

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 41 / Dezember 2016

Vergabe von Makler- und Versicherungsdienstleistungen



Hans R. Schibli, Dr. iur., Rechtsanwalt, Baden und Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Ersatzrichter am Versicherungsgericht des Kantons Aargau

Geltungsbereich Vergaberecht

Versicherungen sind Dienstleistungen – diese fallen grundsätzlich unter das Vergaberecht (Art. 6 Abs. 1 und 2 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB). Geht es um den Abschluss einer Haftpflichtversicherung für eine kleine Gemeinde, so fällt dieser zwar grundsätzlich unter das Vergaberecht, kann aber wegen des geringen Auftragswerts (unter Fr. 150'000) im freihändigen Verfahren vergeben werden (Schwellenwerte gemäss Anhang 2 der IVöB). Geht es jedoch um die Haftpflichtversicherung eines öffentlichrechtlichen Spitals, so dürfte der Auftragswert in der Regel den Schwellenwert von Fr. 150'000 erreichen, womit ein freihändiges Verfahren nicht mehr möglich ist. Eine nähere Prüfung der ver-

gaberechtlichen Situation kann auch in folgenden Fällen bereits notwendig sein: Beim Abschluss einer Unfallversicherung für eine (Schul-)Gemeinde mit rund 30 Angestellten oder beim Abschluss einer Sachversicherung mit zu versichernden Werten ab rund 10 Mio. Franken bzw. beim Abschluss einer Motorfahrzeugversicherung für über 25 Fahrzeuge. Um den vergaberechtlich relevanten Betrag zu berechnen, ist dabei jeweils der Gesamtwert des Auftrags zu berechnen. Versicherungsverträge haben oft mehrjährige Laufzeiten. Für solche Verträge ist somit nicht nur auf die jährliche Prämie abzustellen, sondern auf den Gesamtwert der Police. So ergibt sich bei einer Jahresprämie von Fr. 40'000 und einer Laufzeit von fünf Jahren z. B. ein vergaberechtlich relevanter Betrag von Fr. 200'000, womit eine freihändige Vergabe nicht mehr möglich ist. Bei Versicherungsverträgen mit unbestimmter Laufzeit berechnet sich der Wert, indem die jährliche Prämie mit dem Faktor 4 multipliziert wird (§ 4 Abs. 3 Submissionsverordnung, SVO). Eine ähnliche Regelung ist auch in der derzeit vorgeschlagenen Revision der IVöB vorgesehen: der Wert bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit wird wie folgt errechnet: Wert der monatlichen Vergütung x 48 (Art. 17 Abs. 6 der Vernehmlassungsvorlage zur Revision der IVöB [E-IVöB, einsehbar unter www.bpuk.ch]).

Geht es nicht direkt um die Vergabe von Versicherungen, sondern um die Vergabe eines Maklerauftrages, so ist die freihändige Vergabe dann nicht möglich, wenn die geschätzte Entschädigung des

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

In diesen Tagen flattern wieder die Rechnungen für die unterschiedlichsten Versicherungen für das nächste Jahr in unsere Briefkästen. Nicht nur wir Privatpersonen, auch die öffentlichen Institutionen müssen sich in regelmässigen Abständen mit den Inhalten und Preisen ihrer Versicherungen auseinandersetzen. Da es sich bei Versicherungspolice um Dienstleistungsverträge handelt, unterliegen diese dem Submissionsrecht und müssen in regelmässigen Abständen ausgeschrieben werden.

Der Autor des vorliegenden Artikels, Rechtsanwalt Dr. Hans Schibli, beleuchtet in seinem Beitrag die verschiedenen spezifischen Aspekte, die bei Vergaben von Versicherungs- und Maklerverträgen zu beachten sind. Auch führt er diverse Gerichtsentscheide auf, die im Zusammenhang mit der Submission von derartigen Dienstleistungsverträgen zu Problemen geführt haben. Der Artikel kann als guter Leitfaden bei der nächsten Ausschreibung von solchen Vergaben benutzt werden. Und dies betrifft sowohl grössere als auch kleinere Verwaltungseinheiten. Oftmals schreiben kleinere Gemeinden ihr gesamtes Versicherungsportfolio neu aus. Diese Zusammenfassung von verschiedenen Versicherungen kann dazu führen, dass der Auftrag in einem höherrangigen Verfahren durchgeführt werden muss.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe mit zwei aktuellen Urteilen des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, die auch im Zusammenhang mit Versicherungsdienstleistungsverträgen stehen. Zudem enthält sie Hinweise auf Vertragsvorlagen der SIK, die bei der Beschaffung von IT-Dienstleistungen hilfreich sein können, und auf das Weiterbildungsangebot der KöB im Jahr 2017.

