|  |
| --- |
| Freiburg, 1. Juni 2021 |

**Kommentar zur Vernehmlassung des**

**Entwurfs des Reglements über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBR)**

**KAPITEL I: Gegenstand und allgemeine Grundsätze**

**Art. 1 Zweck**

Dieser Artikel definiert den Gegenstand der Verordnung.

**Art. 2 Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien (Art. 12, 26 und 27 IVöB)**

Anhang 1 enthält eine Liste der Dokumente und Nachweise, die vom Auftraggeber angefordert werden können, um die Erfüllung der Teilnahmebedingungen und der Eignungskriterien zu prüfen. Enthalten sind Beispiele, die den Auftraggebern die Arbeit bei der Vorbereitung ihrer Ausschreibung erleichtern.

Gleichzeitig informiert der Anhang künftige Anbieter bezüglich Dokumente und Nachweise, die von ihnen in einem öffentlichen Vergabeverfahren verlangt werden können. Auftraggeber verwenden für die Ausschreibung (vgl. Art. 35 IVöB) nur jene Unterlagen, die sie unter Berücksichtigung der Leistung, auf die sich die Ausschreibung bezieht, und des Profils der Anbieter, die zur Teilnahme am Verfahren aufgefordert werden, für geeignet und erforderlich halten. Wo immer möglich, sollten Nachweise (insbesondere komplexe Nachweise, wie die Bankgarantie) nicht von allen Anbietern, sondern nur vom voraussichtlich erfolgreichen Anbieter kurz vor der Auftragsvergabe verlangt werden. Dies macht das Verfahren weniger bürokratisch und vermeidet unnötige Kosten für Anbieter, insbesondere für KMU.

Der Auftraggeber kann von dem ihm durch Art. 26 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 3 IVöB eingeräumten Ermessen Gebrauch machen und festzulegen, welche Nachweise vorgelegt werden müssen und wann sie vorgelegt werden müssen. Hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmebedingungen (Arbeitsbedingungen, Bestimmungen zum Arbeitsschutz und zur Lohngleichheit von Frau und Mann, Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit) verlangen die Auftraggeber von den Anbietern in der Regel eine Verpflichtungserklärung, dass diese Bedingungen eingehalten werden. Der Westschweizer Leitfaden für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthält Beispiele solcher Verpflichtungserklärungen (siehe Anhänge P1, P6 und P7 des Westschweizer Leitfadens). Auftraggeber können die Einhaltung der Arbeitsbedingungen auch dadurch prüfen, dass sie von den Anbietern die Vorlage von Bescheinigungen verlangen, die von den für die Umsetzung der Gesamtarbeitsverträge zuständigen paritätischen Berufsausschüssen ausgestellt wurden. Die Einhaltung der Lohngleichheit von Frau und Mann kann mit einer Logib-Analyse nachgewiesen werden, einer Standard-Analyse-Methode, die auf einer vom Bundesgericht anerkannten Regressionsanalyse basiert (Bundesgerichtsurteil 4C.383/2002 vom 22. Dezember 2003).

 Punkt 18 in Anhang I der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) sieht vor, dass der Auftraggeber eine Erklärung über die Anzahl der in den letzten vier Jahren vor der Ausschreibung beim Anbieter beschäftigten Lernenden und eine Bescheinigung ihres Lehrabschlusses verlangen kann. Die Bescheinigung des Lehrabschlusses kann in je nachdem als Nachweis verlangt werden, die Vorlage der Bescheinigung ist jedoch aufgrund ihres potenziell diskriminierenden Charakters nicht zwingend. Abgesehen von der Tatsache, dass es Berufsbereiche gibt, die keine Lernenden ausbilden, bedeutet der Nachweis einer Bescheinigung auch nicht zwingend, dass das Unternehmen derzeit Lernende ausbildet. Deshalb ist immer auch eine Erklärung über die Anzahl der tatsächlich vom Anbieter beschäftigten Lernenden beizufügen. Anhang Q4 des Westschweizer Leitfadens über die Vergabe öffentlicher Aufträge («Personalkapazität») enthält eine Beispielerklärung, die Auftraggeber ihren Ausschreibungsunterlagen beifügen können. Diese Erklärung liefert dem Auftraggeber die nötigen Informationen, um zu beurteilen, ob die Anbieter die erforderlichen Ausbildungsplätze für die Beschaffung ausserhalb des Staatsvertragsbereichs anbieten (vgl. Art. 29 Abs. 2 IVöB). In Anhang T6 des Westschweizer Leitfadens für die Vergabe öffentlicher Aufträge wird eine Methode zur Benotung dieses Kriteriums vorgeschlagen.

**Kapitel II: Vergabeverfahren**

**Art. 3 Beschaffungsstellen (Art. 9 BöB-DE)**

Die Konsolidierung des Beschaffungswesens innerhalb der Regierung steht im Einklang mit dem Paradigmenwechsel des neuen IVöB zur qualitätsorientierten Beschaffung. Die Beschaffungsstellen bündeln die Beschaffungen von Waren oder Leistungen in ihrem Zuständigkeitsbereich, über die sie fundierte Kenntnisse haben. Sie sind mit der Komplexität ihres jeweiligen Beschaffungsgegenstands vertraut. Ausserdem ermöglicht die Gruppierung von Einkäufen bessere finanzielle Konditionen. Die Schaffung spezialisierter Beschaffungsstellen ist daher ein Garant für wirtschaftliche Effizienz.

**Art. 4 Ausschreibungsunterlagen (Art. 36 IVöB)**

Diese Bestimmung legt zusätzliche Mindestangaben fest, die Auftraggeber in ihre Ausschreibungsunterlagen aufnehmen müssen. Einige dieser Anforderungen, wie die Angabe der Zahlungsbedingungen, existierten bereits in der alten Verordnung und fördern eine grössere Transparenz bei öffentlichen Vergabeverfahren.

**Bst. a**

Es gibt verschiedene Methoden zur Bewertung des Preiskriteriums (lineare Methoden, asymptotische Methoden etc.). Diese Methoden ermöglichen es, die unterschiedlichen Preise, die von den Anbietern angeboten werden, in Scores umzuwandeln. Abhängig von der verwendeten Bewertungsmethode kann das Preis-Scoring zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen. Somit werden die Methoden den Abstand zwischen den Bewertungen der Anbieter entweder weiter vergrössern oder verringern. Der Westschweizer Leitfaden für die Vergabe öffentlicher Aufträge stellt verschiedene Bewertungsmethoden vor, die Auftraggeber bei ihren Ausschreibungen anwenden können, und veranschaulicht deren Auswirkungen anhand von Beispielen (siehe Anhänge T2 und T3 des Westschweizer Leitfadens). Neben der Wahl der Bewertungsmethode hängt die Bedeutung des Preiskriteriums bei der Bewertung der Angebote natürlich auch von der Gewichtung dieses Kriteriums ab. Je wichtiger die Qualitätsanforderungen an eine Leistung sind, desto geringer sollte die Gewichtung des Preises in den Zuschlagskriterien insgesamt sein.

**Bst. b**

Diese Anforderung existierte bereits in der aktuellen Verordnung. Sie ermöglicht es den Anbietern, ihre Angebote in voller Kenntnis der Sachlage zu erstellen.

**Bst. c**

Hier sollten insbesondere die Höhe der bei einem Verstoss zu bezahlenden Konventionalstrafe und die weiteren Bedingungen für ihre Anwendung, z.B. im Wiederholungsfall, festgelegt werden.

**Bst. d**

Im Interesse der Transparenz sollen die Anbieter gemäss Bst. d zu Beginn des Verfahrens informiert werden, wenn der Auftraggeber die Vergabe von der Gewährung eines Kredits (z.B. Projektierungs- oder Objektkredits) abhängig macht oder von einer Baubewilligung, die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht vorliegt.

**Bst. e**

Seit einigen Jahren werden verschiedene Kontrollsysteme für das auf einer Baustelle arbeitende Personal entwickelt. Solche Kontrollsysteme helfen, die Schwarzarbeit zu bekämpfen und die Einhaltung von Arbeitsbedingungen und branchenüblichen Löhnen bei Bauaufträgen sicherzustellen. Der Einsatz solcher Kontrollsysteme im öffentlichen Beschaffungswesen sollten deshalb gefördert werden.

**Art. 5 Fragen der Anbieter (Art. 35 und 36 IVöB)**

**Abs. 1**

Diese Bestimmung ermächtigt den Auftraggeber, eine Frist festzulegen, innerhalb derer die Anbieter Fragen stellen können, und die Form zu bestimmen, in der sie gestellt werden müssen. Damit stellt der Auftraggeber die Gleichbehandlung der Anbieter sicher und bestimmt die Modalitäten einer Anfechtung.

