

# KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 32/April 2012

## Der Tonhallenentscheid und seine Auswirkungen auf die Praxis

Claudia Schneider Heusi / Laura Mazzariello



Lic. iur. Claudia Schneider Heusi, L.L.M., Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht, und MLaw Laura Mazzariello sind Rechtsanwältinnen bei Schneider Rechtsanwälte AG in Zürich.

Anlass zu den nachfolgenden Ausführungen gibt der Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 28. September 2011 (VB.2011.00322, vgl. [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); im Folgenden: VGE vom 28. September 2011).

### 1. Der Entscheid

Die Stadt Zürich führte als Auftraggeberin und Bauherrschaft zur Beschaffung von Generalplanerleistungen für die Teilinstandsetzung von Kongresshaus und Tonhalle Zürich ein selektives Verfahren durch. In der ersten Stufe wurden sieben geeignete Anbieter ausgewählt und zur Angebotseinreichung eingeladen. Die Angebote in der zweiten Stufe lagen zwischen Fr. 6'578'800.00 und Fr. 9'118'800.00. Die Stadt Zürich erteilte den Zuschlag in der Folge an das preislich höchste Angebot. Der Entscheid wurde den Teilnehmenden individuell mit

Schreiben vom 6. Mai 2011 eröffnet und am 13. Mai 2011 im Amtsblatt publiziert. Dagegen erhob die Anbieterin, die das preislich tiefste Angebot eingereicht hatte, am 23. Mai 2011 Beschwerde.

Im Entscheid vom 28. September 2011 setzte sich das Verwaltungsgericht insbesondere mit der Frage nach dem Beginn der Rechtsmittelfrist bei der Anfechtung von Entscheiden, die auf verschiedenen Wegen eröffnet wurden, auseinander (vgl. nachfolgend Ziff. 2). Sodann äusserte sich das Verwaltungsgericht zur Gewichtung des Zuschlagskriteriums «Preis» und der zulässigen Preisspanne (vgl. nachfolgend Ziff. 3) und nahm ferner Stellung zum Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» und dessen Zulässigkeit (vgl. nachfolgend Ziff. 4). Nachstehend wird der Entscheid in diesen Punkten besprochen, und es werden mögliche Konsequenzen und Empfehlungen aufgezeigt.

## Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Und wieder einmal halten Sie die neuste Ausgabe des Kriteriums in den Händen. Diese Ausgabe behandelt die Auswirkungen eines Verwaltungsgerichtsentscheides vom September 2011. Die Stadt Zürich hatte im letzten Jahr die Planung für die Renovation der Tonhalle vergeben. In den Medien fand dieser Entscheid ein grosses Echo, weil die Stadt Zürich die teuerste Offerte berücksichtigt hatte.

Im Redaktionsteam haben wir schon einige Gerichtsentscheide diskutiert, aber eher selten ist, dass ein Entscheid im Redaktionsteam zu so vielen unterschiedlichen Reaktionen und Meinungen führte. Die beiden Autorinnen des vorliegenden Beitrags, die Rechtsanwältinnen Claudia Schneider Heusi und Laura Mazzariello, beleuchten den Entscheid und dessen Auswirkungen hinsichtlich Rechtsmittelbelehrung, Gewichtung des Kriteriums «Preis» sowie des Zuschlagskriteriums «Zugang zur Aufgabe» aus juristischer Sicht. Dass dies eine anspruchsvolle Aufgabe ist, werden Sie beim Lesen des Beitrags feststellen. Denn der Gerichtsentscheid beinhaltet viele verschiedene Aspekte des Submissionsrechts. Dass aufgrund dieses Verwaltungsgerichtsentscheides vielleicht einige Änderungen auf die Vergabestellen zukommen werden, muss in den verschiedenen Gremien noch eingehend diskutiert werden.

Der Gerichtsentscheid und der Beitrag der Autorinnen machen wieder einmal deutlich, dass die Vergabestellen bei aussergewöhnlichen Sachlagen immer triftige Begründungen vorlegen müssen. Sämtliche Entscheide sollten dokumentiert werden, damit die Nachvollziehbarkeit gewährleistet bleibt. Aber lesen Sie doch diesen spannenden Artikel gleich selber. Ich wünsche Ihnen viel Vergnügen.

