

Die Gemeinde als Bauherrin

Will die Gemeinde ein Bauprojekt durchführen, hat sie neben den Herausforderungen des Bauens auch noch submissionsrechtliche Aspekte zu beachten. In dieser Ausgabe des LEXpress Baurecht gehen wir auf einige Kernpunkte im Zusammenhang mit Planungswettbewerben ein.

Beispiel Schulhaus

Aufgrund des Grundsatzentscheids zur Volksschule, dem Wechsel 5/4 zu 6/3, wird der Platzbedarf in der Primarschule grösser. Eine Arbeitsgruppe aus Vertretern des Gemeinderats, der Bauverwaltung und der Schule sowie eines externen Planungsbüros führt eine Bedarfsanalyse durch. Aufgrund der zu erwartenden Schülerzahlen in der neu sechsjährigen Primarschule und der Empfehlungen des Kantons zu den Schulraum-

grössen wird der Mehrbedarf an Schulräumen ermittelt. Die Analyse der bestehenden Bausubstanz zeigt, dass ein Neubau notwendig ist. Die Gemeindeversammlung genehmigt hierfür einen Projektierungskredit. Dieser wird für die Durchführung eines Planungswettbewerbs verwendet. Im Rahmen dieses Wettbewerbs wird durch ein objektives Preisgericht ein optimiertes, qualitativ hochstehendes Projekt ermittelt. Dieses bildet die Grundlage für die Detailplanung und Ausführung des neuen Schulhauses sowie den zu genehmigenden Baukredit.



Zwingendes Submissionsrecht

Die Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, namentlich der Kanton und die Gemeinden, unterstehen dem Submissionsdekret (§ 5 SubmD; SAR 150.910). Das gilt für alle Arten von Aufträgen: Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (§ 6 SubmD).

Um einen geeigneten Planer, Architekten oder Ingenieur mit der richtigen Lösung zu finden, werden oft Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbe durchgeführt. Auch sie unterstehen dem Submissionsrecht. Das Submissionsdekret als zwingendes öffentliches Recht kann durch die SIA-Ordnungen (namentlich SIA-Ordnungen 142 bis 144) nicht abgeändert werden. Diese Ordnungen dürfen nur ergänzend zum Submissionsrecht zur Anwendung gelangen.

Verfahrensarten

Zur Verfügung stehen (je nach Auftragssumme) das freihändige Verfahren, das Einladungsverfahren, das offene Verfahren und das selektive Verfahren (§ 7 SubmD).

Beim freihändigen Verfahren (Freihand- oder Direktvergabe) fordert der Auftraggeber einen Anbieter direkt (d. h. ohne Ausschreibung) zur Abgabe eines Angebots auf. Der Auftraggeber kann frei wählen, ob er nur eine Offerte oder mehrere Konkurrenzofferten einholen will. Im Gegensatz zu allen anderen Verfahrensarten sind im freihändigen Verfahren Verhandlungen mit den Anbietern zulässig.

Beim Einladungsverfahren bestimmt die Vergabestelle, welche Anbietenden sie ohne öffentliche Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe einladen will. Sie muss, sofern möglich, mindestens drei Angebote einholen.

Beim offenen und beim selektiven Verfahren (auch Präqualifikationsverfahren genannt) schreibt die Vergabestelle den Auftrag öffentlich aus. Jedermann kann ein Angebot einreichen. Wer die Eignungskriterien erfüllt, dessen Angebot wird beurteilt. Der Zuschlag wird nach den Zuschlagskriterien erteilt. Vor allem bei Wettbewerben für anspruchsvolle und komplexe Aufgaben sowie bei Wettbewerben mit sehr vielen interessierten Planern und Architekten empfiehlt sich die Durchführung des selektiven Verfahrens. Bei einem Schulhausneubau ist erfahrungsgemäss mit sehr vielen interessierten Architekten (auch aus dem Ausland) zu rechnen. Damit nicht die Wettbewerbsprojekte von Dutzenden von Architekten beurteilt werden müssen, drängt sich ein selektives Verfahren auf. Die Anbietenden haben zuerst einen Antrag auf Teilnahme einzureichen. Anhand von Eignungskriterien werden die zugelassenen Teilnehmer bestimmt. Als Eignungskriterien können

zum Beispiel wirtschaftliche Anforderungen (Bilanzen und Erfolgsrechnungen, Bankenerklärungen, etc.), die personelle Leistungsfähigkeit (Personalbestand, Schlüsselpositionen, etc.), die fachliche Leistungsfähigkeit (Qualitätszertifikate, Referenzangaben, etc.) dienen. Gewichtete Eignungskriterien ermöglichen eine Beschränkung der Anbieter auf eine sinnvolle Anzahl. Zu beachten ist, dass die Auswahl und Gewichtung der Eignungskriterien nur in Bezug auf den konkreten Auftrag erfolgen dürfen.

