

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 13/September 2004

Freihändiges Verfahren – Die neuen Schwellenwerte und ihre Handhabung

von lic.iur. Sandra Eberle

Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen, Stadt Winterthur



Noch sind die höheren Schwellenwerte für das freihändige Verfahren neu (vgl. Kasten). Nach einem halben Jahr Praxis konkretisieren sich nun die Probleme in der Umsetzung. Der vorliegende Artikel soll die Problematik und Lösungsansätze aufzeigen, wobei vor allem auf die Situation von kleineren Gemeinden eingegangen wird.

Anhang 2 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

Die freihändige Vergabe im Nicht-Staatsvertragsbereich ist grundsätzlich zulässig bis

- Fr. 100'000 für Lieferungen
- Fr. 150'000 für Dienstleistungen
- Fr. 150'000 für Bauleistungen im Baunebengewerbe
- Fr. 300'000 für Bauleistungen im Bauhauptgewerbe

gangen wird. Hier soll ausschliesslich die freihändige Vergabe im Nicht-Staatsvertragsbereich unterhalb der Schwellenwerte behandelt werden. Für weitere Ausführungen zu den Ausnahmen nach § 10 Abs. 1 lit. a – k der Submissionsverordnung (SVO) ist auf das Handbuch für Vergabestellen Merkblatt 5 und auf die Ausführungen von RA lic. iur. Daniela Lutz im Kriterium Nr. 3 vom April 2001 (zu § 11 Abs. 1 lit. a – k aSVO) zu verweisen.

1. Das freihändige Verfahren

Freihändig zu vergeben bedeutet die direkte Vergabe des Auftrages an eine/n Anbieter/in ohne Ausschreibung und ohne Konkurrenz. Folgt man dem üblichen Ablaufschema für eine Vergabe (Definition der Aufgabe, Bestimmung der Auftragsart, Bestimmung des Auftragswertes, Bestimmung der Verfahrensart) ist es in der Regel einfach festzulegen, ob ein freihändiges Verfahren aufgrund des Auftragswertes zur Anwendung kommen kann.

Auch im freihändigen Verfahren gelten die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes (BGBM) bezüglich Gleichbehandlung der Anbietenden, bzw. Nichtdiskriminierung (Art. 3 und Art. 5 BGBM). Auch die aus der Bundesverfassung hergeleiteten allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns, wie das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behand-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Nicht zum ersten Mal widmet sich KRITERIUM dem Thema des Freihändigen Verfahrens. Bereits im April 2001 ist in der Ausgabe Nr. 3 ein Artikel von Rechtsanwältin Daniela Lutz mit dem Titel erschienen: «Freihändiges Verfahren – das Wichtigste in Kürze». Dass in der vorliegenden Nummer 13 wiederum das Freihändige Verfahren als Hauptthema behandelt wird, heisst nicht, dass dem Redaktionsteam des KRITERIUM die Phantasie ausgegangen wäre, neue Themen zu finden. Die Wiederholung ist eher eine Auswirkung der Änderung der Rechtsgrundlagen und des dadurch verstärkten Bedürfnisses nach einer neuerlichen, praxisnahen Orientierung. Die Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 und der Beitritt des Kantons Zürich zum revidierten Konkordat zusammen mit der neuen Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 auf den 1. Januar 2004 haben in Bezug auf das Freihändige Verfahren doch einige Änderungen gebracht, die eine nähere Beleuchtung wünschbar machen.

So wie sich die Rechtsgrundlagen wandeln, bleibt nichts fest im Wandel der Zeit. Nach 13 Ausgaben des KRITERIUM und gut vierjähriger Mitarbeit im Ressort Kontakte der KöB verabschiede ich mich aus dem Redaktionsteam. Ich wünsche den Leserinnen und Lesern weiterhin viele anregende, für ihre Arbeit im Beschaffungswesen nützliche Artikel im KRITERIUM, was auch der Zeitschrift eine gedeihliche Zukunft sichern wird. Schliesslich danke ich der Kollegin und den Kollegen im Redaktionsteam für die gute und stets angenehme Zusammenarbeit.

Fred Hirschi

lung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens bzw. eines fairen Wettbewerbs, sind zu beachten (vgl. VB 2003.00009 [Schularchiv], E.4, auf www.vgrzh.ch).