Für das Redaktionsteam  
Cyrill Bühler, Gemeinde Thalheim

## 2. Die Rechtsmittelbelehrung und weitere Formerfordernisse der Verfügung: Konsequenzen für die Praxis?

Die Vergabestelle eröffnet Verfügungen durch Zustellung und, soweit erforderlich, überdies durch Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt und auf der elektronischen Internet-Plattform von Bund und Kantonen, dem simap ([www.simap.ch](http://www.simap.ch); § 38 Abs. 1 Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003, SVO). Die Verfügungen werden summarisch begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (§ 38 Abs. 2 SVO). Das Verwaltungsgericht hat sich im Entscheid auf seine Rechtsprechung, wonach die Beschwerdefrist grundsätzlich mit der Zustellung der Verfügung zu laufen beginnt, berufen. Sodann hat es aber festgehalten, dass nach Treu und Glauben zu beurteilen sei, ob sich ein Adressat auf die nochmalige Eröffnung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt und auf simap verlassen dürfe. Im zu beurteilenden Fall – so das Verwaltungsgericht – habe die Vergabestelle der individuellen Eröffnung des Vergabeentscheids zwar eine Rechtsmittelbelehrung angefügt, gleichzeitig aber in einem Begleitbrief darauf hingewiesen, dass das Submissionsergebnis noch veröffentlicht werde. Die Beschwerdeführerin habe den Hinweis auf die Publikation in guten Treuen dahingehend verstehen dürfen, dieser führe zu einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs, weshalb die Einreichung der Beschwerde am 23. Mai 2011, d.h. 10 Tage nach erfolgter Publikation, fristgerecht gewesen sei (VGE vom 28. September 2011, E. 2).

Unverändert und weiterhin gilt, dass eine Vergabestelle die Verfügungen den Anbietenden individuell eröffnen muss. Bei offenen und selektiven Verfahren sowie bei ausnahmsweise freihändigen Verfahren bzw. Einladungsverfahren im Staatsvertragsbereich ist der Entscheid zusätzlich im Amtsblatt und auf simap zu publizieren. Wir empfehlen, die individuelle Eröffnung durch Verfügung kurz vor, aber zeitnah mit

der Publikation im Amtsblatt und im simap vorzunehmen. Die Vergabestelle sollte auf Begleitbriefe mit der Mitteilung, wonach der Zuschlagsentscheid noch publiziert werde, verzichten. Ob eine Anpassung der von den Vergabestellen verwendeten Mustervorlagen notwendig ist, wäre allenfalls näher zu klären.

An dieser Stelle verweisen wir zur Erinnerung auf § 35 SVO, wonach die Verfügung neben der erforderlichen Rechtsmittelbelehrung zudem folgende Angaben enthalten muss:

- Art des angewandten Verfahrens
- Gegenstand und Umfang des Auftrags
- Name und Adresse der Vergabestelle
- Name und Adresse des berücksichtigten Anbieters
- Datum des Zuschlags
- Preis des Angebots.

In der Praxis kommt es wiederholt vor, dass einer Vergabestelle beim Erlass von Verfügungen Fehler unterlaufen. Die Vergabestelle sollte insbesondere darauf achten, dass sie die Zuständigkeitsregeln einhält. So ist in Bezug auf die jeweils massgebenden Kompetenzordnungen (Gesetze, Reglemente) einerseits zu berücksichtigen, dass die zuständige Instanz über das konkrete Vergabegeschäft entscheidet und die entsprechende Verfügung hierfür erlässt. Andererseits ist auch die interne Unterschriftenregelung der ausschreibenden Stelle zu beachten. Die Vergabestelle muss dabei prüfen, welche Personen befugt sind, die Verfügung zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung durch eine nicht zuständige Instanz oder eine beigezogene externe Beraterin oder einen beigezogenen externen Berater hat die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge, d.h. die Verfügung ist von Anfang an ungültig (Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 12. April 2006, B 2006/25). Ebenfalls nicht möglich ist es, einen Zuschlag unter «Vorbehalt der Zustimmung» eines übergeordneten und zuständigen Organs für den Vergabeentscheid zu verfugen (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 24. Februar 2010, VB.2010.00002).