**Abs. 2**

Die Frist zur Beantwortung der Fragen hängt von deren Komplexität und Anzahl ab. Um den Anbietern die Möglichkeit zu geben, die für die Angebotsabgabe zur Verfügung stehende Zeit optimal zu nutzen, wird der Auftraggeber dafür sorgen, dass Fragen so schnell wie möglich beantwortet werden. Er wird auch alle Fragen gleichzeitig beantworten, sodass allen Anbietern die zusätzlichen Informationen zur gleichen Zeit zur Verfügung stehen. Dieser Verfahrensschritt ist wichtig und verdient besondere Aufmerksamkeit des Auftraggebers. Formuliert er seine Antworten genau und ausführlich, erhöht er damit die Wahrscheinlichkeiten, Angebote zu erhalten, die seinen Erwartungen entsprechen. Bei der Beantwortung der Fragen wird der Auftraggeber darauf achten, dass er keinen Anbieter bevorzugt behandelt.

**Art. 6 Protokoll der Angebotsöffnung (Art. 37 IVöB)**

Am 5. Februar 2016 reichte der Abgeordnete Jean-Daniel Wicht mit 9 weiteren Mitunterzeichnern den Auftrag 2016-GC-13 «Öffentliches Beschaffungswesen – automatische Übermittlung des Offertöffnungsprotokolls an die anbietenden Unternehmen» ein.

In ihrem eingereichten Auftrag erklären die Grossrätinnen und Grossräte, dass sich die anbietenden Unternehmen regelmässig beklagen, bei den öffentlichen Bauherren, insbesondere bei den Gemeinden, in Bezug auf den Erhalt der Offertöffnungsprotokolle auf Schwierigkeiten stossen.

Die Grossrätinnen und Grossräte stellen fest, dass die anbietenden Unternehmen Zeit und folglich Geld aufwenden, um das beste Angebot einzureichen. Da die Angebote kostenlos erstellt werden, ist es naheliegend, dass die anbietenden Unternehmen als Gegenleistung das Offertöffnungsprotokoll nach dessen Erstellung erhalten.

Mit diesem Auftrag verlangen die Abgeordneten die folgenden Änderungen von Art. 24 Abs. 3 des Reglements über das öffentliche Beschaffungswesen (aÖBR):

***Art. 24 aÖBR***

*3 Innerhalb von 2 Tagen nach Öffnung der Angebote erhalten alle Anbieter das Offertöffnungsprotokoll per E-Mail, Post oder Fax. Die Öffnung kann öffentlich oder unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden.*

In seiner Antwort vom 4. Juli 2016 weist der Staatsrat darauf hin, dass es sich nicht sicher ist, ob eine Änderung des Reglements im Sinne einer automatischen Übermittlung des Protokolls nach Öffnung der Angebote die ideale Lösung darstelle. In der Tat sind die Vergabebehörden bereits gesetzlich verpflichtet, das Offertöffnungsprotokoll auf Anfrage zu übermitteln. Auch ist anzunehmen, dass die Vergabebehörden, die heute diese gesetzliche Verpflichtung nicht einhalten, dies auch dann nicht tun werden, wenn das einschlägige Recht eine automatische Übermittlung dieser Protokolle vorsieht.

Mit dem aktuellen gesetzlichen System (Übermittlung des Protokolls auf Anfrage) können die Unternehmen, denen die Vergabebehörde das beantragte Protokoll nicht übermittelt, sich mit einer Klage an die Aufsichtsstelle dieser Behörde wenden oder mit einer Rechstverweigerungsbeschwerde direkt an die Bundesbehörde gelangen.

Der Staatsrat hebt hervor, dass eine automatische Übermittlung des Offertöffnungsrotokolls zu einem zusätzlichen, nicht unbedeutenden Aufwand für alle Vergabebehörden führt. Auch würde eine automatische Übermittlung viele Fragen aufwerfen, die zu beantworten sind, insoweit als das Protokoll einzig das Kriterium Preis erwähnt. Dieses ist aber nur eines von vielen Zuschlagskriterien. Zudem ist es möglich, dass das Unternehmen mit dem günstigsten Angebot abhängig von der verwendeten Preisbewertung (insbesondere der Trapezregel, die vom Westschweizer Leitfaden empfohlen wird) nicht berücksichtigt wird.

Die von den Grossrätinnen und Grossräten verlangte Änderung führt zudem weder zu einer Vereinfachung und Verschlankung der Verfahren noch zu einer Verkürzung der Fristen – Anliegen, die regelmässig Gegenstand von parlamentarischen Vorstössen sind.

Der Staatsrat versteht andererseits, dass das Nichterhalten eines Protokolls auf Anfrage eines anbietenden Unternehmens erhebliche Unzufriedenheit hervorrufen kann. Tatsächlich haben die anbietenden Unternehmen auf Anfrage Anspruch auf den Erhalt des Protokolls; die Unterlassung der Übermittlung durch die Vergabebehörde stellt folglich einen Verstoss gegen die gesetzlichen Vorschriften dar.

Der Staatsrat hält fest, dass das Tiefbauamt und das Hochbauamt, die auf kantonaler Ebene eine beträchtliche Anzahl Vergabeverfahren durchführen, das Offertöffnungsprotokoll bereits automatisch den Unternehmen übermitteln, die sich auf Bauaufträge bewerben.

Der Staatsrat hält fest, dass das von den Verfasserinnen und Verfassern des Auftrags angesprochene Problem zeigt, dass die betroffenen Vergabebehörden das Protokoll konsequenter übermitteln müssen, weshalb er sich für die Erheblichkeit des Antrags ausspricht und den Grossen Rat auffordert, den Auftrag zu berücksichtigen.

Am 4. Oktober 2016 tritt der Grosse Rat in die Diskussion über den Auftrag ein und lädt den Staatsrat ein, eine Änderung von Art. 24 ÖBR vorzuschlagen.

Nach mehreren Gesprächen mit dem Abgeordneten Jean-Daniel Wicht, Mitglied des Lenkungsausschusses COPIL, des Projektausschusses und mehrerer Arbeitsgruppen zur vorliegenden Revision, wurde vereinbart, dass der Auftrag im Rahmen der allgemeinen Revision der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, die sich aus dem überarbeiteten IVöB ergibt, behandelt und umgesetzt wird.

**Abs. 1 und 2**

Der Text des Auftrags wurde mit Ausnahme der Worte «Übermittlung per Post oder Fax» unverändert wiedergegeben. Im Interesse der Straffung von Abläufen, der Einsparung von Papier und der Modernisierung von Prozessen ist nur die Übermittlung per E-Mail sinnvoll. Herr Jean-Daniel Wicht, Mitglied des Parlaments, hat diesem Vorschlag während des Überarbeitungsprozesses zugestimmt.

**Kapitel II: Wettbewerbs- und Studienauftragsverfahren**

**Art. 7 Grundsätze**

**Abs. 1**

In Abs. 1 wird das Hauptziel der Organisation eines Wettbewerbs oder eines MEP dargelegt. Bei diesen Verfahren werden die Wettbewerber aufgefordert, Vorschläge in Form von Ideen oder Projekten auszuarbeiten und zu entwickeln, welche dann von einer Jury bewertet werden. Der Gewinner erhält im Gegenzug einen Preis oder eine Vergütung und grundsätzlich auch einen anschliessenden Auftrag. Anders als bei Ausschreibungen müssen bei diesen Verfahren die Wettbewerber echte intellektuellen Dienstleistungen erbringen. Sie ermöglichen eine vorläufige Bewertung verschiedener Lösungen, insbesondere unter konzeptionellen, ästhetischen, strukturellen, ökologischen, wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten, so dass der Auftraggeber am Ende dieser Verfahren in der Lage ist, eine Idee oder ein Projekt auszuwählen.

Der Bedarf an verschiedenen zur Auswahl stehenden Lösungen ergibt sich aus der Tatsache, dass der Auftraggeber, der mit einem Problem (insbesondere im Bereich der Architektur, der Raumplanung, des Ingenieurwesens oder der Datenverarbeitung) konfrontiert wird, nicht in der Lage ist, die von ihm erwarteten Leistungen zu beschreiben. Er kann keine Angebote von Anbietern einholen, weil der Markt noch nicht ausreichend definiert ist; er hat noch kein Projekt, das er ausschreiben kann. Aus diesem Grund fordert er Wettbewerber auf, Lösungsvorschläge für seine Bedürfnisse zu unterbreiten.

