommen) ist ein selektives Verfahren denkbar. Alle Geeigneten werden eingeladen, sich einem umfassenden Interview zu stellen, dem grösstes, wenn nicht sogar praktisch einziges Gewicht zukommt und das letztlich entscheidend ist. Dies ist allerdings in der Ausschreibung mitzuteilen, und das Interview ist dann gründlich und umfassend zu führen.

Dieses Vorgehen ist zum Beispiel möglich, wenn nicht nur eine festumschriebene Baute, sondern eine Gesamtidee verlangt wird. Der Preis ist nicht abschätzbar, weil er sich je nach Problemstellung- und Problementwicklung ändert. Immerhin kann aber der geeignete Kandidat, zumindest der passende, gefunden werden.

Die Zielsetzung ist (mehr oder weniger) gegeben, aber nicht der Inhalt

Beispiel ist eine neue Dorfgestaltung, die erfolgen soll, weil der heutige Zustand nicht befriedigt (baulich wie verkehrstechnisch). Die heute bestehenden Verhältnisse sollen aufgewertet und verbessert werden. Hier drängt sich durchaus ein zweistufiges Verfahren auf: zuerst Ideen-/Skizzenwettbewerb, dann Ausschreibung der Umsetzung von ausgewählten Skizzen usw.

Dieses Verfahren macht durchaus Sinn, darf aber nie dazu dienen, dass die vergebende Stelle gratis zu vielen Vorschlägen und Ideen kommt. Deshalb ist vorzusehen, dass solche Ideen entschädigt oder zurückgegeben werden müssen. Das neue Vergaberecht dient auf der einen Seite nicht dazu, sachfremde Postulate wie Lehrlingsausbildung, Sicherung der Steuern in der Gemeinde usw. zu fördern, darf aber anderseits auch nicht dazu führen, dass geistiges Eigentum usw. gratis übergeben werden muss. Eine Versachlichung ist unerlässlich.

Der Hinweis, dass kein Teilnehmer zu einer Bewerbung gezwungen ist und, wenn er sich dennoch mittels Skizze bewirbt, die Bedingungen akzeptiert (Übergang des geistigen Eigentums entschädigungslos an die vergebende Stelle), vermag formellrechtlich richtig zu sein, widerspricht aber dem neuen Vergaberecht, das Liberalisierung, Transparenz usw. zum Ziel hat. Eine Bestimmung, dass alle eingereichten Skizzen Eigentum des Gemeinwesen werden, ist nicht nur vergaberechtswidrig, sondern stossend. In der Privatwirtschaft würde wahrscheinlich das Kartellrecht (marktbeherrschende Unternehmung, was die Gemeinde letztlich hier ist) Anwendung finden und derartige Missbräuche verhindern.

Hochkomplizierte Aufgabe, die Spezialisten erfordert

Zweifellos drängt sich das selektive Verfahren auf. Zu Beginn sind die Schwerpunkte zu bestimmen und die Eignungsprüfung ist umfassend durchzuführen. Anschliessend kann im Wesentlichen auf den Preis abgestützt werden oder gar über das Los entschieden werden. Ein Losentscheid wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Aargau nicht nur gutgeheissen, sondern sogar positiv bewertet (bei einem Fall, wo die Bewerber die gleiche Anzahl Qualifikationspunkte erhalten haben).

So schreibt das Verwaltungsgericht: «Haben aufgrund der Beurteilung nach den drei massgebenden Auswahlkriterien neun Teilnehmer die Maximalpunktzahl erreicht und sind lediglich vier Studienaufträge unter diesen zu vergeben, erscheint es sinnvoll und naheliegend, wenn schliesslich das Los über die Auswahl entscheidet. Dieses Vorgehen verstösst - auch ohne vorgängige Ankündigung der Auslosung - weder gegen das Gebot eines fairen und transparenten Submissionsverfahrens noch gegen den Vertrauensgrundsatz. Ebenso wenig lässt sich ein solches Vorgehen als willkürlich oder rechtsungleich beanstanden; eine ungerechtfertigte Benachteiligung einzelner Anbieter erfolgt nicht. Die Alternative zur Auslosung wäre bei einer solchen Konstellation eine Neubewertung der Bewerbungen aufgrund einer nachträglich geänderten und wesentlich verfeinerten Beurteilungsmatrix, um eine Punktgleichheit auszuschliessen.»

