



Stadt Bern
Gemeinderat

Öffentliches Beschaffungswesen

Weisung zur Bestimmung des korrekten Vergabeverfahrens

Inhaltsübersicht

1.	Zu dieser Weisung	4
2.	Der Begriff „Öffentlicher Auftrag“	4
3.	Auftragswert	6
3.1.	Ausgangspunkt für die Bestimmung des Auftragswerts: Der einzelne Auftrag	6
3.2.	Sorgfältige Ermittlung des Auftragswerts und Dokumentation	6
3.3.	Aufteilungsverbot	7
3.4.	Gemeinsame Beschaffungen liegen in der Regel im Ermessen der Vergabestellen und zählen als ein Auftrag 8	
3.5.	Ausnahmsweise Pflicht zum gemeinsamen Ausschreiben	8
3.6.	Aufträge, die im Geschäftsverkehr vernünftigerweise immer zusammen beschafft werden	9
3.7.	Wiederkehrende Liefer- und Dienstleistungsaufträge	9
	a) Massgebende Organisationseinheit	10
	b) Gleichartigkeit des Auftrags	10
	c) Zusammenhang (Projektsicht).....	11
3.8.	Zusammenrechnungsrechnungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 ÖBV	11
3.9.	Unterscheidung zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrag	12
3.10.	Losvergabe	13
3.11.	Kleinbestellungen im Besonderen.....	13
4.	Beschaffungsverfahren	14
4.1.	Verfahrensarten	14
4.2.	Verfahrenswahl und Schwellenwerte	14
4.3.	Spezialfall: Freihändige Vergabe ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren (Art. 7 Abs. 3 ÖBV).....	15
4.4.	Zuständigkeit und Dokumentation bei Freihandvergaben.....	16
5.	Beschaffungsvertrag	17
5.1.	Vertragsdauer	17
5.2.	Verträge ohne bestimmte Laufzeit im Besonderen	17
5.3.	Rahmenverträge	18
5.4.	Optionen.....	19
5.5.	Nachtrag oder Folgeauftrag?	19
6.	Sonderfall: Bauwerke nach Staatsvertragsrecht (> 8,7 Mio. Franken)	21
7.	Inkraftsetzung und Verbindlichkeit	22

Abkürzungsverzeichnis

BeKo	Beschaffungskommission der Stadt Bern
BKP	Baukostenplan
FaBe	Fachstelle Beschaffungswesen
FISTA	Liegenschaftsunterhalt im Tiefbauamt (Fenster, Innenausbau, Schränke, Türen, Allgemeine Schreinerarbeiten)
HSB	Hochbau Stadt Bern
IKZ	Interkommunale Zusammenarbeit
KV	Kostenvoranschlag
NPK	Normpositionen-Katalog
ÖBG	Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.2)
ÖBV	Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.21)
OV	Verordnung vom 27. Februar 2001 über die Organisation der Stadtverwaltung (Organisationsverordnung, SSSB 152.01)
VöB	Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
Ziff.	Ziffer

1. Zu dieser Weisung

- 1 Die Bestimmung des korrekten Vergabeverfahrens bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen führt in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten. Dies einerseits aufgrund der mitunter schwer verständlichen und in sich nicht widerspruchsfreien Vorgaben des kantonalen Beschaffungsrechts. Andererseits besteht zu diesen kantonalrechtlichen Bestimmungen kaum einschlägige Rechtsprechung, weshalb bei der Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe erhebliche Spielräume bestehen.
- 2 Vor diesem Hintergrund gibt die vorliegende Weisung den Beschaffungsstellen der Stadt Bern vor, wie das Vergabeverfahren zu bestimmen ist. Sie versteht sich insofern als Weisung, wie die einschlägigen Normen stadintern zu verstehen und anzuwenden sind. Gleichzeitig soll die Weisung der Praxis auch Hilfestellung bieten. Zu diesem Zweck werden namentlich die Konstellationen im Einzelnen erörtert, bei denen mehrere Aufträge an den gleichen Anbieter für die Bestimmung des Auftragswerts – und damit auch des Vergabeverfahrens – zusammengerechnet werden müssen. Zur schnellen Orientierung wurden wichtige Grundsätze bei der Bestimmung des Vergabeverfahrens hervorgehoben.

2. Der Begriff „Öffentlicher Auftrag“

- 3 Das Vergaberecht – der Begriff wird synonym zum „Recht über das öffentliche Beschaffungswesen“ verwendet – findet Anwendung auf öffentliche Aufträge. Ein „öffentlicher Auftrag“ liegt vor, wenn die Stadt Bern mit einem privaten Anbieter einen Vertrag abschliesst, mit welchem sie gegen Entgelt auf dem freien Markt Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen **erwirbt** (tritt die Stadt Bern als Verkäuferin, Dienstleistungserbringerin oder Konzedentin auf, findet das Vergaberecht keine Anwendung).

Beispiele für nicht dem Vergaberecht unterstellte Tätigkeiten:

- Verkauf von Altpapier.
 - Vergabe von Konzessionen für die Nutzung des öffentlichen Grundes. (*Hinweis:* Die Übertragung der Nutzung kantonalen und kommunalen Monopole auf Private hat aber nach Artikel 2 Absatz 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen. Solche Ausschreibungen werden häufig in Analogie zum Beschaffungsrecht durchgeführt, unterscheiden sich aber beispielsweise durch das Publikationsorgan.)
 - Verkauf einer Liegenschaft durch die Stadt Bern.
 - Die Erbringung von Leistungen für Dritte durch Liegenschaftsunterhalt / FISTA.
 - Der Verkauf von Gütern durch Logistik Bern.
- 4 Dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstehen alle Arten von öffentlichen Aufträgen. Im Gegensatz zum Bundesrecht (welches nur für Beschaffungsstellen des Bundes gilt) besteht bei Dienstleistungsaufträgen keine so genannte „Positivliste“, sondern eine generelle Unterstellung.