**Abs. 2**

Das Ziel der Wettbewerbe und des MEP ist es, ein optimales und qualitativ hochwertiges Projekt zu erhalten. Ermöglicht wird dies durch das Wettbewerbs- und MEP-Verfahren, durch die Gegenüberstellung von Vorschlägen verschiedener Mitbewerber, durch die Anregung der Kreativität und durch die Auswertung durch eine unabhängige Jury. Sie sind auch eine Möglichkeit, neue Ideen zu generieren und zu testen. Schliesslich sorgen sie für einen effektiven Wettbewerb.

Wenn der Wettbewerb oder das MEP die Form von Wettbewerben oder -aufträgen oder - Gesamtleistungswettbewerben- oder aufträgen (vgl. Art. 9 VöB) annimmt, führt dies nicht nur zur Auswahl des zu realisierenden Projekts, sondern auch zur Auswahl des Urhebers. Dieser wird an der Fertigstellung und, falls erforderlich, an der Realisierung mitwirken.

**Abs. 3**

In Abs. 3 wird daran erinnert, dass Wettbewerbe und in jüngerer Zeit auch MEP seit dem Ende des 19. Jahrhunderts tief in der Kultur und im gesellschaftlichen Leben verwurzelt sind und weitgehend dazu beigetragen haben, die Qualität der für die städtische Umwelt repräsentativsten Gebäude zu sichern. Es besteht Einigkeit darüber, dass diese Verfahren zur architektonischen und städtebaulichen Qualität beitragen.

Der Einsatz eines Wettbewerbs- oder MEP-Verfahrens ist besonders im Baubereich sinnvoll. Die Wettbewerbs- und MEP-Verfahren tragen zur Steuerung einer harmonischen Immobilienentwicklung bei und helfen, Infrastrukturen zu realisieren, die landschaftlich integriert und ästhetisch ansprechend sind und als Kulturerbe gelten. Der Wettbewerb ist ein integraler Bestandteil der Geschichte der Architektur. Hierdurch wird unter den vorgeschlagenen Lösungen diejenige, die architektonisch hervorragend ist, qualifiziert. Dies ist ein Vektor von „Qualität“ und „Innovation“, während gleichzeitig die Teilnahme an der demokratischen Debatte über die Produktion der gebauten Umwelt stattfindet.

Der zweite Bereich ist die Raumplanung. Ein Raumplanungsprojekt nimmt Stellung zur räumlichen Verteilung von Menschen, Aktivitäten und der Umwelt. Es dient als Sammelbecken für die unterschiedlichen Ansprüche an die Nutzungsmöglichkeiten des koordinierten Grundstücks. Es formt und sichert den Lebensraum, ob natürlich oder gebaut; es ordnet Menschen, Aktivitäten und ihre natürliche Umgebung räumlich an. Insbesondere geht es um die städtische Zusammensetzung in ihrer ganzen Komplexität: Brachflächen, die zurückgewonnen werden sollen, Territorien, die strukturiert werden sollen, Management von Polaritäten, Entwicklung von öffentlichen Räumen und Einrichtungen.

Obwohl die Begriffe Raumplanung und Stadtplanung oft verwechselt werden, kann man sagen, dass ein Raumplanungsprojekt in einem breiteren Massstab geplant wird als ein Stadtplanungsprojekt, das sich auf die Entwicklung von städtischen Räumen beschränkt. Während sich die Stadtplanung mit der Zukunft der Stadt, ihren Formen und ihrer Bedeutung befasst, tendiert die Raumplanung dazu, die Bewohner, Aktivitäten, Einrichtungen und die natürliche Umgebung in einer geordneten Weise innerhalb eines definierten Raumes anzuordnen.

**Art. 8 Geltungsbereich**

Art. 8 bestätigt die Öffnung von Wettbewerben und Studienaufträgen für andere Bereiche als dem Bauwesen und der Raumplanung, wie dies im revidierten Art. 21 Abs. 2 Bst. i IVöB in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 vorgesehen ist. Es gibt also keine Begrenzung für die Anzahl der Bereiche, in denen diese Verfahren eingesetzt werden können. Diese Wettbewerbsformen sind immer dann einzusetzen, wenn es für die Durchführung der geplanten Beschaffung sinnvoll ist (z.B. bei der Suche nach Lösungsvorschlägen im Rahmen der Energiestrategie).

Mit dieser Regelung kann die Flexibilität, die das GPA 2012 bietet, voll ausgeschöpft werden. Es ist davon auszugehen, dass die Beschaffung intellektueller Leistungen weiter zunehmen und damit an Bedeutung gewinnen wird.

**Art. 9 Unterscheidungen**

**Abs. 1**

In Abs. 1 wird daran erinnert, dass ein Wettbewerb oder ein STA eine der drei genannten Formen annehmen kann.

Der Wettbewerb (oder der STA) ermöglicht es, Lösungsvorschläge zu erhalten, die zu Entscheidungen konzeptioneller Art beitragen oder die Probleme lösen, die nur in groben Zügen und allgemein definiert und abgegrenzt sind und deren Realisierung nicht sofort ins Auge gefasst werden kann. Der Auftraggeber beabsichtigt (grundsätzlich) nicht, dem erfolgreichen Anbieter einen Folgeauftrag zu erteilen (vgl. Art. 3.2 SIA 142/2009 und Art. 3.2 SIA 143/2009).

Der Wettbewerb (oder der STA) ermöglicht es einerseits, eine Lösung für ein angedachtes Problem zu erhalten, und andererseits die qualifizierten Fachleute zu identifizieren, die das Projekt durchführen können, d.h. welche die vorgeschlagenen Lösungen ganz oder teilweise umsetzen werden.

Der Wettbewerb (oder der STA) ist ebenfalls eine Möglichkeit, eine Problemlösung zu finden, aber im Gegensatz zum Projektwettbewerb können hier nicht nur qualifizierte Auftragnehmer (Architekten, Ingenieure, andere Fachleute) ermittelt werden, sondern auch die Unternehmen, die für die Umsetzung des Projekts verantwortlich sein werden (vgl. Art. 4 SIA-142/2009). Er führt zur Vergabe sowohl des Architekten- oder Ingenieurmandats als auch der Bauleistungen.

**Abs. 2 und 3**

Die Absätze 2 und 3 geben dem Auftraggeber eine Orientierung, wenn er zwischen der Durchführung eines Wettbewerbs und der Durchführung eines Studienauftragsverfahrens wählen muss. Art. 9 basiert auf dem Vorschlag in Art. 14 (2) und (3) der VöB.

Der Wettbewerb eignet sich für die Entwicklung von Lösungen, die auf ein im Voraus klar, ausreichend und präzise bestimmbares Programm reagieren müssen. Damit lassen sich Lösungen für hinreichend genau definierte Probleme finden und die Lösungsvorschläge anhand der festgelegten Kriterien bewerten.

Ein Studienauftragsverfahren ist angebracht, wenn der Auftraggeber verschiedene Lösungen oder Denkweisen zu einem bestimmten, besonders komplexen Problem untersuchen muss. Es bietet Lösungen für komplexe Probleme. Dies gilt für Projekte, bei denen die Spezifikationen noch nicht festgelegt sind und bei denen der Auftraggeber nicht in der Lage ist, ein genaues Programm zu erstellen. Unterschiedliche Ausrichtungen können verfolgt werden und der Bedarf kann erst während des Verfahrens geklärt werden. Dieser Dialog mit den Teilnehmern ermöglicht es, die Überlegungen entsprechend den Problemstellungen zu führen und die Programme, insbesondere diejenigen des Bauwesens, zu optimieren. Zudem besteht die Möglichkeit, die Kandidaten kennenzulernen und ihre Dialogfähigkeit und ihr Handlungspotenzial in der Praxis zu testen.

**Art. 10 Verfahren**

Die Absätze 1, 3 und 4 basieren auf den Vorschlägen in Art. 15 VöB. Das Bundesgesetz verwendet den Begriff «Ausschreibung» («sind ... auszuschreiben»). Die vom Auftraggeber veröffentlichte Bekanntmachung der Eröffnung eines Wettbewerbsverfahrens stellt jedoch keine Aufforderung zur Angebotsabgabe dar, da die Teilnehmer in dieser Phase des Verfahrens nicht zur Abgabe eines Angebots, sondern zur Vorlage von Lösungsvorschlägen aufgefordert werden. Das Freiburger Regelwerk verwendet also die Begriffe Bekanntmachung (des Wettbewerbs oder des STA) und Reglement (des Wettbewerbs oder des STA).

**Abs. 1 bis 3**

In den meisten Fällen werden Wettbewerbe und STA im offenen oder selektiven Verfahren ausgeschrieben, da ihr Wert in der Regel über dem Schwellenwert für diese Verfahren liegt. In einigen Fällen kann jedoch der Gegenstand des Wettbewerbs oder des STA von geringerer Bedeutung sein, und der entsprechende Wert kann einen eingeschränkten Wettbewerb über ein Einladungsverfahren ermöglichen.

