

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 24/Januar 2009

Vergabe langfristiger Aufträge

Lic. iur. Matthias Hauser, Rechtsanwalt, Lindtlaw Anwaltskanzlei, Zürich



Einleitung

Das Submissionsrecht will unter anderem Wettbewerb herstellen (Art. 1 Abs. 3 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB]). Werden Leistungen, welche eine Vergabebehörde dauernd oder während langer Zeit benötigt, durch langfristige Aufträge beschafft, so werden die nicht berücksichtigten Anbietenden während dieser Zeit von der Möglichkeit ausgeschlossen, sich um die Ausführung dieser Leistungen zu bewerben. Der Wettbewerb wird also für diese Dauer für die betreffende Leistung ausgeschlossen.

Der Rechtsprechung folgend schreibt § 2 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO) vor, dass die Laufzeit eines Dauerauftrags nicht so gewählt werden darf, dass andere Anbietende unangemessen lange

vom Markt ausgeschlossen werden. Was bedeutet dies in der Praxis? Wie lange ist die maximale Höchstdauer eines Auftrags?

Welche Aufträge sind betroffen?

Daueraufträge haben oft Dienstleistungen zum Gegenstand. Diese können ganz unterschiedlicher Art sein, wie z.B. Infrastrukturleistungen (Kehrichtabfuhr, Telefon/Fernmeldedienste, Brief- und Paketversand, Strassenreinigung), Finanzdienstleistungen (Zahlungsverkehr, Kreditgewährung, Versicherungen), Informatik, Datenbanknutzung, Publikationen, Gemeindeingenieurleistungen, Vermessungsarbeiten, Hauswartungen, Reinigungen, Gartenpflege, Bestattungen. Die Leistung kann auch im Betrieb bestimmter Einrichtungen für die Bevölkerung bzw. in der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen bestehen. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob es sich dabei um Beschaffungen handelt, die dem Submissionsrecht unterstehen.

Auch Lieferungen können Gegenstand von Daueraufträgen sein. Beispiele sind etwa die Lieferung von Elektrizität oder Gas sowie Sukzessivlieferungen von Büromaterial, EDV-Geräten, Dienstfahrzeugen, Uniformen usw. Schliesslich können Daueraufträge als Dienstleistungen im Zusammenhang mit grösseren Lieferungen vorkommen, etwa

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Wohl keine Vergabestelle hatte sich nicht schon mit der Frage zu befassen, wie bei der Vergabe langfristiger Aufträge das Submissionsrecht korrekt anzuwenden ist. Es stellen sich sowohl bei der Vorbereitung von Ausschreibungen als auch beim Abschluss von Verträgen über langfristige Dienstleistungsaufträge zahlreiche teils komplexe Fragen, welche die Vergabestellen zu beantworten haben.

Nicht zuletzt auf Anregung der Gemeindevertreter im Redaktionsteam des KRITERIUM hat sich Rechtsanwalt lic. iur. Matthias Hauser dieses Themas angenommen. Sein Beitrag beleuchtet in praxisnaher Weise die verschiedenen Aspekte, die bei der Vergabe langfristiger Aufträge eine Rolle spielen. Er liefert damit den Vergabestellen wertvolle Anhaltspunkte, die in diesem Zusammenhang zu beachten sind. Hervorzuheben ist insbesondere die vom Autoren betonte Pflicht der Vergabestellen, bei Verträgen auf unbestimmte Dauer von sich aus aktiv zu werden und nicht warten zu dürfen, bis interessierte Anbietende eine Ausschreibung verlangen.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe durch Informationen von Peter Frei, Geschäftsführer des Vereins *sinap.ch*, über die geplante Weiterentwicklung von *sinap1* zu *sinap1+* und Hinweise zum Schulungsangebot der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich (KöB) im 2009.

Zum Schluss möchten wir Sie wieder einmal ermuntern, Themenvorschläge und Anliegen zum Inhalt des KRITERIUM über unsere Kontaktadresse *gs-stab@bd.zh.ch* zu melden. Nur so können Informationen zur Submissionspraxis weiterhin praxisnah vermittelt werden. Besten Dank!

Für das Redaktionsteam:
Urs Keller, Gemeinde Urdorf

wenn eine komplexe technische Anlage beschafft und damit verbunden ein Wartungs- und Serviceauftrag erteilt wird.