Erläuterung: Als „Positivliste“ wird die Auflistung der Dienstleistungen in Anhang 1a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) bezeichnet, welche dem Bundesbeschaffungsrecht (mit Rechtsschutz) unterstehen. Dienstleistungen, welche in dieser Auflistung nicht explizit aufgeführt sind, unterstehen nach Bundesrecht nicht dem Beschaffungsrecht.

- 5 Vom Vergaberecht ausgenommen sind Verträge mit anderen Gemeinden im Bereich der Interkommunalen Zusammenarbeit (IKZ), andere sog. „In-State-Vergaben“ (Vergabe unter staatlichen Aufgabenträgern zur gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben), sog. „In-House“ bzw. „Quasi-In-House-Vergaben“ (Aufträge an eigene Dienstabteilungen oder Tochterunternehmen) und Verträge an Anbieter, welche über ein gesetzliches Monopol verfügen (z.B. Stromerwerb im Grundversorgungsbereich).

Erläuterung: Als In-House-Vergabe wird der Einkauf bei einer eigenen Dienststelle (Abteilung) des Gemeinwesens bezeichnet (z.B. ein „Auftrag“ von Hochbau Stadt Bern [HSB] an FISTA). In-House-Vergaben sind generell vom Beschaffungsrecht ausgenommen.

Quasi-In-House-Vergaben sind Vergaben an eine Tochterunternehmung des auftraggebenden Gemeinwesens. Quasi-In-House-Vergaben sind nur dann vergaberechtsfrei, wenn eine Kontrolle der Vergabestelle wie über eine eigene Dienststelle gegeben ist und die Tätigkeit des Anbieters im Wesentlichen (zu ca. 90 %) für die Vergabestelle erfolgt. Jedenfalls am zweiten Kriterium scheitert eine vergaberechtsfreie „Quasi-In-House-Vergabe“ der Stadt Bern an Energie Wasser Bern (ewb), erbringt diese doch im Wesentlichen Leistungen zugunsten der Einwohnerinnen und Einwohner und nicht der Stadt Bern. Zulässig bleibt selbstverständlich der vergaberechtsfreie Einkauf von Leistungen im Monopolbereich von ewb.

Im Weiteren sind der Kauf, die Pacht und die Miete von Immobilien nicht dem Vergaberecht unterstellt sowie – unter gegebenen Voraussetzungen – Auftragsvergaben an „Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten“.

- 6 Ob im Einzelfall eine Ausnahme vorliegt, ist schwierig zu beurteilen. Ausnahmen dürfen ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren (Fr. 100 000.00) deshalb nur nach Konsultation der Fachstelle Beschaffungswesen (FaBe) angenommen werden.

Grundsatz 1

Kauft die Stadt Bern Leistungen bei Dritten ein, liegt eine öffentliche Beschaffung vor. Ausnahmen von der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts (IKZ, In-State, In-House etc.) dürfen nur nach Konsultation der FaBe angenommen werden.

3. Auftragswert

3.1. Ausgangspunkt für die Bestimmung des Auftragswerts: Der einzelne Auftrag

- 7 Bevor über die Verfahrenswahl entschieden werden kann, muss Klarheit über den Auftragswert bestehen. Ausgangspunkt für die Bestimmung des massgebenden Auftragswerts ist der einzelne Auftrag, d.h. der einzelne, in der Regel privatrechtliche Vertrag, der zwischen der Stadt Bern und einem privaten Anbieter abgeschlossen wird.

Grundsatz 2

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

- 8 Was nicht im gleichen Vertrag geregelt ist, muss – *unter Vorbehalt anders lautender Ausführungen in dieser Weisung* – nicht zusammengerechnet werden.

3.2. Sorgfältige Ermittlung des Auftragswerts und Dokumentation

- 9 Steht der Wert eines Auftrags zum Zeitpunkt der Vergabe nicht fest, so ist er *sorgfältig zu ermitteln*. Die Ermittlung des Auftragswerts kann auf eigenen Kenntnissen (Erfahrungswerte) oder spezifischen Marktabklärungen (Richtofferte, Internetrecherche etc.) basieren. Besteht ein detaillierter Kostenvoranschlag (KV), so ist dieser massgebend. Zu verwenden ist der bewirtschaftete KV.
- 10 Die MWST kann für die Bestimmung des vergaberechtlich massgebenden Auftragswerts abgezogen werden.
- 11 Keine Rolle spielt, zu welchem (allenfalls auch höherem) Wert schliesslich der Zuschlag erfolgt. Es ist auch denkbar, dass eine Vergabestelle in guten Treuen einen Auftrag freihändig vergibt, anschliessend im Rahmen der Auftragserfüllung aber der Schwellenwert für das Einladungsverfahren überschritten wird.

Beispiel: Für die Erstellung einer Individualsoftware werden die Kosten (sorgfältig) auf Fr. 80 000.00 ermittelt. Im Rahmen der Erfüllung der Arbeiten stellt sich heraus, dass die Schnittstellen zu anderen Applikationen zu zusätzlichen Kosten führen, welche bei der Auftragserteilung nicht voraussehbar waren. Die freihändige Auftragsvergabe bleibt in dieser Konstellation zulässig.

- 12 Bestehen Unsicherheiten bei der Ermittlung des Auftragswerts, sind diese zu dokumentieren. Wird mit Kosten von knapp unter einem Schwellenwert gerechnet, ist nach dem Vorsichtsprinzip aufzurunden. Ist davon auszugehen, dass ein Auftrag unter dem Preis des (bewirtschafteten) Kostenvoranschlags vergeben werden kann („Luft im Kostenvoranschlag“) und wird deshalb ein tieferes Vergabeverfahren gewählt, so sind die Gründe schriftlich festzuhalten.