Bestimmung des Auftragswerts

Planungswettbewerbe werden wie Dienstleistungsaufträge behandelt. Dienstleistungsaufträge mit einer Auftragssumme bis und mit CHF 150'000.00 dürfen freihändig vergeben werden. Übersteigt die Auftragssumme CHF 150'000.00, muss das Einladungsverfahren durchgeführt werden, übersteigt sie CHF 250'000.00, muss das offene oder selektive Verfahren durchgeführt werden, übersteigt sie CHF 350'000.00, muss das offene oder selektive Verfahren mit Berücksichtigung der zusätzlichen Bestimmungen der Staatsverträge durchgeführt werden. Zur Klärung, welches Verfahren durchzuführen ist, muss der Auftragswert ermittelt werden.

Der mutmassliche Auftragswert muss aufgrund einer seriösen Schätzung, ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer erfolgen. Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendung der Vergabebestimmungen zu umgehen (§ 8 Abs. 1 SubmD). Enthält ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge, was bei einem Projektwettbewerb regelmässig der Fall ist (siehe § 8 Abs. 3 lit. k SubmD), ist der Gesamtwert massgebend, d.h. die gesamte mutmassliche Honorarsumme für die planerischen Leistungen während der gesamten Projektierungs- und Bauphase (§ 8 Abs. 3 SubmD). Der mutmassliche Auftragswert setzt sich in diesem Fall aus der Gesamtpreisumme und diesem Gesamtwert zusammen.

Bei einem Schulhaus-Neubau dürfte das Planerhonorar regelmässig den Schwellenwert von CHF 350'000.00 übersteigen, wenigstens dann, wenn der Gewinner mit der Weiterbearbeitung des Siegerprojekts beauftragt werden soll (siehe § 8 Abs. 3 lit. k SubmD).

Der Gesamtleistungswettbewerb ist ein gemischter Auftrag, bei dem erfahrungsgemäss der finanzielle Anteil der Bauleistungen deutlich höher liegt als der Anteil der zu erbringenden Dienstleistungen. Aus diesem Grund ist der Gesamtleistungswettbewerb (im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben) als Bauauftrag zu qualifizieren. Für die Verfahrenswahl gelten die höheren Schwellenwerte für Bauaufträge. Der Auftragswert setzt sich aus der Gesamtpreisumme, dem Wert der Planerleistungen und dem Wert der Bauleistungen zusammen.

SIA-Ordnungen

Die Planungs- und Gesamleistungswettbewerbe müssen die Vorschriften des Submissionsdekrets einhalten. Ergänzend kann die Vergabestelle (ganz oder teilweise) auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden, namentlich des SIA, verweisen. So gibt es SIA-Ordnungen für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe (SIA-Ordnung 142), für Architektur- und Ingenieurstudienaufträge (SIA-Ordnung 143) und für Ingenieur- und Architekturleistungsofferten (SIA-Ordnung 144). Solche Bestimmungen dürfen allerdings nicht gegen das Submissionsdekret verstossen (siehe § 9 SubmD).

Die SIA-Ordnung 142 regelt den Planungswettbewerb (Art. 3). Planungswettbewerbe werden zu Beginn eines Projekts eingesetzt, wobei Lösungsweg sowie Ergebnis des Projekts noch nicht klar sind. Zur Klärung dieser Fragen kann entweder ein Ideen- oder Projektwettbewerb durchgeführt werden. Bei komplexen Aufgabenstellungen, welche einen Dialog zwischen Auftraggeber und Teilnehmenden erfordern, kann auch ein Studienauftrag nach der SIA-Ordnung 143 erfolgen.

Eine weitere Wettbewerbsform bilden die Gesamleistungswettbewerbe (Art. 4 SIA-Ordnung 142). Sie dienen der gesamthaften Vergabe von sowohl Planungs- als auch Bauleistungen.

