

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 37/Mai 2014

Auftragswerte und Vergabeverfahren: Was muss zwingend zusammen- gerechnet, was darf aufgeteilt werden?

von Claudia Schneider Heusi



lic. iur. Claudia Schneider Heusi,
L.L.M., Fachanwältin SAV für Bau- und
Immobilienrecht

1. Fragestellung

Auftragswerte dürfen nicht künstlich aufgeteilt werden, um so die vorgeschriebenen Verfahren zu umgehen – das ist bekannt. Was zwingend zusammen gehört und was nicht, ist allerdings nicht immer einfach festzustellen. Dabei sind verschiedene Fragen auseinanderzuhalten. Welches Verfahren (offenes oder selektives, Einladungs-, freihändiges Verfahren) durchzuführen ist, ist davon abhängig,

- ob das Beschaffungsvorhaben vom Staatsvertragsbereich erfasst wird oder nicht,
- ob es sich um einen Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauauftrag handelt und

- ob die pro Auftragsart massgebenden Auftragswerte erreicht werden.

Nach der Qualifikation und der Höhe des Auftrags bestimmt sich also die zu wählende Verfahrensart und zudem, ob die Schwelle zum Staatsvertragsbereich mit seinen zusätzlichen Vorschriften erreicht wird. Was dabei wie und wann zusammengerechnet werden muss, geben die vom Gesetz vorgeschriebenen Berechnungsmethoden vor.

2. Die Berechnungsmethoden

a. Die massgebenden Regeln – ein Überblick

Aus den gesetzlichen Vorschriften (§§ 2 und 4 SVO¹) ergeben sich die folgenden Regeln:

- Der Auftragswert ist aufgrund des «voraussichtlichen maximalen Gesamtwerts einer Beschaffung» zu schätzen;
- Bei dieser Bestimmung des Gesamtwerts ist jede Form der Vergütung zu berücksichtigen (ohne Mehrwertsteuer);
- Ein sachlich zusammenhängender Auftrag darf nicht aufgeteilt werden (Zerstückerungsverbot);
- Wird ein Auftrag in Lose aufgeteilt, ist die Gesamtheit dieser Lose für die Berechnung des Auftragswerts massgebend;
- Folgeaufträge und Optionen sind einzurechnen;
- Bei mehrjährigen Verträgen bestimmt sich der Auftragswert nach dem Gesamtwert; bei Verträgen mit unbestimmter Lauf-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Dass Auftragswerte nicht aufgeteilt werden dürfen, um die vorgeschriebene Verfahrensart zu umgehen, ist bestimmt allen Vergabestellen bekannt. Dies ist nicht etwa ein politisch motiviertes Postulat, sondern entspricht geltendem Recht. Doch nach welchen Kriterien ist in der Praxis zu bestimmen, was zwingend zusammengehört und somit zusammenzurechnen ist? Der Beitrag von Rechtsanwältin Claudia Schneider Heusi greift diese Fragestellung auf. Er zeigt auf, welche Regeln anzuwenden sind, stellt die Rechtsprechung dazu dar und geht auf ausgewählte Fragen ein, die sich in der Praxis besonders häufig stellen. Die Autorin beschreibt zusammenfassend sechs Schritte, die zu unternehmen sind, um Auftragswert und Verfahrensart zu bestimmen.

Simap wird laufend weiterentwickelt und ausgebaut. Anfangs März 2014 wurden zwei neue Funktionen, das elektronische Anbieterprofil und das Standardformular für Anbieterdaten, eingeführt. Peter Frei, Geschäftsführer des Vereins simap.ch, und Roland Fey, Vorstandsmitglied im Verein simap.ch und Vorsitzender der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, stellen die Neuerungen vor. Diese bringen Erleichterungen sowohl für Unternehmen, die sich wiederholt an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, als auch für Vergabestellen. Gerade letzteren wird empfohlen, bei ihren künftigen Ausschreibungen das neu zur Verfügung gestellte Standardformular zu verwenden, damit der Nutzen für die Unternehmen möglichst gross ist.