## 3. Preisbewertung und Preisspanne: Was gilt?

Für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ist der Preis ein unerlässliches Kriterium. Das Verwaltungsgericht ist im besprochenen Entscheid sowohl auf die Gewichtung des Kriteriums «Preis» als auch auf die zulässige Preisspanne eingegangen.

Grundsätzlich gilt, dass dem Kriterium «Preis» gegenüber weiteren Zuschlagskriterien weniger Gewicht eingeräumt werden soll, je komplexer und anspruchsvoller die ausgeschriebene Leistung ist. Der Preis ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nie tiefer als 20% zu gewichten. Gleichzeitig darf keine solchermaßen flache Preiskurve gewählt werden, dass die Gewichtung des Preises relativiert würde (BGE 129 I 313, so auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 30. August 2006, VB.2005.00240).

Das Verwaltungsgericht Zürich stützte sich im Entscheid auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung und prüfte, ob der streitige Vergabegegenstand als komplex zu qualifizieren sei. Es hielt fest, dass eine komplexe Planerleistung grundsätzlich nicht weniger komplex werde, wenn damit noch kostenintensivere Standardarbeiten einhergehen. Das Bauobjekt sei sowohl in denkmalpflegerischer und kultureller Hinsicht von Bedeutung sowie auch in bautechnischer und nutzungsspezifischer Hinsicht kein Standardobjekt. Somit liege ein komplexer Vergabegegenstand vor, weshalb eine Gewichtung des Preises von 20% noch sachgerecht sei (VGE vom 28. September 2011, E.6).

Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist gemäss Verwaltungsgericht ebenfalls von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. So ist bei einfachen Bauarbeiten in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen. Wird die Bandbreite erst nach dem Vorliegen der Angebote

festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden. Das Verwaltungsgericht kam im vorliegenden Fall zum Schluss, dass aufgrund der Komplexität des Vergabegegenstandes eine Preisspanne von 80% zulässig sei (VGE vom 28. September 2011, E. 7).

Die Vergabestelle hat nach dem ergangenen Entscheid auch in Zukunft folgende Punkte zu berücksichtigen:

- Eine Gewichtung des Zuschlagskriteriums «Preis» von 20% bildet bei einem komplexen Vergabegegenstand die unterste Grenze.
- Dabei hat die Vergabestelle die Komplexität darzulegen und zu begründen.
- Wird bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen auch die Preisspanne festgelegt, muss diese nicht zwingend vorgängig bekannt gegeben werden; wird die Preisspanne erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGE vom 28. September 2011, E. 7.1).
- Je ungewöhnlicher (besonders weit oder besonders eng) die Preisspanne ist, desto mehr muss eine triftige Begründung für die Festlegung vorliegen.
- Bei ungenügender Begründung einer ungewöhnlichen Preisspanne liegt eine Ermessensüberschreitung der Vergabestelle vor (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 556, so auch

Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich, VB.2005.00602, E. 4.3).

- Als «Faustregel» kann genannt werden: Bei einem einfachen Vergabegegenstand eine Preisspanne von 30–50% und bei einem komplexen Vergabegegenstand eine Preisspanne von 75–80%.

Wir empfehlen beim Zuschlagskriterium «Preis» sodann Folgendes: Zunächst sollte eine Vergabestelle die Grundlagen schaffen, aufgrund denen vergleichbare Angebote seitens der Anbietenden kalkuliert und eingereicht werden können. Bei Planerleistungen heisst dies, dass die Vergabestelle vorgeben muss, ob die Anbietenden ihr Honorarangebot nach den aufwandbestimmenden Baukosten, nach Zeitaufwand oder mittels einer Globalen bzw. Pauschale zu offerieren haben. Bei ersterem bestimmt die Vergabestelle die aufwandbestimmenden Faktoren, insbesondere die aufwandbestimmende Bausumme B sowie die Faktoren n (Schwierigkeitsgrad gemäss Einteilung in Baukategorien), r (Anpassungsfaktor), s (Sonderleistungen), Z1 und Z2 (Koeffizienten). Die Vergabestelle hat die Anbietenden in den Ausschreibungsunterlagen darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Festlegung der Baukosten B um eine Richtgrösse handelt, die dazu dient, die Angebote zu vergleichen. Sodann dürfen die Anbietenden die festgelegten Faktoren der Vergabestelle nicht verändern, was aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervorgehen sollte. Sofern die Vergabestelle auch den Honoraransatz für Zusatzleistungen (z.B. im Umfang von 5%), die im Zeittarif vergütet werden, berücksichtigen und bewerten möchte, muss sie dieses als Unterkriterium definieren. Die Berechnung des Honorars nach dem effektiven Zeitaufwand erfolgt dagegen in der Regel nach Qualifikationskategorien oder mittleren Stundenansätzen. Aufträge, die nach Zeitaufwand honoriert werden, erfordern eine präzise Auftragsumschreibung in den Ausschreibungsunterlagen (was ist zu tun, was nicht?) und die Anforderungen an die Anbietenden sind vorgängig abzuschätzen (KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von