Sodann gibt es eine Ordnung für das Vergabeverfahren von Leistungsofferten für Ingenieur und Architekturleistungen (SIA-Ordnung 144). Dabei ist die zu erfüllende Aufgabe bereits klar umschrieben. Das Ziel des Verfahrens ist, die beste Leistung für die umschriebene Aufgabe zu finden und dem Anbieter des Sieger-Angebots den Zuschlag für die ausgeschriebenen Leistungen zu erteilen.

Beim Schulhaus-Neubau wird der Projektwettbewerb die häufigste Vorgehensweise sein. Die Gemeinde erhält mit der Durchführung eines Projektwettbewerbs verschiedene Lösungsmöglichkeiten, wie sie die zukünftigen Raumbedürfnisse für die Schule befriedigen kann. Mehrere Architekturbüros setzen ihr Wissen und Können ein und stellen sich dem Wettbewerb, um eine qualitativ hochstehende und bestmögliche Lösung für einen Schulhaus-Neubau präsentieren zu können. Für die bauliche Umsetzung wird die Gemeinde dem Gewinner oder der

Gewinnerin des Wettbewerbs den Folgeauftrag für die weiteren notwendigen Planungsaufgaben übergeben. Sie wird jedoch die Bauleistungen einzeln vergeben, damit sie auch Unternehmen ihrer Wahl berücksichtigen kann.

Vorbereitung der Ausschreibung und des Wettbewerbsprogramms

Bei der Ausschreibung sind die Vorgaben des Submissionsdekrets zwingend einzuhalten (Anhänge 3, 4 und 5). Für Wettbewerbsprogramme darf ergänzend auf die SIA-Ordnungen 142 und 143 abgestellt werden (je Art. 13). Hilfreich sind die Vorlagen der KBOB (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren). Publikationen, Empfehlungen, Musterverträge/Dokumente entlang des Beschaffungsablaufs gibt es auf www.kbob.ch.

Entscheidend ist, dass die Gemeinde klar definiert, welche Ziele, Bedürfnisse (Raumprogramm), zur Verfügung stehenden Mittel (Kostendach) sie hat, welche Qualitätsstandards (Baustandards) sie anstrebt und welche zwingenden (einschränkenden) Rahmenbedingungen bestehen. Das geschieht mit Vorteil unter Einbezug aller Betroffenen. Es ist zu klären, wer in einer Vorbereitungsgruppe, wer in der Vergabebehörde, wer im Preisgericht, wer in der Baukommission mitarbeiten soll. Zur Vorbereitung der Ausschreibung empfiehlt sich der Beizug von Fachpersonen wie Architekten, Planer, Ingenieure und Juristen, vor allem, wenn es um anspruchsvollere Projekte wie etwa einen Schulhaus-Neubau geht.

Rechtliche Rahmenbedingungen im Wettbewerbsprogramm aufzeigen

Im Wettbewerbsprogramm sollten die rechtlichen Rahmenbedingungen aufgezeigt werden. Es ist Aufgabe der Vergabestelle, diese Grundlagen darzustellen. Dabei geht es nicht um die Wiederholung der einschlägigen Bestimmungen aus der Bau- und Nutzungsordnung. Vielmehr geht es um Baulinien, eingedolte Bäche, Hochwasserschutz etc. Auch öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, welche nicht im Grundbuch angemerkt sind, müssen bekannt gegeben werden,

Beschaffungsformen					
Lösungsorientierte Beschaffungsformen				Leistungsorientierte Beschaffungsformen	
Wettbewerb (Ordnung SIA 142)		Studienauftrag (Ordnung SIA 143)		Leistungsofferte (Ordnung SIA 144)	
Planungswettbewerb		Gesamtleistungswettbewerb		funktionale Leistungsofferte	Leistungsofferte über detailliertes Pflichtenheft
Ideenwettbewerb	Projektwettbewerb	Planungsstudie	Gesamtleistungstudie		
		Ideenstudie	Projektstudie		

Abbildung: Übersicht über Beschaffungsformen gemäss den SIA-Ordnungen

ebenso privatrechtliche Lasten (Grundbuchauszug, eventuell mit Belegen). Damit erleichtert man nicht nur die Bearbeitung des Auftrags, sondern gewährleistet, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden. Es nützt nichts, wenn das Siegerprojekt für den Schulhaus-Neubau wunderschön ist, aber gegen (zwingendes) Baurecht verstösst und die Baubewilligung deshalb im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wird.

