

# KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 6/April 2002

## Submissionsbeschwerden: Aus der neueren Praxis des Verwaltungsgerichts

Seit dem Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen im November 1997 zählen Submissionsbeschwerden zu den häufigsten Verfahrensarten am Verwaltungsgericht. Im Jahr 2001 waren insgesamt 50 derartige Beschwerden zu beurteilen. Davon wurden 21 im Verlauf des Verfahrens zurückgezogen oder gegenstandslos, auf 6 wurde nicht eingetreten, 12 wurden abgewiesen und 11 ganz oder teilweise gutgeheissen. Im Folgenden sollen einige Fragen aus der neueren Praxis des Verwaltungsgerichts herausgegriffen werden.

### Beschwerde gegen eine Vergabe im freihändigen oder im Einladungsverfahren

Schon vor einiger Zeit hatte das Verwaltungsgericht festgehalten, dass auch gegen eine freihändige Vergabe, die ohne formellen Entscheid erfolgt ist, Beschwerde erhoben werden kann. Ein benachteiligter Anbieter kann die Vergabe innert zehn Tagen, nachdem er von ihr Kenntnis erhalten hat, anfechten. In einem kürzlichen Verfahren stellte sich nun die Frage, ob dies auch gilt, wenn der Beschwerdeführer lediglich beanstandet, dass anstelle der freihändigen Vergabe ein Einladungsverfahren hätte stattfinden müssen. Das ist deswegen nicht selbstverständlich, weil der Beschwerdeführer ja auch bei der



Robert Wolf,  
Verwaltungsrichter, Zürich

regulären Durchführung eines Einladungsverfahrens keinen Anspruch gehabt hätte, zur Offerte eingeladen zu werden. Das Gericht entschied nun aber, dass die Beschwerde dennoch zugelassen wird, wenn der Beschwerdeführer «offensichtlich zum Kreis der für eine Einladung in Frage kommenden Anbieter zählt».

### Aufschiebende Wirkung

Keine andere im Verlauf des Beschwerdeverfahrens getroffene Anordnung ist für die Beteiligten von derart grosser Tragweite wie der Entscheid über die aufschiebende Wirkung. Wird der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung gewährt, hat die Vergabebehörde die Möglichkeit, den Vertrag mit dem ausgewählten Anbieter abzuschliessen, und wenn der Vertrag einmal abgeschlossen ist, wird er auch im Fall einer Gutheissung der Beschwerde nicht wieder aufgehoben. Das Gericht stellt dann

## Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Indem KRITERIUM nach seinem Untertitel «Informationen zur Submissionspraxis» geben will, wird das Schwergewicht auf die praktische Anwendung der Submissionsverordnung gelegt. Die im täglichen Leben mit Aufgaben der Vergabe von öffentlichen Aufträgen befassten Personen, seien dies Architektinnen, Ingenieure, Mitglieder aus Schulpflegen, Kirchenpflegen und Gemeinderäten, sind in erster Linie an der Praxis interessiert. Was ist die Praxis? Sie steht im Gegensatz zur Theorie, im Submissionswesen aber oft auch zum Recht. Angestossen durch das GATT-Übereinkommen hat das öffentliche Beschaffungswesen insbesondere mit dem Konkordat dazu eine starke Neigung in Richtung Verrechtlichung erfahren. Anwendung und Auslegung des Rechts sind vorab das Brot der Juristinnen und Juristen. Kommt es zum Streitfall, ist das Verwaltungsgericht als einzige Instanz im Kanton Zürich mit der hoheitlichen Entscheidung betraut. Ein Verwaltungsrichter ist daher besonders berufen, über das Verhältnis von Recht und Praxis gerade im Beschaffungswesen Auskunft zu geben. Lesen Sie dazu den Artikel von Verwaltungsrichter Robert Wolf.

Die in der letzten Nummer erhobene Leserumfrage ist auf ein gutes Echo gestossen und hat fast hundert Antworten bewirkt. Vielen Dank für Ihre Beteiligung. Wir werden Sie in der nächsten Nummer eingehend über das Resultat informieren. Für heute nur soviel, dass nämlich dem Praxisbezug des Inhalts durchwegs eine herausragende Wichtigkeit beigemessen wird. Wir hoffen, dass wir Ihren Erwartungen auf einen guten Praxisbezug des KRITERIUMS auch mit dieser Nummer gerecht werden.

Für das Redaktionsteam  
Fred Hirschi

lediglich noch fest, dass die Vergabe rechtswidrig war.

