

Gemeindeverwaltung Erlenbach  
Gemeindeschreiberin Adrienne Suvada  
Seestrasse 59  
8703 Erlenbach ZH

Zürich, 8. Februar 2024

## **Aufträge an Suter von Känel Wild Planer und Architekten AG / Gutachten**

Sehr geehrte Frau Suvada

Sie haben uns beauftragt, die seit 2000 erfolgten sowie noch pendenten Auftragserteilungen an die Suter von Känel Wild Planer und Architekten AG (nachfolgend: «**SKW**») auf ihre Vergaberechtskonformität zu untersuchen und Empfehlungen zum Vorgehen bei künftigen Beschaffungen abzugeben.

Nachfolgend halten wir zuerst unser Vorgehen und das Resultat der Untersuchung fest (Ziff. I) und stellen die Fragestellung sowie Rechtslage (Ziff. II) und die Regeln zur Auftragswertberechnung dar (Ziff. III). Anschliessend folgt die Beurteilung (Ziff. IV) und das Fazit mit Empfehlungen für künftige Auftragserteilungen (Ziff. V).

### **I. Untersuchung: Vorgehen und Resultat**

Im Hinblick auf das vorliegende Gutachten haben wir die Gemeinde Erlenbach gebeten, eine Aufstellung zu erstellen, aus welcher die Aufträge an SKW seit 2000 ersichtlich sind. Zu diesem Zweck haben wir der Gemeinde eine Excel-Tabelle zur Verfügung gestellt. Die Gemeinde hat in der Tabelle vom 8. Januar 2024 zu den seit 2000 an SKW erfolgten Aufträgen folgende Angaben erfasst: Inhalt der Leistung, Zuschlagsdatum; ob es eine formelle Beschlussfassung gab und falls ja, durch wen; Zuschlagspreis (ohne MwSt.); erfolgte Vergütung (ohne MwSt.); Zeitraum der Leistungserbringung.

Aus der erstellten Aufstellung ergibt sich, dass die Gemeinde Erlenbach seit dem Jahr 2000 einzelne Aufträge in folgenden Umfang an SKW erteilt hat:

- Abteilung Hochbau und Planung: CHF 1'265'900.- (Zuschlagspreis ohne MwSt.) bzw. CHF 1'392'400.00 (erfolgte Vergütung ohne MwSt.)
- Abteilung Tiefbau und Umwelt: CHF 553'077.90 (Zuschlagspreis ohne MwSt.) bzw. CHF 415'005.15 (erfolgte Vergütung ohne MwSt.)
- Abteilung Liegenschaftensekretariat: CHF 214'000.00 (Zuschlagspreis ohne MwSt.) bzw. CHF 66'658.00 (erfolgte Vergütung ohne MwSt.)

## II. Fragestellung und Rechtslage

Ab dem 1. Oktober 2023 sind im Kanton Zürich für das öffentliche Beschaffungswesen neu folgende revidierten Rechtsgrundlagen massgebend:

- Gesetz vom 20. März 2023 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (BeiG IVöB);
- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB);
- Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

Auf Beschaffungen, die vor dem 1. Oktober 2023 eingeleitet wurden, ist das bisherige Recht anwendbar.<sup>1</sup> Dies trifft auf die meisten vorliegend relevanten Aufträge zu. Die inhaltliche Regelung zur Auftragswertberechnung ist im neuen und im bisherigen Recht identisch.

Vorliegend geht es um die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen. Dienstleistungen dürfen unter dem Schwellenwert von CHF 150'000 freihändig bzw. von CHF 250'000 im Einladungsverfahren vergeben werden. Ab dem Schwellenwert von CHF 250'000 sind Aufträge für Dienstleistungen im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wobei ab dem Schwellenwert von CHF 350'000 die Regeln des Staatsvertragsbereich gelten (vgl. Anhang 1 und 2 zur IVöB / aIVöB).

---

<sup>1</sup> Gesetz vom 15. März 2001 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aBeiG IVöB); Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aIVöB); Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSVO).