Das Bedürfnis der Vergabestelle und der Anbietenden nach einer längeren Auftragsdauer ergibt sich auf Grund der konkret zu erbringenden Leistungen und den weiteren Umständen seitens der Vergabestelle. Eine Rolle spielen unter anderem Investitionen oder anderweitiger Initialaufwand, welche die Anbieterin oder der Anbieter zur Ausführung des Auftrags tätigen muss, sowie der Anpassungs- und Koordinationsbedarf seitens des Auftraggebers. Sich rasch wandelnde Bedürfnisse der Vergabestelle können hingegen für eine kürzere Auftragsdauer sprechen.

Pflicht zur Beschränkung der Vertragsdauer

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat entschieden, dass die Laufzeit von Dauerverträgen im Voraus zu beschränken sei, «da es nicht im Belieben der Vergabebehörde stehen kann, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte

Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen» (Urteile VB.2005.00200 vom 25.1.2006 E. 6, VB.2005.00504 vom 8.3.2006 E. 7, VB.2000.00136 vom 2.11.2000 E. 3c, alle zitierten Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich sind publiziert auf www.vgrzh.ch).

Nach dieser Rechtsprechung sind Daueraufträge im Geltungsbereich des Submissionsrechts grundsätzlich mit einer fest bestimmten Dauer auszuschreiben und abzuschliessen. Daueraufträge mit unbestimmter Laufzeit und solche, die sich stillschweigend verlängern, sind nur in Verbindung mit einer im Vertrag selber festgelegten Maximaldauer zulässig.

Nicht speziell festgelegt werden muss meines Erachtens die Vertragsdauer, wenn der Umfang des Auftrags durch andere Umstände begrenzt wird und somit nicht mit einer submissionsrechtlich problematischen Dauer zu rechnen ist. Zu denken ist etwa an die mehrjährige Begleitung eines grossen Tiefbauprojekts durch ein Ingenieurunternehmen. Ein Verzicht auf die Festlegung einer Maximaldauer

kann allerdings zu heiklen Abgrenzungsfragen führen. Deshalb ist im Zweifel die Festlegung einer vertraglichen Höchstdauer zu empfehlen.

Zulässige Dauer

Weder die IVöB noch die Submissionsverordnung regeln die zulässige Höchstdauer von langfristigen Aufträgen. Die Festlegung einer generellen Grenze wäre auch heikel, denn diese kann nicht für alle Arten von Verträgen gleich sein. Zu unterschiedlich ist das Gewicht des Interesses der Anbieterin oder des Anbieters und der Vergabestelle an einer langen Vertragsdauer.

Eine entsprechende Regelung kennt zwar der Kanton Luzern, der in § 3 Abs. 4 der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern, SRL 734) bestimmt, dass Daueraufträge in der Regel höchstens für 10 Jahre vergeben werden dürfen. Doch ist die Rechtsprechung im Kanton Luzern differenzierter: Nicht in jedem Fall kann die 10-jährige Frist ausgeschöpft werden. Für die zentrale Beschaffung von Lebensmitteln für Schul-Mensen ging das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern in einem neueren Entscheid von einer maximalen Vertragsdauer von 3 Jahren aus (Urteil V 07 297 vom 11.1.2008 E. 9c, www.gerichte.lu.ch).

Bei der Bestimmung der maximal zulässigen Vertragsdauer sind zwei Ziele des Submissionsrechts zu berücksichtigen: Die Förderung des Wettbewerbs, welche eine möglichst rasch wiederkehrende Chance der Anbietenden auf Marktzugang verlangt, und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB), welche oftmals für längere Auftragsverhältnisse spricht.

Die Bestimmung der submissionsrechtlich maximal zulässigen Vertragsdauer muss in Abhängigkeit vom jeweiligen Leistungsgegenstand nach den konkreten Umständen festgelegt werden. Zu berücksichtigen sind namentlich die von der Anbieterin oder vom Anbieter zu tätigen Investitionen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich [VGr. ZH] VB.2005.00200 vom

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2009 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

1. Einführung in die Grundlagen zum öffentlichen Beschaffungswesen und zur elektronischen Plattform SIMAP, Umgang mit dem Handbuch für Vergabestellen
Datum: 22. September 2009 (Vormittag)
2. Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Bauwesen
Datum: 9. Juni 2009 (Nachmittag)
3. Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Lieferungen/ Dienstleistungen
Datum: 16. Juni 2009 (Vormittag)

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.- und für Externe Fr. 175.-. Externe können sich mittels Mail an [weiterbildung\(at\)pa.zh.ch](mailto:weiterbildung(at)pa.zh.ch) anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

25.1.2006 E. 6) und der Aufwand sowie allenfalls weitere Nachteile der Vergabestelle im Zusammenhang mit einem Wechsel der Anbieterin oder des Anbieters.