Grundsatz 3

Der Auftragswert ist sorgfältig zu ermitteln und in Zweifelsfällen aufzurunden. Basiert die Ermittlung des Auftragswerts auf vagen Annahmen oder liegt sie unter dem Kostenvoranschlag, ist die Ermittlung des Auftragswerts zu dokumentieren

3.3. Aufteilungsverbot

- 13 Ein Auftrag darf nach Artikel 2 ÖBV nicht in der Absicht aufgeteilt werden, unter dem Schwellenwert für ein qualifiziertes Beschaffungsverfahren zu bleiben. Das Verwaltungsgericht hat zur Anwendung von Artikel 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 (...).“

- 14 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist eine nach Artikel 2 ÖBV verpönte Auftragsaufteilung („Zerstückelung“) nicht leichtfertig anzunehmen. Vielmehr liegt eine unzulässige Zerstückelung nur vor, wenn mit einer Aufteilung bewusst (und in erster Linie) das Ziel verfolgt wird, unter einem Schwellenwert für ein qualifiziertes Beschaffungsverfahren zu bleiben. Ist das Nichterreichen des Schwellenwerts die mittelbare Folge der (sachlich begründeten) Aufteilung eines Auftrags, ist die Aufteilung zulässig.

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 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 4

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

3.4. Gemeinsame Beschaffungen liegen in der Regel im Ermessen der Vergabestelle und zählen als ein Auftrag

15 Mehrere Leistungen können – müssen aber in der Regel nicht (siehe dazu **Ziff. 3.3. und 3.5.**) – gemeinsam beschafft werden. Eine gemeinsame Beschaffung erscheint namentlich sinnvoll, wenn

- auf dem Beschaffungsmarkt zusammengefasst bessere Konditionen erreicht werden können (diese Abklärung obliegt der Vergabestelle);
- die Stadt Bern mehrere, zeitlich aufeinander folgende Aufträge mit der gleichen Anbieterin oder dem gleichen Anbieter abschliessen will und anzunehmen ist, dass für einen späteren Auftrag ein Einladungsverfahren oder ein offenes/selektives Verfahren durchgeführt werden müsste.

Beispiele:

- Soll ein Planungs- bzw. Architekturbüro mit der Erstellung einer Ideenskizze oder Gestaltungsstudie beauftragt werden, so kann der entsprechende Auftrag ohne den allenfalls im Rahmen der Realisierung erforderlichen Planungsauftrag vergeben werden. Da in der Phase der Realisierung der Schwellenwert aber in der Regel überschritten wird, kann es – soweit sich das Projekt überhaupt hinreichend abzeichnet – sinnvoll sein, das Vorprojekt und die Realisierungsphase gemeinsam auszuschreiben. Eine vergaberechtliche Pflicht besteht dazu aber nicht. Zu beachten gilt es, dass sich allenfalls eine Vorbefassungsproblematik ergeben kann. Eine Vorbefassung kann bei Planungsaufträgen meist durch Offenlegung aller Unterlagen ausgeglichen werden.
- Es gibt grundsätzlich keine vergaberechtliche Verpflichtung, Rahmenverträge abzuschliessen, wenn eine Vielzahl von kleineren Aufträgen vergeben wird (z.B. Einkauf von Küchengeräten für von der Stadt Bern vermietete Wohnungen). Unter Umständen ist es aber sinnvoll, wenn solche Aufträge zusammengefasst werden, um bessere Einkaufskonditionen zu erreichen (z.B. Einkauf von Toilettenpapier durch Logistik Bern). Siehe zudem Ziff. 3.11.

Grundsatz 5

Es liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle, ob mehrere Leistungen gemeinsam oder getrennt beschafft werden sollen. Dieses Ermessen ist in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten auszuüben.

3.5. Ausnahmsweise Pflicht zum gemeinsamen Ausschreiben

16 Nach dem Geschriebenen liegt es grundsätzlich im Ermessen der Stadt Bern bzw. der für diese handelnden Verwaltungseinheiten, ob mehrere Aufträge einzeln oder gemeinsam ausgeschrieben werden sollen. Als Ausnahme von diesem Grundsatz besteht in den folgenden zwei Konstellationen eine Pflicht, mehrere Aufträge gemeinsam auszuschreiben:

3.6. Aufträge, die im Geschäftsverkehr vernünftigerweise immer zusammen beschafft werden

- 17 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.

Beispiele: Die Stadt Bern lässt zwei Individualsoftwares für unterschiedliche Dienststellen entwickeln, welche wichtige und komplexe Schnittstellen zueinander aufweisen. Eine Aufteilung des Auftrags mit dem Argument, es handle sich um zwei unterschiedliche Applikationen, erscheint unzulässig. Bei solchen IT-Vorhaben 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, damit die Arbeiten insgesamt schneller erledigt werden können.

- 18 Massgebend ist die Betrachtungsweise zum Zeitpunkt der ursprünglichen Auftragsvergabe. Leistungen, bei welchen sich erst im Rahmen der Auftragserbringung herausstellt, dass sie sinnvollerweise auch vom gleichen Anbieter erbracht werden sollten, müssen nicht zwingend hinzugerechnet werden. Es handelt sich vielmehr um einen (separaten) Zusatzauftrag.

Grundsatz 6

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

3.7. Wiederkehrende Liefer- und Dienstleistungsaufträge

- 19 Bei wiederkehrenden Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen ist der Gesamtwert aller gleichartigen Aufträge innerhalb von 12 Monaten massgebend.
- 20 Die Zusammenrechnungspflicht bei wiederkehrenden Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bereitet in der Praxis mitunter erhebliche Schwierigkeiten.
- 21 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 Anbietende) nimmt die Vergabe eines „wiederkehrenden Liefer- oder Dienstleistungsauftrags“ damit Konstellationen in den Blick, bei denen **dieselbe Anbieterin oder derselbe Anbieter** (wiederkehrend) tätig wird.