Inwieweit dieses Verfahren gegen den Grundsatz der Transparenz und Überprüfbarkeit verstösst, darf zumindest gefragt werden. Es könnte auch dazu führen, dass in schwierigen Fällen die Beurteilung auf gleiche Qualifikation mehrerer ausgerichtet wird, um nachher durch das Los entscheiden zu können. Damit sind alle Anbieter zufrieden, weil hoch qualifiziert (auch wenn ohne Losglück), und die vergebende Stelle muss ihren Entscheid weder begründen noch ist sie der inhaltlichen Überprüfung unterworfen.

Kernsätze – Folgerungen

Die Kommission SIA 140 hat provisorisch Kernsätze formuliert, deren Richtigkeit versucht wurde zu belegen:

- Transparenz von A bis Z
- Marktzugang für alle (Bemerkung: Marktzugang für alle Geeigneten)
- Weiter Spielraum für Vergabebehörden, aber keine Willkürentscheide
- Leistung + Qualität + Preis müssen stimmen
- Es ist das jeweils geeignete Verfahren im Einzelfall zu wählen

Die Branche ist auf dem richtigen Weg. Dabei und gleichzeitig darf nicht vergessen werden, dass ein liberalisierter Markt hohe Anforderungen stellt (und vor allem viel Liebgewonnenes vergessen werden muss). Daraus ergibt sich:

-

Die Aufgabe des Bestellers wird im neuen öffentlichen Vergaberecht viel schwieriger, dies gilt ganz besonders bei den Architektur- und Planeraufträgen. Der Vorbereitung der Vergabe (Konkretisierung der Aufgabe und Erstellung der Ausschreibungsunterlagen) kommt viel höheres Gewicht zu. Damit wird von der Vergabestelle hohe Spezialkenntnis verlangt.

Bei der Vergabe besteht innerhalb der Schranken weiterhin ein hoher Ermessensspielraum. Somit wird nicht nur Sachkompetenz, sondern auch Entscheidungsmut verlangt. Das vermag belastend erscheinen, ist aber gleichzeitig eine Herausforderung.

Die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung soll nicht als Damoklesschwert empfunden werden (was zu übermässiger, ja kleinlicher Vorsicht führt), sondern als Bestätigungsmöglichkeit der guten Arbeit und als Schutz gegen ungerechtfertigte Vorwürfe. Die Gerichte ihrerseits sollen sich auf Rechtskontrollinstanz und nicht als verlängerter politischer Arm verstehen.

-

Auf der Seite der Anbieter sind Einschränkungen zu erwähnen. Der Ingenieur und der Architekt sind nicht mehr alleiniger Herr der Sache; sie müssen vermehrt informieren, mit dem Auftraggeber enger zusammenarbeiten (wobei dies nicht heisst, dass sie in der Sache selbst nicht mehr führen dürfen). Sie müssen sich aber bewusst sein, dass sie ebenfalls Transparenz zeigen müssen, sie allenfalls sogar ihre Ideen nicht mehr selber umsetzen, sondern dass Aufträge geteilt werden können (dabei muss selbstverständlich auch die Idee honoriert werden). Für den Architekten und den Ingenieur, die sich schon bisher der Transparenz verpflichtet fühlten und den Auftraggeber offen beraten und informiert haben, sollte dies nichts Neues sein.

Der Ingenieur/Planer und der Architekt stehen mehr als vorher im Wind der Konkurrenz. Das ist nicht einfach, kann und soll in der Sache aber positiv sein. Darum wird der, der sich auf die neue Situation einstellt, die Herausforderung annimmt und sich nicht einfach aufs Abwehren beschränkt, auch gewinnen.

Adresse des Verfassers:
George Ganz, Dr. iur., Mitglied SIA-Kommission 140 Vergabeverfahren, BPUK, Postfach 3249, 8049 Zürich

Anmerkungen

[1] *Galli/Lehmann/Rechsteiner*: a.a.O. RN 121ff, 124, 133ff

[2] *Ulrich S.*: Die neue SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe. AJP 3/99, S. 243 ff

[3] Öffentliches Beschaffungsrecht, Hrsg. Ch. Bock, 1996, XXI