Unter dem Aspekt der von der Anbieterin oder vom Anbieter zur Ausführung des Auftrags zu tätigen Investitionen darf ein Auftrag für die Kehrrichtentsorgung nicht viel länger als 7 Jahre dauern (VGr. ZH VB.2005.00200 vom 25.1.2006 E. 6).

Für Stadttingenieurarbeiten hat das Verwaltungsgericht eine Vertragsdauer von 7 Jahren als noch sachgerecht beurteilt und die Vertragsbeendigung auf den entsprechenden (den gemäss Ausschreibung frühest möglichen) Kündigungstermin verlangt (VGr. ZH VB.2000.00136 vom 2.11.2000 E. 3c).

Die Gerichtspraxis beschränkt sich somit auf einige wenige Fälle, welche die Vielfalt möglicher Konstellationen bei der Vergabe konkreter Aufträge nicht widerspiegeln. Auf Grund des Urteils betreffend Stadttingenieurarbeiten ist davon auszugehen, dass bei Dienstleistungsaufträgen, die zwar einen nicht unerheblichen Initialaufwand zur Einarbeitung in die Tätigkeit, aber keine besonders hohen Investitionen der oder des Anbietenden bedingen, die maximale Vertragsdauer im Bereich von 7 Jahren liegt. Aufträge, die mit erheblichen Investitionen der Anbieterin oder des Anbieters verbunden sind, wie etwa der Anschaffung von Kehrrichtfahrzeugen und weiterer Geräten für die Kehrrichtabfuhr, ist eine etwas längere Vertragsdauer zulässig. Eine Vertragsdauer von 10 oder mehr Jahren kann meines Erachtens nur bei sehr grossen, von der Anbieterin oder vom Anbieter zu tragenden Investitionen in Frage kommen. In diesen Fällen ist aber zu prüfen, ob eine wirtschaftlich vernünftige Regelung durch eine entsprechende Vertragsgestaltung etwa bezüglich der Auflösungsmodalitäten auch mit einer kürzeren Vertragsdauer erreicht werden kann.

Vorgehen

Wie ist vorzugehen, wenn die Höchstdauer des Vertrags abläuft und weitere Leistungen notwendig sind? Grundsätzlich ist dies

rechtzeitig in die Planung einzu beziehen und es ist eine neue Vergabe vorzunehmen. Das zu wählende Verfahren richtet sich nach dem Auftragswert – und damit unter anderem auch nach der Dauer des neuen Auftrags (vgl. § 4 Abs. 3 SVO).

Die Pflicht zur Neuvergabe gilt auch dann, wenn der bisherige Vertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen wurde oder sich stillschweigend verlängert, ohne dass eine vertragliche Höchstdauer besteht. In diesen Fällen ist die Vergabestelle verpflichtet, den Vertrag so zu kündigen, dass die submissionsrechtlich zulässige Höchstdauer nicht überschritten wird (VGr. ZH VB.2000.00136 vom 2.11.2000). Daraus folgt, dass die Vergabestelle bei Verträgen auf unbestimmte Dauer von sich aus aktiv werden muss – es genügt nicht, dass sie erwartet, bis interessierte Anbietende die Ausschreibung verlangen. Bei laufenden Verträgen ohne feste Vertragsdauer ist als erstes festzustellen, wie lange die vergaberechtlich zulässige Höchstdauer ist. Sodann ist der Vertrag auf diesen Zeitpunkt hin aufzulösen und es ist rechtzeitig eine Ausschreibung für einen neuen Auftrag vorzunehmen.

Verlängerung durch freihändige Vergabe?

Nun kann es sein, dass am Ende eines langjährigen Vertrags noch kleinere Zusatzleistungen zwecks Abschluss der Arbeiten oder zur Überbrückung zu einer neu konzipierten Lösung erforderlich sind.