- 22 Von Bedeutung für die Anwendung von Artikel 3 Absatz 1 ÖBV bei wiederkehrenden Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sind drei Gesichtspunkte:
- 1) Aus Sicht der Vergabestelle: welches ist die massgebende Organisationseinheit für die Zusammenrechnung mehrerer Aufträge?
 - 2) Aus Sicht des Beschaffungsgegenstandes: wann liegt eine Gleichartigkeit von Aufträgen vor?
 - 3) Aus Sicht des Zusammenhangs zwischen mehreren Aufträgen: wie werden unterschiedliche Projekte hinsichtlich der Zusammenrechnungspflicht abgegrenzt?

23 Im Sinne einer Praxisfestlegung gilt in der Stadt Bern diesbezüglich:

a) Massgebende Organisationseinheit

- 24 Massgebend für die Zusammenrechnungspflicht ist die Abteilung im Sinne der städtischen Organisationsverordnung (Art. 2 Abs. 2 OV).
- 25 Demnach gilt umgekehrt: Aufträge von unterschiedlichen Abteilungen an einen Anbieter müssen nicht gestützt auf Artikel 3 Absatz 1 ÖBV zusammengerechnet werden, auch wenn sie gleichartig sind.

Beispiel: Ein Anwalt wird von unterschiedlichen Abteilungen einer Direktion mandatiert. Die Aufträge müssen nicht zusammengerechnet werden.

Hinweis: Diese Praxisfestlegung erfolgt insbesondere auch mit Blick auf die erheblichen Probleme, die sich ergeben würden, wenn Aufträge abteilungs- oder sogar direktionsübergreifend zusammengerechnet werden müssten. Da die Vergabestellen im Bereich der Freihandvergaben regelmässig gar keine Kenntnisse davon haben, welche Abteilungen einer Anbieterin oder einem Anbieter sonst noch Aufträge erteilen, würde häufig erst die Kreditorenbuchhaltung zum Ergebnis führen, dass ein Schwellenwert bei Kumulation der Aufträge erreicht bzw. übertroffen wurde.

b) Gleichartigkeit des Auftrags

- 26 Gleichartig ist ein Auftrag dann, wenn er typischerweise vom gleichen, spezialisierten Anbieterkreis erbracht wird. Soweit für einen Auftrag eine BKP-Nummer (Hochbau) oder eine NPK-Position (Tiefbau) besteht – was bei den hier interessierenden Dienstleistungs- und Lieferaufträgen indessen regelmässig nicht der Fall ist – kann auf diese abgestützt werden.

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

Bei Lieferungen zu Umgebungsarbeiten (bspw. Spielgeräte, Pflanzen oder Zäune) besteht ein unterschiedlicher Anbietendenkreis. Demnach liegt auch hier keine Gleichartigkeit vor.

c) Zusammenhang (Projektsicht)

- 27 Bei Dienstleistungsaufträgen gilt die Zusammenrechnungspflicht aus Praktikabilitätsgründen nur insoweit, als Aufträge das gleiche Projekt betreffen.

Beispiel: Zwei Aufträge an ein Planungsbüro, welche zwei unabhängige Projekte betreffen, müssen nicht zusammengerechnet werden.

Bei Lieferaufträgen wird keine solche Abgrenzung nach dem Projekt vorgenommen.

Grundsatz 7

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. Zusammenzurechnen sind alle gleichartigen Aufträge, die von einer Abteilung vergeben werden. Bei Dienstleistungsaufträgen wird nach Projekt abgegrenzt.

3.8. Zusammenrechnungsrechnungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 ÖBV

- 28 Nach Artikel 3 Absatz 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 12 Monate vergeben worden sind,
- oder nach dem geschätzten Gesamtwert der Aufträge im Geschäftsjahr oder in den 12 Monaten, die dem Erstauftrag folgen.

Ob eine Zusammenrechnungspflicht besteht, ergibt sich aus sämtlichen Auftragserteilungen/Bestellungen an die gleiche Anbieterin oder den gleichen Anbieter innerhalb von 12 Monaten.

3.9. Unterscheidung zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrag

- 29 Durch die Vereinheitlichung der Schwellenwerte in der Stadt Bern ist die Unterscheidung zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nur noch hinsichtlich der Zusammenrechnungspflicht für wiederkehrende Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach Artikel 3 Absatz 1 ÖBV von Bedeutung (für Bauaufträge besteht keine solche Pflicht zum Zusammenrechnen; siehe aber die staatsvertraglichen Besonderheiten zu Bauaufträgen in Ziff. 6).
- 30 Für die Unterscheidung nach den Kategorien Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrag ist an sich die Klassifikation der Güter durch die Vereinten Nationen (UNO) in der so genannten „zentralen Produktklassifikations-(CPC-)Liste“ massgebend. Die Anwendung dieser Liste erweist sich in der Praxis – zumal es keine deutsche Version der CPC-Liste gibt – als ausgesprochen schwierig. Im Sinne einer Praxisfestlegung erfolgt deshalb die Unterscheidung in der Stadt Bern nach den folgenden Kriterien:
- **Baufaufträge** sind alle Arbeiten, welche in Zusammenhang mit der Erbringung bestimmter Hoch- und Tiefbauarbeiten erfolgen. Nicht zu den Bauaufträgen zählen die Planerleistungen in Zusammenhang mit einem Bauwerk, d.h. namentlich Architektenaufträge. Diese zählen zu den Dienstleistungsaufträgen. Unerheblich ist es, ob solche Arbeiten im Rahmen der Erstellung, der Sanierung oder des Unterhalts eines Bauwerks erfolgen. Auch Malerarbeiten, Elektroinstallationen, Schreinerarbeiten etc. in einer bestehenden, bewohnten Liegenschaft stellen einen Bauauftrag dar. Bauaufträge sind regelmässig Werkverträge nach Artikel 363 OR.
 - **Lieferaufträge** sind der Kauf oder die Miete (inkl. Leasing) von beweglichen Gütern und Standardsoftware. Lieferaufträge zeichnen sich dadurch aus, dass ein fertiges Gut beschafft wird. Als Lieferaufträge gelten z.B. die Beschaffung von Fahrzeugen, Büromaterial, IT-Hardware, Office-Applikationen, Mobiliar, Schulmaterial, Papier und Druckerzeugnissen.
 - Ein **Dienstleistungsauftrag** ist ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einer Anbieterin über die Erbringung bestimmter Dienstleistungen. Mit anderen Worten geht es um das Tätigwerden des Anbieters für den Auftraggeber. Dienstleistungsaufträge zeichnen sich dadurch aus, dass das zu beschaffende Gut noch nicht besteht. Dienstleistungsaufträge sind regelmässig Aufträge nach Artikel 394 OR.
- 31 Durch die Vereinheitlichung der Schwellenwerte in der Stadt Bern hat die Unterscheidung zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen in der Praxis kaum noch eine vergaberechtliche Bedeutung. Es ist aber zu bedenken, dass bei Liefer- und Bauaufträgen zwischen Fr. 50 000.00 und Fr. 100 000.00 (je exkl. MWST) nach Artikel 4 Absatz 2 der städtischen Beschaffungsverordnung mindestens eine Konkurrenzofferte eingeholt werden muss. Die Offertpreise sind durch die Bedarfsstelle in Submiss zu dokumentieren. Geht der Auftrag nicht an das preislich günstigste Angebot oder kann keine Konkurrenzofferte eingeholt werden, sind die Gründe schriftlich festzuhalten. Die schriftlichen Dokumentationen unterliegen der Archivierungspflicht. Bei Dienstleistungsaufträgen besteht im Freihandbereich (bis Fr. 100 000.00) keine Verpflichtung, Konkurrenzofferten einzuholen.