Und noch ein Hinweis: Wer Interesse an einem Separatdruck der submissionsrechtlichen Erlasse des Kantons Zürich (Beitrittsgesetz zur IVöB, IVöB, Submissionsverordnung) hat, kann einen solchen in einer aktualisierten Fassung bei der KDMZ beziehen (vgl. Hinweis auf Seite 4 der vorliegenden Ausgabe).

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

zeit und Daueraufträgen anhand der jährlichen Rate multipliziert mit vier;

- Werden mehrere gleichartige Aufträge vergeben, so ist der Gesamtwert während zwölf Monaten massgebend (unter den Begriff «mehrere gleichartige Aufträge» fallen nur solche Aufträge, für die Einzelverträge abgeschlossen werden; im Zweifelsfall ist von einem Dauerauftrag auszugehen).

b. Ein Spezialthema: Bauleistungen und die Schwelle zum Staatsvertragsbereich

Zur Erinnerung: Nur bestimmte Auftraggeber sind dem Staatsvertragsbereich unterstellt² und nur die in den Staatsverträgen aufgelisteten Leistungen³ werden vom Staatsvertragsbereich erfasst. Zusätzlich bestimmen Schwellenwerte die Grenze zwischen Staatsvertrags- und Nicht-Staatsvertragsbereich.

Bei Bauaufträgen gilt zur Berechnung des Schwellenwerts⁴, der den Staatsvertrags- vom Nicht-Staatsvertragsbereich trennt, eine Besonderheit: massgebend ist der Gesamtwert aller Bauleistungen für das Bauwerk. Es sind dabei alle erforderlichen Hoch- und Tiefbauarbeiten zusammenzuzählen (Art. 7 Abs. 2 IVöB)⁵, also alle Arbeitsgattungen, auch wenn sie unterschiedlich sind. So wird bestimmt, ob die Bauleistungen – und zwar alle⁶ – eines Vorhabens der unterstellten Auftraggeberin nach Massgabe der Vorschriften des Staatsvertragsbereichs⁷ offen ausgeschrieben werden müssen. Steht dies fest, kann die Auftraggeberin nach ihrem Ermessen diese Aufträge zusammenfassen und Losaufteilungen vorsehen oder sie einzeln ausschreiben. Eine Aufteilung der – offen ausgeschrieben – Leistungen auf verschiedene Ausschreibungsverfahren und verschiedene Anbieter bleibt möglich.

c. Die Rechtsprechung

Zur Bestimmung des Auftragswerts und insbesondere zum Zerstückelungsverbot haben sich die Gerichte wiederholt geäussert. Ein örtlich und sachlich zusammenhängender Auftrag darf gemäss dieser Praxis nicht künstlich aufgeteilt werden, mit dem Ziel, die Auftragswerte zu unterschreiten und die einzelnen Phasen freihändig an denselben Anbieter zu vergeben. Entscheidend ist, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein

isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens (Neubau oder Sanierung) zu sehen ist. So ist gemäss Bundesverwaltungsgericht beispielsweise die als Gesamtvorhaben geplante Instandsetzung und Erneuerung eines Strassentunnels als einheitliches Bauwerk zu qualifizieren (BVGer⁸, Entscheid B-6837/2010 vom 15. März 2011). Als Einzelaufträge bzw. einzelne Bauprojekte und nicht als einheitliches Bauwerk hat das Bundesverwaltungsgericht hingegen die Erstellung von Lärmschutzwänden in mehreren Abschnitten entlang einer SBB-Strecke angesehen (BVGer, Entscheid B-913/2012 vom 28. März 2012).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich⁹ kam zum Schluss, dass bei der Beschaffung von Lebensmitteln für Altersheime einer Gemeinde eine gesamthafte Berechnung des Auftragswertes geboten ist. «Die Vergabestelle kann gleichartige Beschaffungen verschiedener Verwaltungseinheiten zusammenzufassen und diesen Einheiten einzelne, unabhängig ausgeführte Vergaben gestatten. Die Berechnungsregeln gelten nur für die Anwendung der Schwellenwerte, nicht aber für die Vergabe der Aufträge als solche. Eine getrennte Beschaffung ist deshalb grundsätzlich immer zulässig, vorausgesetzt, dass das für den Gesamtauftrag massgebliche, allenfalls höherstufige Verfahren angewandt wird» (VGer ZH, Entscheid VB.1999.00204 vom 3. November 1999; BEZ 1999 Nr. 4).