### III. Regeln zur Auftragswertberechnung

Bei der Berechnung des Auftragswertes sind folgende Vorgaben zu beachten (vgl. Art. 15 Abs. 1–6 IVöB / § 2 und 4 aSVO):

- Die Vergabestelle hat vorgängig<sup>2</sup> eine pflichtgemässe Schätzung des Auftragswertes vorzunehmen, die auf eigenen Kenntnissen und spezifischen Marktabklärungen beruht.<sup>3</sup> Dabei darf die Schätzung nicht zu knapp ausfallen. Die Verfahrensart ist anhand der oberen Bandbreite der Schätzung auszuwählen.<sup>4</sup> Das Zustandekommen bzw. die Herleitung der vorgängigen Schätzung ist zu dokumentieren.<sup>5</sup>
- Der Auftragswert ist anhand des effektiven Bedarfshorizonts der Vergabestelle zu schätzen. Was nach Massgabe des konkreten Bedarfs zusammengehört, ist zusammenzurechnen. Die Qualität und Vollständigkeit der sachgerechten Planung und Erhebung des (Gesamt-)Bedarfs hat der qualifizierten Sorgfaltspflicht einer Fachperson im Bereich des Beschaffungsgegenstands zu genügen.<sup>6</sup>
- Zu berücksichtigen ist die Gesamtheit der auszuschreibenden Leistungen, soweit sie sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen. Ein enger rechtlicher oder sachlicher Zusammenhang liegt z.B. vor, wenn die Leistungen vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht unabhängig voneinander beschafft werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist.<sup>7</sup>
- Ein sachlich oder rechtlich zusammenhängender Auftrag darf nicht aufgeteilt werden, um Bestimmungen des Vergaberechts zu umgehen (Zerstückelungsverbot). Bei mehreren gleichartigen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen bestimmt sich der Auftragswert nach dem kumulierten Gesamtwert.<sup>8</sup> Eine unzulässige Aufteilung kann u.a. auch durch eine zeitliche Staffelung aufeinanderfolgender ähnlicher Aufträge erfolgen.<sup>9</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Entscheid VB.2023.00038 vom 02.05.2023 E. 4.3.

<sup>3</sup> Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 24. November 2021 zum Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (BeiG IVöB), Kantonsrat Vorlage Nr. 5772, S. 77 (nachfolgend: Bericht des Regierungsrats zur IVöB).

<sup>4</sup> Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Entscheid VB.2023.00038 vom 02.05.2023 E. 4.3.

<sup>5</sup> Vgl. Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Urteil WBE.2022.381 vom 9. November 2022 E. 3.3.

<sup>6</sup> Bericht des Regierungsrats zur IVöB, a.a.O., S. 77.

<sup>7</sup> Bericht des Regierungsrats zur IVöB, a.a.O., S. 78.

<sup>8</sup> Bericht des Regierungsrats zur IVöB, a.a.O., S. 77.

<sup>9</sup> THOMAS M. FISCHER, in: Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 15 N 8.

- Es sind alle Bestandteile der Entgelte einzurechnen (z.B. Prämien, Gebühren, Kommissionen und Zinsen). Nicht einzurechnen ist die Mehrwertsteuer.
- Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit<sup>10</sup> errechnet sich der Auftragswert anhand der kumulierten Entgelte über die bestimmte Laufzeit (Gesamtwert). Allfällige Verlängerungsoptionen sind einzurechnen.
- Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit<sup>11</sup> errechnet sich der Auftragswert anhand des monatlichen Entgelts multipliziert mit 48.
- Bei wiederkehrenden Leistungen bestimmt sich der Auftragswert auf der Grundlage des für solche Leistungen während der letzten 12 Monate bezahlten Entgelts, oder – bei einer Erstbeauftragung – anhand des geschätzten Bedarfs für die nächsten 12 Monate.<sup>12</sup>
- Folgeaufträge und Optionen (z.B. Verlängerungsoptionen oder mengenmässige Optionen) sind in den Auftragswert einzurechnen.
- Wird ein zusammenhängender Auftrag in Lose aufgeteilt, ist die Gesamtheit dieser Lose für die Berechnung des Auftragswertes massgebend.

#### **IV. Beurteilung**

Gemäss der Aufstellung und den Unterlagen, die wir von der Gemeinde Erlenbach erhalten haben, umfassen die Aufträge der Gemeinde an SKW seit dem Jahr 2000 zusammengefasst insbesondere folgende Leistungen:

- Teilrevision Ortsplanung;
- Erarbeitung amtlicher Quartierpläne;
- Erarbeitung öffentlicher Gestaltungspläne;
- Erarbeitung privater Detailgestaltungspläne;
- Stellungnahmen/Gutachten aus ortsplanerischer Sicht zu privaten Gestaltungsplänen und Initiativen;

---

<sup>10</sup> Die bestimmte Laufzeit darf in der Regel fünf Jahre nicht übersteigen. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden (Art. 15 Abs. 4 IVöB).