- 32 Relativ häufig haben Aufträge Komponenten unterschiedlicher Auftragsarten. Hier ist für die Einordnung des Auftrags entscheidend, welcher Anteil überwiegt.

Beispiel: Beschafft werden Solarpanels (Lieferauftrag), welche vom Anbieter auf dem Dach einer gemeindeeigenen Liegenschaft montiert werden müssen (Bauftrag). In diesem Fall wird der Lieferanteil den Anteil Bauauftrag wohl überwiegen, womit der Auftrag insgesamt als Lieferauftrag einzuordnen ist.

3.10. Losvergabe

- 33 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.

Beispiel: Die Stadt Bern kauft durch Logistik Bern Toilettenpapier ein. Dabei wird ein Los Toilettenpapier 3-lagig und ein Los Toilettenpapier 2-lagig beschafft. Die Aufträge sind gleichartig und müssen deshalb zur Bestimmung des Auftragswerts zusammengerechnet werden.

Grundsatz 8

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

3.11. Kleinbestellungen im Besonderen

- 34 Die Zusammenrechnungspflicht gilt grundsätzlich auch, wenn bei einer Lieferantin oder einem Lieferanten zahlreiche Kleinbestellungen in Auftrag gegeben werden (z.B. Werkzeug). In der Praxis bereitet dies mitunter erhebliche Schwierigkeiten.
- 35 Deshalb gilt: Wenn in zwei aufeinanderfolgenden Jahren von einer Abteilung bei einer Anbieterin oder einem Anbieter Kleinbestellungen im Umfang von mehr als Fr. 100 000.00 (exkl. MWST) erfolgen (massgebend ist die Kreditorenbuchhaltung), ist die FaBe beizuziehen, um eine (Rahmen-) Ausschreibung zu prüfen.

4. Beschaffungsverfahren

4.1. Verfahrensarten

36 Nach der Bestimmung des Auftragswerts erfolgt die Wahl des korrekten Beschaffungsverfahrens. Es sind drei Verfahrensarten zulässig: Das freihändige Verfahren, in welchem die Bedarfsstelle für kleinere Aufträge direkt eine Anbieterin oder einen Anbieter bestimmt, das Einladungsverfahren, in welchem die ausschreibende Stelle mehrere Anbieterinnen und Anbieter zur Offertstellung einlädt und das offene bzw. selektive Verfahren, in welchem der Auftrag öffentlich auf der Schweizerischen Beschaffungsplattform simap.ch ausgeschrieben wird.

4.2. Verfahrenswahl und Schwellenwerte

37 Die Wahl des Verfahrens (freihändiges Verfahren, Einladungsverfahren oder selektives / offenes Verfahren) hängt bei einem öffentlichen Auftrag davon ab, ob der gemäss Ausführungen in Ziff. 3 bestimmte massgebende Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert erreicht.

38 Die Schwellenwerte in der Stadt Bern wurden vereinheitlicht und betragen (exkl. MWST):

Verfahrensart	Bauleistungen (Bauhaupt- u. Bau- nebengewerbe)	Lieferung	Dienstleistung
Freihändiges Verfahren	unter Fr. 100 000.00	unter Fr. 100 000.00	unter Fr. 100 000.00
Einladungsverfahren	von Fr. 100 000.00 bis Fr. 250 000.00	von Fr. 100 000.00 bis Fr. 250 000.00	von Fr. 100 000.00 bis Fr. 250 000.00
Offenes / Selektives Verfahren	über Fr. 250 000.00	über Fr. 250 000.00	über Fr. 250 000.00

Bei allen Vergaben ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren (Fr. 100 000.00) ist für die Durchführung des Vergabeverfahrens (inkl. allfälliger Instruktionsverfügungen) die FaBe zuständig. Bei Unterschreitung der Schwellenwerte gemäss obenstehender Tabelle kann jederzeit freiwillig ein höherstufiges Beschaffungsverfahren durchgeführt werden.