Die Bekanntmachung und das Reglement eines Wettbewerbs und von STA müssen verschiedene Informationen enthalten, die den Rahmen des durchgeführten Verfahrens festlegen. Insbesondere sind neben den üblichen Angaben (Kontaktdaten des Auftraggebers; Beschreibung des Gegenstands des Wettbewerbs oder des STA; Anwendung internationaler Übereinkommen; Art des Verfahrens; Anschriften, bei denen die Reglemente des Wettbewerbs oder des STA erhältlich sind) auch die spezifischen Angaben zum laufenden Verfahren zu machen. Dazu gehören die Frist für die Anmeldung, die Frist für die Einreichung von Vorschlägen oder Projekten sowie spezifische Informationen beim selektiven Verfahren (Auswahlkriterien, Elemente der einzureichenden Bewerbungsunterlagen, Anzahl der zum Verfahren zugelassenen Teilnehmer, Teilnahmebedingungen, Bewertungskriterien, Namen der Mitglieder des Gremiums und ihrer Stellvertreter, die Zusage des Auftraggebers, der Empfehlung des Gremiums zu folgen und die in den Reglementen definierten Entschädigungen am Ende des Verfahrens an den erfolgreichen Bewerber zu vergeben, der Gesamtwert der Preise oder Entschädigungen und eventuelle Vermerke, Art und Umfang der zu vergebenden Leistungen am Ende des Wettbewerbs oder des STA).

**Abs. 4**

Abs. 4 bestätigt die in der Praxis übliche Möglichkeit, die Zahl der Teilnehmer am Verfahren schrittweise zu reduzieren. Dieses Verfahren ist jedoch nicht zu verwechseln mit der Präqualifikation, die im Rahmen eines selektiven Verfahrens stattfindet und zu einer anfechtbaren Entscheidung führt (vgl. Art. 53 Abs. 1 Bst. b IVöB, revidiert). In diesem Fall basiert die Kürzung nicht auf den Fähigkeiten, sondern auf der Beurteilung durch das unabhängige Gremium. Dies dient nicht nur der Senkung der Teilnehmerzahl, sondern auch der Vermeidung unnötiger Arbeitsbelastung für die Teilnehmer.

**Art. 11 Vorstudie (Art. 10 BöB-DE)**

**Abs. 1**

Dieser Art. enthält Einzelheiten zu Art. 10 BöB-DE in Übereinstimmung mit der dazu erhaltenen Befugnisübertragung.

Das Thema Wettbewerbe und Studienaufträge wird im interkantonalen öffentlichen Beschaffungsrecht nur sehr kurz behandelt. Neben der direkten Vergabe an den Gewinner (vgl. Art. 21 Abs. 2 Bst. i des revidierten IVöB) ist die einzige Vorgabe des revidierten Art. 22 IVöB, dass «[der] Auftraggeber, der einen Planungs- oder einen Gesamtleistungswettbewerb oder eine Gesamtleistungsstudie veranstaltet oder Studienaufträge erteilt, regelt im Rahmen der Grundsätze dieser Vereinbarung das Verfahren im Einzelfall» und dass er dabei «auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweisen» kann. Im Übrigen kann der Kanton unter Beachtung der interkantonalen Verpflichtungen der Schweiz aus dem revidierten Art. 63 Abs. 4 IVöB Ausführungsbestimmungen zu Wettbewerben und Studienaufträgen erlassen.

Im Interesse der Klarheit und Transparenz regelt die neue Verordnung nun im Detail die wesentlichen Fragen der Verfahren des Wettbewerbs und der Studienaufträge (im Folgenden STA). Es werden also neue Bestimmungen eingeführt, die die verschiedenen Aspekte der Organisation dieser Verfahren klären sollen. Um die Kohärenz und Einheitlichkeit der Rechtssysteme von Bund und Kantonen zu gewährleisten, orientieren sie sich so weit wie möglich an den Bestimmungen der geltenden Bundesverordnung (VöB).

Darüber hinaus und im Zusammenhang mit den Überlegungen zur Umsetzung des Antrags Kolly/Brodard «Änderung des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen: Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs» hat das neue Gesetz den Mechanismus der Schwellenwerte, ab denen ein Auswahlverfahren durchgeführt werden muss, nicht nur in Anlehnung an Art. 48 ÖBR übernommen, sondern sieht die Anwendung eines neuen Instruments vor, das als vernünftiger und relevanter angesehen wird und in Art. 10 BöB-DE und 11 VöB-DE verankert ist.

Mit der Vorgabe, dass für die Errichtung eines Bauwerks oder eines Kunstwerks grundsätzlich ein Wettbewerb durchgeführt werden muss, hat Art. 48 Abs. 1 aÖBR eine Verhaltensregel für öffentliche Auftraggeber festgelegt, die für die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstwerks ein Wettbewerbsverfahren durchführen mussten, sofern sie sich nicht auf eine der Ausnahmen in den Absätzen 2 und 3 berufen konnten. Die erste Ausnahme hing vom Wert des Projekts ab. So konnte der Auftraggeber den Wettbewerb abbrechen, wenn der Wert des Gebäudes unter «CHF 5 Mio. (Preisindex von Januar 1998)» (d.h. CHF 5 500 000.00 im Februar 2021) oder der Wert des Kunstwerkes unter «CHF 10 Mio. (Preisindex von Januar 1998)» (d.h. CHF 11 000 000.00 im Februar 2021) lag (Art. 48 Abs. 2 ÖBR). Die zweite Ausnahme von der Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs hing von der Art der geplanten Baumassnahme ab. Nach Art. 48 Abs. 3 ÖBR konnte der Auftraggeber auf einen Wettbewerb verzichten, sofern es sich um einen Umbau handelte, das Objekt besonders komplex war oder wenn es sich nicht für einen Wettbewerb eignete.

In einer Entscheidung vom 19. April 2001 (TC FR 2A 01 1, 2 und 4) hat das Kantonsgericht das geltende Rechtssystem bestätigt sowie die Massgabe validiert, nach der die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstwerks grundsätzlich ‒ vorbehaltlich der Ausnahmen in Abs. 2 und 3 ‒ einem Wettbewerb unterzogen werden muss. Es wurde festgestellt, dass «wenn die wesentliche Leistung in einer originellen Idee oder einem originellen Konzept besteht, es nicht möglich ist, die verschiedenen Anbieter im üblichen Sinne des Wortes in Wettbewerb zu setzen und den Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben wird. Da in erster Linie Ideen und Konzepte beurteilt werden und nicht direkt vergleichbare Leistungen unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten, ist es wichtig, ein anderes Werkzeug als Ausschreibungen zu haben, um die richtigen Lösungen für den Auftraggeber zu finden und den daraus resultierenden Auftrag zu vergeben. Das (...) Wettbewerbssystem ermöglicht einen aussagekräftigen Vergleich unter fairen Bedingungen.» Diese rechtlichen Überlegungen sind auch heute noch gültig.

Der in Art. 48 aÖBR beibehaltene Mechanismus, der sich dennoch bewährt hatte, war in letzter Zeit Gegenstand verschiedener Kritiken, welche sich im Antrag 2020-GC-14 Kolly/Brodard «Änderung des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen: Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs» herauskristallisiert haben. Die Gegner argumentierten, dass der Wortlaut von Art. 48 ÖBR unklar sei, wenn er in seinem ersten Abs. feststelle, dass die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstwerks «grundsätzlich» Gegenstand eines Wettbewerbs sein müsse; dass die Verpflichtung zur Durchführung eines Architekturwettbewerbs bei der Errichtung oder Renovation eines Gebäudes oder eines Kunstwerks die kommunale Autonomie verletze, die insbesondere die Gemeinden bei der Wahl des zu wählenden Verfahrens haben, da diese Verpflichtung nicht in einem Gesetz im formalen Sinne zu finden ist; dass der Betrag von 5 Millionen heute viel zu niedrig erscheine. Sie lehnen die derzeitige Regelung zwar als Verstoss gegen die kommunale Autonomie ab, schlagen aber vor, den obligatorischen Wettbewerb beizubehalten, allerdings nur für Bauvorhaben mit Baukosten von bis zu 40 Millionen Franken. Ihre Position erweist sich also als widersprüchlich.