Leistungen im Planerbereich, Januar 2009, S. 7). Pauschalhonorare schliesslich sollen von einer Vergabestelle vorzugsweise nur dann eingeholt werden, wenn die Leistungsbeschreibung exakt und die Gefahr von nachträglichen Projektänderungen, Nachträgen etc. klein ist. Voraussetzung für solche Honorare sind klare Zielvereinbarungen, sowohl für den gesamten Auftrag als auch für die einzelnen Entscheidungsschritte, sowie präzise, klar abgegrenzte Leistungsbeschreibungen für die erfassten Entscheidungsschritte (KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von Leistungen im Planerbereich, Januar 2009, S. 8f.).

#### 4. Das Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» und dessen Risiken

Im besprochenen Entscheid hatten die Anbietenden beim Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» einen Vorschlag zur Umgestaltung der Eingangsbereiche von Kongresshaus und Tonhalle einzureichen. Die Bewertung erfolgte anhand der Unterkriterien «Architektonische Qualität/Umgang mit hochwertiger denkmalgeschützter Bausubstanz», «Funktionalität» und «Nachhaltigkeit/Wirtschaftlichkeit». Die Anbietenden hatten dafür Lösungsvorschläge im Sinn von Projektskizzen einzureichen. Das Verwaltungsgericht bejahte die Zulässigkeit dieses Kriteriums VGE vom 28. September 2011, E. 9).

Die Vergabestelle hat in der Vorbereitungsphase einer Beschaffung die Zuschlagskriterien sowie die Unterkriterien zu formulieren. Gemäss Entscheid des Verwaltungsgerichtes ist es einer Vergabestelle somit grundsätzlich erlaubt, das Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» zu wählen. Unabhängig vom Entscheid des Verwaltungsgerichtes ist bei der Wahl eines solchen Kriteriums aber aus folgenden Gründen Vorsicht geboten:

- Zuschlagskriterien sind angebotsbezogen. Neben dem Preis und anderen wirtschaftlichen Kriterien können insbesondere auch qualitative Kriterien gewählt werden (§ 22 SVO).

## Impressum

**Redaktion:** Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

**Layout:** Andreas Walker, BDKom

**Kontaktadresse:**  
E-Mail: [gs-stab@bd.zh.ch](mailto:gs-stab@bd.zh.ch)

**Internet:** [www.beschaffungswesen.zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch)

**Bezug:** kdmz,  
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;  
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;  
E-Mail: [info@kdmz.zh.ch](mailto:info@kdmz.zh.ch)

## Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2012 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

### Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, Elektronische Plattform SIMAP, Umgang mit dem Handbuch

Einführungsseminar (2 x ½ Tag)

**Daten: 24.05./31.05.12 (jeweils vormittags)**

Referentin: Daniela Lutz, Rechtsanwältin

### Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis

Vertiefungsseminar Bereich Bau (½ Tag)

**Datum: 20.06.12 (vormittags)**

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter [www.personalentwicklung.zh.ch](http://www.personalentwicklung.zh.ch) abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Externe können sich mittels Mail an [weiterbildung@pa.zh.ch](mailto:weiterbildung@pa.zh.ch) anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