Hinweis: Die Aufgaben der FaBe umfassen gemäss Artikel 58^{bis} der Verordnung vom 27. Februar 2001 über die Organisation der Stadtverwaltung (Organisationsverordnung, OV; SSSB 152.01) namentlich: Erstellen und Veröffentlichen der Inserate zu den Beschaffungsverfahren; Eingabestelle für die Angebote in offenen und selektiven Beschaffungsverfahren sowie in Einladungsverfahren; Einholen von Erläuterungen und Erkundigungen nach Artikel 26 und 29 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21) (soweit solche erforderlich sind); Redaktion der Verfügungen gestützt auf den Antrag der Beschaffungskommission zuhanden der zuständigen Stellen; Prüfung der Submittentenlisten für die Einladungsverfahren; Führen des Anbieterinnen- und Anbieterverzeichnisses mit den Nachweisen nach Artikel 20 ÖBV.

- 39 Die Beschaffungskommission der Stadt Bern (BeKo) stellt bei allen Vergaben ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren (Fr. 100 000.00) der für die Zuschlagserteilung zuständigen Abteilung oder Direktion Antrag. Dies gilt auch für freihändige Auftragsvergaben gestützt auf Artikel 7 Absatz 3 ÖBV (siehe dazu Ziff. 4.3.).

Grundsatz 9

Bei Auftragsvergaben ab Fr. 100 000.00 (ohne MWST) ist die FaBe beizuziehen.

- 40 Vergaben ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren (Fr. 100 000.00) werden von der FaBe auf der Homepage der Stadt Bern veröffentlicht.

4.3. Spezialfall: Freihändige Vergabe ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren (Art. 7 Abs. 3 ÖBV)

- 41 Ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren ist eine freihändige Vergabe des Auftrags nur unter den Voraussetzungen von Artikel 7 Absatz 3 ÖBV zulässig. Die Anwendung eines Ausnahmetatbestandes hat keinen Einfluss auf die innerstädtische Zuständigkeitsordnung: Auch bei freihändigen Vergaben ab Fr. 100 000.00 wird das Verfahren durch die FaBe abgewickelt (inkl. Publikation der Freihandvergabe) und stellt die BeKo der Vergabestelle Antrag.

Eine freihändige Vergabe ist ausnahmsweise zulässig:

- a) Es gehen im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren keine Angebote ein, oder es erfüllt keine Anbieterin oder kein Anbieter die Eignungskriterien.
- b) Es werden im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren ausschliesslich Angebote eingereicht, die aufeinander abgestimmt sind oder die nicht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen.
- c) Auf Grund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur eine Anbieterin oder ein Anbieter in Frage.
- d) Die Beschaffung wird auf Grund unvorhersehbarer Ereignisse so dringlich, dass kein offenes, selektives oder Einladungsverfahren durchgeführt werden kann.
- e) Unvorhersehbare Ereignisse verlangen zusätzliche Leistungen, um einen zuvor im Wettbewerb vergebenen Auftrag auszuführen oder abzurunden, wobei die Trennung vom ursprünglichen Auftrag aus technischen und wirtschaftlichen Gründen für die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein müsste und der Wert der zusätzlichen Leistungen die Hälfte des Werts der ursprünglichen Leistung nicht übersteigen dürfte.
- f) Ersatz, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen müssen der ursprünglichen Anbieterin oder dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder die Kontinuität der Dienstleistungen gewährleistet ist.

- g) Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber vergibt einen neuen Auftrag, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren vergeben worden ist und bei dem die Möglichkeit einer freihändigen Vergabe in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war.
- h) Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beschafft Erstanfertigungen von Gütern (Prototypen) oder neuartige Dienstleistungen, die auf ihr oder sein Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden.
- i) Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber schliesst den Vertrag mit der Gewinnerin oder dem Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs ab, dessen Organisation den Grundsätzen des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) und den Vorgaben der ÖBV entsprechen muss.
- j) Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beschafft Güter an Warenbörsen.
- k) Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann Güter im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit zu einem Preis beschaffen, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt, insbesondere bei Liquidationsverkäufen.

Hinweis: Im freihändigen Verfahren sind **Angebotsrunden bzw. Preisverhandlungen** ohne Weiteres **zulässig** (Art. 27 Abs. 2 ÖBV) und auch sinnvoll, da bei der Angebotsstellung kein Wettbewerbsdruck besteht. Es ist deshalb darauf zu achten, dass freihändige Beschaffungen zu „**marktüblichen Bedingungen**“ erfolgen. Marktübliche Bedingungen liegen vor, wenn (in der Regel private) Dritte zu den gleichen Bedingungen einkaufen.

4.4. Zuständigkeit und Dokumentation bei Freihandvergaben

- 42 Für Freihandvergaben bis Fr. 100 000.00 liegt die Zuständigkeit bei den einzelnen Bedarfsstellen. Diese müssen nicht über die FaBe abgewickelt werden. Bei Bau- und Lieferaufträgen (nicht aber bei Dienstleistungsaufträgen) ab Fr. 50 000.00 muss mindestens eine Konkurrenzofferte eingeholt werden. Die Offertpreise sind diesfalls zu dokumentieren. Geht der Auftrag nicht an das preislich günstigste Angebot oder kann keine Konkurrenzofferte eingeholt werden, sind die Gründe schriftlich festzuhalten. Die Dokumentation hat durch die Bedarfsstelle im elektronischen Informationssystem zur Verwaltung und Kontrolle der Firmendaten von Anbieterinnen und Anbietern zu erfolgen.

5. Beschaffungsvertrag

5.1. Vertragsdauer

43 Verträge werden mitunter für einen mehrjährigen Zeitraum abgeschlossen.

Beispiele:

- Die Stadt Bern vergibt einen Auftrag für die Grünpflege bei einer (Wohn-) Liegenschaft des Finanzvermögens.
- Die Stadt Bern kauft Lizenzen für Office-Anwendungen mit mehrjähriger Nutzungsdauer ein.
- Die Stadt Bern vergibt einen Auftrag für ein öffentliches Veloverleihsystem.

44 Für die Dauer von solchen mehrjährigen Verträgen gibt es keine verbindlichen rechtlichen Vorgaben. Grundsätzlich ist jene Vertragsdauer zu wählen, die wirtschaftlich am sinnvollsten erscheint (zu berücksichtigen ist namentlich, ob der Anbieter besondere Investitionen zu tätigen hat, welche er über einen längeren Zeitraum abschreiben können muss). Bei der Bestimmung der Vertragsdauer steht der Vergabestelle ein grosser Ermessensbereich zu.