Für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung müssen einerseits die Erfolgsaussichten der Beschwerde und andererseits die Dringlichkeit der Beschaffung berücksichtigt werden. Das Abwägen zwischen diesen gegensätzlichen Interessenlagen ist oft ausserordentlich heikel. Erschwerend kommt hinzu, dass der Entscheid zumeist in einem frühen Verfahrensstadium getroffen werden muss, in welchem der Beschwerdeführer noch keine Gelegenheit hatte, zu den von der Vergabebehörde mit der Beschwerdeantwort neu vorgebrachten Gründen Stellung zu nehmen.

Eine besondere Situation besteht bei der Vergabe von Leistungen, die ohne Unterbrechung erbracht werden müssen wie z.B. die Kehrtafel einer Gemeinde. In diesen Fällen kann eine Beschwerde ebenfalls aufschiebende Wirkung erhalten; der Behörde ist es dann aber erlaubt, für die Zeit bis zum definitiven Beschwerdeentscheid einen befristeten Auftrag zu vergeben. Sofern das Gericht keine andere Anordnung trifft, kann dieser Auftrag sowohl dem bisherigen Auftragnehmer als auch einem neuen Anbieter, den die Behörde künftig berücksichtigen will, erteilt werden; es darf damit

lediglich der definitive Auftrag nicht präjudiziert werden. Ein Unternehmer, der bisher für die Behörde tätig war und den Zuschlag nun nicht mehr erhalten hat, erreicht also mit einer Beschwerde nicht ohne weiteres, dass sein Auftrag für die Dauer des Verfahrens verlängert wird.

### Aktenbeizug und Akteneinsicht

Zur Beurteilung eines Vergabestreites benötigt das Verwaltungsgericht die wesentlichen Unterlagen der betroffenen Submission. Diese wurden früher oft nur unvollständig eingereicht, weshalb das Gericht seit kurzem der Aufforderung zur Vernehmlassung ein Merkblatt beilegt, das die wichtigsten Unterlagen aufzählt. Dazu gehören insbesondere die Ausschreibung und die an die Interessenten abgegebenen Unterlagen; ferner die Offerten des Beschwerdeführers und des Anbieters, der den Zuschlag erhalten hat, sowie der behördliche Vergabeentscheid und die weiteren Dokumente, die für dessen Begründung von Bedeutung sind.

Ein häufiger Streitpunkt betrifft die Frage, wie weit die Parteien in die von der Behörde eingereichten Akten Einsicht nehmen dürfen. Wegen des vergaberechtlichen Grundsatzes, dass Informationen der Anbieter vertraulich zu behandeln sind, besteht bekanntlich im erstinstanzlichen Verfahren, also während der laufenden Submission, keine Akteneinsicht. Im Beschwerdeverfahren müssen die Beschwerdeführer jedoch die Möglichkeit erhalten, die für den Entscheid massgeblichen Belege einzusehen. Berechtigte Geheimhaltungsinteressen der anderen Beteiligten sind allerdings dennoch zu wahren; als schützenswert kommen z.B. Angaben über interne Produktionsabläufe, detaillierte Kalkulationsgrundlagen oder Qualifikationsprofile von Mitarbeitern in Betracht. Keine Einsicht besteht ferner in verwaltungsinterne Akten, die ausschliesslich der internen Meinungsbildung der Behörde dienen. Die Einsicht muss jedoch gewährt werden, wenn es sich um Unterlagen handelt, welche die massgeblichen Gründe für den Vergabeentscheid enthalten und auf welche die Behörde zur

## Vergabetipps

- Homepage der **KBOB Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes** mit weiteren Links (u.a. zur Rekurskommission aber auch zu Vorlagen der KBOB und Merkblättern): **www.kbob.ch**.

- Auch die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz hat nunmehr eine Homepage: **www.bpuk.ch**.

- Informationen über die Schweizerische Vereinigung für öffentliches Beschaffungswesen sind im Internet unter **www.svoeb.ch** zu finden.

Begründung des Entscheids verweist. Sonst erhielten die Parteien des Beschwerdeverfahrens keine nachvollziehbare Begründung der Vergabe.

