

Direktion für Finanzen, Personal und Informatik der Stadt Bern
Fachstelle Beschaffungswesen
Herr Anton Funk, Leiter
Bundesgasse 33
3011 Bern

Bern, 30. September 2016

Der massgebende Auftragswert zur Bestimmung des Vergabeverfahrens

Factsheet / Arbeitshilfe

Sehr geehrter Herr Funk,
sehr geehrte Damen und Herren

1. Ausgangslage

- 1 Der Unterzeichnende hat im Oktober 2012 ein Memorandum mit gleichem Titel zuhanden der Stadtbauten Bern, die mittlerweile in die Stadtverwaltung Bern zurückgeführt wurden, erstellt. In letzter Zeit haben sich – namentlich auch in Zusammenhang mit einer Untersuchung der städtischen Freihandvergaben durch das Finanzinspektorat der Stadt Bern – wiederum Fragen zur Zusammenrechnung von mehreren Aufträgen an gleiche Lieferanten und Dienstleistungserbringer gestellt. Vor diesem Hintergrund untersucht das vorliegende Factsheet, ob die Aussagen von Oktober 2012 mit Blick auf die seither ergangene Rechtsprechung und erschienene Literatur nach Geltung beanspruchen.

Dr. Daniel Arn, Rechtsanwalt
Dr. Ueli Friederich, Rechtsanwalt
Dr. Mirjam Strecker, Rechtsanwältin, LL.M.
Dr. Marcel Brühlhart, Rechtsanwalt
Martin Buchli, Rechtsanwalt, LL.M.
Tamara Kojan, Rechtsanwältin

Recht & Governance
Kramgasse 70 | Postfach 568
3000 Bern 8
T 031 312 33 30 | F 031 312 24 64
buchli@recht-governance.ch
www.recht-governance.ch

- 2 Das Papier soll zudem als Arbeitshilfe bzw. als Grundlage für die Erstellung einer Arbeitshilfe für die Mitarbeitenden der Stadt Bern dienen. Dementsprechend wurde versucht, in Kap. 3 mit der Formulierung von möglichst klaren Grundsätzen eine Anleitung für die Zusammenrechnung von Einzelaufträgen zu geben.

2. Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre seit 2012

2.1 Rechtsprechung

- 3 Einschlägige Rechtsprechung zur Zusammenrechnung von mehreren Aufträgen bzw. zu den „besonderen Berechnungsmethoden“ (Art. 3 ÖBV) ist in den letzten vier Jahren kaum ergangen. Dies dürfte daran liegen, dass in den potentiell problematischen bzw. beschwerdeträchtigen Fällen eben gerade keine Publikation der Ausschreibung und des Zuschlags erfolgt, weswegen Mitbewerber mangels Kenntnis der Vergabe das ihnen an sich zustehende Beschwerderecht gegen als unzulässig gerügte Freihandvergaben faktisch gar nicht ausüben können. Nicht von ungefähr ist das (greifbare) Urteil, welches sich am detailliertesten mit der Frage der Zusammenrechnung von mehreren Aufträgen befasst, ein Strafurteil des Bundesstrafgerichts vom 15. September 2015 (Nr. SK.2015.12) betreffend ungetreue Amtsführung, Vorteilsgewährung und Vorteilsannahme in Zusammenhang mit der Vergabe von IT-Aufträgen. Hintergrund des Urteils bildeten zahlreiche Vergaben von Dienstleistungsaufträgen im Rahmen des Informatikprojekts „Insieme“ der eidgenössischen Steuerverwaltung an zwei Unternehmungen. Alle vergebenen Aufträge blieben dabei (einzeln betrachtet) unter dem einschlägigen Schwellenwert für die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens. Jedoch wurden zum Teil mehrere praktisch gleichlautende Aufträge am gleichen Tag an die gleiche Unternehmung erteilt und es wurde mehrfach nach Ablauf eines Vertrages direkt im Anschluss ein neuer Auftrag mit gleichem Leistungsinhalt an dieselbe Unternehmung erteilt. Zu diesem an sich klaren Fall ist die folgende Erwägung E. 2.5.4 des Bundesstrafgerichts für die vorgelegte Fragestellung von Interesse:

„a) Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen (Art. 7 Abs. 1 BöB). Vergibt die Auftraggeberin mehrere gleichartige Liefer- oder Dienstleistungsaufträge oder teilt sie einen Liefer- oder Dienstleistungsauftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge (Lose), so berechnet sich der Auftragswert aufgrund: a. des tatsächlichen Wertes der während der vergangenen zwölf Monate vergebenen wiederkehrenden Aufträge; oder b. des geschätzten Wertes der wiederkehrenden Aufträge, die in den zwölf Monaten nach der Vergabe des ersten Auftrages vergeben werden (Art. 7 Abs. 3 BöB). Art. 7 Abs. 1 BöB entspricht dem Grundsatz von Art. II GPA: Die Wahl der Bewertungsmethode durch die Beschaffungsstelle und die Aufteilung von Verträgen dürfen nicht in der Absicht erfolgen, dieses Übereinkommen zu umgehen (Art. II Ziff. 3 GPA). Die Auftraggeberin darf einen Auftrag nicht künstlich in mehrere kleinere Einzelaufträge unterteilen, nur damit diese aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes fallen (Botschaft des Bundesrats vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT- Botschaft 2], AS 1994 IV 950 S. 1183). Die Bestimmung in Art. 7 Abs. 3 BöB ist vor dem Hintergrund von Abs. 1 zu sehen. Erfolgt die Beschaffung von Gütern oder Dienstleistungen in mehreren Losen, so dass für gleichartige Leistungen mehrmals praktisch identische Einzelaufträge erteilt werden, so ist der massgebende Schwellenwert nach den Regelungen in Abs. 3 lit. a und b zu berechnen (vgl. Art. II Ziff. 4 GPA). Übersteigt dieser Wert den in Art. 6 BöB festgelegten Schwellenwert,

so ist jeder Einzelauftrag im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben (GATT- Botschaft 2, S. 1184 f.). Ergänzend präzisiert Art. 14a VöB zur Bestimmung des Auftragswerts, dass die Auftraggeberin den voraussichtlichen maximalen Gesamtwert einer Beschaffung schätzt (Abs. 1) und dabei alle Leistungen berücksichtigt, die sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen (Abs. 2). Obwohl diese Bestimmung erst seit dem 1. Januar 2010 in Kraft steht, handelt es sich nicht um eine materielle Ausweitung des BöB, sondern um dessen Anwendung (vgl. Titel des 2. Kapitels der VöB). Sie ist daher auch für frühere Beschaffungen bedeutsam (vgl. auch Hänni/Stöckli, a.a.O., N. 790 mit Hinweis auf EFD-Bericht INSIEME).

b) Die für die Realisierung des Gesamtvorhabens Insieme benötigten externen Fachkräfte betreffen sachlich zusammenhängende Leistungen. Das EFD stellte in der Administrativuntersuchung fest, dass sich die Leistungen der Mitarbeitenden aus den einzelnen Verträgen auch unter Annahme einer Aufteilung des Projekts Insieme in sachlich unabhängige Teilprojekte nicht einzelnen unabhängigen Leistungen zuordnen liessen. Auch bei Verträgen mit unterschiedlich formuliertem Vertragsgegenstand bestätigte eine vertiefte Analyse das Vorliegen eines zusammenhängenden Vertragsobjekts. Mithin seien zusammenhängende Aufträge bewusst in verschiedene Teilaufträge aufgeteilt worden (EFD-Bericht, S. 20 ff.). Die EFK gelangte im Wesentlichen zur gleichen Beurteilung. Sie ergänzte, dass vom BIT im Rahmen des Projekts Insieme benötigte externe Ressourcen über eine WTO-Ausschreibung mit verschiedenen Losen beschafft worden seien (EFK-Bericht 2012, S. 15 f.). Auch wenn aufgrund des Planungsstands im Jahr 2008 der gesamte Bedarf an externem Personal und dessen Einsatz in zeitlicher Hinsicht noch nicht feststand, war absehbar, dass für die Realisierung der vorgesehenen Etappen eine Vielzahl von externen Informatik- Spezialisten erforderlich sein würde. Bei einer Aufteilung in Einzelaufträge – was grundsätzlich nicht unzulässig ist – war somit der Gesamtwert für die Frage der Ausschreibungspflicht massgebend. Die Vergabestelle wäre somit verpflichtet gewesen, den voraussichtlichen maximalen Gesamtwert der Beschaffung zu schätzen.“

- 4 Auch wenn dieses Urteil das Bundesvergaberecht betrifft, so darf es mit Blick auf die praktisch gleichlautenden Regelungen im Beschaffungsrecht des Kantons Bern auch im vorliegenden Kontext als einschlägig angesehen werden.

2.2 Lehre

- 5 Die Lehre hat sich – soweit ersichtlich – zu den besonderen Berechnungsmethoden für den massgebenden Auftragswert seit Oktober 2012 nicht substantiell geäussert. In PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 313, wird mit Verweis auf einen älteren Entscheid immerhin klargestellt, dass die Zusammenrechnungspflicht bei Losvergaben auch gilt, wenn die Lose an unterschiedliche Anbieter vergeben werden (was mit Blick auf den Wortlaut der Bestimmung an sich als Selbstverständlichkeit anzusehen ist). Ansonsten wird in der Lehre oftmals schlicht auf die einschlägige Bestimmung zur Zusammenrechnung verwiesen bzw. diese praktisch im Wortlaut wiedergegeben (siehe etwa für das bernische Beschaffungsrecht: CHRISTOPH JÄGER, *Öffentliches Beschaffungsrecht*, in: MARKUS MÜLLER/RETO FELLER [Hrsg.] *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Bern 2013, Rz. 57 ff.).

2.3 Materialien zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

6 Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf die derzeit laufende Revision der IVöB, welche nach einem Beitritt des Kantons Bern auch für Beschaffungen der Stadt Bern direkt anwendbar wäre. Der Entwurf für die neue IVöB enthält in Art. 16 neue Regelungen für die Bestimmung des Auftragswerts. Im erläuternden Bericht zur E-IVöB wird – mit Blick auf den völlig neuen Wortlaut der Norm etwas überraschend – ausgeführt, diese Bestimmung entspreche weitgehend der bisherigen Regelung. Weiter ist dem erläuternden Bericht (u.a.) zu entnehmen:

„Bei mehreren gleichartigen Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen und insbesondere bei Aufteilungen in Lose bestimmt sich der Auftragswert nach dem kumulierten Gesamtwert, da ein öffentlicher Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit dieser Vereinbarung zu umgehen. Dieses Zerstückelungsverbot ist bereits im geltenden Recht verankert. Es bildet ein Kernstück des Vergaberechts (Art. II:6 GPA 2012). Eine unzulässige Aufteilung setzt nicht eine rechtswidrige Absicht der Vergabestelle voraus; die objektive Folge, dass im Ergebnis die Schwellenwerte unterlaufen werden, ist ausreichend. [...] Massgebend ist jeweils die Gesamtheit der ausgeschriebenen Leistungen und Vergütungen, sofern zwischen diesen ein enger rechtlicher oder sachlicher Zusammenhang besteht. *Ein solcher liegt vor, wenn die Leistungen vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht unabhängig voneinander beschafft werden, insbesondere, wenn diese demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist.*“

7 Jedenfalls nach einer Annahme der E-IVöB würde den Materialien bei der Auslegung der einschlägigen Bestimmung zur Berechnung des massgebenden Auftragswerts Bedeutung zukommen. Bereits heute scheint es dem Unterzeichnenden sinnvoll, für die Praxisfestlegung der Stadt Bern die Erläuterungen zu berücksichtigen.

2.4 Würdigung

8 Seit der Erstellung des Memorandums im Oktober 2012 haben sich keine bedeutsamen Veränderungen ergeben. Insbesondere gibt es bezogen auf den Kanton Bern keine Rechtsprechung und keine Lehrmeinung, welche die eher „grosszügige“ Haltung des Verwaltungsgerichts bei der Pflicht zur Zusammenrechnung von Aufträgen (vgl. namentlich BVR 2008 352) in Frage stellen würde. Mit Blick auf die Revision der IVöB zeichnet sich aber eine etwas „strengere“ Anwendung des Aufteilungsverbots (dies jedenfalls, wenn tatsächlich nicht die „rechtswidrige Absicht“, sondern die „objektive Folge“ massgebend wird) sowie der Auftragsdefinition („enger rechtlicher oder sachlicher Zusammenhang“) ab.

9 Weiterhin gibt es aber viele Fragen in Zusammenhang mit der Bestimmung des massgebenden Auftragswerts, die gerichtlich noch ungeklärt sind und auch in der Literatur nicht fundiert diskutiert wurden. Gerade die vielen Fallbeispiele, welche in Zusammenhang mit der Untersuchung der städtischen Freihandvergaben durch das Finanzinspektorat der Stadt Bern zu Diskussionen Anlass gaben, zeigen nach Ansicht des Unterzeichnenden, dass es bei den bestehenden Rechtsunsicherheiten insbesondere einer Praxisfestlegung durch die Stadt Bern bedarf. Wie bei jeder Praxisfestlegung wird es dabei Restrisiken geben, dass

eine Verwaltungsjustizbehörde (Regierungsstatthalteramt oder Verwaltungsgericht) im Beschwerdefall eine andere Rechtsauffassung vertreten könnte.

- 10 Grundsätzlich kann nach dem Geschriebenen aber auf dem Memorandum vom Oktober 2012 aufgebaut werden. Der Unterzeichnende versucht im Folgenden, noch etwas klarere Aussagen zu den einzelnen Themen zu machen. Zudem sollen einfach verständliche Grundsätze bei der Beurteilung von Einzelfällen dienen.

3. Prüfprogramm

3.1 Ausgangspunkt: Der einzelne Auftrag

- 11 Ausgangspunkt für die Bestimmung des massgebenden Auftragswerts ist der *einzelne Auftrag*, d.h. der einzelne Vertrag, der mit einem Anbieter abgeschlossen wird. Insofern besteht ein direkter Zusammenhang mit dem *Vertragsmanagement*, welches ebenfalls an den einzelnen Vertrag anknüpft.

Grundsatz 1

Was im gleichen Vertrag (Vertragsurkunde) geregelt wird, gehört auch vergaberechtlich zusammen.

- 12 Steht der Wert eines Auftrags zum Zeitpunkt der Vergabe nicht fest, so ist er *sorgfältig zu schätzen*. Eine solche Schätzung kann auf eigenen Kenntnissen (Erfahrungswerte) oder spezifischen Marktabklärungen (Richtofferte, Internetrecherche etc.) basieren. Keine Rolle spielt, zu welchem (allenfalls auch höherem) Wert schliesslich der Zuschlag erfolgt. Bestehen Unsicherheiten bei der Preisschätzung, ist die Erstellung einer *Aktennotiz* mit den Grundlagen der Schätzung dringend zu empfehlen. Bei knapp unter dem Schwellenwert liegenden Schätzungen ist nach dem Vorsichtsprinzip aufzurunden.

Grundsatz 2

Der Auftragswert ist sorgfältig zu schätzen und in Zweifelsfällen aufzurunden. Basiert die Schätzung auf vagen Annahmen, ist eine *Aktennotiz* zu erstellen.

3.2 In den Grundauftrag einzurechnende Leistungen

- 13 In den Auftragswert einzurechnen sind

- zwingend notwendige Folgeaufträge und Optionen auf Folgeaufträge (solche zwingend notwendigen Folgeaufträge und Optionen auf Folgeaufträge sind zusammen mit der Hauptleistung auszuschreiben und müssen später nicht mehr in einem Beschaffungsverfahren vergeben werden)

Hinweis: Optionen sind Vertrags- bzw. Leistungsbestandteile, welche durch einseitige Erklärung der Vergabestelle ausgelöst werden können. Zu denken ist beispielsweise an eine Option auf Vertragsverlängerung um ein Jahr oder an eine Option, gewisse Leistungen eines Architekten zusätzlich in Anspruch zu nehmen. Vergaberechtlich schaffen Optionen – im Gegensatz zu den Folgeaufträgen – kaum Probleme, da sie von Beginn an bekannt sind.

- Leistungen, die in einem derart „engen rechtlichen oder sachlichen Zusammenhang“ stehen, dass sie vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht unabhängig voneinander beschafft werden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn diese demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist.

Beispiel: Ein Infrastrukturvorhaben der Stadt Bern betrifft zwei städteigene Parzellen. Eine Aufteilung des Planungsauftrags mit dem Argument, es handle sich um zwei Parzellen, erscheint unzulässig. Bei der Planung ist eine Aufteilung der Verantwortlichkeit in aller Regel unerwünscht. Bei einem einfachen Bauauftrag (z.B. Malerarbeiten) kann es demgegenüber durchaus sinnvoll sein, wenn zwei unterschiedliche Aufträge mit abgegrenzten Verantwortlichkeiten erteilt werden. Die Frage ist letztlich: Bedingen sich die Leistungen (rechtlich oder sachlich) gegenseitig oder nicht?

Grundsatz 3

Für die Bestimmung des Auftragswerts sind alle Leistungen miteinzurechnen, welche entweder zwingend notwendig mit dem Grundauftrag zusammenhängen oder die vernünftigerweise im Geschäftsverkehr immer mit dem Grundauftrag zusammen beschafft werden. Hinzuzurechnen sind zudem Optionen auf Folge- und Zusatzaufträge, welche sich die Vergabestelle ausbedingt. Solche Optionsrechte sind in der Regel sinnvoll, rechtlich aber nicht vorgegeben.

- 14 Bei Rahmenverträgen mit bestimmter Laufzeit sind die geschätzten Kosten aller Leistungen während der Laufzeit zu berücksichtigen.

3.3 Nachtrag oder Folgeauftrag?

- 15 In der Praxis relativ häufig ist die Konstellation, dass während der Vertragserfüllung („während den Arbeiten“) der Bedarf an zusätzlichen Leistungen entsteht. Solche zusätzlichen Leistungen werden häufig als Nachtrag in die bestehende Vertragsurkunde aufgenommen, z.T. werden zusätzliche Verträge aufgesetzt. Hier stellt sich die Frage, ob es sich um den gleichen Auftrag handelt oder um einen neuen (Folge-) Auftrag.

- 16 Zu unterscheiden sind die folgenden Konstellationen:

- Bei der ursprünglichen Auftragsvergabe war klar, dass zusätzliche Arbeiten erforderlich sein werden. Hier hätten die zusätzlichen Arbeiten bereits von Beginn weg in den Auftragswert eingerechnet werden müssen (unabhängig von der kreditrechtlichen Betrachtung, d.h. unabhängig davon, ob ev. die zusätzlichen Leistungen über einen Budgetkredit im nächsten Jahr abgerechnet werden). Eine getrennte Betrachtung von ursprünglichem Auftrag und Folgeauftrag ist vergaberechtswidrig.
- Bei Vertragsabschluss war die Möglichkeit eines Folgeauftrags bekannt, indessen hätte es auch sein können, dass das Projekt nach einer ersten Phase gar nicht mehr weiterverfolgt wird, weshalb darauf verzichtet wurde, den möglichen Folgeauftrag bereits mitauszuschreiben (eine solches Ausschreiben von ursprünglichem Auftrag und Folgeauftrag zusammen wäre selbstredend zulässig gewesen). Sol-