Das freihändige Verfahren ist ein relativ schnelles Verfahren. Die Beschaffungsstelle setzt sich direkt mit einem Anbieter einzeln in Verbindung und stellt ihm das Leistungsverzeichnis zu. Dem ausgewählten Anbieter sind angemessene Fristen je nach Komplexität der zu erstellenden Offerte zu gewähren, d.h. in der Regel nicht weniger als 20 Tage (§§ 19 und 21 SVO). Die Offerte darf sofort nach Eingang geöffnet werden (§ 27 SVO). Ein Offertöffnungsprotokoll ist nicht zwingend, es empfiehlt sich aber, das Angebot auf Vollständigkeit zu prüfen. Der Zuschlag kann sofort nach Eingang der Offerte erfolgen. Im freihändigen Verfahren sind Preisverhandlungen möglich (ausdrücklich erwähnt in § 31 Abs. 2 SVO).

Grundsätzlich steht es der Beschaffungsstelle frei, wen sie zur Angebotseinreichung auffordern will. Gerade das freihändige Verfahren ist besonders geeignet, neuen Marktteilnehmern einen Zugang zu Aufträgen der öffentlichen Hand zu ermöglichen und sich damit Referenzen für künftige Arbeiten oder Lieferungen zu erwerben. In § 5 SVO wird zudem ausdrücklich erwähnt, dass im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren nach Möglichkeit Anbieterinnen und Anbieter zu berücksichtigen sind, die Lehrstellen anbieten.

Wenn sachgerechte Gründe be-

stehen, insbesondere wenn der Auftraggeber der begründeten Ansicht ist, der Anbieter nütze die Tatsache aus, dass er als Einziger zum Angebot aufgefordert wurde, kann die Vergabestelle das Verfahren wiederholen oder für die selbe Vergabe das höherstufige Einladungsverfahren durchführen indem sie zusätzlich noch mindestens zwei Anbieter zur Offertstellung einlädt (vgl. VB.2000.00206 [Treppenweg], E. 4, auf www.vgrzh.ch).

2. Das «freiwillige Einladungsverfahren»

Die höheren Schwellenwerte für freihändige Vergaben im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich bringen einerseits Erleichterungen in einigen Verfahren und andererseits neue Komplikationen mit sich. Vor allem kleinere Gemeinden vergeben nicht ohne weiteres Lieferaufträge bis Fr. 100'000 oder Dienstleistungsaufträge bis Fr. 150'000 ohne mehrere Offerten eingeholt zu haben.

Nun ist es aber auch nach der neuen Submissionsverordnung nicht statthaft, im freihändigen Verfahren gleichzeitig eine oder mehrere «Konkurrenzofferten» einzuholen. In der Praxis hat es sich bewährt, ab einem bestimmten, evtl. durch interne Weisung definierten Beschaffungswert, ein sogenannt «freiwilliges Einladungsverfahren» durchzuführen. Es handelt sich dabei um eine Beschaffung innerhalb der Schwellenwerte für das freihändige Verfahren, bei der aber mehrere Anbieter zur Offertstellung eingeladen werden. Wichtig dabei

ist, dass alle Formvorschriften für das Einladungsverfahren eingehalten werden. Kurz gesagt: wer sich entscheidet, das Spiel des Einladungsverfahrens zu spielen, muss sich auch an die Regeln halten!

Das heisst: es sind sicher Zuschlagskriterien und gegebenenfalls Eignungskriterien zu definieren, es müssen mindestens drei geeignete Anbieter eingeladen werden, es ist eine Eingabefrist zu bestimmen, ein Offertöffnungsprotokoll ist zu erstellen, die Auswertung bezüglich der Erfüllung der Zuschlagskriterien ist sorgfältig zu dokumentieren und der Zuschlag muss mittels Verfügung (mit Rechtsmittelbelehrung) erfolgen – um nur die wichtigsten Vorschriften für den Ablauf des Verfahrens zu erwähnen (vgl. auch VB.2003.00009 [Schularchiv]).

3. Bauhaupt- und Baunebengewerbe

Besondere Auswirkungen bezüglich der Schwellenwerte für das freihändige Verfahren hat die neu eingeführte Unterteilung der Bauaufträge in Aufträge im Bauhauptgewerbe und Aufträge im Baunebengewerbe. Durch die unterschiedlichen Schwellenwerte kommt dieser Einteilung besondere Bedeutung zu. Ein Auftrag, der bei der einen Klassifizierung noch freihändig vergeben werden kann, ist im anderen Fall bereits im offenen Verfahren auszuschreiben.