<sup>11</sup> Verträge mit unbestimmter Laufzeit dürfen aus beschaffungsrechtlicher Sicht nur mit Zurückhaltung geschlossen werden. Die Verträge dürfen nicht so ausgestaltet werden, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden (Bericht des Regierungsrats zur IVöB, a.a.O., S. 78).

<sup>12</sup> Im Zweifel sollte aber auch in diesen Fällen ein Vertrag mit mehrjähriger Laufzeit abgeschlossen werden (Zerstückelungsverbot).

- Bearbeitung von Initiativen zur Teilrevision Ortsplanung;
- Strassenraumgestaltung;
- Planung Tempo 30;
- Verkehrsplanung;
- Durchführung von Submissions- oder Konkurrenzverfahren.

Der überwiegende Teil der vergebenen Aufträge betrifft die Ortsplanung (Teilrevision Ortsplanung, Erarbeitung amtlicher Quartier-, öffentlicher Gestaltungs- und privater Detailgestaltungspläne, Stellungnahmen/Gutachten aus ortsplanerischer Sicht sowie Bearbeitung von Initiativen zur Teilrevision Ortsplanung; auch die Leistungen Strassenraumgestaltung, Planung Tempo 30 und Verkehrsplanung sind in einem weiteren Sinne der Ortsplanung zuzurechnen). Es handelt sich um sachlich gleichartige Leistungen. In verschiedenen Beschlüssen des Gemeinderats wird SKW als «Ortsplaner der Gemeinde» bezeichnet. Die Grosszahl der Aufträge wurde jeweils freihändig an SKW vergeben. Vereinzelt wurden Einladungsverfahren durchgeführt, so insbesondere für die Vergabe der Aufträge zur Erarbeitung der beiden Quartierpläne Chörbler und Wanne/Isler in der Grössenordnung von insgesamt ca. CHF 550'000. Aus gewissen Beschlüssen des Gemeinderats ergibt sich, dass zur Bestimmung des anzuwendenden Verfahrens jeweils der Auftragswert des betreffenden Einzelprojekts herangezogen wurde.

Es scheint das Bedürfnis der Gemeinde gewesen zu sein, einen externen Anbieter zur Verfügung zu haben, um regelmässig anfallende Arbeiten rasch an diesen vergeben zu können. Dass die betroffenen Leistungen alle an SKW vergeben wurden, bildet ein Indiz dafür, dass es der Gemeinde ein Anliegen war, «alles aus einer Hand» zu erhalten. SKW wurde von der Gemeinde gewissermassen als Gemeinde-Ortsplaner eingesetzt.

Im Ergebnis lag faktisch ein Auftrag zur Erbringung von Ortsplanungsleistungen und ähnlichen Arbeiten mit unbestimmter Laufzeit vor. Unter diesen Umständen hätte bei der Auftragswertberechnung insbesondere folgendes beachtet werden müssen:

- Eng zusammenhängende Leistungen, d.h. solche, die bei sachgerechter Erhebung des (Gesamt-)Bedarfs zusammen beschafft werden, sind zusammenzurechnen.
- Die Regel, wonach sich der Auftragswert von wiederkehrend benötigten<sup>13</sup> Leistungen anhand eines Zeitraums von zwölf Monaten berechnet, kommt nicht zur Anwendung.

---

<sup>13</sup> Art. 15 Abs. 6 IVöB. Im bisherigen Recht lautete die Formulierung «mehrere gleichartige» Aufträge (§ 4 Abs. 1 aSVO).