Folgeauftrag: Vorbehalt der Weiterbearbeitung

Es ist naheliegend, dass der Gemeinderat denjenigen Planer mit der Weiterbearbeitung des Schulhaus-Projekts beauftragen möchte, welcher das Siegerprojekt erarbeitet hat. Das setzt voraus, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung die Absicht bekannt gibt, den Planervertrag mit der Gewinnerin oder dem Gewinner abzuschliessen (§ 8 Abs. 3 lit. k SubmD). Dieser Vertragsabschluss erfolgt dann im Freihandverfahren. Das ist aber nur zulässig, wenn der Vorbehalt ausdrücklich angebracht wird.

Ankauf

Umstritten ist, wie weit Ankäufe zulässig sind (siehe Art. 22.3 der SIA-Ordnung 142). Dabei geht es um Wettbewerbsbeiträge, die gegen die Programmbestimmungen verstossen und deshalb aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssten (§ 28 Abs. 1 lit. g SubmD). Auch in der Gerichtspraxis ist nicht geklärt, ob ein Ankauf mit dem Submissionsrecht vereinbar ist: Das Submissionsrecht verlangt die Vergleichbarkeit der Offerten und eine Gleichbehandlung aller Mitbewerber. Allerdings könnten solche Wettbewerbsbeiträge als «Planervarianten» (analog den Unternehmervarianten, siehe § 16 SubmD) betrachtet werden. Bei Varianten treten dieselben Probleme auf, das öffentliche Beschaffungsrecht lässt sie aber (bei den Unternehmervarianten ausdrücklich) zu (§ 16 SubmD). Das Submissionsdekret erlaubt sogar, dass auf die Einreichung eines Grundangebots verzichtet wird (§ 16 Abs. 3 SubmD). Wichtig ist, dass schon im Wettbewerbsprogramm auf die Möglichkeit des Ankaufs oder die Eingabe von Planervarianten (mit oder ohne Grundangebot) aufmerksam gemacht wird. In diesen Bereichen gibt es aber noch viele ungeklärte Rechtsfragen.

Vorbefassung

Oft werden Fachpersonen (Architekten, Planer, Ingenieure) zur Vorbereitung der Ausschreibung beigezogen. Sie dürfen sich beim Wettbewerb nicht beteiligen, wenn sie an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe wesentlich zu ihren Gunsten beeinflussen können (§ 28 Abs. 1 lit. h SubmD). Eine Teilnahme ist somit zulässig, wenn die Fachperson nur in untergeordneter



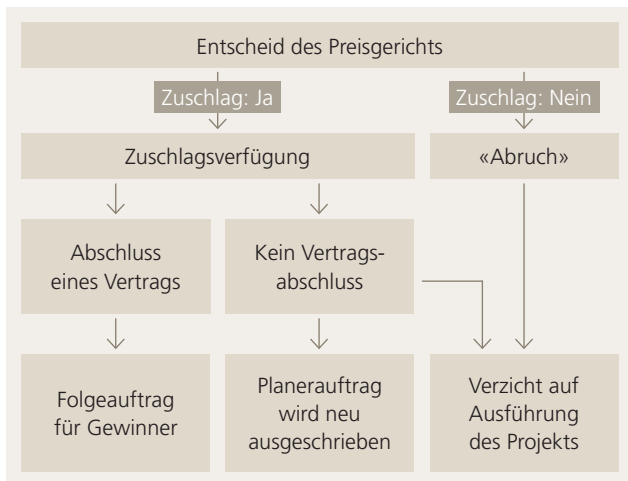
Weise und ohne Einfluss auf die konkrete Beschaffung mitgewirkt hat, z.B. durch Ratschläge und Auskünfte, eventuell auch durch Erstellen von Richtofferten oder Machbarkeitsstudien. Das ist aber äusserst heikel und setzt den Ausgleich des Wissensvorsprungs (Gleichbehandlung) gegenüber den Mitbewerbern durch z.B. Offenlegung der entsprechenden Unterlagen, Auskunftserteilung, ausreichende Eingabefristen voraus.