Liebe Leserinnen und Leser, das Redaktionsteam wünscht Ihnen schöne Feiertage und ein gesundes, neues Jahr, in dem Sie keine Versicherungsleistung beanspruchen müssen.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler,
Gemeinde Thalheim an der Thur

Versicherungsmaklers (auch «Broker» genannt) Fr. 150'000 oder höher ist.

Möglichkeiten für kleinere Gemeinden

Eine kleinere Gemeinde hat grundsätzlich folgende Ausgangslage: Sie fällt unter das Vergaberecht und ist daher an dessen allgemeine Grundsätze gebunden. Die Gemeinde muss aber nicht öffentlich ausschreiben, wenn sie die massgebenden Schwellenwerte nicht erreicht. Sie kann daher die einzelnen Versicherungen (UVG, Haftpflicht- oder Sachversicherung) freihändig vergeben (Variante 1). Bei dieser freihändigen Vergabe muss sie aber darauf achten, dass sie nicht submissionsfremde Kriterien («der Versicherungsvertreter wohnt im Dorf») anwendet, sondern sich an die Grundsätze des Vergaberechts hält. – Die Gemeinde kann andererseits aber auch alle Versicherungen gesamthaft beschaffen oder eine einzelne Versicherungsdeckung beschaffen (z.B. UVG), mit der Option auf Folgeaufträge (Variante 2). Bei dieser Variante ist für die Berechnung des Auftragswertes auf den Gesamtwert aller (auch der optionalen) Aufträge abzustellen. Dies kann zur Folge haben, dass die Ausschreibung nicht mehr freihändig erfolgen darf.

Grundprinzipien massgebend

Unabhängig von dem gewählten Vergabeverfahren – die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts sind immer zu beachten! Dazu gehören zum Beispiel die Sicherstellung des wirksamen Wettbewerbs, die Gleichbehandlung der Anbietenden sowie die übrigen in Art. 11 IVöB genannten Grundsätze (Verzicht auf Abgebotsrunden, Beachtung von Ausstandsregeln, Vertraulichkeit der Informationen, Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen durch die Anbietenden, Gleichbehandlung von Frau und Mann). Des Weiteren hat die Vergabestelle dafür zu sorgen, dass die öffentlichen Mittel wirtschaftlich verwendet werden (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB). Dieses Ziel des Vergaberechts stellt sicher, dass die freihändige Vergabe nicht an einen Versicherer erfolgt, der die gleichen Leistungen zu einem höheren Preis anbietet.

Besonderheiten bei der Versicherungs-Beschaffung

Im Verhältnis zu anderen langfristigen Aufträgen (Kehrrichtabfuhr, Telefondienstleistungen, Ingenieurleistungen für Gemeinde, Datenbanknutzungen, Hauswartungen) können bei Versicherungsverträgen die Zahlung der Prämie und das Erbringen der eingekauften Leistung (der Versicherungsschutz) zeitlich weit auseinanderfallen. Es stellt sich die Frage, ob und inwiefern dies vergaberechtlich von Bedeutung ist. Dies insbesondere deshalb, weil die Kündigung der Versicherung im Zeitpunkt der Leistungserbringung in der Regel nicht mehr zielführend ist. Eine neue Versicherung kann für das schadensstiftende Ereignis nachträglich nicht mehr abgeschlossen werden. Es ist daher umso wichtiger, dass bereits beim Abschluss auf die korrekte Versicherungsdeckung geachtet wird. Dies wirkt sich selbstverständlich auch auf die Submission aus. Der Versicherungseinkäufer (Vergabestelle) muss bereits in der Vergabephase genau definieren, was zwingend gedeckt sein muss und in welchen Bereichen sich die verschiedenen Versicherungslösungen unterscheiden können bzw. dürfen.