Zu einem anderen Ergebnis kam das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern: Im konkret zu beurteilenden Fall hatte der Kanton Luzern im Rahmen eines koordinierten Lebensmitteleinkaufs für Menschen an Schulen und Spitälern eine umfangreiche Palette von Lebensmitteln (Nahrungsmittel und Getränke) in insgesamt 17 Warengruppen im offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben. Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass zwischen den einzelnen Lebensmitteln und Lebensmittelgruppen kein relevanter Zusammenhang bestehe. Ein erkennbarer beschaffungsrechtlich massgebender Zusammenhang beispielsweise zwischen Ananas, Apfelmus, Ketchup und Maiskörnern sei nicht auszumachen. Einen einheitlichen Lieferauftrag unsachgemäss in mehrere Teilaufträge zu zerstückeln

in der Absicht, die Anwendung des Vergaberechts oder eines bestimmten Verfahrens zu umgehen, sei allerdings unzulässig. Sei aber ein einheitlicher Auftrag nicht gegeben, so könne der Gesamtwert der Einzellieferungen für die Wahl der Verfahrensart nicht entscheidend sein. Der Markt für die einzelnen Produkte sei heterogen und ändere sich ständig. Das mache deutlich, dass eine sachliche Notwendigkeit, die Lieferaufträge für die diversen Lebensmittel nur als Gruppen an einen bestimmten Anbieter zu vergeben, nicht bestehe. Auch könnten die Lebensmittel pro Schule und Spital vergeben werden, da es sich um selbständige Organisationseinheiten handle. Zusammenfassend hielt das Verwaltungsgericht fest, dass der Schwellenwert für ein offenes Verfahren nicht erreicht werde (VGer LU, Entscheid V 07 297_1 vom 1. November 2008).

Zur Auftragsdauer hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, die Laufzeit eines Dauerauftrags dürfe nicht so gewählt werden, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden. Das Prinzip der Marktöffnung verlange eine periodische Neuausschreibung von wiederholt benötigten Leistungen. Die Dauer eines Auftrags sei im Voraus zu beschränken und es stehe nicht im Belieben der Vergabebehörde, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Die zulässige Maximaldauer betrage für die dem kantonalen Recht unterstellten Auftraggeber in der Regel längstens sieben Jahre. Die Vorgabe einer Maximaldauer hindere die Vergabestelle nicht daran, einen Vertrag mit zunächst kurzer Minstdauer und anschließender Verlängerungsmöglichkeit auszuschreiben. Sie muss gemäss Verwaltungsgericht jedoch in den Ausschreibungsunterlagen eine Maximaldauer festlegen, nach deren Ablauf eine neue Ausschreibung zu erfolgen hat (so VGer ZH, Entscheide VB.2008.00111 vom 16. Juli 2008, VB.2005.00504, E. 7 vom 8. März 2006, und VB.2005.00200, E. 6. vom 25. Januar 2006).¹⁰

Bereits früh kam das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sodann zum Ergebnis, dass dann, wenn Angebotspreise eingereicht

werden, die zu einem höherstufigen Verfahren führen, die Verfahrensart nicht geändert werden muss. Dies setzt voraus, dass die Herleitung der Schätzung in den Akten dokumentiert werden kann (VGer ZH, VB.1999.00125 vom 3. November 1999; BEZ 1999 Nr. 4).