45 Für die Berechnung des Auftragswerts bei mehrjährigen Verträgen gilt nach Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a ÖBV: „Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit wird der geschätzte Gesamtwert der Aufträge während der Laufzeit des Vertrags ermittelt.“

Grundsatz 10

Bei mehrjährigen Verträgen ist – unabhängig von allfälligen Kündigungsmodalitäten – die vereinbarte Gesamtdauer des Vertrags für die Bestimmung des Auftragswerts massgebend.

5.2. Verträge ohne bestimmte Laufzeit im Besonderen

46 Zunächst ist festzuhalten, dass Verträge ohne bestimmte Laufzeit sowie sich selbst erneuernde Verträge zu vermeiden sind.

47 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 gegenteilige Mitteilung bis Ende November verlängert sich der Vertrag jeweils um ein Jahr“*).

48 Unter Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe b ÖBV fallen Dienstleistungsaufträge, Lieferaufträge und Bauaufträge, wobei bei Bauaufträgen eine „unbestimmte Laufzeit“ nur schwer vorstellbar ist.

Grundsatz 11

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

5.3. Rahmenverträge

49 Die Rahmenverträge stellen ein Instrument – keine Verfahrensart – dar, um einen öffentlichen Auftrag zu vergeben. Rahmenverträge können so ausgestaltet werden, dass die Vertragsinhalte bereits vollständig bestimmt sind oder indem die Inhalte erst noch bestimmt werden müssen bzw. lediglich die allgemeinen Bedingungen geregelt sind.

50 Rahmenvereinbarungen zeichnen sich dadurch aus, dass die Vergabestelle noch keine konkreten Leistungen verbindlich bestellt hat, sondern sich lediglich das Recht auf den Bezug solcher Leistungen zu bestimmten Konditionen vertraglich gesichert hat (wobei auch die Vereinbarung einer Mindestbezugsmenge möglich ist). Insofern sind Rahmenvereinbarungen vergaberechtlich mit den soeben dargestellten Optionsrechten vergleichbar.

51 Bei Rahmenverträgen **mit bestimmter Laufzeit** sind die **voraussichtlichen Kosten aller Leistungen während der Laufzeit** zur Bestimmung des Auftragswerts zu berücksichtigen.

52 Rahmenverträge **mit unbestimmter Laufzeit** sind zu vermeiden. Ist eine Befristung nicht möglich, ist der **Auftragswert für vier Jahre** massgebend. Die 4-Jahres-Betrachtungsweise gilt auch, wenn Leistungen über Jahre hinweg von der gleichen Anbieterin oder dem gleichen Anbieter bezogen werden und klare Anhaltspunkte bestehen, dass sich die Vertragsparteien darüber einig sind, dass die Rechtsbeziehungen langfristig weitergeführt werden sollen.

Beispiel: Eine Anbieterin oder ein Anbieter erbringt gestützt auf einen Einjahresvertrag Abfuhrdienstleistungen (z.B. besondere Müllarten) für die Stadt Bern und hat speziell für diesen Zweck ein Fahrzeug beschafft, welches er nicht für andere Zwecke verwenden kann. Diese Investition wird eine Anbieterin oder ein Anbieter nicht tätigen, wenn von Seiten der Auftraggeberin oder des Auftraggebers nicht zumindest signalisiert wird, dass auch in den folgenden Jahren ein Vertrag abgeschlossen wird. Bei dieser Ausgangslage bestehen klare Anhaltspunkte, dass sich die Vertragsparteien darüber einig sind, dass die Rechtsbeziehung langfristig weitergeführt werden soll. Es ist demnach der Auftragswert für 4 Jahre massgebend.

53 Die einzelnen „Auftragsvergaben“ innerhalb eines bestehenden, korrekt vergebenen Rahmenvertrags unterstehen nicht dem öffentlichen Beschaffungswesen.

5.4. Optionen

54 Die Vergabestelle ist grundsätzlich frei, ob sie Optionen auf Folge- bzw. Zusatzaufträge vorsehen will.

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.

55 Werden Optionen auf Folge- oder Zusatzaufträge vorgesehen, sind diese zusammen mit der Hauptleistung auszuschreiben und müssen später nicht mehr in einem Beschaffungsverfahren vergeben werden. Dies bedeutet, dass solche Optionen in den Auftragswert miteinzurechnen sind (Art. 3 Abs. 2 ÖBV).

56 Vergaberechtlich schaffen Optionen kaum Probleme, da sie von Beginn an bekannt sind.

Grundsatz 12

Für die Bestimmung des Auftragswerts sind Optionen auf Folge- und Zusatzaufträge einzurechnen, welche sich die Vergabestelle ausbedingt. Solche Optionsrechte sind in der Regel sinnvoll, rechtlich aber nicht vorgegeben.

5.5. Nachtrag oder Folgeauftrag?

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

58 Zu unterscheiden sind die folgenden Konstellationen:

- 1) Bei der ursprünglichen Auftragsvergabe war klar, dass **zusätzliche Arbeiten zwingend erforderlich** sein werden. Hier hätten die zusätzlichen Arbeiten bereits von Beginn an in den Auftragswert eingerechnet werden müssen (unabhängig von der kreditrechtlichen Betrachtung, d.h. unabhängig davon, ob eventuell die zusätzlichen Leistungen über einen Budgetkredit im nächsten Jahr abgerechnet werden). Eine getrennte Betrachtung von ursprünglichem Auftrag und Folgeauftrag ist vergaberechtswidrig.