Maximale Laufzeit

Ein weiteres Thema, welches bereits im Zusammenhang mit der Berechnung des Gesamtwertes angesprochen wurde (und welches bereits im Kriterium Nr. 24 behandelt wurde), betrifft die Laufzeit. Insbesondere bei Versicherungsverträgen werden oft längere Laufzeiten vereinbart. Gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich muss die Laufzeit im Voraus beschränkt werden (unter anderem Urteil VB.2015.00395 vom 17. September 2015, E. 2.4). Kürzlich hat dieses Gericht eine Versicherungsvertragsdauer von vier Jahren, mit der zweimaligen Option der Verlängerung um je ein Jahr gerade noch als sachgerecht beurteilt (Urteil VB.2015.00395 vom 17. September 2015, E. 2.4, vgl. auch § 13 Abs. 1 lit. c SVO). Die Vernehmlassungsvorlage zur Revision der IVöB sieht eine maximale Vertragsdauer von vier Jahren vor (Art. 17 Abs. 6 E-IVöB, vgl. erläuternder Bericht S. 22, Ausführungen zu Art. 17 Abs. 5).

Ausnahme bei freihändiger Vergabe

Für die Vergabestelle von Interesse ist, wann sie ausnahmsweise freihändig vergeben kann. Im Folgenden wird deshalb auf einzelne Ausnahmen für die freihändige Vergabe (§ 10 Abs. 1 SVO) eingegangen:

- Dass keine Angebote eingehen (lit. a), ist kaum denkbar, da es sehr viele Anbieter von Versicherungen gibt.
- Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass bei Versicherungen nur abgestimmte Angebote eingehen (lit. b), da Versicherungsbedingungen oft relativ ähnlich sind. Der Schein trügt jedoch, da sich einzelne Versicherungen in den Leistungen und Preisen doch wesentlich unterscheiden.
- Dass nur ein Anbieter in Frage kommt (lit. c): Dieser Fall ist bei Spezialversicherungsprodukten (z. B. Versicherung von grösseren Kunstobjekten; Versicherungsschutz für Spezialbranchen) unter Umständen denkbar. Dieser Sachverhalt darf jedoch nicht leichtthin angenommen werden, sondern muss sich aufgrund einer kürzlich durchgeführten Submission oder aus einer durchgeführten Marktanalyse klar ergeben können.
- Dringlichkeit (lit. d): Diese darf nur angenommen werden, wenn die beschaffende Organisation an der Verspätung (bzw. an der Dringlichkeit) kein Verschulden trifft (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 06 91 vom 7. November 2006, E. 4, vom Bundesgericht nicht zu entscheiden [Urteil 2P.329/2006 vom 15. Juni 2007, E. B und 4.1]). Es ist somit nicht zulässig, die Beschaffung einer neuen obligatorischen Versicherung soweit hinauszuschieben, bis – aufgrund der Zeitverhältnisse – nur noch eine freihändige Beschaffung möglich ist.

Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, technische Spezifikationen

Kann der Auftrag nicht freihändig vergeben werden, so stellt sich die Frage, wie im Rahmen der Ausschreibung sichergestellt werden