3. Fragen aus der Praxis – eine Auswahl und mögliche Antworten

Strassenbau: Was ist der massgebende Auftragswert: die Gesamtsumme oder jene der einzelnen zeitlichen Etappen? Was gilt bei einer Aufteilung in Arbeitsgattungen (zum Beispiel Fundations- und Belagsarbeiten sowie Entwässerung) und bei Losen?

Hier ist zu unterscheiden: Für die Feststellung, ob der Staatsvertragsbereich erreicht wird, sind grundsätzlich die einzelnen Arbeitsgattungen zusammenzurechnen. Ob dabei zeitlich eine getrennte Betrachtung der einzelnen Etappen zulässig ist, muss im Einzelfall genau geprüft werden. Besteht ein enger rechtlicher, zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang, müssen die Etappen zusammengerechnet werden. Je näher vorliegend die Etappen zeitlich zusammenliegen, desto eher ist eine Zusammenrechnung erforderlich. Auch wenn der Gesamtwert in den Staatsvertragsbereich zu liegen kommt, sind getrennte – offene – Verfahren und Vergaben möglich. Eine Aufteilung in Lose ist zulässig, wobei auch hier gilt: Sie sind für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen.

IT-Dienstleistungen: Gehören die Softwareentwicklung und die spätere Wartung zwingend zusammen?

Hier ist ebenfalls der Einzelfall massgebend. Ein sachlicher

Zusammenhang ist an sich nicht zwingend gegeben, weshalb eine getrennte Betrachtung möglich ist. Besteht der Wunsch, dass beide Leistungen aus einer Hand von einer Anbieterin oder einem Anbieter erbracht werden, damit Schnittstellen eliminiert werden, ist eine gesamthafte Betrachtung vorzunehmen und die Auftragswerte sind zusammenzurechnen.

Büromaterial, Lebensmittel, Fahrzeuge etc.: Müssen verschiedene Einheiten einer Gemeinde gemeinsam ausschreiben und was müssen sie da zusammenrechnen?

Was gleichartig ist, bestimmt der Einzelfall. Die Auftragsvolumen der Beschaffung gleichartiger Leistungen von Einheiten einer Gemeinde müssen zur Auftragswertfestlegung dann zusammengerechnet werden, wenn sie eine gemeinsame Ausschreibung vornehmen oder wenn eine solche vorgegeben wird. Eine getrennte Betrachtung ist zulässig, wenn die entsprechende Einheit über die für die Durchführung eines Verfahrens erforderlichen Kompetenzen verfügt.

4. Zusammenfassung: den Auftragswert und die Verfahrensart bestimmen

Schritt 1: Das Vorhaben mit seinem Umfang definieren; Vergabestelle festlegen:

- ✓ Inhaltlich: was gehört sachlich und rechtlich zusammen?
- ✓ Zeitlich: Dauer des Vorhabens? Etappierung?
- ✓ Getrennte Vergaben mehrerer Vergabestellen oder gemeinsames Vorgehen?

Schritt 2: Unterstellung unter das Vergaberecht prüfen:

- ✓ Ist die Auftraggeberin oder der Auftraggeber unterstellt?
- ✓ Ist der Auftrag vom Vergaberecht erfasst?

Schritt 3: Auftragsart der einzelnen Leistungen des Vorhabens bestimmen:

- ✓ Dienstleistung
- ✓ Bauleistung
- ✓ Lieferung

Schritt 4: Auftragswert festlegen:

- ✓ Seriöse Schätzung
- ✓ Gesamtwert mit Folgeaufträgen und Optionen
- ✓ Laufzeit eines Dauerauftrags beachten

Schritt 5: Staatsvertragsbereich oder nicht?