### Prozesskosten beim Rückzug einer Beschwerde

Wer eine Beschwerde erhebt und sie später wieder zurückzieht, muss grundsätzlich für die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufkommen und unter Umständen auch eine Entschädigung an die Gegenpartei bezahlen. In Submissionsstreitigkeiten besteht jedoch die Besonderheit, dass der unterlegene Anbieter oft erst im Beschwerdeverfahren – nämlich mit der Beschwerdeantwort der Behörde – eine aussagekräftige Begründung für den Vergabeentscheid erhält. Wenn der Anbieter aber Beschwerde erheben muss, um überhaupt zu erfahren, weshalb sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, stellt sich die berechnete Frage, ob er dennoch zur Zahlung von Verfahrenskosten verpflichtet ist.

In Anbetracht dieser Situation ist das Verwaltungsgericht letztes Jahr dazu übergegangen, bei Beschwerden, die im Anschluss an die Beschwerdeantwort der Vergabebehörde zurückgezogen werden, in der Regel auf den Bezug der Verfahrenskosten zu verzichten. Auf diese Praxis, welche es den Beschwerdeführenden ermöglicht, die Beschwerde

## Vergabetipps

- **SIMAP.CH:** Der Kanton Zürich hat am 30. Oktober 2001 den Beitritt zu diesem Projekt einer gesamtschweizerischen Internet-Plattform im Bereich der öffentlichen Beschaffungen erklärt. KRITERIUM wird über SIMAP.CH noch berichten.

- **IVTH:** Nach dem unbenützten Ablauf der Referendumsfrist ist nun auch der Kanton Zürich der «Interkantonalen Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse, IVTH» beigetreten.

- **Beschaffungen des Bundes:** Alles Wissenswerte über Beschaffungen des Bundes findet sich auf **www.admin.ch/beschaffungen/d/ausschreibung.htm**

**Frühere Nummern des KRITERIUMS** sind weiterhin bei der im Impressum genannten Bezugsquelle kostenlos erhältlich!

**Schwerpunkte** der Nummern:

- 1 Zuschlagskriterien (Nachdruck)
- 2 Angebote
- 3 Freihändiges Verfahren
- 4 Nachhaltigkeitskriterien
- 5 Dienstleistungsaufträge

kostenlos zurückzuziehen, wenn sie erst im Beschwerdeverfahren über die Gründe des Entscheids informiert wurden, wird bei der Zustellung der Beschwerdeantwort ausdrücklich hingewiesen. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung gelten jedoch nach wie vor strengere Voraussetzungen.

#### Für juristisch Interessierte:

Zur Beschwerde gegen eine Vergabe im freihändigen oder im Einladungsverfahren vgl. die Entscheide RB 2000 Nr. 62 = BEZ 2000 Nr. 26 (VB.1999.00106) und BEZ 2001 Nr. 55 (VB.2001.00116).

Entscheide über die aufschiebende Wirkung und die Akteneinsicht werden zumeist in Präsidialverfügungen mit bloss summarischer Begründung getroffen. Ausführliche Erwägungen zu diesen Themen finden sich nur in wenigen Fällen; vgl. zur aufschiebenden Wirkung die Entscheide BEZ 1999 Nr. 9 (VB.1998.00319) und BEZ 2001 Nr. 39 (VB.2001.00160), zur Akteneinsicht BEZ 2001 Nr. 56 (VB.2001.00095).

Zur Frage der Prozesskosten vgl. die ursprüngliche, etwas strengere Praxis des Verwaltungsgerichts, die für die Zusprechung einer Parteientschädigung weiterhin gilt, in RB 2000 Nr. 71 = BEZ 2000 Nr. 45 (VB.2000.00101).

Die genannten Entscheide, die seit Anfang 2000 ergangen sind, finden sich auch in der Internet-Datenbank des Verwaltungsgerichts unter [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch).

Robert Wolf,  
Verwaltungsrichter, Zürich

# Vergabe von Versicherungsdienstleistungen



Dr. Beat Lanter, Versicherungsverantwortlicher des Kantons Zürich

Versicherungen wie auch damit zusammenhängende Broker- oder Maklermandate sind Dienstleistungen, die dem Submissionsrecht unterstehen. Über das Vorgehen bestehen oft Unklarheiten. Das hängt mit der fehlenden Erfahrung zusammen. Zwar wurden in der Regel schon früher für grössere Verträge mehrere Offerten eingeholt. Aber das war namentlich bei komplexeren Versicherungsbedürfnissen mit einlässlichen Gesprächen über die konkrete Risikosituation und die optimale Versicherungslösung verbunden. Jetzt ist das Verfahren zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Anbieter grundsätzlich schriftlich. Das eingereichte Angebot darf nicht mehr geändert werden, und Verhandlungen über Änderungen des Leistungsinhaltes sind unzulässig (§ 24 Abs. 1 und § 29 der Submissionsverordnung [SVO]). Dessen sind sich auch die Anbieter oft nicht bewusst, weil ihnen der Umgang mit diesem formalisierten Verfahren nicht geläufig ist. Weitere Fragen erge-

ben sich, wenn bei der Vergabe ein Makler oder Broker mitwirkt. Im Folgenden sollen deshalb einige Aspekte des Submissionsrechts in ihrer besonderen Bedeutung für die Vergabe von Versicherungs- und Maklerdienstleistungen dargestellt werden.

## Schwellenwerte

Bei Versicherungen mit einer Einmalprämie, beispielsweise bei einer Bauwesen- und Bauherrenhaftpflichtversicherung für ein bestimmtes Vorhaben, gilt der normale Schwellenwert gemäss § 8 SVO (vgl. Kasten). Häufiger sind Versicherungen mit wiederkehrender Prämie. Bei einer Versicherungsdauer von mehr als einem Jahr verlängert sich diese gemäss den üblichen AVB nach Ablauf ohne weiteres, sofern keine Kündigung erfolgt. Das bedeutet, dass Versicherungsverträge grundsätzlich für unbestimmte Zeit abgeschlossen werden, so dass gemäss § 6 Abs. 3 lit. b SVO die vierfache Jahresprämie für den Schwellenwert massgebend ist.

Analog verhält es sich mit den Brokermandaten, die ebenfalls als einmalige Leistung oder als Dauerauftrag vergeben werden können. Dabei handelt es sich um eine eigenständige Dienstleistung, weshalb das Prämienvolumen der vermittelten oder verwalteten Versicherungspolice unerheblich ist. Auftraggeber ist der Versicherungsnehmer, auch wenn sich der Broker durch Courtagen der Versiche-

Schwellenwerte		
	Verträge für eine einmalige, in sich geschlossene Leistung	Verträge für eine kontinuierlichen Leistung über eine unbestimmte Zeit
Freihändiges Verfahren	Gesamtpreis unter Fr 50'000.-	Jahresprämie unter Fr. 12'500.-
Einladungsverfahren	Gesamtpreis unter Fr. 248'950.-	Jahresprämie unter Fr. 62'237.50
Offenes oder selektives Verfahren	bei höheren Werten	bei höheren Werten

rungsgesellschaft (die letztlich via Prämienkalkulation doch dem Versicherungsnehmer belastet werden) bezahlen lässt. Man darf vom Broker verlangen, dass er darüber offen informiert. Auch wenn der Versicherungsnehmer dem Broker (direkt) nichts bezahlt, hat das Broker- oder Maklermandat auf jeden Fall einen Wert, und dieser ist für die Vergabe (Schwellenwert) massgebend.

### **Paket- bzw. Losbildung**

Werden mehrere gleichartige Dienstleistungsaufträge vergeben oder wird eine Dienstleistung in mehrere gleichartige Einzelaufträge unterteilt, ist gemäss § 6 Abs. 1 SVO für die Verfahrenswahl der Gesamtwert und nicht der Wert des einzelnen Auftrages massgebend. Was heisst «gleichartig» bei Versicherungen? Zum vorneherein nicht mitgerechnet werden Versicherungen, bei denen der Versicherer nicht frei gewählt werden kann (Gebäudeversicherung, der SUVA unterstellte Verwaltungsbereiche). Wenn bei den andern Versicherungen die Absicht besteht, das ganze Paket einem einzigen Versicherer zu übergeben und dementsprechend eine Offerte für das ganze Paket eingeholt wird, ist der Gesamtwert für die Ermittlung der Schwellenwerte massgebend. Im Übrigen sind beispielsweise eine Betriebshaftpflichtversicherung und eine Mobiliar- oder Betriebsunterbruchversicherung so verschiedener Natur, dass nicht von gleichartigen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von § 6 SVO gesprochen werden kann. Aufteilungen (Losbildungen) müssen aber auf jeden Fall sachlich begründet sein. So wäre es problematisch, wenn eine Gemeinde für jeden Verwaltungsbereich eine eigene Betriebshaftpflichtversicherung abschliessen würde, bzw. für die Wahl des Verfahrens müsste trotzdem auf das Prämientotal aller Betriebshaftpflichtversicherungen abgestellt werden. Anders ist es bei separaten Policen für grössere Gemeindebetriebe, die durch die üblichen Standardversicherungspolicen für Gemeindeverwaltungen nicht abgedeckt sind. Im Übrigen ist es auch versicherungstechnisch (für die Prämienfestsetzung) von Vorteil, wenn die Versicherung

gleichartiger Risiken zusammen vergeben wird.