Bei den Diskussionen in der Arbeitsgruppe «Wettbewerbe» und im COPIL wurde zunächst angedacht, die derzeit in Art. 48 aÖBR enthaltene Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA in zwei Punkten zu ändern. Zum einen würden nur die in Art. 4 Abs. (1) IVöB genannten öffentlichen Auftraggeber dieser Verordnung unterliegen (und nicht mehr den in den Sektoren tätigen öffentlichen Auftraggebern). Andererseits soll der Schwellenwert, ab dem die Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA verpflichtend ist, auf den Wert von Aufträgen festgelegt werden, die internationalen Vereinbarungen unterliegen (und nicht mehr 5 oder 10 Millionen Franken).

Sowohl die Vorschläge der Verfasser des Antrags als auch die erste Orientierung innerhalb der Arbeitsgruppe «Wettbewerb» und des COPIL waren Gegenstand zahlreicher Diskussionen und Überlegungen. Hintergrund ist, dass die Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA beim Bau oder der Renovation eines Gebäudes oder eines Kunstwerks durch den Auftraggeber von dem zu realisierenden Objekt und seiner Bestimmung abhängen soll und nicht von der Überschreitung einer finanziellen Schwelle. Die nach einer sehr konstruktiven Debatte letztendlich verabschiedete Lösung stellt eine Neuerung dar. Sie beinhaltet die Verwendung eines neuen Instruments, der so genannten «Vorstudie», und sieht vor, dass deren Schlussfolgerungen unter den in Art. 10 Abs. 4 BöB-DE festgelegten Bedingungen rechtsverbindlich sind.

**Abs. 2**

In Abs. 2 werden die wichtigsten Analyselinien der Vorstudie vorgestellt.

In der Vorstudie muss zunächst der Kontext des Projekts analysiert werden. Dies bedeutet, dass z.B. der geotechnische Kontext, der Zustand der umzubauenden, zu erweiternden oder abzureissenden Gebäude, der Standort und das umgebende bebaute Gelände, rechtliche Auflagen, die wichtigsten technischen Zwänge oder die vorhandenen Infrastrukturen berücksichtigt werden.

Anschliessend wird ein grober Überblick über das Projekt gegeben. Hier geht es darum, die Bedürfnisse des Bauherrn und die von ihm verfolgten Ziele zu verstehen und die verfügbaren Möglichkeiten und Optionen für die Durchführung des geplanten Projekts zu analysieren. Die Studie ermöglicht es, die vom Auftraggeber verfolgten Ziele zu differenzieren und dann zu spezifizieren, um das vorgesehene Programm und seinen Umfang festzulegen. Sie bietet zum Beispiel die Möglichkeit, das Raumprogramm, den gewünschten Ausbaustandard, den Umfang der Aussenanlagen oder den Stellenwert der nachhaltigen Entwicklung zu klären und zu definieren.

Die Vorstudie ist eine Gelegenheit, den für das Projekt zur Verfügung stehenden Budgetrahmen und die Mittel zu dessen Finanzierung zu ermitteln. Die Gesamtanalyse der Finanzierungsbedingungen (zusammenfassende Analyse der Kosten und der Investitionskapazität) ermöglicht es, die finanzielle Machbarkeit des Projekts zu bestimmen.

Schliesslich werden die architektonischen, ästhetischen und städtebaulichen Fragen, die das Projekt aufwirft, sowie die damit verfolgten Absichten erläutert. Die Praxis des Architekturwettbewerbs ist kein rein ästhetisches Verfahren. Ferner können die gemachten Vorschläge unter technischen Gesichtspunkten bewertet werden, um z. B. Leistungen in Bezug auf Umweltschutz, Energieeffizienz oder Baugeschwindigkeit zu berücksichtigen.

Abschliessend wird in der Vorstudie die getroffene Wahl, d.h. das im jeweiligen Fall anzuwendende Verfahren (Wettbewerb, STA oder Ausschreibung), vorgestellt und begründet.

Die Bedeutung der Vorstudie hängt von der jeweiligen Situation ab. Gegebenenfalls kann sie relativ kurz und einfach sein. Die Entwicklung der Studie kann nur von Vorteil sein, nicht nur für wichtige und teure Arbeiten, sondern auch für Bauvorhaben, die zunächst bescheiden erscheinen, die sich aber in Wirklichkeit als problematisch für öffentliche Gemeinschaften erweisen. Die Vorstudie liefert dem Bauherrn die notwendige Grundlage für den Start eines neuen Verfahrens.

**Art. 12 Wert**

In den aktuellen Vorschriften ist nicht festgelegt, wie der Wert eines Wettbewerbs oder eines STA zu berechnen ist. Dies ist jedoch ein notwendiger Schritt, um die Art des anzuwendenden Verfahrens zu bestimmen und daher wurde eine diesbezügliche Bestimmung in das neue Gesetz aufgenommen. Die Schätzung des Wertes eines Wettbewerbs oder eines STA hängt von der Art des Wettbewerbs oder des STA ab, insbesondere von der Absicht des Auftraggebers, die Leistungen an den erfolgreichen Anbieter zu vergeben (freihändig im Sinne von Art. 21 Abs. 2 Buchst. i der revidierten IVöB).

Bei einem Ideenwettbewerb oder einem Expansionsverfahren ist bei der Bewertung des Verfahrens nur die Gesamtsumme der Preise oder Auszeichnungen zu berücksichtigen, da der Auftraggeber (grundsätzlich) nicht beabsichtigt, dem Gewinner einen zusätzlichen Auftrag zu erteilen (Kommentar zu Art. 4 Abs. 1).

Andererseits hat der Gewinner eines Projektwettbewerbs oder eines Gesamtleistungswettbewerbs oder -Auftrags in der Regel einen Anspruch darauf, am Ende des Verfahrens einen Folgeauftrag zu erhalten. Um den Wert dieser beiden Arten von Wettbewerben zu berechnen, muss der Auftraggeber daher nicht nur den Gesamtbetrag der Preise, sondern auch den geschätzten Wert der in den Wettbewerbsregeln definierten zusätzlichen Leistungen, die vergeben werden, berücksichtigen.

Gleiches gilt für STA für Projekte oder STA für Gesamtleistungswettbewerbe oder -Aufträge. Der Wert dieser Verfahren ist die Gesamtsumme der Zuschläge plus der geschätzte Wert der in den STA-Vorschriften definierten Leistungen, die als Ergebnis des Verfahrens zuerkannt werden.

**Art. 13 Zusammensetzung des unabhängigen Expertengremiums**

Die Überarbeitung des Vergabe rechts bietet die Gelegenheit, eine Bestimmung über die Zusammensetzung und Unabhängigkeit des Gremiums einzuführen. Art. 9 greift den Vorschlag aus Art.16 Absätze 1 bis 4 der VöB auf.

**Abs. 1 und 2**

In den Absätzen 1 und 2 dieser Bestimmung ist festgelegt, dass die Mehrheit der Mitglieder des Gremiums Fachleute sein müssen, die für die im Rahmen des Wettbewerbs oder der STA zu erbringenden Leistungen relevant sind, und dass die übrigen Mitglieder des Gremiums vom Auftraggeber frei gewählt werden können. Der Auftraggeber kann sich vertreten lassen.

**Abs. 3**

Abs. 3 legt fest, dass mindestens die Hälfte der Fachleute vom Auftraggeber unabhängig sein muss. Das Expertengremium, das die Lösungsvorschläge bewertet, gilt also als unabhängig, wenn kein Anbieter beteiligt ist und die Mehrheit der Mitglieder unabhängige Experten sind. Die Bedingung, dass das Gremium vom Auftraggeber unabhängig sein muss, ist dahingehend auszulegen, dass kein öffentliches oder privates Arbeitsverhältnis, also ein Unterordnungsverhältnis, zwischen dem Auftraggeber und dem Mitglied des Gremiums bestehen darf.

Zu beachten ist auch, dass sich diese Kantonspolizei Regelung zur Zusammensetzung und Unabhängigkeit des Gremiums an den Vorgaben der Verordnungen SIA 142/2009 und SIA 143/2009 orientiert, mit einer Ausnahme.

Im Gegensatz zur vorliegenden Bestimmung verlangt Riff. 10.4 der Verordnung SIA 143/2009 nicht, dass die Mehrheit der fachkundigen Mitglieder des Expertengremiums («Expertenkollegium») vom Auftraggeber unabhängig sein muss, wenn der STA keine Weiterführung des Mandats mit dem Gewinner vorsieht (nur zwei Mitglieder). Diese Abweichung von der Verordnung SIA 143/2009, im Sinne einer größeren Unabhängigkeit der Mitglieder des Gremiums, ist aus Gründen der Vereinfachung und Harmonisierung zwischen den Artikeln zu den Wettbewerben und den STA gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass eine STA-Jury («Expertenkollegium») in der Regel aus weniger Mitgliedern besteht als eine Wettbewerbsjury, sodass das Unabhängigkeitsgebot aus Art. 13 Abs. 3 VöB-DE in der Praxis ohne Schwierigkeiten erfüllt wird.