Nicht nur für die Vergabebehörde (siehe § 4 SubmD/§ 6 VRPG), sondern auch für die Mitglieder des Preisgerichts gelten Ausstandsregeln. Diese verhindern, dass Mitglieder von Behörden oder eben des Preisgerichts in unrechtmässiger Weise bei einem Vergabeverfahren mitwirken und dadurch Wettbewerbsvorteile für sich als Anbieter oder für nahestehende Dritte erlangen können.

Kontrovers diskutiert wird das Problem der unzulässigen Vorbefassung: Darf ein Mitglied des Gemeinderats in einem Preisgericht mitwirken, ohne danach wegen unzulässiger Vorbefassung im Gemeinderat als Baubewilligungsbehörde in den Ausstand treten zu müssen? Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 26. Juni 2014 dazu Stellung genommen: Es hat die Befangenheit von zwei Gemeinderatsmitgliedern bejaht, die als Juroren an einem von einer Grundeigentümerin organisierten Wettbewerb mitgewirkt und später über den darauf basierenden Gestaltungsplan entschieden haben. Ausschlaggebend war, dass beim Wettbewerb das Bauprojekt im Wesentlichen anhand derselben Kriterien zu prüfen war wie im Einspracheverfahren gegen den Gestaltungsplan (BGE 140 I 326 ff., E. 7). Sinngemäss gilt das auch für das Baubewilligungsverfahren. Allerdings muss wohl auch beachtet werden, dass es bei einem Bauvorhaben der Gemeinde, z.B. einem Schulhaus-Neubau, gerade Aufgabe des Gemeinderats ist, die Bauherrschaft zu vertreten. Es empfiehlt sich jedenfalls zu prüfen, ob eine Vertretung des Gemeinderats im Preisgericht notwendig ist, um der Gefahr einer Vorbefassung bzw. der Pflicht zum Ausstand zu entgehen.

Kein Anspruch auf Erteilung des Zuschlags?

Der Wettbewerbssieger des Architekturwettbewerbs erhält regelmässig auch den Zuschlag und schliesst mit der Vergabebehörde den Planervertrag ab. Er darf sich also an die Detailplanung und Ausführung des neuen Schulhauses machen. Hat die Gemeinde im Voraus die Absicht bekannt gegeben, den Vertrag mit der Gewinnerin oder dem Gewinner des Wettbewerbs abzuschliessen, darf sie den Auftrag freihändig vergeben (§ 8 Abs. 3 lit. k SubmD).



Dieser Ablauf ergibt sich allerdings nicht zwingend aus dem Submissionsdekret. Gemäss § 22 Abs. 1 SubmD ist die Vergabebehörde nämlich nicht zum Zuschlag verpflichtet. Sie kann aus wichtigen Gründen auch noch unmittelbar vor dem Zuschlag das Verfahren abbrechen oder wiederholen, wenn beispielsweise eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung

erforderlich wurde (§ 22 Abs. 2 lit. d SubmD). Selbst nach erfolgtem Zuschlag an den Wettbewerbssieger muss die Gemeinde nicht zwingend den Vertrag abschliessen (vgl. § 21 SubmD, wonach der Vertrag nach dem Zuschlag geschlossen werden «darf»). Sie kann sich theoretisch also immer noch dafür entscheiden, das Projekt gar nicht auszuführen, die Planerleistung in abgeänderter Form neu auszuschreiben oder die Leistung selber zu erbringen.

Schlusswort

Rund um Bauvorhaben der Gemeinden gibt es zahlreiche rechtliche Rahmenbedingungen, die nicht geklärt sind und oft am besten ganz pragmatisch gelöst werden. Werden die Grundsätze des Submissionsrechts (Gleichbehandlung, Diskriminierungsverbot, Transparenz) beachtet, können grundsätzliche Fehler vermieden werden. Bei Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben ist das Submissionsrecht einzuhalten. Die SIA-Ordnungen dürfen nur soweit zur Anwendung gelangen, als sie mit dem Submissionsrecht vereinbar sind. Das rechtliche Korsett ist also eng. Werden die erläuterten Instrumente aber richtig eingesetzt, sind Schulhaus-Neubauten möglich, an welchen alle Beteiligten (Bauherrschaft, Nutzer, Planer, Bauhandwerker etc.) Freude haben.

VOSER RECHTSANWÄLTE

Peter Heer
Christian Munz
Michael Fretz
Lukas Breunig
Daniela Nay
Tim Salz