Die Submissionsverordnung begnügt sich mit einem einzigen Satz als Definition (§ 3 Abs. 1 SVO): «Unter das Bauhauptgewerbe fallen insbesondere alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks.» Auf den ersten Blick scheint dies klar zu sein, in der Praxis tauchen aber einige Fragen auf. Die Aufzählung im Handbuch für Vergabestellen (Blatt K 3.4. S. 3–7) kann als Orientierungshilfe dienen (vgl. Kasten links). Da diese Unterstellung erst seit Januar 2004 relevant ist, gibt es bis dato keinen Entscheid des Verwaltungsgerichts zu dieser Frage. In der Praxis der Stadt Winterthur sind unter anderem Fragen bezüglich der Klassifizierung des Ersatzes von Fenstern, des Ersatzes von schmückenden Elementen einer Fassade und betref-

- Zum **Bauhauptgewerbe** gehören gemäss § 3 Abs. 1 SVO insbesondere alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Solche Arbeiten können z.B. sein:

Maurer- und Betonarbeiten, Gerüstbau- und Fassadenisolationen, Aushub-, Bagger- und Traxarbeiten, Strassenbau (inkl. Belageeinbau), Spezialtiefbau (Pfählungen, Baugrubensicherungen, Ankerarbeiten usw.), Steinhauer- und Steinbrucharbeiten; Abbruch.

- Zum **Baunebengewerbe** gehören alle übrigen Bauarbeiten, namentlich:

Maler-, Gipser-, Dachdecker-, Plattenleger-, Gärtner-, Spenglerei-, Heizungs-, Klima-, Lüftungs-, Schreiner-, Zimmerei-, Metallbau- sowie Sanitär- und Elektroinstallationsarbeiten.

- Im Einzelfall muss immer geprüft werden, ob konkrete Bauarbeiten ein tragendes Element betreffen – so können Zimmer- oder Metallarbeiten je nach Bauvorhaben ein tragendes oder ein nicht tragendes Element betreffen.

fend Korrosionsschutz für den Betonbelag einer Tiefgarage aktuell geworden. Alle drei Aufträge hätten bei einer Klassifizierung als «Bauhauptgewerbe» freihändig vergeben werden können, lagen aber deutlich innerhalb, bzw. über den Schwellenwerten für das Einladungsverfahren bei Aufträgen im Baunebengewerbe. Neben der oben erwähnten Definition wurde als weiterer Gesichtspunkt für die Wahl des jeweiligen Verfahrens die Bedeutung des Auftrages für einen Anbieter der jeweiligen Branche in Betracht gezogen. In der Regel sind Aufträge, die im klassischen Bauhauptgewerbe (z.B. Baumeisterarbeiten) unterhalb der Schwellenwerte für das freihändige Verfahren geschätzt werden, berechtigterweise als «kleinere» Aufträge zu bezeichnen. Wohingegen die gleiche Auftragssumme für ein Schreiner- oder Malergeschäft einen beträchtlichen Auftrag darstellt und des-

halb der Markt spielen sollte, bzw. keine Konkurrenten ausgeschlossen werden sollten. Beim Ersatz von Fenstern und von schmückenden Elementen einer Fassade hat sich die Stadt Winterthur – ohne eine definitive Klassifizierung – für ein (möglicherweise freiwilliges) Einladungsverfahren ausgesprochen. Die Malerarbeiten (Korrosionsschutz) wurden offen ausgeschrieben, obwohl sie an einem tragenden Element anzubringen waren. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass gerade bei Vergaben von Aufträgen im freihändigen Bereich die Umstände des einzelnen Auftrags, der Markt und allgemein die Situation der Anbietenden bei der Wahl des Verfahrens in Betracht gezogen werden sollte. Im Zweifelsfall empfiehlt es sich, freiwillig das höherstufige Einladungsverfahren mit allen Konsequenzen anzuwenden. ■

Vergabetipp

Zum Thema «**Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht**» haben Dr. Felix Jost, Hochbauamt Kanton Zürich, und lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL. M., RA, Zürich, im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Nr. 7, vom Juli 2004 (S. 341–374), eine umfassende Abhandlung publiziert.

2001, VB 2000.00261; www.vgrzh.ch) bestätigte das Gericht diese umstrittene Rechtsprechung und hielt fest, dass die Anonymität ein unerlässliches Merkmal des Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbs sei. Ein nicht anonymer Studienauftrag sei deshalb kein Wettbewerb, sondern ein gewöhnliches Submissionsverfahren. Dies hat zur Folge, dass zwar sämtliche formellen und materiellen Anforderungen des Submissionsrechts zu beachten sind, aber keine Bindung an den Juryentscheid besteht.