**Abs. 4**

Abs. 4 legt fest, dass das Gremiums zur Beurteilung bestimmter Fragen Fachberater hinzuziehen kann.

**Art. 14 Aufgaben des unabhängigen Expertengremiums**

Aus dem revidierten Art. 21 Abs. 2 Buchst. i Nr. 2 IVöB ergibt sich, dass die Gewinner von Wettbewerben und STA von einem unabhängigen Expertengremium ausgewählt werden müssen. Art. 14 legt die Pflichten des Gremiums fest. Er greift den in Art. 16 Absätze 5 und 6 der föderalen VöB enthaltenen Vorschlag auf.

Der Begriff «Gremium» wird als Oberbegriff verwendet und bezieht sich insbesondere sowohl auf die Jury eines Wettbewerbs als auch auf das Expertengremium eines STA-Verfahrens. Über die genaue Bezeichnung des Gremiums kann jede Niederlassung im Rahmen von Wettbewerben und Studienaufträgen frei entscheiden. Das Gremium, das die Lösungsvorschläge bewertet, gilt als unabhängig, wenn sie die Anforderungen von Art. 13 VöB-DE erfüllt.

**Abs. 1 bis 3**

Das Expertengremium hat die eingereichten Lösungsvorschläge zu beurteilen und dem Auftraggeber eine Empfehlung für den weiteren Verlauf des Wettbewerbs zu geben.

Im Falle eines Wettbewerbs oder eines STA für Projekte oder Gesamtleistungswettbewerbe oder -Aufträge benennt das Gremium den Kandidaten, den sie für die Vergabe eines Zusatzauftrags empfiehlt (Auftrag für die Leistungen eines Architekten und/oder Ingenieurs im Falle eines Wettbewerbs oder eines STA für Projekte; Auftrag für die Leistungen eines Architekten und/oder Ingenieurs kombiniert mit einem Vertrag für die Ausführung der Bauarbeiten im Falle eines Wettbewerbs oder eines STA für Studien und Ausführung).

Abs. 3 sieht die Möglichkeit vor, die Entwicklung eines Vorschlags zu empfehlen, der besonders bemerkenswert ist, aber die wesentlichen Punkte des Programms nicht berücksichtigt. Ein solcher Vorschlag, dessen Erwähnung notwendig ist, muss an der Spitze der Rangliste stehen.

In Abs. 3 werden zwei weitere Bedingungen genannt, unter denen das Gremium einen solchen Vorschlag empfehlen kann. Erstens muss die Möglichkeit, einen erfolgreichen Vorschlag zu empfehlen, in der Bekanntmachung des Wettbewerbs oder in der Bekanntmachung von Studienaufträgen oder in der Verordnung enthalten sein. Zweitens muss das dafür in der Geschäftsordnung festgelegte Quotiere erreicht werden. Diesbezüglich schreibt Art. 22.3 SIA 142/2009 vor, dass der Entscheid des Gremiums mit mindestens einer Dreiviertelmehrheit und mit ausdrücklicher Zustimmung aller den Auftraggeber vertretenden Klubmitglieder gefällt werden muss.

Die Empfehlung des Gremiums zugunsten eines Bewerbers am Ende eines Wettbewerbs- oder STA-Verfahrens stellt keine vermögensrechtlich nachprüfbare Entscheidung dar (vgl. Art. 53 Abs. 1 a Controller revidierte IVöB).

**Abs. 4**

Bei einem Wettbewerb entscheidet die Jury am Ende des Wettbewerbs über die Rangfolge der verbleibenden Vorschläge, die den vom Auftraggeber in der Wettbewerbsbekanntmachung und in der Verordnung beschriebenen Anforderungen entsprechen. Es vergibt die Preise an sie.

Gegebenenfalls kann es auch Vorschläge benoten, die die vom Auftraggeber beschriebenen Anforderungen in wesentlichen Punkten nicht erfüllen. Herausragende Vorschläge, die von der Preisvergabe ausgeschlossen wurden, weil sie gegen wesentliche Programmbestimmungen verstoßen, können gesondert erwähnt werden. Gesonderte Erwähnungen sind das Äquivalent zu Preisen für Vorschläge, die nicht mit dem Programm übereinstimmen. Gemäß Art. 17.3 SIA 142/2009 können maximal 40% des Gesamtpreisgeldes an Vorschläge vergeben werden, die eine Erwähnung erhalten haben.

Die Rangliste sowie die Vergabe von Preisen und Erwähnungen sind nicht anfechtbar.

**Art. 15 Ansprüche aus Wettbewerbs- oder Studienauftragsverfahren**

**Abs. 1**

Art. 15 Abs. 1 stützt sich auf den Vorschlag in Art. 18 Abs. 1 der VöB.

Nach Abschluss des Wettbewerbs- bzw. STA-Verfahrens kann der Auftraggeber zusätzliche Leistungen im Rahmen einer Ausnahmeklausel (außerordentlicher freihändiger Vertrag) freihändig an den erfolgreichen Anbieter vergeben. Hierfür müssen die kumulativen Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 Bst. i IVöB erfüllt sein, und zwar: (1) das Wettbewerbs- bzw. STA-Verfahren muss nach den Grundsätzen des IVöB organisiert werden; (2) die Lösungsvorschläge sind von einer unabhängigen Jury zu bewerten; und (3) das Recht, den zusätzlichen Auftrag freihändig zu vergeben, ist in der Verordnung zum Wettbewerb bzw. den Studienaufträgen vorbehalten wurde.

Andernfalls, wenn die oben genannten Bedingungen nicht erfüllt sind, ist der Auftraggeber verpflichtet, ein Amtsenthebungsverfahren zur Vergabe der zusätzlich zu beschaffenden Leistungen zu organisieren. Bei Wettbewerben und Designausschreibungen hat der erfolgreiche Anbieter keinen Anspruch auf zusätzliche Leistungen des Auftraggebers, da dieser in der Regel nicht versucht, die ausgewählten Vorschläge sofort umzusetzen (vgl. Art. 3.2 SIA 142 / 2009 und Art. 3.2 SIA 143 / 2009).

Ein solches Recht besteht jedoch bei anderen Arten von Wettbewerben oder STA, nämlich bei Gesamtleistungswettbewerben oder -aufträgen oder bei Entwurfs- oder Förderungswettbewerben, sofern letztere im Hinblick auf die Vergabe eines späteren ergänzenden Auftrags organisiert werden.

**Abs. 2**

Art. 15 Abs. 2 basiert auf dem Vorschlag in Art. 18 Abs. 2 VöB.

Das eigentliche Prinzip des Wettbewerbs oder STA ist, dass das Siegesprojekt von seinem Urheber und nicht von Dritten entwickelt wird. Der Wettbewerb und der STA stellen für den Auftraggeber ein Mittel dar, um ein optimales, qualitativ hochwertiges Projekt zu erhalten und den Partner für die Durchführung des Projekts zu identifizieren. Das Projekt und sein Urheber sind also per Definition untrennbar.

Der Auftraggeber hat jedoch die Möglichkeit, den Auftrag nicht an den erfolgreichen Anbieter zu vergeben und den zugesagten Vertrag nicht zu realisieren. Die Weigerung, der Empfehlung der Jury zu folgen, kann jedoch nicht ohne Grund erfolgen, es sei denn, die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Willkürlichkeit werden verletzt. So ist z.B. ein Wortwechsel ein triftiger Grund, Änderungen im Bedarfsprogramm hingegen nicht (vgl. Art. 27.1 SIA 142/2009 und Art. 27.1 SIA 14 /2009).

Wenn der Auftraggeber einen Grund nachweisen kann, muss er dem Gewinner eine finanzielle Entschädigung zahlen, sofern eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist: er vergibt den daraus resultierenden Auftrag an einen Dritten; er verwendet das Projekt des Gewinners; er gibt das Projekt auf.

Die erste Situation betrifft den Fall, dass der Auftraggeber den Empfehlungen der Jury nicht folgt und einen anderen Wettbewerbsvorschlag oder ein anderes Projekt in Auftrag gibt. Dies sollte jedoch nicht aufgrund der Prinzipien und Regeln geschehen, die die Freiheit eines Veranstalters in diesem Bereich einschränken. Es ist durchaus denkbar, dass sich bei Aufhebung der Anonymität der von der Jury empfohlene erfolgreiche Kandidat als nicht ausreichend qualifiziert oder das Honorar als zu hoch erweist. In einem solchen Fall, so die Lehre, wären dies Ausschluss- oder Unterbrechungsgesteuert, so dass nur schwer zu erkennen ist, was in einem solchen Fall eine Entschädigung rechtfertigen würde (Jacques Dubey, Les nouveaux règlements SIA-142 et 143 édition 2009 : une parade et une offensive, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Marchés publics 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 188).

Die zweite Situation betrifft den Fall, dass der Auftraggeber beabsichtigt, das erfolgreiche Projekt oder einen anderen Vorschlag von Dritten entwickeln zu lassen, ohne den Autor des Projekts zu beauftragen. Die Vorschriften legen fest, dass diese Lösung nur mit Zustimmung des letzteren möglich ist. Der Auftraggeber vergibt den Rest des Auftrags an einen Dritten, der nach einem Ausschreibungsverfahren oder einem neuen Wettbewerb oder Studienauftrag (Wettbewerb oder STA, die auf der Grundlage des Gewinnerprojekts organisiert werden) ausgewählt wurde, wenn es nicht möglich war, sich mit dem Urheber des Gewinnerprojekts einvernehmlich über die Auftragsvergabe und den Vertragsabschluss zu einigen.

Art. 27.2 SIA 142 / 2009 und Art. 27.2 SIA 143 / 2009 legen fest, dass bei Ideenwettbewerben, Projektwettbewerben oder Entwurfs- und Realisierungswettbewerben die Entschädigung die Hälfte, drei Viertel oder den vollen Betrag des gesamten Preisgeldes beträgt. Bei einem provisorischen oder definitiven Abbruch des Projektes beträgt die Entschädigung ein Drittel, die Hälfte und zwei Drittel des Gesamtpreisgeldes gemäss der obigen Reihenfolge der Wettbewerbsarten (vgl. Art. 27.3 SIA 142 / 2009 und Art. 27.3 SIA 143 / 2009). Der Leitfaden zu den Verordnungen SIA 142/2009 und SIA 143/2009 über Ansprüche aus Wettbewerben und Gestaltungsaufträgen beschreibt den Anwendungsbereich von Art. 27 SIA 142/2009 und 143/2009 näher.

**Art. 16 Besondere Bestimmungen für Wettbewerbsverfahren**

**Abs. 1**

Diese Bestimmung führt die Anforderung der Anonymität für Wettbewerbe ein. Diese Anforderung ist ein traditionelles Merkmal von Architektur- und Ingenieurwettbewerben. Der Unterschied zwischen dem Wettbewerbs- und dem Studienauftragsverfahren liegt in der Anonymität des ersteren.

Die Anonymität erzwingt eine Trennung zwischen der Kenntnis der ausgeschriebenen Designleistungen einerseits und der Kenntnis der Identität des jeweiligen Anbieters andererseits. Dies muss gewährleistet sein, bis die Jury die Projekte bewertet und rangiert, die Preise vergeben und ihre Empfehlung ausgesprochen hat (siehe Abschnitt 1.4 SIA 142 / 2009).

Das Prinzip der Anonymität gilt nicht für STA. Im letzteren Fall ist ein Dialog zwischen der Jury („Expertenkollegium“) und den Kandidaten notwendig, um die angesprochenen Punkte zu klären und die angestrebten Ziele zu präzisieren (siehe Kap. 1.4 und 14 SIA 143 / 2009).

**Abs. 2**

Dieser Abs. 2 basiert auf dem Vorschlag in Art. 17 Abs. 3 VöB.

Bei Gesamtleistungswettbewerben oder -aufträgen kann ggf. auf die Anonymität verzichtet werden. Da es bei diesen Wettbewerben um die Ausführung von Bauarbeiten geht, kann es sein, dass der Anbieter ab einem bestimmten Stadium der Fertigstellung aufgefordert wird, sich mit dem für die Ausführung verantwortlichen Auftragnehmer in Verbindung zu setzen. Dies ist eine Anforderung der Praxis, die manchmal vorschlägt, die erste Stufe anonym und die zweite Stufe nicht-anonym zu auszugestalten.

Da das Wettbewerbsverfahren nun auch für andere Branchen offen ist, ist die Aufhebung der Anonymität nicht mehr auf Gesamtleistungswettbewerbe oder -aufträge beschränkt.

**Art. 17 Verhältnis zu den Berufsregeln**

Von grosser praktischer Bedeutung sind die SIA-Verordnungen 142/2009 und 143/2009 zu Wettbewerben bzw. Studienaufträgen. Dabei handelt es sich jedoch um private Regelungen, die zum einen nur dann gelten, wenn sie in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind und zum anderen nicht von den (zwingenden) Bestimmungen des geltenden Vergaberechts abweichen können.

Abs. 3 besagt, dass bei Lücken in den vom Auftraggeber erstellten Vorschriften auf die SIA-Vorschriften verwiesen werden soll, um diese zu ergänzen. Die Anwendung der SIA-Vorschriften ist daher ein ergänzendes Recht, da die Vorschriften ausdrücklich auf sie verweisen.

**Kapitel IV: Fristen, Veröffentlichungen, Verfügung und Statistiken**

**Art. 18 Fristverkürzung ausserhalb des Staatsvertragsberichs (Art. 47 IVöB)**

Diese Bestimmung ist das Gegenstück zu Art. 47, Abs. 1 IVöB (selbst das Gegenstück zu Art. XI Abs. 4, lit. c IVöB 2012) für Aufträge, die nicht den internationalen Abkommen unterliegen, d.h. für Aufträge, die in einem offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden und deren Wert die internationalen Schwellenwerte gemäss Anhang 1 IVöB 2019 nicht erreicht, aber auch für Aufträge, die in einem Einladungsverfahren vergeben werden. Die Dringlichkeit im Sinne dieses Artikels ist von geringerer Intensität als die in Art. 21, Abs. 2 Buchstabe d IVöB 2019 Vorgesehene. Sie muss nicht eng ausgelegt oder zwingend im Sinne des GPA 2012 qualifiziert werden (siehe hierzu auch EU-Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge [ABl. L 134, S. 114]).

Diese Art der Dringlichkeit muss von Fall zu Fall beurteilt werden und eine Interessenabwägung muss erfolgen: das Interesse des Auftraggebers, den Auftrag aufgrund der besonderen Umstände schneller vergeben zu können, und das Interesse der Anbieter, die übliche Frist (20 Tage) für die Erstellung und Einreichung ihrer Angebote zu erhalten. Der Auftraggeber sollte sich nicht auf die Dringlichkeit berufen können, wenn diese das Ergebnis einer schlechten Planung seinerseits ist oder wenn die Berufung auf die Dringlichkeit anderweitig mit dem von ihm zu zeigenden guten Glauben unvereinbar ist. Um den Grundsatz der Transparenz zu wahren, sollte die Verkürzung der Frist für die Einreichung der Angebote und die Begründung dafür in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein.

**Art. 19 Ausnahmen** (Art. 48 IVöB)

**Abs. 1**

Der erste Satz des Art. 48 Abs. 1 IVöB besagt, dass bei offenen oder selektiven Verfahren die Vorankündigung, die Ausschreibung, der Zuschlag und die Beendigung des Verfahrens auf der gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform simap.ch veröffentlicht werden.

Im Rahmen der Modernisierung und Straffung der Verfahren (insbesondere in Bezug auf die Veröffentlichungsfristen) wird vorgeschlagen, die gleichzeitige und obligatorische Veröffentlichung im Amtsblatt des Kantons Freiburg, die bisher in Form einer Zusammenfassung erfolgte, aufzugeben.

 **Abs. 2**

Art. 48 Abs. verlangt die Veröffentlichung von freihändigen Verfahren im Sinne von Art. 21 Abs. 2 IVöB („ausserordentliches freihändiges Verfahren“) nur für Verträge, die internationalen Vereinbarungen unterliegen. Die Kantone können jedoch in ihrer jeweiligen Gesetzgebung vorsehen, dass solche Vergaben auch für Aufträge veröffentlicht werden, die nicht unter die genannten Vereinbarungen fallen. Nach der aktuellen Freiburger Gesetzgebung (Art. 32 aRMP) werden nur aussergewöhnliche private Ausschreibungen mit Beträgen, die den Schwellenwert internationaler Verträge überschreiten, auf der Plattform simap.ch und im Abl veröffentlicht.

Aus Gründen der Transparenz wird vorgeschlagen, dass in Zukunft alle Entscheidungen zur freihändigen Vergabe von Aufträgen auf der Plattform simap.ch veröffentlicht werden, unabhängig davon, ob der Betrag den Schwellenwert für freihändige Vergaben überschreitet oder nicht.

Ein solches System, das in anderen Kantonen (insbesondere in der Waadt) bereits praktiziert wird, fördert die Grundsätze der Transparenz und des Rechtsschutzes. Es wird daher vorgeschlagen, einen dritten Abs. im neuen Gesetz, der die Veröffentlichung aller Angebote in gegenseitigem Einvernehmen im Sinne des Art. 21 Abs. 2 IVöB erfordert, zu schaffen.

*Variante Abs. 2 und 3:*

*Im Interesse einer grösseren Transparenz schlugen einige COPIL-Mitglieder vor, dass alle Vergabeentscheidungen (nicht nur die in den offenen, selektiven und aussergewöhnlichen Direktvergabeverfahren getroffenen) veröffentlicht werden sollten, abgesehen von den gewöhnlichen Direktvergaben.*

*Diese Variante, die die Absätze 2 und 3 als einen einzigen Abs. ersetzen würde, würde die Veröffentlichung von Ausschreibungen auch auf der Plattform simpa.ch umfassen.*

**Art. 20 Eröffnung der Verfügung (Art. 51 IVöB)**

Art. 51 Abs. 1 IVöB lässt den Kantonen die Freiheit, die Art der Zustellung von Entscheiden zu wählen, d.h. ob Entscheide einzeln oder durch Publikation zugestellt werden sollen.

Derzeit sieht Art. 34 a aÖBR vor, dass die Auftraggeber ihre Entscheidungen entweder durch individuelle Mitteilung oder durch Veröffentlichung im Amtsblatt bekannt geben. Es wird vorgeschlagen, dass künftig mit Ausnahme von Ausschreibungsbekanntmachungen und Vergabeentscheidungen im freihändigen Verfahren gemäss Art. 21 Abs. 2 IVöB, die durch Veröffentlichung bekannt gegeben werden, („ausserordentliches freihändiges Verfahren“), der Auftraggeber seine sonstigen Entscheidungen durch individuelle Mitteilung kommuniziert (vgl. Art. 53, Abs. 1 IVöB).

Normalerweise wird die individuelle Zustellung einer Entscheidung per Einschreiben versandt, damit der Auftraggeber die Zustellung der Entscheidung verfolgen kann und den genauen Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung kennt. Die Zustellung der Entscheidung ist der Beginn der Rechtsmittelfrist, sei es durch individuelle Zustellung oder durch Veröffentlichung. Wird ein Einschreiben vom Adressaten einer Entscheidung nicht abgeholt und an den Absender (den Auftraggeber) als „nicht abgeholt“ zurückgeschickt, gilt der 7. Tag der Aufbewahrungsfrist als Zustellung. Nach der Rechtsprechung gilt diese Zustellungsfiktion nur insoweit, als der Adressat mit dem Erhalt eines solchen Entscheids rechnen kann (vgl. BGE 134 V 49, E. 4 S. 52; ATF 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399; ATF 127 I 31 E. 2a/aa, S. 34; ATF 123 III 492 E. 1 S. 493, und die zitierten Urteile sowie die Entscheidung des CDAP PS.2016.0033, E. 1 vom 25.10.2016). Diese Mitteilungsfiktion gilt also für den Anbieter, der an einem öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt ist.

Die individuelle Bekanntgabe einer Entscheidung ist von der möglichen Verpflichtung zur Veröffentlichung der Entscheidung zu unterscheiden (vgl. Art. 48 IVöB und 19 BöB-DE). So muss ein im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens getroffener Zuschlagsentscheid zunächst den verschiedenen Anbietern einzeln mitgeteilt werden, insbesondere um das Beschwerderecht zu eröffnen, und dann in einer zweiten Phase auf der Plattform simap.ch veröffentlicht werden, um die Veröffentlichungsanforderungen von Art. 48 IVöB zu erfüllen. Diese veröffentlichte Bekanntmachung eröffnet keine neuen Rechtsmittel (die bereits durch die individuelle Bekanntmachung mitgeteilt wurden) und ihr Inhalt muss den Anforderungen des Art. 48 Abs. 6 IVöB 6 IVöB erfordert, zu schaffen.

Im Falle einer Unterbrechung des Verfahrens wird jeder am Verfahren beteiligte Anbieter einzeln benachrichtigt und es erfolgt eine Eröffnung der Beschwerdeverfahren und eine anschliessende Veröffentlichung (ohne Bekanntgabe neuer Beschwerdeverfahren) auf der Plattform simap.ch gemäss Art. 48, Abs. 1 IVöB erfordert, zu schaffen.

Für den seltenen Fall, dass ein Auftraggeber ein Verfahren vor Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote unterbricht, d.h. bevor die Anbieter bekannt sind, dient die Veröffentlichung der Unterbrechung des Verfahrens auf der Plattform simap.ch ausnahmsweise als Benachrichtigung und eröffnet ein Beschwerdeverfahren.

**Art. 21 Statistik (Art. 50 IVöB)**

Die Verpflichtung zur Führung von Statistiken für Märkte, die dem internationalen Wettbewerb unterliegen, basiert auf internationalen Vereinbarungen. Art. XVI, Abschnitt 4 BöB 2012 definiert in diesem Zusammenhang die Mindestanforderungen für solche statistischen Erhebungen.

**Abs. 1**

Dieser Abs. benennt die zuständige Behörde im Kanton Freiburg für die Erhebung der erforderlichen Daten und die Erstellung einer jährlichen elektronischen Statistik über die im Vorjahr vergebenen Aufträge, die internationalen Abkommen unterliegen. Diese jährlichen Statistiken werden dann an die Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) für das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) geschickt.

**Abs. 3**

Die für die Jahresstatistik benötigten Daten werden über die Plattform simap.ch erhoben. Gemäss den Anforderungen des Art. 48 des IVöB ist der Auftraggeber verpflichtet, eine Bekanntmachung über die Vergabe im Anschluss an ein offenes, selektives oder direktes Vergabeverfahren im Sinne des Art. 21, Abs. 2 IVöB zu veröffentlichen, unabhängig davon, ob es internationalen Vereinbarungen unterliegt oder nicht. Die von den Auftraggebern in diesen Vergabebekanntmachungen gemachten Angaben dienen der Erstellung der Jahresstatistik, weshalb die Daten korrekt sein müssen und den inhaltlichen Anforderungen des Art. 48, Abs. 6 IVöB erfordert, zu schaffen.

So sind in der Bekanntmachung stets das jeweilige Verfahren, der Auftragsgegenstand und -umfang, der Namen und die Anschrift des Auftraggebers, das Datum der Zuschlagserteilung, der Namen und die Anschrift des erfolgreichen Anbieters sowie der Gesamtpreis des erfolgreichen Angebots einschliesslich Mehrwertsteuer anzugeben. In Fällen, in denen die Höhe des Zuschlags nicht genau angegeben werden kann, z. B. weil der Auftrag verschiedene Posten umfasst, für die jeweils ein Einheitspreis gilt, und die Mengen nicht im Voraus bekannt sind, oder im Falle eines Rahmenvertrags über eine unbestimmte Zahl künftiger Dienstleistungen, der auf der Grundlage eines Stundensatzes vergeben wird, kann der öffentliche Auftraggeber zusätzlich zu den gewählten Einheitspreisen oder dem Stundensatz eine Schätzung des Gesamtwerts des vergebenen Auftrags angeben. Dadurch wird sichergestellt, dass die statistischen Daten nicht verfälscht werden. Schliesslich muss der Preis des ausgewählten Angebots zwingend unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer veröffentlicht werden, d.h. ein Preis inklusive Mehrwertsteuer.

***Abs. Art. 5: optional***

Dieser letzte Abs. sieht vor, dass auch die veröffentlichten Aufträge der Freiburger Auftraggeber (Waadtländer Kantonsverwaltung, Gemeinden und andere) Gegenstand der jährlichen Statistik sind. Diese Statistik bezieht sich nur auf veröffentlichte Aufträge, d.h. auf Aufträge, die im Rahmen eines offenen, selektiven oder freihändigen Verfahrens im Sinne des Art. 21 Abs. 2 IVöB vergeben werden, unabhängig davon, ob sie Gegenstand internationaler Vereinbarungen sind oder nicht. Aus Gründen der Transparenz werden diese jährlichen Statistiken auf der RUBD-Website veröffentlicht. Da es sich bei der Datenerfassung um eine neue Aufgabe handelt, müssen dem RUBD die entsprechenden Ressourcen zur Durchführung zugewiesen werden.

**KAPITEL V: Schlussbestimmungen**

**Art. 22 Aufhebung**

Diese Bestimmung erfordert keinen besonderen Kommentar.

**Art. 23 Inkrafttreten**

Diese Bestimmung erfordert keinen besonderen Kommentar.