Aufgrund des (zeitlichen) Zerstückelungsverbots ist für die Auftragswertberechnung eine mehrjährige Laufzeit heranzuziehen.<sup>14</sup>

Aufgrund der Zuschlagspreise, die in der Aufstellung der Gemeinde ersichtlich sind, ergibt sich, dass die Ortsplanungsleistungen bei einer korrekten Schätzung des Auftragswerts den Schwellenwert für die Durchführung von offenen/selektiven Verfahren von CHF 250'000 sowie den Schwellenwert für den Staatsvertragsbereich von CHF 350'000 übersteigen. Seit 2000 hätten daher periodisch mindestens alle fünf Jahre Ausschreibungen im offenen oder selektiven Verfahren nach den staatsvertraglichen Regeln erfolgen müssen. Die im freihändigen Verfahren und vereinzelt im Einladungsverfahren erfolgten Zuschläge waren folglich unzulässig.

Vertragsleistungen, die bereits erbracht wurden, können vergaberechtlich nicht mehr in Frage gestellt werden. Für aktuell noch pendente, nicht erbrachte Leistungen, die zeitlich dringlich sind, empfehlen wir im Sinne einer Übergangslösung, eine formell korrekte Freihandvergabe gestützt auf Art. 21 IVöB durch den Gemeinderat zu beschliessen, bis anschliessend ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt wird. Eine Übergangslösung zu finden ist wichtig, da zur korrekten und sachgerechten Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens eine gewisse (Vorbereitungs-)Zeit notwendig ist.

## V. Empfehlungen

Im Hinblick auf die künftige Vergabe von Ortsplanungsleistungen empfehlen wir, die Auftragswertberechnung anhand einer gemeindeweiten, abteilungsübergreifenden Erhebung des Bedarfs für eine bestimmte, mehrjährige Laufzeit von maximal fünf Jahren (einschliesslich allfälliger Verlängerungsoptionen) vorzunehmen. Der so geschätzte Auftragswert dürfte CHF 350'000 übersteigen und entsprechend eine Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren im Staatsvertragsbereich vorgeben. Sinnvoll erscheint uns die Ausschreibung eines Rahmenvertrags, unter Umständen unter Bildung von verschiedenen Losen. Zur Erstellung des Leistungsbeschriebs ist bei Bedarf fachliche Unterstützung beizuziehen. Dabei ist zu beachten, dass der Leistungsbeschrieb nicht von einem Anbieter erstellt werden darf. Dieser würde im Vergabeverfahren als vorbefasst gelten und wäre deshalb auszuschliessen.

---

<sup>14</sup> Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit ist das monatliche Entgelt multipliziert mit 48 für die Auftragswertberechnung heranzuziehen (Art. 15 Abs. 5 IVöB / § 4 Abs. 3 aSVO). Aufträge mit unbestimmter Laufzeit sollten regelmässig, nach aktuellem Recht grundsätzlich nach fünf Jahren, neu vergeben. Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand der kumulierten Entgelte über die bestimmte Laufzeit (Art. 15 Abs. 4 IVöB / § 4 Abs. 3 aSVO).

Weiter empfehlen wir die Umsetzung folgender Massnahmen:

- Freihändige Vergaben über den Schwellenwerten sind nur nach Massgabe der dafür geltend Regeln und in jedem Fall formell korrekt vorzunehmen (ausreichende Begründung, Publikation des Vergabeentscheids auf [simap.ch](http://simap.ch));<sup>15</sup>
- Controlling über getätigte Vergaben/ausgelöste Vertragsleistungen und getätigte Vergütungen;
- Griffiges Vieraugenprinzip: Kollektivunterschriften nach den Prinzipien «wer auswählt, unterzeichnet nicht alleine» und «wer unterzeichnet, hat das Geschäft geprüft»;
- Den Vergabeprozess und Vertragsabschluss/-ausführung inkl. Nachträge strukturiert und transparent dokumentieren sowie die Aufbewahrungspflichten<sup>16</sup> einhalten.

Betreffend die aktuell noch laufende Leistungserbringung durch SKW verweisen wir auf obenstehende Ausführungen in Ziff. IV. Als Übergangslösung empfehlen wir wie erwähnt, eine formell korrekte Freihandvergabe durch den Gemeinderat zu beschliessen.

Freundliche Grüsse

  
Claudia Schneider Heusi

  
Virginia Ondelli

---

<sup>15</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_50/2022 vom 6. November 2023, zur Publikation vorgesehen.

<sup>16</sup> Gemäss Art. 49 Abs. 1 IVöB sind die massgeblichen Unterlagen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren während mindestens drei Jahren ab rechtskräftigem Zuschlag aufzubewahren.