Bindungswirkung des Preisgerichtsentscheids

Liegt ein Wettbewerb im Sinn der obigen Definition vor, kann eine freihändige Vergabe nur an den Gewinner erfolgen. Nicht zulässig ist es, entgegen dem Juryentscheid den Zuschlag einem Dritten zu erteilen. Dies ist aufgrund des Vertrauensprinzips selbst dann der Fall, wenn die SIA-Ordnung 142 nicht für anwendbar erklärt wurde. Es müssen wesentliche Gründe vorliegen, um ein Abweichen von der Empfehlung der Jury rechtfertigen zu können (VGr ZH 13. Februar 2002, VB.2001.00035). In einem neueren Entscheid vom 28. Januar 2004 relativierte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich diesen Entscheid und hielt fest, dass das Konzept der freihändigen Vergabe gestützt auf einen Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb «in der Tat eher gegen das Bestehen einer Verpflichtung der Behörde spreche, nach durchgeführtem Wettbewerb überhaupt einen Zuschlag zu erteilen.» Es bestehe, so das Gericht, durchwegs eine Handlungsmöglichkeit, nicht aber eine Handlungspflicht. Eine

Architekturwettbewerbe und öffentliches Beschaffungswesen: Aktuelle Rechtsprechung

Anonymität als Voraussetzung für eine freihändige Vergabe an den Wettbewerbsgewinner

von RA Claudia Schneider Heusi, Zürich



Im Kanton Zürich ist gemäss § 10 Abs. 1 lit. i der Submissionsverordnung (SVO) eine freihändige Vergabe an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs möglich, «sofern die Vergabestelle im Voraus die Absicht bekannt gegeben hat, den Vertrag aufgrund der Beurteilung durch ein unabhängiges Preisgericht mit der Gewinnerin oder dem Gewinner eines Planungs-

oder Gesamtleistungswettbewerbes, der den Grundsätzen des Beitrittsgesetzes und dieser Verordnung entspricht, abzuschliessen». Dies bedeutet, dass im Anschluss an einen – je nach Schwellenwert im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren durchgeführten – Wettbewerb ein Zuschlag insbesondere auch für den Weiterbearbeitungsauftrag freihändig erteilt werden kann, allerdings unter bestimmten Voraussetzungen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sieht in Bezug auf diese Voraussetzungen den Unterschied des Wettbewerbs zur gewöhnlichen Submission vor allem in der Beurteilung durch eine unabhängige Jury und der anonymen Durchführung. In einem Entscheid vom 9. Juli 2003 (VGr ZH, 9. Juli 2003, VB.2002.00044; vgl. auch Entscheide VGr ZH, 13. März 2002,

Rechtskraftbescheinigungen des Verwaltungsgerichts

Durch eine Änderung der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts wurde per 1. August 2004 neu eine Gebührenpflicht für Rechtskraftbescheinigungen eingeführt. Nach der neuen Bestimmung § 11 Abs. 3 wird für jede Rechtskraftbescheinigung eine Gebührenpauschale von Fr. 20 erhoben. Bei Verfahren mit mehr als einem Anfechtungsberechtigten erhöht sich die Gebühr um je Fr. 10 für jeden weiteren Anfechtungsberechtigten, maximal auf insgesamt Fr. 500. Die Rechnung wird nach Erhalt der Rechtskraftbescheinigung zugestellt.

In seiner Mitteilung vom 1. August 2004 gelangt das Verwaltungsgericht zudem mit einem Anliegen an jene Gemeinden, die lediglich unter Hinweis auf das Verfahren eine Rechtskraftbescheinigung verlangen: Es ersucht darum, «jeweils dem Gesuch um Zustellung der Rechtskraftbescheinigung das Submissionsergebnis mit Rechtsmittelbelehrung und eine Liste mit den Anfechtungsberechtigten (es genügt auch eine Zustellungsbestätigung)» beizulegen.

Vergabebehörde könne nicht gegen ihren Willen dazu gezwungen werden, ein Projekt zu realisieren, dem sie – aus welchen Gründen auch immer – ablehnend gegenüberstehe. Die Bindungswirkung sei also in erster Linie eine negative, indem es ihr versagt sei, die freihändige Vergabe an einen anderen Anbieter als den Gewinner des Wettbewerbs vorzunehmen (VGr ZH, 28. Januar 2004, VB.2003.00234; bestätigt in VGr ZH, 17. März 2004, VB.2004.00078).