Solange der Wert des Zusatzauftrags (Verlängerung) den Schwellenwert für die freihändige Vergabe nicht überschreitet, kann auf ein Einladungsverfahren bzw. eine offene Ausschreibung verzichtet werden. Eine Aneinanderreihung solcher freihändiger Vergaben ist jedoch nicht zulässig; nach § 2 Abs. 2 SVO ist die Unterteilung zur Umgehung der Anwendung submissionsrechtlicher Bestimmungen untersagt. Überschreitet ein Folgeauftrag den massgebenden Schwellenwert, so stellt sich die Frage, ob eine freihändige Vergabe gestützt auf die Ausnahmeregelung gemäss § 10 SVO vorgenommen werden kann.

Falls die Notwendigkeit der Auftragsverlängerung ihren Grund in unvorhersehbaren Ereignissen hat, welche die Vergabe in zeitlicher Hinsicht so dringlich machen, dass weder ein offenes oder selektives Verfahren, noch ein Einladungsverfahren durchgeführt werden kann, ist eine freihändige Vergabe zulässig (§ 10 Abs. 1 lit. d SVO). Die Rechtsprechung dazu ist aber restriktiv.

Zu prüfen ist auch, ob der neue Auftrag als Ergänzung oder Erweiterung der bisherigen Leistungen betrachtet werden kann. Eine freihändige Vergabe ist in diesem Fall gemäss § 10 Abs. 1 lit. f SVO zulässig, wenn einzig durch die Vergabe an den ursprünglichen Anbietenden die Kompatibilität mit schon vorhandenem Material oder den bisher erbrachten Dienstleistungen gewährleistet ist. Diese Voraussetzung darf nicht in einem strengen, verabsolutierenden Sinn verstanden werden, denn die Herstellung der Kompatibilität ist oft vor allem eine Frage des Aufwands (VGr. ZH VB.2001.00116 vom 9.11.2001 E. 4c). Auch ein im Verhältnis zum neuen Auftragswert hoher zusätzlicher Anpassungs- oder Koordinationsaufwand kann somit eine freihändige Vergabe rechtfertigen. War allerdings die Erforderlichkeit einer späteren Verlängerung bereits im Zeitpunkt der Vergabe des bisherigen Auftrags voraussehbar, ist ausserdem vorausgesetzt, dass die bisherigen Leistungen nach dem Verfahren vergeben wurden, das dem Gesamtwert des bisherigen und des neuen Auftrags entspricht. Ist dies nicht der Fall, rechtfertigt sich eine freihändige Vergabe nur noch, wenn die Vergabe an die bisherige Anbieterin oder den bisherigen Anbieter aus objektiven Gründen absolut zwingend ist (VGr. ZH VB.2001.00116 vom 9.11.2001 E. 4d).

Die so umschriebenen Voraussetzungen gelten, wenn die bisherige Vertragsdauer die submissionsrechtliche Maximaldauer noch nicht erreicht hat. Geht es hingegen um die Verlängerung eines Dauerauftrags, der die submissionsrechtliche Höchstdauer bereits erreicht, so sind an die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Ausnahmetatbe-

stands erhöhte Anforderungen zu stellen. Dies folgt daraus, dass in diesem Fall ein Konflikt mit dem bereits erwähnten submissionsrechtlichen Ziel der Herstellung von Wettbewerb besteht. Eine Verlängerung des bisherigen Vertrags über die submissionsrechtliche Höchstdauer hinaus ist somit nur zulässig, wenn sonst ein starkes Missverhältnis zwischen dem mit einem Anbieterwechsel verbundenen Zusatzaufwand und dem Wert des zusätzlichen Auftrags besteht.

Optionen

Soll die Vertragsdauer im Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht definitiv festgelegt werden, so kann weiterhin eine ausdrückliche oder stillschweigende Verlängerungsmöglichkeit vorgesehen werden. Die Gesamtdauer ist aber zu begrenzen und darf die zulässige Maximaldauer nicht überschreiten. Die Verlängerungsmöglichkeiten – seien diese stillschweigend oder ausdrücklich – sind submissionsrechtlich als Optionen (vgl. § 10 Abs. 1 lit. g SVO) zu behandeln.

Gemäss § 13 Abs. 1 lit. c SVO müssen solche Verlängerungsmöglichkeiten und die Maximaldauer des Auftrags in die Ausschreibung (offenes und selektives Verfahren) bzw. in das Einladungsschreiben (Einladungsverfahren) aufgenommen werden.

Für die Bestimmung der Verfahrensarten ist gemäss § 4 Abs. 3 SVO auf den Gesamtwert des Auftrags unter Einschluss aller Optionen bzw. Verlängerungsmöglichkeiten abzustellen.

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Felix Christen, Stadt Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf.

Layout: Andreas Walker, BDKom

Kontaktadresse:

E-Mail: gs-stab@bd.zh.ch

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug:

kdmz, Räfjelstrasse 32, 8090 Zürich;

Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;

E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Hinweise zur Anpassung von langfristigen Verträgen an veränderte Verhältnisse

Bei der Ausgestaltung langfristiger Verträge ist die Anpassung an voraussehbare künftige Veränderungen der Verhältnisse zu regeln. Fehlt es an solche Vertragsbestimmungen, so gilt der Grundsatz, dass Verträge so zu halten sind, wie sie geschlossen wurden («pacta sunt servanda»). Dies betrifft sowohl die öffentlich-rechtlichen als auch die privatrechtlichen Verträge.

Nur wenn sich die Umstände seit dem Vertragsabschluss unvorhersehbar und unvermeidbar so stark geändert haben, dass ein schwer wiegendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegen-

leistung entsteht, kann bei privatrechtlichen Verträgen auch ohne vertragliche Anpassungsbestimmungen eine Modifikation gestützt auf die sogenannte «clausula rebus sic stantibus» verlangt werden. Diese Voraussetzungen werden in der Gerichtspraxis nur selten als gegeben erachtet (BGE 122 III 97 E. 3a). Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen wird die clausula rebus sic stantibus im Allgemeinen zwar weniger restriktiv angewendet als beim privatrechtlichen. Die Hürden bleiben aber hoch. Zu den verwaltungsrechtlichen Verträgen zählen nach einem Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich beispielsweise Verträge über die Abfallsorgung (VK.2006.00007 vom 10.7.2008 E. 1).

Erneuerung simap.ch

Peter Frei, kdmz

Geschäftsführer Verein simap.ch

Das Projekt simap2 wurde per 3. September 2007 beendet, wegen Instabilitäten des Systems und allgemein ungenügender Qualität (vgl. Kriterium Nr. 22/November 2007, S. 6). Der Vorstand des Vereins simap.ch hat anschliessend eine neue Strategie für die Zukunft der Plattform simap.ch erarbeitet und der Generalversammlung 2008 einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet. Der Verein hat an der Generalversammlung im Mai 2008 entschieden, dass die moderne Plattform simap 1+ die aktuelle Version simap.ch ablösen soll. simap1+ beruht auf der bewährten Plattform des Schweizerischen Handelsamtsblattes, www.shab.ch. Zukünftig soll somit nur noch eine Plattform für das öffentliche Beschaffungswesen im Einsatz sein. Ab 2009 soll sodann der Ausbau zu simap3 erfolgen.

Das SECO hat unterdessen seine Plattform shab.ch soweit ausgebaut, dass diese bezüglich der öffentlichen Beschaffungen auch den Bedürfnissen der Kantone und Gemeinden entspricht. Die kantonalen Verantwortlichen haben diese Plattform geprüft. Sie beurteilen simap1+ als moderne benutzerfreundliche Plattform, die gegenüber der heutigen Ver-

sion von simap wesentliche Verbesserungen enthält. Die neue Plattform simap1+ soll ab Februar 2009 bereitstehen. Die Einführung in den Kantonen und Gemeinden ist für die Monate März bis Mai 2009 geplant. Weitere Informationen zu simap1+ finden Sie ab Februar 2009 auf www.beschaffungswesen.zh.ch.

Was bietet simap1+ ?

- Weitgehend die Funktionen von simap1:
 - Bereitstellung sämtlicher Ausschreibungsformulare (Ausschreibungen, Zusammenfassungen, Wettbewerbe, Teilnehmersauswahl, Zuschläge, Abbruch, Berichtigung)
 - Abfragen / Recherche der Publikationen
 - Up- und Download von Ausschreibungsunterlagen
 - Fragen / Antwort-Forum
 - Exportschnittstellen zu SHAB, TED und kantonalen Amtsblättern
- Moderne Benutzeroberfläche
- Moderne Technik
- Zusätzliche Funktionen:
 - Online-Abos für Anbieter im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens
 - 1 Plattform für Bund und Kantone
 - Gute Basis für Weiterentwicklung zu simap3