Siehe Grundsatz Nr. 6

- 2) 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 (ein solches Ausschreiben von ursprünglichem Auftrag und Folgeauftrag zusammen wäre zulässig gewesen). Solche Konstellationen sind im Planungsbereich häufig. Hier ist es zwar an sich gewollt, dass das Projekt weiterverfolgt wird, der Folgeauftrag er-

scheint 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 (massgebend ist das Datum der Auftragserteilung / Bestellung). Es ist darauf zu achten, dass allfällige Vorbefassungskonstellationen durch eine Offenlegung der Unterlagen ausgeglichen werden.

Hinweis: Eine Garantie, dass durch einen vorgelagerten (Planungs-) Auftrag keine rechtlich relevante Vorbefassung im Sinne von Artikel 24 Absatz 1 Buchstabe a ÖBV entsteht, kann einem Anbieter nicht abgegeben werden. Zugesichert werden kann nur, dass die Auftraggeberin versucht, die Vorbefassung auszugleichen. Über einen Ausschluss vom Verfahren würde auf Beschwerde eines Konkurrenten hin das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland entscheiden.

Grundsatz Nr. 13

Ist ein Projekt in verschiedene Abschnitte unterteilt (z.B. Machbarkeitsstudie, Vorprojekt, Bauprojekt, Ausführungsprojekt), so können die entsprechenden Aufträge einzeln vergeben werden. Ein Zusammenrechnen ist nur erforderlich, wenn mehrere Dienstleistungsaufträge innert 12 Monaten erteilt werden. Vorbefassungskonstellationen sind durch die Offenlegung der bereits erarbeiteten Unterlagen auszugleichen.

- 3) 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 Kostenermittlung (nicht der Leistungsinhalt) nachträglich als falsch erwiesen. Soweit die ursprüngliche Ermittlung der Kosten sorgfältig gemacht wurde, erscheint der Mehraufwand vergaberechtlich 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.

Siehe Grundsatz Nr. 3

- Zweitens: Es werden Leistungen erforderlich, welche inhaltlich über den bereits vergebenen Auftrag hinausgehen. Es wurden demnach nicht die Kosten falsch ermittelt, sondern der 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 bei Liefer-

und Dienstleistungsaufträgen erforderlich, wenn der Folgeauftrag dem Erstauftrag innert 12 Monaten folgt.

Grundsatz 14

Ein **Folgeauftrag** aufgrund **zusätzlichen Bedarfs** an 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.

6. Sonderfall: Bauwerke nach Staatsvertragsrecht (> 8,7 Mio. Franken)

59 Bei Bauaufträgen besteht eine vergaberechtliche Besonderheit: Unter den sog. Staatsvertragsbereich fallen Bauaufträge, wenn das „Bauwerk“ den Schwellenwert von 8,7 Mio. Franken übersteigt. Diesfalls unterliegen alle Aufträge für dieses Bauwerk an sich der Ausschreibungspflicht.

60 Die Ermittlung des massgeblichen (Gesamt-)Auftragswerts bei Bauwerken wird in der Schweiz uneinheitlich gehandhabt. Im Anwendungsbereich dieser Weisung wird das „Bauwerk“ im Sinne einer Praxisfestlegung definiert als **Ergebnis der Gesamtheit aller Hoch- und Tiefbauarbeiten** (im engen Sinne). Demnach sind nebst den Mehrwertsteuern auch sämtliche Gebühren und Versicherungen sowie der Preis für den Erwerb des Bodens (Landerwerb) von den Gesamtkosten abzuziehen. Sofern es sich nicht um einen Total- oder Generalunternehmerauftrag handelt, sind im Weiteren die Planerleistungen nicht Bestandteil des Gesamtwertes des Bauwerkes (dies gilt auch für allfällige Kosten in Zusammenhang mit einem Planungswettbewerb). Reserven müssen ebenfalls nicht eingerechnet werden; zu beachten sind aber die unter Ziff. 3 hiervoor dargestellten Grundsätze zur sorgfältigen Ermittlung des Auftragswerts.

Hinweis: Die Kosten für das Bauwerk im hier verstandenen Sinne entsprechen demnach den BKP-Positionen 1-4 exkl. Honorare.

61 Die Staatsverträge zum Beschaffungsrecht sehen 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. Ob dies zutrifft, muss von den städtischen Vergabestellen nicht geprüft werden.

62 Für alle städtischen Beschaffungsstellen bedeutet dies umgekehrt aber auch, dass Bauaufträge ab dem Schwellenwert von Fr. 100 000.00 immer im Einladungsverfahren und Bauaufträge ab Fr. 250 000.00 im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden müssen.

Grundsatz 15

Eine Berufung auf die Bagatell-Klausel ist ab einem Auftragswert von Fr. 100 000.00 (für einzelne Bauarbeiten eines Bauwerks) nicht zulässig.

- 63 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. Insbesondere besteht eine solche Zusammenrechnungspflicht auch nicht nach Artikel 3 Absatz 1 ÖBV.
- 64 Ab dem Staatsvertrags-Schwellenwert (Bauwerk > 8,7 Mio. Franken) besteht demgegenüber gestützt auf das Staatsvertragsrecht eine Pflicht zum Zusammenrechnen von gleichartigen Losen für das gleiche Bauwerk.

Grundsatz 16

Bei Bauwerken ab Gesamtkosten von 8,7 Mio. Franken sind Lose für gleichartige Aufträge (gleiche BKP-Nummer bzw. NPK-Position) zusammenzurechnen.

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Kosten Bauwerk < 8,7 Mio. Franken) müssen bei Bauaufträgen die einzelnen Aufträge für die Bestimmung des korrekten Verfahrens nicht gestützt auf Artikel 3 Absatz 1 ÖBV zusammengerechnet werden.

7. Inkraftsetzung und Verbindlichkeit

Diese für die ganze Stadtverwaltung verbindliche Weisung wird mit GRB Nr. 2017-1479 vom 1. November 2017 per 1. Januar 2018 in Kraft gesetzt.

Bern, 1. November 2017



Alec von Graffenried
Stadtpräsident



Dr. Jürg Wichterle
Stadtschreiber