### **Problem der Vorbefassung**

Wie eingangs erwähnt, können die Risikobeschreibung und die dafür optimale Versicherungslösung nicht mehr im Dialog mit einigen Anbietern erarbeitet werden. Der Gegenstand der Ausschreibung muss so klar umschrieben sein, dass alle Anbieter über die nötigen Informationen für die Ausarbeitung der Offerte verfügen. Zumindest wenn es nicht nur um einen einfachen Standardvertrag geht und der Versicherungsnehmer nicht vertiefte Kenntnisse im Versicherungswesen besitzt, ist der Beizug eines ausgewiesenen Be-

#### **Brokermandat**

Das Typische Brokermandat geht über die Vermittlung von Versicherungen (Maklervertrag) hinaus. Es beginnt mit einer Analyse der Risiken und der Erarbeitung eines Konzepts, wie sie vermindert, welche selber getragen und wie die verbleibenden optimal versichert werden können. Daraus ergibt sich die Leistungsumschreibung (Pflichtenheft) für die Submission. Nachher sorgt der Broker für die laufende Anpassung der getroffenen Lösung an veränderte Bedürfnisse und Marktverhältnisse. Bezahlt wird er meist durch die Versicherer in Prozenten der Prämien, und zwar während der ganzen Laufzeit der Verträge.

raters angezeigt. Es muss hier der immer wieder anzutreffenden Meinung entgegengetreten werden, man könne den Versicherern beliebige Vorgaben machen, es sei alles nur eine Frage des Preises. Wer so vorgeht, muss damit rechnen, dass ihm entweder nur Standardprodukte angeboten werden, die berechnete und an sich erfüllbare Anliegen unberücksichtigt lassen, oder aber dass gerade die kompetentesten Versicherer gar nicht offerieren.

Wenn für die Vorbereitung einer Ausschreibung die Hilfe einer Versicherungsgesellschaft oder eines Brokers in Anspruch genommen wird, ist zu bedenken, dass dieser Berater nachher in der Regel nicht selber anbieten kann. Gemäss § 18 Abs. 4 SVO sind mögliche Anbieter, die

Beiträge an die Vorbereitung der Ausschreibung geleistet haben, vom nachfolgenden Verfahren ausgeschlossen, wenn aufgrund ihres Wissensvorsprungs die Gleichbehandlung der Anbieter nicht mehr gewährleistet ist. Dies gilt insbesondere für Firmen, die das Konzept, das Pflichtenheft erarbeitet haben.

Dies kann namentlich für Brokermandate zutreffen. Wenn der Auftraggeber in Betracht zieht, dem Broker, der ihm das Versicherungskonzept erarbeitet, nachher auch dessen Umsetzung und die Betreuung des Portefeuilles zu übertragen, soll er den ganzen Auftrag (im Verfahren gemäss Gesamtwert) ausschreiben, aber zuerst einmal nur einen Vertrag für den Beratungsteil abschliessen. Dieses Recht sollte man sich in der Ausschreibung vorbehalten. Überzeugt dann der Broker bei der Konzepterarbeitung, kann der Brokervertrag ohne weiteres auf den Verwaltungsteil ausgedehnt werden. Überzeugt er nicht, kann der Auftraggeber für diesen Teil eine neue Submission durchführen.

### **Der Beizug eines Vertreters entbindet nicht von den Submissionsvorschriften**

Wenn ein Broker mit dem Abschluss von Versicherungsverträgen betraut wird, ist er als Vertreter seines Kunden an die gleichen submissionsrechtlichen Vorschriften gebunden. Der Broker bereitet den Vertragsabschluss zwar vor, doch bleibt der Kunde – der Versicherungsnehmer – für die Einhaltung der Submissionsvorschriften verantwortlich.

*Dr. Beat Lanter  
Versicherungsverantwortlicher  
des Kanton Zürich*

### **Impressum**

#### **Redaktion:**

Markus Burkhard, Stadt Bülach  
Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich  
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich  
Daniela Lutz, Stadt Winterthur  
René Manz, Stadt Zürich

#### **Bezug:**

Kantonale Drucksachen- und  
Materialzentrale KDMZ  
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich  
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77  
E-Mail: fjidolin.kern@kdmz.zh.ch