kann, dass man die benötigte Risikodeckung effektiv erhält. Versicherungsbedingungen sind oft sehr komplex und die Versicherungspolice werden dennoch wie ein Massenprodukt vermarktet. Traditionellerweise spielt aufgrund letzterer Tatsache (Vermarktung als Massenprodukt) der Preis eine wesentliche Rolle als Zuschlagskriterium. Gleichzeitig ist aber zu bemerken, dass sich Versicherungslösungen und die Dienstleistungen der Versicherungsgesellschaften (insbesondere bzw. auch im Schadenfall) z. T. stark voneinander unterscheiden – sowohl in qualitativer Hinsicht (Höhe der Leistungen) als auch in quantitativer Hinsicht (Art der Leistungserbringung, Nebenleistungen). Auch diesen Kriterien soll und darf als Zuschlagskriterien Rechnung getragen werden. Ein weiteres für die Wahl der Versicherung wesentliches Kriterium – deren Zahlungsfähigkeit – wird in der Regel faktisch durch die Kontrolle der Finanzmarktaufsicht übernommen und kann aber auch als Eignungskriterium (Bonität, Zahlungsfähigkeit) berücksichtigt werden. Weitere mögliche Eignungskriterien für Versicherungsausschreibungen sind: «Schadeninspektor innert x Std. am Schadenort» oder «Schadenabwicklung in der Sprache der Ausschreibung». Sowohl Eignungs- als auch Zuschlagskriterien dienen aber nicht dem Zweck, die gewünschte notwendige Versicherungsdeckung zu erhalten. Mit anderen Worten: Wenn die Vergabestelle eine Sachversicherung gegen die Risiken Diebstahl, Wasser und Feuer, einem Selbstbehalt von Fr. 100 und einer speziellen Zusatzdeckung braucht, so bringt es ihr nichts, wenn sie den Selbstbehalt oder die Deckungen als Zuschlagskriterium in der Ausschreibung aufführt. Wenn dann ein Anbieter eine sehr günstige Versicherung mit Fr. 1000 anbietet, so kann dieses Angebot wegen des zwingendermassen anzuwendenden Preiskriteriums die Ausschreibung gewinnen, obwohl die Vergabestelle nicht die Deckung hat, welche sie bräuchte. Die Lösung für dieses Problem liegt bei der Definition der technischen Spezifikationen. Diese sind durch die Vergabestelle zu bestimmen (§ 16 SVO). Bei Versicherungsverträgen sind die technischen Spezifikationen die Versicherungsbedingungen. Die Vergabestelle kann hier klare Vorgaben machen. Sie

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2017 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Submissionen im öffentlichen Beschaffungswesen (Grundlagen)

2 x ½ Tag (jeweils 08.30-12.00 Uhr)

Daten: **Montag, 29.05.2017 und Donnerstag, 1.06.2017**
Montag, 25.09.2017 und Donnerstag, 28.09.2017

Referent: Stefan Kühnis, Rechtsanwalt

Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen (Vertiefungsseminar Bereich Bau)

½ Tag (08.30-12.00 Uhr)

Datum: **Donnerstag, 22.06.2017**

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.lernwelt.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.--. Die Anmeldung erfolgt sowohl für Interne als auch für Externe online über die Plattform www.lernwelt.zh.ch.

hat im Voraus klar zu definieren, welche Deckungen als Mindestanforderungen gelten und welche Deckungsbausteine allenfalls zusätzlich noch wünschbar sind. In Bezug auf die Killerkriterien ist bereits bei der Ausschreibung sicherzustellen, dass diese deutlich als wesentliche Anforderungen (Mindestanforderungen) an das Versicherungsprodukt markiert werden. Es muss erwähnt werden, dass bei Nichterfüllung dieser Mindestanforderungen der Anbieter gleich wie bei der Nichterfüllung von Eignungskriterien ausgeschlossen wird. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat solche Mindestanforderungen ebenfalls als zulässig erklärt (Urteil VB.1999.00015 vom 17. Februar 2000; E. 6b, vgl. auch Handbuch für Vergabestellen, Merkblatt S. 8–15). Massgebend ist, ob diese Mindestanforderungen für die Vergabestelle so wesentlich sind, dass sie ohne diese Eigenschaften den Vertrag nicht abschliessen will. Sie hat diesbezüglich eine bestimmte Handlungsfreiheit: ein Produktmerkmal kann eine Mindestanforderung darstellen, kann aber auch als Zuschlagskriterium formuliert werden. Wesentlich ist, dass die Mindestanforderungen

nicht derart spezifisch gemacht werden, dass nur das Produkt eines Herstellers in Frage kommt. Solch unnötig detaillierte Vorgaben, welche z. B. auf die Bedürfnisse des bisherigen Auftragnehmers ausgerichtet werden, sind nicht zulässig (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2005.00200 vom 25. Januar 2006; zu den Ausnahmen von dieser Vorschrift durch die Formulierung «oder gleichwertig» vgl. nachfolgend).

Um die Schwierigkeiten bei der Beschaffung des komplexen Produktes «Versicherung» bewältigen zu können, muss bei der Ausschreibung auch ein pragmatischer Weg beschreibbar sein. Es kann nicht sein, dass bei jeder Ausschreibung eine Versicherungs- und eine Submissionsfachperson beigezogen werden muss. Aus diesem Grund kann es sinnvoll sein, im Rahmen der Ausschreibung einer Versicherung bei der bisherigen Police diejenigen Teile zu markieren, welche zwingend vorhanden sein müssen, und dabei in der Ausschreibung zu erwähnen, dass auch «gleichwertige» Lösungen zugelassen werden. Dieser Zusatz

ist zwingend (§ 16 Abs. 2 SVO). Die Anbieter haben die Gleichwertigkeit ihrer Spezifikationen dann darzulegen. Die Vergabestelle darf bei der Bewertung der Versicherungspolice und -leistungen aber nicht einfach dem ihr «bekannteren» Versicherungsmodell den Vorzug geben, sondern hat die verschiedenen Angebote kritisch zu würdigen.

Praxis zu Zuschlagskriterien

Da insbesondere die Zuschlagskriterien immer wieder zu Fragen Anlass geben, wird im Folgenden die neuste Rechtspraxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich im Hinblick auf diese Kriterien dargestellt:

- Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums «Entschädigungs- und Courtagenverrechnungsmodell» für die Suche nach einem Broker: Die ausschreibende Stelle hat nach einem verbindlichen Entschädigungsmodell gefragt. Nicht der Preis selber, sondern die Preisgestaltung wurde bewertet. Gemäss Verwaltungsgericht ist es bei dieser Ausgangslage nicht zulässig, pauschale Angebote grundsätzlich besser zu stellen als Angebote auf Basis von Stundenansätzen. Jedoch ist im Einzelfall zu prüfen, welches Entschädigungsmodell für die Vergabestelle verbindlich und klar genug ist (Planbarkeit der Kosten). Alleine die erschwerte Vergleichbarkeit verschiedener Angebote darf den Anbietenden nicht zum Nachteil gereichen (Urteil VB.2013.00806 vom 7. Februar 2014, E. 3.2; mit weiteren Verweisen)
- Unzulässigkeit der vorgesehenen Preisbewertung (Urteil VB.2015.00757 vom 17. März 2016, E. 3.4.4): Das Verwaltungsgericht entschied in diesem Fall, dass die vorgesehene Preisbewertung wegen der unterschiedlichen in der Realität existierenden Preismodelle für die Entschädigung der Broker unzulässig sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei dieser Tatsache nicht genügend Rechnung getragen worden, was zur Unmöglichkeit der Berechnung einer Preisspanne und damit zur Unmöglichkeit einer korrekten Preisbewertung geführt habe. Entsprechend hat das Verwaltungsgericht das vorgesehene

Bewertungsmodell als nicht zulässig erklärt.

- Zuschlagskriterium Preis: Sofern die Bewertung der Angebote nicht der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Gewichtung der Zuschlagskriterien entspricht, so ist das Transparenzgebot verletzt. Dies führt zur Aufhebung des Entscheids (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, E.4.4.).
- Zuschlagskriterium «Namensnennung von Mitarbeitenden»: Es ist zulässig, bei Nichtnennung der geforderten Namen von Mitarbeitenden (als Zuschlagskriterium) keine Punkte zu verteilen (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, E. 6.1).
- Zuschlagskriterium «Schadenabwicklung»: Es ist zulässig, bei der Bewertung des Kriteriums «Schadenabwicklung» darauf abzustellen, ob ein Anbieter die Schadenabwicklung im Text detaillierter ausführt oder lediglich mit einem Satz die Sache abhandelt (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, E. 6.2).
- Zuschlagskriterium Preis 40%, Dienstleistungen 40%: Bei der Beschaffung von UVG-Versicherungsleistungen wurde die Gewichtung des Preises mit 40% und der «Dienstleistungen» mit ebenfalls 40% als zulässig erachtet (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, z. T. E. 3 und E. 7.3).
- Zuschlagskriterium Preis: Die Preisbewertung nach der Formel $\text{Tiefstes Angebot} / \text{Beurteiltes Angebot} \times \text{Maximalpunktzahl} \times \text{Gewichtung}$ ist nicht zulässig, da nach dieser Formel das Angebot, welches doppelt so teuer ist wie das günstigste Angebot, immer noch die Hälfte der Maximalpunktzahl erhalte. Zudem fallen Preisunterschiede umso weniger ins Gewicht, je weiter der beurteilte Preis vom günstigsten entfernt ist. Dadurch werden sehr teure Angebote vergleichsweise günstiger beurteilt. Durch eine solche flache Preiskurve wird daher nicht gewährleistet, dass die Preisbewertung das vorgesehene Gewicht von 40% erhält (wie im zu beurteilenden Fall; Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, E. 7.4).
- Zulässigkeit Preisspanne/Bandbreite: Verwendung der effektiven

Preisspanne war nicht zu beanstanden (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015).

- Preisspanne: Die Festlegung der Preisspanne hat eine massgebende Auswirkung auf die Bewertung der Preise. Wird die Preisspanne nachträglich festgelegt, sind strengere Anforderungen an deren Begründung zu stellen (Urteil VB.2015.00757 vom 17. März 2016, E. 3.4.2). Bei ungewöhnlichen Preisspannen (besonders weite oder besonders enge) trifft die Vergabestelle eine weitergehende Begründungspflicht (E. 3.4.2).
- Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums «flexible Prämienanpassung»: Die jährlich flexible Anpassung der Prämien auf der Basis des jeweiligen Schadenrendements wurde als zulässiges Zuschlagskriterium erachtet – es sei nicht «zu flexibel» (Urteil VB.2015.00395 vom 17. September 2015, E. 2.6.1).

Schlussbemerkungen

Zusammenfassend – Versicherungen sind komplexe Produkte, welche im Massenverfahren verkauft werden. Die Leistungen der Versicherungen erfolgen oft erst Monate bzw. sogar Jahre nach Vertragsabschluss. Entsprechend ist bereits beim Aufgleisen der Vergabe ein hohes Mass an Sorgfalt anzuwenden. Für diese spannende Aufgabe wünsche ich allen Vergabestellen viel Erfolg!

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

Internet: 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

I. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle führte ein offenes Submissionsverfahren betreffend Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung und der Zusatz-Unfallversicherung ab dem 1. Januar 2016 durch. Innert Frist gingen fünf Angebote ein. Die Vergabestelle vergab die ausgeschriebenen Leistungen anteilig zu 45% an die Versicherung C, zu 30% an die Versicherung D und zu 25% an die Versicherung A. Gleichzeitig wurde die Führung von Police und Schadenabwicklung an die Versicherung C vergeben. Gegen die Vergabe reichte die Versicherung A Beschwerde ein und beanstandete das Bewertungssystem bezüglich der Gewichtung der Zuschlagskriterien, der angewandten Preisbewertungsformel sowie in mehrfacher Hinsicht die Bewertung ihres Angebots im Zuschlagskriterium Dienstleistung.

2. Bewertung der Angebote entspricht nicht der in den Ausschreibungsunterlagen bekannten Gewichtung

Das Gericht führte zum Vorwurf des mangelhaften Bewertungssystems aus, der Vergabestelle stehe beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Die Vergabestelle habe aber im Sinne

von Art. 1 Abs. 3 lit. b und c IVöB bei der Beurteilung die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbietenden zu beachten. Diese würden verlangen, dass die Bewertung der Angebote gemäss einem generell-abstrakten Schema vorgenommen werde, das den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien entspreche, die Kriterien der Punkteverteilung im Einzelnen umfassend und nachvollziehbar regle sowie auf alle Angebote gleich angewandt werde. Der Beurteilungsspielraum lasse daher nicht zu, von der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Gewichtung abzuweichen. Die Bewertung müsse der Gewichtung der Kriterien Rechnung tragen, damit das vorgegebene Gewicht überhaupt zum Tragen komme.

Vorliegend habe die Vergabestelle zwar die bekanntgegebene Gewichtung in der Bewertungsmethode angewendet. Sie habe aber bei gleich zu gewichtenden Kriterien unterschiedliche Maximalpunktzahlen festgelegt und die erreichten Punkte zusätzlich gewichtet, weshalb das Ergebnis gerade nicht mehr der bekanntgegebenen Gewichtung entspreche. Damit liege eine Verletzung des submissionsrechtlichen Transparenzgebots vor. Da die Vergabestelle nicht habe darlegen können, dass die

Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht habe beeinflussen können, sei der angefochtene Entscheid aufzuheben.

3. Fehlerhafte Anwendung der Preisbewertungsformel

Das Gericht stellte fest, dass die Vergabestelle für die Bewertung des Angebotspreises eine nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts unzulässige Formel verwendet habe (Tiefstes Angebot : Beurteiltes Angebot x 50 [Maximalpunktzahl] x 0.4 [Gewichtung]). Nach dieser Formel würde ein Angebot, das doppelt so teuer wäre wie das günstigste, immer die Hälfte der Maximalpunktzahl erhalten. Überdies würden Preisunterschiede umso weniger ins Gewicht fallen, je weiter der beurteilte Preis vom günstigsten entfernt sei. Das Gericht postulierte die Formel (Tiefstes Angebot + Preisspanne (in Franken) – Beurteilung Angebot) : ((Tiefstes Angebot) + Preisspanne (in Franken) [- Tiefstes Angebot]) x Gewichtung. Unter Anwendung dieser Formel kam das Gericht zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin den Punkterückstand zur Erstplatzierten nicht aufholen könne, aber immerhin auf den zweiten Platz vorrücke. Das Gericht hiess die Beschwerde damit gut und wies die Sache zur Neufestsetzung der prozentualen Mitbeteiligung unter Berücksichtigung des korrigierten Bewertungsergebnisses an die Vergabestelle zurück.

II. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00395 vom 17. Sept. 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle eröffnete ein Submissionsverfahren betreffend obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG. Die Beschwerdeführerin erhob gegen diese Ausschreibung Beschwerde mit der Begründung, es sei nicht möglich, eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Offerte einzureichen. Die Ausschreibungsunterlagen würden in verschiedener Hinsicht gegen das Wettbewerbsrecht und das Bundes-

gesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG) verstossen. Insbesondere seien aufgrund der unzulässigen Bekanntgabe von geschäftlich relevanten und schutzwürdigen Daten und Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdeführerin Rückschlüsse auf die aktuelle Tarifierungspolitik, namentlich bei öffentlichen Verwaltungen, möglich. Der UVG-Tarif bzw. die Prämienansätze der Beschwerdeführerin seien jedoch geheim und dürften

aus Wettbewerbsgründen den übrigen UVG-Versicherern nicht zur Verfügung stehen.

2. Keine Behebung allfälliger bereits erfolgter Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen bzw. des Datenschutzes durch Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens oder durch Änderung der Ausschreibungsunterlagen

Das Gericht liess dahingestellt, ob die in Art. 103 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV) festgesetzte Auskunftspflicht mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist,

stellte aber fest, dass die Bekanntgabe von allfälligen Geschäftsgeheimnissen bzw. schutzwürdigen Daten durch Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens nicht mehr rückgängig gemacht und damit ein allfälliger Mangel nicht mehr behoben werden könne. Überdies könne aus der Bekanntgabe der derzeitigen Prämien nicht abgeleitet werden, dass die anderen Versicherer aus diesem Grund unzulässige Rabatte gewähren bzw. nicht risikogerechte Prämien festlegen würden und damit gegen das UVG bzw. die UVV verstossen würden.

3. Zulässigkeit der vorgesehenen Vertragsdauer von vier Jahren mit Option auf Verlängerung von zwei Mal einem Jahr

Die Beschwerdeführerin brachte vor, bei Versicherungsdienstleis-

tungen sei in der Regel eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren (inkl. allfälliger optionaler Verlängerungen) nicht mehr zulässig. Das Gericht führte hierzu aus, die Laufzeit eines Dauervertrags dürfe gemäss § 2 Abs. 3 SVO nicht so gewählt werden, dass andere Anbietende unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen blieben. Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sei die Dauer eines Auftrags stets im Voraus zu beschränken, da es nicht im Belieben der Vergabestelle stehen könne, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Das Gericht kam zum Schluss, dass sich die Vertragsdauer gerade noch als sachgerecht erweise, die Vergabestelle aber gehalten sei,

nach der allfälligen Ausübung der Option erneut ein Vergabeverfahren durchzuführen.