Vorausgegangen war diesem Rechtsstreit die Empfehlung eines Preisgerichts, das nach Durchführung eines zweistufigen Gesamtleistungswettbewerbs zwei Projekte zur Weiterbearbeitung empfohlen hatte. Der Veranstalter beschloss, auf diese Weiterbearbeitung zu verzichten und dem von ihm sowie den nichtstimmberechtigten Jurymitgliedern favorisierten Projekt den Zuschlag zu erteilen. Dies war nach Ansicht des Zürcher Verwaltungsgerichts nicht zulässig. Allerdings erklärte das Zürcher Verwaltungsgericht, gestützt auf die eingangs erwähnten Erwägungen, dass dem ebenfalls zur Weiterbearbeitung empfohlenen Projekt der Beschwerdeführenden, das von den stimmberechtigten Mitgliedern des Preisgerichts gemäss einer unklaren Formulierung im Beurteilungsbericht sogar an sich auf den 1. Platz gesetzt worden wäre, nicht

der Zuschlag erteilt werden könne. Das Gericht verzichtete darauf, eine Weiterbearbeitung der beiden Projekte anzuordnen. Aufgrund dieses Entscheids ist Preisgerichten zu raten, wenn immer möglich auf die Anordnung von unvorhergesehenen Überarbeitungen zu verzichten und sich zu einem klaren Ergebnis durchzuringen.

Ausstandspflichten von Mitgliedern des Preisgerichts

In einem viel beachteten Entscheid des Luzerner Verwaltungsgerichts vom 7. Januar 2004 zum Planungswettbewerb Neubau Universität Luzern (VGr LU, 7. Januar 2004, V 03 308) zum zweistufigen Planungswettbewerb für den Neubau der Universität Luzern wurde die Frage der Ausstandspflichten von Jurymitgliedern eingehend erörtert. Das Gericht kam zum Schluss, dass im konkreten Fall die beruflichen und privaten Verbindungen zwischen einem Preisrichter und dem Gewinner/Zuschlagsempfänger derart intensiv gewesen seien, dass dieses nicht mehr mit einem Verhältnis zu einem beliebigen anderen Berufskollegen verglichen werden könne. Insbesondere die frühere Zusammenarbeit zwischen den beiden lasse den Preisrichter als befangen erscheinen, weshalb er in den Ausstand

hätte treten bzw. das von den Beschwerdeführern gestellte Ausstandsgesuch hätte gutgeheissen werden müssen. Offen gelassen wurde, ob der dem Preisrichter nahe stehende Teilnehmer gegen Art. 12.2 SIA-Ordnung 142 verstossen habe. Das Gericht entschied, dass der Vergabeentscheid aufzuheben sei und eine neue Jury (ohne den befangenen Preisrichter) die vier bei der Jurierung in den beiden Rundgängen verbliebenen Projekte, inklusive das Projekt des «bisherigen» Zuschlagsempfängers, nochmals beurteilen müsse. Bei dieser Entscheidung ist insbesondere zu beachten, dass es sich – in der zweiten Stufe – um einen nicht anonymen Studienauftrag gehandelt hat. Die Anforderungen, die an die Unbefangenheit eines Jurors gestellt werden, sind deshalb strenger zu beurteilen als in einem anonymen Verfahren. Soweit das Verfahren anonym durchgeführt wird, ist gewährleistet, dass sich die Preisrichter nicht von sachfremden oder eigennützigen Überlegungen leiten lassen. Um Missbräuchen vorzubeugen, sind die Ausstandsregeln indessen auch im anonymen Wettbewerb zu beachten.

Die SIA-Kommission für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe hat auf diesen in Fachkreisen umstrittenen Entscheid mit dem Erlass einer Wegleitung zu Befangenheit und Ausstandsgründen bei Mitgliedern des Preisgerichts und Teilnehmenden von Planungswettbewerben reagiert. Die Beachtung von Ausstandspflichten bleibt – nicht nur bei Architekturwettbewerben – ein heikles Thema, dem die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken ist. ■

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Herbert Lang, Baudirektion, Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur; René Manz, Stadt Zürich.

Kontaktadresse:
E-Mail: gs-stab@bd.zh.ch

Layout: Andreas Walker, BDkom

Bezug: Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ, Räfjelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch