

Martin Buchli

## Der massgebende Auftragswert zur Bestimmung des korrekten Vergabeverfahrens

– insbesondere die Unterscheidung nach der 12- und der 48-monatigen Betrachtungsweise bei fortdauernder Rechtsbeziehung mit einem Anbieter<sup>1</sup>

### 1 Grundsatz: Massgebend ist der einzelne Auftrag

- <sup>1</sup> Auszugehen ist zunächst vom *einzelnen Auftrag*, d.h. vom einzelnen Vertrag, der mit einem Anbieter abgeschlossen wird. Steht der Wert eines Auftrags zum Zeitpunkt der Vergabe nicht fest, so ist er *sorgfältig zu schätzen*. Bei Unklarheiten sind vernünftige Annahmen zu treffen. Bei knapp unter dem Schwellenwert liegenden Schätzungen ist nach dem Vorsichtsprinzip aufzurunden.
- <sup>2</sup> 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.
- <sup>3</sup> Bei *Rahmenverträgen* mit bestimmter Laufzeit ist für die Bestimmung des Auftragswerts die gesamte Laufzeit massgebend.

---

<sup>1</sup> Das vorliegende Paper wurde mit dem Zweck geschrieben, den Personen „an der Front“ eine möglichst einfach verständliche Arbeitshilfe zur Beantwortung der Frage zu geben, ob ein qualifiziertes Vergabeverfahren durchzuführen ist. Es erhebt nicht den Anspruch auf Wissenschaftlichkeit, vielmehr wurde aus Gründen der Lesbarkeit bewusst auf die Angabe von Literatur und Rechtsprechung verzichtet. An Stelle von juristischen Begriffen wurden zum Teil umgangssprachliche Formulierungen verwendet, welche der Unterzeichnende als besser verständlich erachtete.

Beispiel: Wird ein Standardisierungsentscheid für ein Büromöbelkonzept getroffen und soll mit dem Anbieter ein Rahmenvertrag für die nächsten 15 Jahre abgeschlossen werden, so ist der Gesamtwert aller Büromöbel, die in den nächsten 15 Jahren erworben werden sollen, massgebend.

## 2 Keine Aufteilung von Aufträgen zur Umgehung von Schwellenwerten

- 4 Ein Auftrag darf nach Art. 2 ÖBV *nicht in der Absicht aufgeteilt werden, unter dem Schwellenwert für ein qualifiziertes Beschaffungsverfahren zu bleiben*. Damit Art. 2 ÖBV zur Anwendung gelangt, muss mit einer Auftragsaufteilung bewusst das Ziel verfolgt werden, unter einem Schwellenwert für ein qualifiziertes Beschaffungsverfahren zu bleiben. Keine Anwendung findet Art. 2 ÖBV, wenn das Nichterreichen des Schwellenwerts bloss die (unbeabsichtigte) Folge und nicht die Intention der Aufteilung eines Auftrags darstellt.
- 5 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.
- 6 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.

Beispiel: Werden gleichzeitig zwei typengleiche Fahrzeuge gekauft, so dürfte es zum Erreichen besserer Einkaufskonditionen sinnvoll sein, die Fahrzeuge mit nur einem Lieferauftrag zu beschaffen. Die Aufteilung der Vergabe ist unzulässig, soweit nicht andere sachliche Gründe diese rechtfertigen.

Ist mit sinkenden Preisen (z.B. für IT-Produkte) zu rechnen, so kann es sinnvoll sein, eine Beschaffung auf verschiedene, zeitlich gestaffelte Aufträge aufzuteilen.

### 3 Aufträge ohne bestimmte Laufzeit

- 7 Bei Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit entspricht der Auftragswert den *geschätzten Kosten für vier Jahre* (Art. 3 Abs. 3 Bst. b ÖBV).

Beispiel: Einkauf von Rechtsberatungs-Dienstleistungen mit unbestimmter Dauer, wie dies im Rahmen der „Ausleihe“ (vertragsrechtlich dürfte es sich um ein Auftragsverhältnis handeln, inhaltlich hat das Rechtsverhältnis aber Charakterzüge einer Personalleihe) eines Mitarbeiters zunächst beim Notariat Aebersold und Haas und anschliessend bei Häusermann + Partner geschehen ist.

- 8 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).

- 9 Ein solcher *Rahmenvertrag* kann auch *impliziter Natur* sein. Ein solcher impliziter Rahmenvertrag ist etwa anzunehmen, wenn über Jahre hinweg Leistungen bei einem Anbieter bezogen werden und dieser aufgrund der „Kundentreue“ besondere Konditionen gewährt.
- 10 Unter Art. 3 Abs. 3 Bst. b ÖBV fallen Dienstleistungsaufträge, Lieferaufträge und Bauaufträge.

### 4 Zusammenrechnung bei wiederkehrenden Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und bei der Vergabe in Lose

- 11 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.

- 12 Eine Auftragsvergabe in gleichartige Lose liegt vor, wenn gleichartige Arbeiten nicht in einem Auftrag vergeben werden, sondern in mehrere Aufträge aufgeteilt werden. Lose könnten 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.

- 13 Auch wenn nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 ÖBV die Pflicht zur Zusammenrechnung bei der Vergabe von Arbeiten in Lose auf Liefer- und Dienstleistungsaufträge beschränkt ist, so hat nach Ansicht des Unterzeichnenden auch bei *Bauaufträgen* eine Zusammenrechnung von gleichartigen Losen zu erfolgen, wenn sie das gleiche Bauprojekt betreffen. Oberhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte ergibt sich die Pflicht zur Zusammenrechnung direkt aus dem General Procurement Agreement – also aus dem WTO-Recht.
- 14 Ein wiederkehrender Auftrag liegt nach der hier vertretenen Auffassung vor, wenn mehrere vergebene bzw. zu vergebende Aufträge *gleichartig* sind und *wiederholt an den gleichen Anbieter vergeben* werden. Zwischen den Aufträgen muss *ein rechtlicher oder ein enger sachlicher Zusammenhang* bestehen.
- 15 Bei Bauaufträgen besteht keine Pflicht zur Zusammenrechnung bei wiederkehrenden Aufträgen zur Bestimmung des vergaberechtlich relevanten Auftragswerts.

## 5 Fortdauernde Rechtsbeziehung mit einem Anbieter

- 16 Besteht mit einem Anbieter eine fortdauernde Rechtsbeziehung, werden also immer wieder Aufträge an den gleichen Anbieter erteilt, stellt sich nach dem Geschriebenen die Frage, *ob* – und wenn ja: *wie* – die einzelnen Aufträge zur Berechnung des vergaberechtlich massgebenden Auftragswerts zusammenzurechnen sind.
- 17 Ein Zusammenrechnen der Aufträge über vier Jahre bzw. „mit Blick auf die kommenden vier Jahre“ (48-monatige Betrachtungsweise) muss erfolgen, wenn der Vergabestelle besondere Konditionen wegen grossem Umsatz, Kundentreue oder Ähnlichem gewährt werden und dementsprechend von einem impliziten Rahmenvertrag (logischerweise ohne bestimmte Dauer) auszugehen ist, der sich sozusagen über die einzelnen Aufträge legt. Ohne solche besonderen Konditionen wird man nur ganz ausnahmsweise (z.B. wenn für beide Vertragsparteien klar ist, dass man noch über lange Zeit zusammenarbeiten wird und sich dieser Wille „wie ein rechtliches Band“ präsentiert) einen impliziten Rahmenvertrag annehmen dürfen. Ist von einem impliziten Rahmenvertrag auszugehen, so spielt es (abgesehen von der Frage nach dem einschlägigen Schwellenwert) keine Rolle, ob es sich um einen Bauauftrag, einen Dienstleistungsauftrag oder einen Lieferauftrag handelt.

- 18 Bestehen keine besondere Konditionen und ist auch nicht aus einem anderen Grund von einem impliziten Rahmenvertrag auszugehen, so ist weiter zu prüfen, ob ein wiederkehrender Dienstleistungs- oder Liefervertrag vorliegt. Diesfalls sind die *Aufträge an denselben Anbieter* innert 12 Monaten bzw. sinnvollerweise im Geschäftsjahr zusammenzuzählen.

Beispiel: Aufträge an Rohrmax.

- 19 Liegt weder eine Ausgangslage nach Rz. 17 noch eine Ausgangslage nach Rz. 18 vor, so müssen einzelne Aufträge zur Bestimmung des korrekten Vergabeverfahrens nicht zusammengerechnet werden.

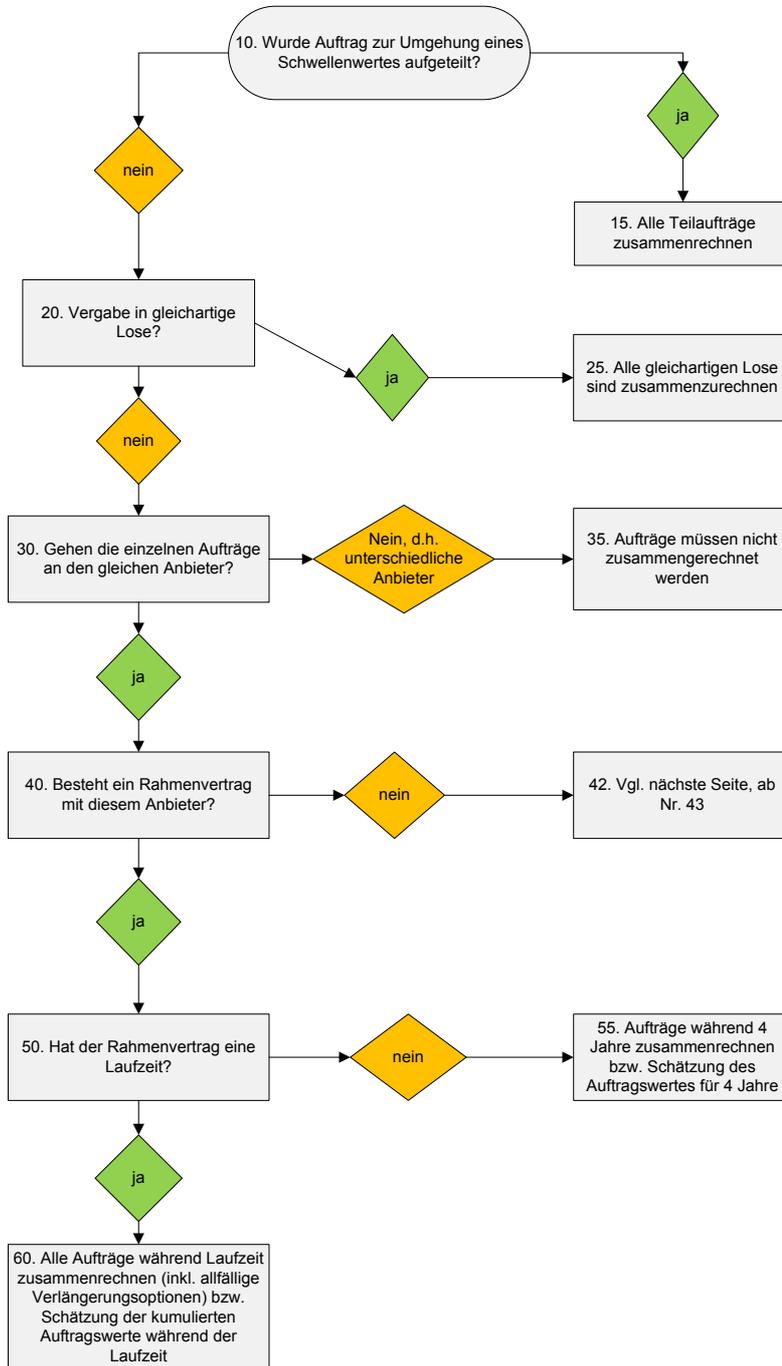
Bern, den 29. Oktober 2012

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Martin Buchli', with a stylized flourish at the end.

Martin Buchli, RA, LL.M.

Zusammenrechnen von einzelnen Aufträgen bzw. Teilaufträgen zur Bestimmung des Vergabeverfahrens - Prüfschema

Bemerkungen



Zu 10: MB, Der massgebende Auftragswert ...; Rz. 4 - 6

Zu 20: MB, Der massgebende Auftragswert ...; Rz. 13

Zu 30: MB, Der massgebende Auftragswert ...; Rz. 14 und 16 - 19

Zu 35: MB, Der massgebende Auftragswert ...; Rz. 1f.

Zu 40: MB, Der massgebende Auftragswert ...; Rz. 3 und 17f.

Zu 40: MB, Der massgebende Auftragswert ...; Rz.7 - 10

Zu 60: Eine allfällige Kündigungsmöglichkeit hat keinen Einfluss.