Nach Zürcher Praxis müssen Zuschlagskriterien inhaltlich bestimmt sein (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 544). Mit der Festlegung von sachgerechten sowie präzise formulierten Kriterien für den Einzelfall kann die Vergabestelle gewährleisten, dass das wirtschaftlich günstigste und bedarfsgerechte Angebot den Zuschlag erhält. Das Transparenzgebot verlangt, dass die Vergabestelle, wenn sie offene oder unbestimmte Kriterien verwendet, diese zu umschreiben hat (vgl. Fetz, Die funktionale Ausschreibung, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zufferey/Stöckli [Hrsg.], S. 117). Beim Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» besteht vor diesem Hintergrund die Gefahr, dass ein solches Kriterium, gerade auch wenn Unterkriterien fehlen, von einem Gericht als vage und unpräzise eingestuft werden könnte. Die Vergabestelle wird so dann bei verschiedenen Lösungsmöglichkeiten ohne lückenlose und nachvollziehbare Dokumentation Mühe haben, stichhaltig und in eigenen Worten zu begründen, welcher Lösung sie den Vorzug gibt.

- Eine öffentliche Vergabestelle kann Planerleistungen konventionell als Dienstleistungen aus-

schreiben oder ein Wettbewerbs- bzw. Studienauftragsverfahren durchführen. Die SIA-Ordnungen 142/2009 bzw. 143/2009 unterscheiden grundlegend zwischen der Beschaffung mittels einer Honorarsubmission (= leistungsorientierte Beschaffung) oder eines Wettbewerbs bzw. Studienauftrages (= lösungsorientierte Beschaffung) (vgl. Schneider/Scherler, Wettbewerbe und Studienaufträge, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zufferey/Stöckli [Hrsg.], S. 212). Werden für eine klar umschriebene Leistung, bei der die Aufgabe eindeutig ist, die bestmöglichen Ausführungsbedingungen angestrebt, wird eine Honorarsubmission durchgeführt (KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von Leistungen im Planerbereich, Januar 2009, S. 2). Die Durchführung einer Honorarsubmission vermag aber je nach Fragestellung und bereits vorhandenen Grundlagen das Bedürfnis der Vergabestelle nach einer Evaluation verschiedener Lösungsansätze nicht abzudecken. Entscheidet sich die Vergabestelle deshalb dafür, ein lösungsorientiertes Verfahren durchzuführen, hat sie in einem zweiten Schritt die Beschaffungsform Wettbewerb (anonym) oder

Studienauftrag (nicht anonym) festzulegen (vgl. Schneider/Scherler, a.a.O., S. 213). Die Vergabestelle muss sich vor diesem Hintergrund von vornherein überlegen, ob sie einen Wettbewerb bzw. Studienauftrag oder eine gewöhnliche Honorarsubmission durchführen möchte. Entscheidet sie sich für letzteres, muss sie vorgängig die Grundlagen schaffen, damit vergleichbare Honorarangebote eingereicht werden können. Diese Aufgabe kann sie nicht an die Anbietenden delegieren, indem diese eigentliche Projektbeiträge einreichen müssen.

Aufgrund der dargelegten Ausgangslage kann u.E. aus dem vorliegenden Entscheid keine allgemein gültige Regel für die Zulässigkeit des Kriteriums «Zugang zur Aufgabe» abgeleitet werden. Sofern sich eine Vergabestelle für ein solches Kriterium entscheidet, ist es unerlässlich, dass sie vor dem Grundsatz der Transparenz klare Unterkriterien definiert. Gerade bei der Beschaffung von Generalplanerleistungen empfehlen wir, anstatt das Kriterium «Zugang zur Aufgabe» beispielsweise ein Kriterium «Auftragsanalyse» zu wählen. Dabei sind auf den Einzelfall bezogene Unterkriterien zu definieren; vorliegend denkbar wären Unterkriterien wie «Vorgehensweise zur Auftrags erledigung im Zusammenhang mit der hochwertigen denkmalgeschützten Bausubstanz», «Analyse und Beurteilung möglicher Risiken» etc. Sodann empfehlen wir, die Bewertung der Eignungs- und Zuschlagskriterien vollständig zu dokumentieren und in eigenen Worten zu begründen.

Der Vollständigkeit halber verweisen wir schliesslich noch auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung des Kantons Zürich, wonach es bei den Eignungskriterien gemäss § 22 SVO um die finanzielle, wirtschaftliche, fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit geht und eine Skizzenauswahl deshalb kein taugliches Instrument zur Eignungsprüfung darstellt (Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zürich vom 2. November 2000, VB.2000.00122, E. 5.c.bb).