che Konstellationen sind im Planungsbereich häufig. Hier ist es zwar an sich gewollt, dass das Projekt weiterverfolgt wird, der Folgeauftrag erscheint aber nicht „zwingend notwendig“, zumal in einer ersten Phase häufig gerade abgeklärt werden soll, ob ein Projekt/eine Idee überhaupt realisierbar ist. In diesen Fällen ist der Folgeauftrag als neuer, eigenständiger Auftrag anzusehen. Eine Zusammenrechnung mit dem Grundauftrag zur Bestimmung des Vergabeverfahrens ist nur erforderlich, wenn der Folgeauftrag dem Erstauftrag innert 12 Monaten folgt (Ziff. 3.8 hiernach).

- Bei der Vergabe des ursprünglichen Auftrags war nicht anzunehmen, dass zusätzliche Leistungen erforderlich werden könnten. Der Bedarf wurde demnach beim Vertragsabschluss – aus welchen Gründen auch immer – falsch antizipiert. Hier gibt es zwei Untervarianten:
 - Erstens: Die Leistungen sind an sich die gleichen, indessen hat sich der zu entschädigende Aufwand (z.B. veränderte Rohstoffpreise, die im Vertrag vorbehalten wurden oder Mehraufwand bei Regiestunden) für diese Leistungen verändert. In dieser Konstellation hat sich die Kostenschätzung (nicht der Leistungsinhalt) nachträglich als falsch erwiesen. Soweit die ursprüngliche Kostenschätzung sorgfältig gemacht wurde, erscheint der Mehraufwand vergaberechtlich als unerheblich. Es handelt sich noch immer um den vergebenen Auftrag. In diesen Fällen erscheint es auch sinnvoll, keinen neuen Vertrag zu erstellen, sondern allfällige Änderungen im ursprünglichen Vertrag, z.B. als Nachtrag oder Anhang, festzuhalten.
 - Zweitens: Es werden Leistungen erforderlich, welche inhaltlich über den bereits vergebenen Auftrag hinausgehen. Es wurden demnach nicht die Kosten falsch eingeschätzt, sondern der materielle Bedarf. In diesen Fällen erscheint der zusätzliche Leistungseinkauf als Folgeauftrag, welcher als neuer, eigenständiger Auftrag anzusehen ist. Eine Zusammenrechnung mit dem Grundauftrag zur Bestimmung des Vergabeverfahrens ist nur erforderlich, wenn der Folgeauftrag dem Erstauftrag innert 12 Monaten folgt (Ziff. 3.8 hiernach).

Grundsatz 4

Ein Folgeauftrag aufgrund zusätzlichen Bedarfs an Leistungen stellt in der Regel einen neuen, eigenständigen Auftrag dar. Ein Zusammenrechnen mit dem Grundauftrag zur Bestimmung des Vergabeverfahrens ist nur erforderlich, wenn es sich um einen Liefer- oder Dienstleistungsauftrag handelt, der dem Erstauftrag innert 12 Monaten folgt.

3.4 Keine Aufteilung von Aufträgen zur Umgehung von Schwellenwerten

- 17 Ein Auftrag darf nach Art. 2 ÖBV nicht in der Absicht aufgeteilt werden, unter dem Schwellenwert für ein qualifiziertes Beschaffungsverfahren zu bleiben. Das Verwaltungsgericht hat zur Anwendung von Art. 2 ÖBV festgehalten (BVR 2008 S. 355 E. 2.3.):

„Unzulässig wäre gemäss dieser Bestimmung nur, einen einzelnen, einheitlichen Auftrag in sachlich nicht erforderlicher, künstlicher Weise (weiter) in mehrere Teilaufträge zu unterteilen, um dadurch die Schwellenwerte zu umgehen (...). Dies ist vorliegend nicht der Fall, handelt es sich doch bei den sanitären Installationen einerseits und den Heizungsinstallationen andererseits um verschiedenartige Aufträge. Diese müssen weder zwingend an dieselbe Anbieterin oder denselben Anbieter vergeben werden, noch stehen sie sonstwie in einem untrennbaren Sachzusammenhang. Finanzielle und logistische Zusammenhänge (...) sind jedem Gesamtbauvorhaben eigen und bewirken nicht, dass sämtliche Aufträge für die Ermittlung der Schwellenwerte zusammenzurechnen wären.“

- 18 Nach dieser Rechtsprechung ist eine nach Art. 2 ÖBV verpönte Auftragsaufteilung („Zerstückelung“) nicht leichtfertig anzunehmen. Auch der Unterzeichnende vertritt die Auffassung, dass zur Anwendung von Art. 2 ÖBV bewusst das Ziel verfolgt werden muss, unter einem Schwellenwert für ein qualifiziertes Beschaffungsverfahren zu bleiben und die Bestimmung demnach nicht greift, wenn das Nichterreichen des Schwellenwerts bloss die (unbeabsichtigte) Folge und nicht die Intention der Aufteilung eines Auftrags darstellt. Indessen scheint mit der Revision der IVöB ein strengeres Verständnis beabsichtigt zu werden. Ob dies für die Stadt Bern Anlass ist, eine im Vergleich zu jener des Unterzeichnenden strengere Rechtsauffassung als Praxis festzulegen, muss stadintern entschieden werden.

Hinweis: Im Einzel- bzw. Beschwerdefall ist es für die überprüfenden Instanzen häufig schwierig festzustellen, ob das Nichterreichen des Schwellenwerts bezweckt wurde oder bloss die Folge einer Aufteilung darstellt, zumal sich der (subjektive) Wille der Vergabestelle nur in Ausnahmefällen klar nachweisen lässt (etwa bei Vorliegen von Aktennotizen oder Protokollen). Die Justizbehörden schliessen deshalb regelmässig aus den objektiven Umständen auf die Absichten der Vergabestellen. Vergabestellen haben also darzulegen, aus welchen sachlichen Gründen ein Auftrag nicht als ganzer, sondern „in Tranchen“ erteilt wurde. Mit anderen Worten: Ob eine Umgehungsabsicht besteht, ist insbesondere nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (ist es wirtschaftlich sinnvoll, den Auftrag aufzuteilen bzw. bestehen sachliche Gründe für die Aufteilung?). Ist von einer „künstlichen“ Aufteilung eines Auftrags auszugehen, sind die Teilaufträge zur Berechnung des Auftragswerts zusammenzurechnen.

Grundsatz 5

Werden Leistungen aufgeteilt, damit der Auftragswert unter einem bestimmten Schwellenwert (für das Einladungsverfahren oder für das offene/selektive Verfahren) bleibt, ist dies unzulässig. Die Leistungen sind zur Bestimmung des massgebenden Auftragswerts zusammenzurechnen.

3.5 Aufträge ohne bestimmte Laufzeit

- 19 Bei Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit entspricht der Auftragswert den geschätzten Kosten für vier Jahre (Art. 3 Abs. 3 Bst. b ÖBV). Dies gilt auch, wenn vertraglich ein Kündigungsrecht (z.B. *„jährlich auf den 31.12. unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist“*) vereinbart wurde. Ein Kündigungsrecht führt mit anderen Worten nicht dazu, dass nur der Zeitraum bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit relevant ist. Eine unbestimmte Laufzeit ist auch anzunehmen, wenn sich ein Vertrag selbst erneuert (z.B. *„ohne gegenseitige Mitteilung bis Ende November verlängert sich der Vertrag jeweils um ein Jahr“*).
- 20 Unter Art. 3 Abs. 3 Bst. b ÖBV fallen Dienstleistungsaufträge, Lieferaufträge und Bauaufträge, wobei bei Bauaufträgen eine „unbestimmte Laufzeit“ nur schwerlich vorstellbar ist.

- 21 Es ist an dieser Stelle festzuhalten, dass Verträge ohne bestimmte Laufzeit an sich vergaberechtlich verpönt sind. Die neue IVöB sieht deshalb maximale Vertragsdauern vor.

Grundsatz 6

Bei Verträgen, welche unbefristet abgeschlossen werden, entspricht der Auftragswert den geschätzten Kosten für 4 Jahre, auch wenn der Vertrag früher kündbar ist. Dasselbe gilt für sich selbst erneuernde Verträge.

3.6 Rahmenverträge ohne bestimmte Laufzeit im Besonderen

- 22 Unter die Bestimmung von Art. 3 Abs. 3 Bst. b ÖBV fallen auch Rahmenverträge mit unbestimmter Laufzeit.

Beispiel: Wird der Standardisierungsentscheid für das Büromöbelkonzept ohne zeitliche Vorgabe getroffen und dementsprechend ein Rahmenvertrag ohne bestimmte Laufzeit abgeschlossen, ergibt sich der massgebende Auftragswert nach den geschätzten (durchschnittlichen) monatlichen Kosten mal 48 (= 4 Jahre).

- 23 Ein Rahmenvertrag kann – wie jeder Vertrag – auch mündlich, konkludent (also durch „schlüssiges Verhalten“) oder sogar stillschweigend abgeschlossen werden. Der Unterzeichnende spricht diesfalls von „impliziten Rahmenverträgen“. Ein impliziter Rahmenvertrag ist anzunehmen, wenn sich beide Parteien darüber einig sind, dass die Vertragsbeziehungen über einen längeren Zeitraum fortgeführt werden sollen und während dieser Zeit von der Vergabestelle Leistungen „eingekauft“ werden. Ein solcher Rahmenvertrag braucht weder eine Mindestabnahmemenge noch muss eine Exklusivität vereinbart werden. Dennoch sollte ohne schriftliche Vereinbarung nur zurückhaltend auf das Bestehen eines Rahmenvertrags geschlossen werden. Es braucht dafür jedenfalls objektivierbare Indizien.

Beispiel: Ein Anbieter schafft sich Infrastrukturen an, welche er nur für die Stadt Bern einsetzen kann. Die Stadt Bern gibt zu verstehen, ihm in den nächsten Jahren Aufträge zur Amortisation der Infrastrukturkosten zu erteilen.

- 24 Schwierig zu beurteilen ist die Rabattgewährung für besondere Kundentreue bei lange bestehenden Kundenbeziehungen. Hier muss im Einzelfall bestimmt werden, ob die Parteien damit bereits künftige Rechtsbeziehungen eingehen. Die Frage dürfte aus Sicht der Stadt Bern im Regelfall zu verneinen sein.

Hinweis: Im Papier vom Oktober 2012 wurde möglicherweise der Eindruck erweckt, dass bei „besonderen Konditionen wegen grossem Umsatz oder Kundentreue“ grundsätzlich auf einen Rahmenvertrag mit unbestimmter Laufzeit geschlossen werden müsse. Dies wäre wohl falsch. Vielmehr muss die Rechtsbeziehung mit einem Anbieter daraufhin „analysiert“ werden, ob mit der Annahme dieser besonderen Konditionen durch die Stadt Bern dem Anbieter nach Treu und Glauben zu verstehen gegeben wird, dass auch in Zukunft Leistungen bei ihm bezogen werden. Zur Kontrolle, ob zwischen den Parteien durch konkludentes Verhalten ein Rahmenvertrag abgeschlossen wurde, mag die folgende Frage dienen: Was würde passieren, wenn die Stadt Bern ab morgen ohne weitere Begründung keine Aufträge an den Anbieter mehr erteilen würde? Sofern die Frage mit „nichts“ zu beantworten ist, liegt in der Regel auch kein Rahmenvertrag vor. Wenn der Abbruch der Vertragsbeziehungen indessen als treuwidrig erscheinen würde und sich der Anbieter demnach dagegen zur Wehr setzen könnte, ist ein fortlaufendes Vertragsverhältnis anzunehmen.

Grundsatz 7

Bei Rahmenverträgen ohne bestimmte Laufzeit sind die geschätzten Kosten aller Leistungen für 4 Jahre massgebend.

Werden Leistungen über Jahre hinweg beim gleichen Anbieter bezogen und bestehen objektivierbare Indizien, dass sich die Vertragsparteien darüber einig sind, dass die Rechtsbeziehungen langfristig weitergeführt werden sollen, ist von einem impliziten Rahmenvertrag auszugehen, womit ebenfalls die Kosten für 4 Jahre massgebend sind.

3.7 Bauaufträge

25 Bei Bauaufträgen besteht eine vergaberechtliche Besonderheit: Unter den sog. Staatsvertragsbereich fallen Bauaufträge, wenn das „Bauwerk“ den Schwellenwert von Fr. 8,7 Mio. übersteigt. Diesfalls unterliegen wohlverstanden alle Aufträge (d.h. an sich ab Fr. 1.-) für dieses Bauwerk der Ausschreibungspflicht. Mit anderen Worten: Ob der Staatsvertragsschwellenwert erreicht wird, ergibt sich aus dem Zusammenrechnen aller Aufträge, welche für ein Bauwerk vergeben werden (wobei Planungsarbeiten im Vorfeld unberücksichtigt bleiben).

26 Immerhin sehen die Staatsverträge zum Beschaffungsrecht vor, dass bis zu 20% der kumulierten Auftragssumme freihändig vergeben werden können (sog. Bagatell-Klausel). Der Gesetzgeber im Kanton Bern ging – ohne weitere Plausibilisierung – davon aus, dass bei der Anwendung der vergleichsweise tiefen Schwellenwerte für Bauaufträge nach kantonalem Beschaffungsrecht die internationalen Vorgaben per se eingehalten werden. Umgekehrt heisst dies für Beschaffungsstellen, welche dem bernischen Vergaberecht unterstehen, aber auch, dass Bauaufträge oberhalb der kantonalen Schwellenwerte zwingend im nach kantonalem Recht vorgesehenen Verfahren vergeben werden müssen und demnach die Berufung auf die Bagatell-Klausel in diesen Fällen auszulässig ist.

27 Wird der Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs nicht erreicht, so hat der Begriff des Bauwerks für die Berechnung des massgebenden Auftragswerts keine Bedeutung. Es besteht also keine Zusammenrechnungspflicht von unterschiedlichen Aufträgen für das gleiche Bauvorhaben.

Beispiel: In BVR 2008 352 hat das Verwaltungsgericht bestätigt, dass sanitäre Installationen einerseits und Heizungsinstallationen andererseits, welche an den gleichen Anbieter vergeben wurden, nicht zusammengerechnet werden müssen.