4. Möglichkeit der Beantwortung von Fragen im Rahmen einer Fragerunde

Das Gericht hielt fest, dass die sich stellenden Fragen im Rahmen einer schriftlichen Fragerunde hätten gestellt werden können und von der Vergabestelle auch beantwortet worden seien. Da aufgrund der Beantwortung der Fragen für keinen Anbieter ein Nachteil entstanden sei, sah das Gericht ein Abbruch des Vergabeverfahrens als nicht gerechtfertigt.

Das Gericht wies die Beschwerde sodann gestützt auf die genannten Gründe ab.

Neue SIK-Vertragsvorlagen zu AGB SIK 2015

Von *Andreas Marti, Rechtsanwalt LL. M, Baar*

Die im letzten Jahr erneuerten und vereinheitlichten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Informatikkonferenz für IKT-Leistungen, Ausgabe Januar 2015 (AGB SIK), wurden jetzt durch SIK-Vertragsvorlagen für fünf typische Arten von IKT-Verträge ergänzt. Zusammen mit der gleichzeitig unter www.sik.ch/agb veröffentlichten Wegleitung und zwei dazugehörigen Checklisten sollen sowohl nicht versierten als auch versierteren Nutzerinnen und Nutzern der AGB SIK zusätzliche Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden, um Verträge im Bereich der Informatik und Telekommunikation noch einfacher gestalten und besser auf die AGB SIK abstimmen zu können. Gleichzeitig können diese Vertragsvorlagen bei der Vorbereitung von Ausschreibungen helfen. Zielgruppe der SIK-Vertragsvorlagen und der AGB SIK sind in erster Linie schweizerische Kantone, Städte, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Organisationen sowie deren jeweiligen Geschäftspartner.

Folgende Dokumente stehen unter www.sik.ch/agb zur Verfügung:

– Wegleitung

Das Dokument erklärt, wie die SIK-Vertragsvorlagen verwendet und weiter angepasst werden können.

– Checkliste I

Das Dokument erklärt, welche Vertragsvorlage für das jeweils beabsichtigte IKT-Rechtsgeschäft sinnvoll erscheint. Die Checkliste I erleichtert somit die Auswahl der geeigneten Vertragsvorlage. Zudem werden weiterführende Hinweise bei Vorliegen von Spezialfällen und Mischformen von Verträgen gemacht.

– Checkliste II

Das Dokument ermöglicht die Auswahl weiterer, nicht bereits in den Vertragsvorlagen abgedeckter Klauseln und Spezialregelungen. Die Vorschläge beschränken sich dabei auf wichtige Klauseln und Spezialregelungen, welche in den AGB SIK bereits als mögliche Zusätze oder Abweichungen erwähnt werden.

– SIK-Vertragsvorlagen 1–5

Die Vorlagen enthalten – neben den notwendigen Standardbe-

stimmungen und Platzhaltern für Beschreibungen der Leistungen – auch zusätzliche, vertragstypische Optionen und Erläuterungen. Für einfachere Verträge können diese Vorlagen zusammen mit den AGB SIK oft bereits ausreichen. In Ergänzung mit den Klauseln aus Checkliste II und der Verwendung von Anhängen wird sodann die Möglichkeit zur weiteren Anpassung gemäss dem Bedürfnis auch versierterer Nutzerinnen und Nutzer gewährt, wodurch bei sorgfältigem Vorgehen ebenfalls viele Spezialfälle und Mischformen mit den SIK-Vertragsvorlagen als Grundlage geregelt werden können. Folgende fünf Vertragsvorlagen sind derzeit verfügbar:

1. Vertrag für werkvertragliche Leistungen (WKV 1)
2. Vertrag für IKT-Dienstleistungen (DLV 2)
3. Vertrag für den Kauf von Hardware (HKV 3)
4. Vertrag für Software-Lizenzen (SLV 4)
5. Vertrag für die Wartung von Hardware und die Pflege von Software (WPV 5)