(vgl. zu den unterschiedlichen Schwellenwerten Anhang 1 und 2 der IVöB)

- ✓ Lieferungen und Dienstleistungen je einzeln prüfen
- ✓ Bauleistungen: gesamthaft zusammenrechnen

Schritt 6: Verfahrensart festlegen:

- ✓ Pro Leistung oder zusammengefasst (allenfalls mit Losen)
- ✓ Staatsvertragsbereich¹¹: offen / selektiv
- ✓ Nicht-Staatsvertragsbereich: offen / selektiv / Einladung / freihändig

¹ Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003, LS 720.11.

² Art. 8 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, IVöB.

Art. 6 Abs. 1 IVöB.

⁴ 8,7 Mio. Franken bei Bauvorhaben von Kanton, Gemeinden und «Einrichtungen des öffentlichen Rechts»; vgl. zu den weiteren Werten Anhang 1 IVöB.

⁵ Sogenannte Bauwerksregel. Sie gilt nicht für Liefer- und Dienstleistungen, die je einzeln ermittelt und nicht in die Gesamtwertberechnung der Bauleistungen mit einbezogen werden.

⁶ Ausnahme: Bagatellklausel (Art. 7 Abs. 2 IVöB). Sie ermöglicht, dass Bauaufträge, die zusammengerechnet 20% des Bauvorhabens nicht überschreiten, nicht nach den Bestimmungen des Staatsvertragsbereichs vergeben werden müssen.

⁷ Im Staatsvertragsbereich gelten zusätzliche und strengere Vorschriften. Insbesondere ist grundsätzlich nur das offene oder selektive Verfahren zulässig. Eine freihändige Vergabe kann nur ausnahmsweise erfolgen (Art. 12^{bis} Abs. 1 IVöB; § 10 SVO).

⁸ Bundesverwaltungsgericht, www.bvger.ch.

⁹ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, www.vgrzh.ch.

¹⁰ Zu VGer ZH vgl. Fussnote 9. Bei Beschaffungen des Bundes ist die Verfahrensdauer auf fünf Jahre beschränkt (Art. 15a VöB).

¹¹ Eine freihändige Vergabe kann nur ausnahmsweise erfolgen (Art. 12^{bis} Abs. 1 IVöB; § 10 SVO).

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDKom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Simap-Ausbau 2014: Elektronisches Anbieterprofil und Standardformular für Anbieterdaten

Ausgangslage

Simap.ch ist die gemeinsame elektronische Plattform von Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Simap.ch ist Teil der E-Government-Strategie Schweiz, welche zum Ziel hat, dass Wirtschaft und Bevölkerung die wichtigsten Behördengeschäfte elektronisch abwickeln können. Zurzeit sind auf simap.ch täglich bis zu 1'500 aktuelle Publikationen zu finden.

Bereits 2012 wurde seitens des Vereins simap.ch ein Ausbau der bestehenden Plattform beschlossen. Die Zielsetzung besteht darin, dass Unternehmen künftig nicht nur Informationen von der Plattform herunterladen, sondern ihre Angebote auch elektronisch einreichen können. Damit dies mit der erforderlichen Sicherheit möglich ist, sind entsprechende Anpassungen auf der Plattform notwendig. Mit dem Anfang März 2014 eingeführten Funktionen Anbieterprofil und Standardformular wurden wichtige Schritte in diese Richtung unternommen.

Elektronisches Anbieterprofil

Die erste Änderung betrifft die Anbietenden. Die Einführung der neuen Funktion elektronisches Anbieterprofil samt Benutzerverwaltung ermöglicht die sichere Eingabe, Verwaltung und Bereitstellung von Anbieterdaten und Dokumenten (Nachweise) direkt auf simap.ch. Die Unternehmungen müssen ihre Angaben bei der Registrierung grundsätzlich nur noch ein Mal in ihrem Anbieterprofil erfassen. Diese stehen anschliessend für Ausschreibungen, an denen sie sich beteiligen wollen, zur Verfügung.

Firmenname und Adressdaten werden bei der Registrierung durch die Anbieterin oder den Anbieter direkt aus dem UID-Register (www.uid.admin.ch) übernommen und in der Folge automatisch aktualisiert. Nach der Übergangsfrist von zwei Monaten sind Neuanmeldungen auf Ausschreibungen nur noch mit den neuen Anbieterprofilen möglich.

Standardformular für Anbieterdaten

Die zweite Änderung betrifft in erster Linie die Auftraggeber. Das Standardformular Anbieterdaten, welches vom Verein simap.ch zusammen mit den zuständigen Submissionsspezialistinnen und -spezialisten von Bund und Kantonen entwickelt wurde, fördert das Einverlangen von weitgehend gleichen Anbieterdaten und das einheitliche Festlegen von Teilnahmebedingungen für öffentliche Beschaffungen. Zudem vereinfacht es die Administration dieser Daten durch die Unternehmungen. Es betrifft folgende Themen:

- Zusätzliche Anbieterdaten (wie Rechtsform, Anzahl Beschäftigte und Lehrlinge, Umsatz)
- Teilnahmebedingungen, deren Einhaltung durch die Anbietenden zu bestätigen ist (Selbstdeklaration)
- Nachweisdokumente (wie Betriebsregisterauszug)

Das Standardformular, welches auch auf der Plattform unter Auftraggeber/Supportanfrage/Benutzungshinweise als Excel-Datei zu finden ist, ist in den Ablauf der Erstellung einer Ausschreibung auf simap.ch integriert (s. Projektmanager). Es kann durch die Vergabestelle bei Bedarf projektspezifisch angepasst und erweitert werden. Die Vergabestelle legt pro Ausschreibung fest, welche Daten für sie relevant sind. Dabei soll aber auch weiterhin gelten, dass insbesondere Nachweisdokumente nicht einfach auf Vorrat, sondern gezielt (und allenfalls erst vom

Zuschlagsempfänger) einverlangt werden. Die Anbietenden können das Formular anschliessend online (mit Datenübernahme aus ihrem Anbieterprofil) oder offline bearbeiten.

Empfehlung an die Vergabestellen
Durch die Festlegung von schweizweit einheitlichen Standardanbieterdaten, welche durch die Unternehmungen in ihrem Anbieterprofil erfasst und bewirtschaftet werden können, reduziert sich der Gesamtaufwand für das Ausschreibungsverfahren. Der Verein simap.ch und die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) empfehlen deshalb den Vergabestellen, bei ihren künftigen Ausschreibungen das Standardformular zu verwenden. Dieses stellt einen wichtigen Harmonisierungsschritt im Schweizerischen Beschaffungswesen dar. Die Unternehmungen profitieren davon, wenn von ihnen unabhängig von der Vergabestelle immer die gleichen ähnlichen Angaben verlangt werden. Die Mitglieder der Fachkonferenz öffentliches Beschaffungswesen FöB der BPUK wurden anlässlich der Hauptversammlung vom 11. April 2014 in Zürich entsprechen informiert.

Weiterführende Informationen zu den neuen Funktionen (inklusive zwei Instruktionsvideos) finden Sie auf www.simap.ch.

*Peter Frei,
Geschäftsführer simap.ch*

*Roland Fey, Baudirektion,
Vorstandsmitglied simap.ch*

Hinweis

Zum Gesetz über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (einschliesslich der IVöB selbst) und zur Submissionsverordnung ist ein neuer gemeinsamer Separatdruck erhältlich. Die am 1. Dezember 2013 in Kraft getretenen Änderungen des Gesetzes und der Verordnung sind berücksichtigt.

Bezugsquelle:

Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ
Telefon 043 259 99 91, Telefax 043 259 99 98
E-Mail: info@kdmz.zh.ch