28 Fraglich ist, ob Losvergaben für mehrere gleichartige Bauarbeiten im gleichen Objekt auch zusammengerechnet werden müssen, wenn der Staatsvertragsbereich nicht erreicht wird. Art. 3 Abs. 1 ÖBV zur Losvergabe bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sieht dies für Bauaufträge an sich nicht vor. Obwohl eine gesetzliche Regelung für Losvergaben bei Bauaufträgen (unterhalb des Staatsvertragsschwellenwerts) nicht besteht, geht der Unterzeichnende davon aus, dass auch bei Bauaufträgen eine Zusammenrechnung von gleichartigen Losen zu erfolgen hat, wenn sie das gleiche Bauprojekt betreffen. Gleicher Meinung scheint CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: MARKUS MÜLLER/RETO FELLER (Hrsg.) Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, Rz. 59, zu sein. Zudem hat das Verwaltungsgericht in BVR 2008 355 E. 2.3 zumindest angedeutet, dass es die Situation bei gleichartigen Aufträgen anders beurteilt hätte (indessen wohl gestützt auf Art. 2 ÖBV).

29 Nichtsdestotrotz ist festzuhalten, dass unterhalb des Staatsvertragsschwellenwerts weder eine klare gesetzliche Regelung noch ein klarer Entscheid der Verwaltungsjustiz besteht, wonach gleichartige Lose für ein Bauprojekt zusammenzurechnen sind. Die Stadt Bern könnte sich im Rahmen einer Praxisfestlegung

demnach auch auf den Standpunkt stellen, dass bei Bauaufträgen unterhalb des Staatsvertragsschwellenwerts keine Zusammenrechnung von gleichartigen Losen erfolgen muss.

Grundsatz 8

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs müssen bei Bauaufträgen die einzelnen Aufträge für die Bestimmung des massgeblichen Verfahrens nicht zusammengezählt werden.

3.8 Zusammenrechnung bei wiederkehrenden Liefer- und Dienstleistungsaufträgen

30 Nach Art. 3 Abs. 1 ÖBV berechnet sich der (vergaberechtlich relevante) Auftragswert bei wiederkehrenden Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen in gleichartige Lose

- entweder nach dem tatsächlichen Gesamtwert der Aufträge, die während der letzten zwölf Monate vergeben worden sind
- oder nach dem geschätzten Gesamtwert der Aufträge im Geschäftsjahr oder in den zwölf Monaten, die dem Erstauftrag folgen.

31 Eine Auftragsvergabe in gleichartige Lose liegt vor, wenn gleichartige Arbeiten, welche in einem engen rechtlichen oder sachlichen Zusammenhang stehen, nicht in einem Auftrag vergeben werden, sondern in mehrere Aufträge aufgeteilt werden. Lose können zeitlich auseinanderfallen, es muss aber zum Zeitpunkt der ersten Auftragsvergabe erkennbar sein, dass weitere gleichartige Arbeiten vergeben werden. Die Vergabe in Lose erfolgt typischerweise – aber nicht zwingend – an unterschiedliche Anbieter im gleichen Markt. Keine Losvergabe liegt vor, wenn Arbeiten zwar gleichartig sind, jedoch keinen rechtlichen oder sachlichen Zusammenhang aufweisen. Jedoch kann es sich, wenn die Aufträge an den gleichen Anbieter gehen, um wiederkehrende Aufträge handeln (dazu sogleich).

Grundsatz 9

Werden Liefer- oder Dienstleistungsaufträge in gleichartige Lose aufgeteilt, sind diese zur Bestimmung des massgebenden Auftragswerts innerhalb von 12 Monaten zusammenzurechnen. Dies unabhängig davon, ob die Lose an einen oder mehrere Anbieter vergeben werden.

32 Ein wiederkehrender Auftrag liegt vor, wenn mehrere gleichartige Aufträge in gewisser Folge an den gleichen Anbieter vergeben werden. Im Gegensatz zur Losvergabe (die Lose gehen typischerweise an unterschiedliche Anbieter) nimmt die Vergabe eines „wiederkehrenden Liefer- oder Dienstleistungsauftrags“ damit Konstellationen in den Blick, bei denen derselbe Anbieter für die Vergabestelle (wiederkehrend) tätig wird. Bedeutend ist damit, ob es sich bei mehreren Aufträgen um gleichartige Arbeiten handelt oder nicht. Massgebend für die Abgrenzung muss nach Ansicht des Unterzeichnenden sein, ob die Leistungen typischerweise vom gleichen Anbieterkreis erbracht werden.

Beispiel: Bei der Beschaffung von Hard- und Software wird typischerweise ein unterschiedlicher Anbieterkreis angesprochen. Es liegt demnach keine Gleichartigkeit vor.

Grundsatz 10

Bei wiederkehrenden Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen ist der Gesamtwert aller gleichartigen Aufträge innerhalb von 12 Monaten massgebend. Wiederkehrend ist ein Auftrag nur, wenn er demselben Anbieter vergeben wird.

Bei Rückfragen und für weitere Ausführungen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Martin Buchli
lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M.