



ZERSTÜCKELUNGS- VERBOT UND ADDITIONSPFLICHT

VERGABETAGUNG 2022

PROF. DR. IUR. NICOLAS DIEBOLD

AUSGANGSLAGE

- **Auftragswert** bildet Kernelement im System des öffentlichen Beschaffungsrechts
 - Geltungsbereich der **Ausschreibungspflicht**
 - Geltungsbereich der **staatsvertraglichen Verpflichtungen**
 - Geltungsbereich des **Rechtsschutzes**

- **Insb. Ausschreibungspflicht bildet die Grundlage für die Verwirklichung der Vergabeziele nach BöB 2**

- **Restriktive Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht**
 - **Wirtschaftliche** Ausnahme → Effizienzgewinn rechtfertigt Aufwand nicht, weil Auftragswert zu gering (BöB 17)
 - **Faktische** Ausnahmen oder überwiegende **öffentliche Interessen** (BöB 21 II)

PROBLEMSTELLUNGEN

Angebot für den Betrieb eines Veloverleihsystems von CHF 0.00.
Anbieterin bezahlt Konzessionsgebühr von CHF 10 pro m² und betreibt Verleih auf wirtschaftlicher Basis.



Einkauf von Nahrungsmitteln und Getränken unterschiedlichster Art für staatliche Mensen und Restaurants.



Regelmässiger Einkauf von Verbrauchsmaterial, z.B. Druckerpapier.

Schätzung Architektenhonorar auf CHF 190'000. Nach Abzug von bereits entlöhnten Vorprojekten von ca. CHF 30'000, Gemeinderabatt von 10% und Sonderrabatt von ca. CHF 10'000 beträgt der geschätzte Auftragswert CHF 135'000.



ÜBERSICHT DER BEWERTUNGSGRUNDSÄTZE

Gegenstand des Auftragswerts

Zahlungen, inkl. Prämien,
Gebühren, Kommissionen, Zinsen

Andere wirtschaftliche Vorteile (vgl. BöB 8 I), z.B.
Konzessionsrechte, Baurechte, Sachleistungen,
Mietzinszahlungen, Verdienstmöglichkeiten



Schätzung des Auftragswerts

Grundsatz von Treu und Glauben (BV 9) / Umgehungsverbot

Ausrichtung am
Höchstwert (GPA
II:6-8)



Zerstückelungsverbot (BöB 15 II)
bzw. Additionspflicht (BöB 15 III)
in **sachlicher** Hinsicht



Zerstückelungsverbot bzw.
Additionspflicht in **zeitlicher**
Hinsicht (BöB 15 IV-VI)



SACHLICH ZUSAMMENHÄNGENDE LEISTUNGEN

BöB 15 III: Schätzung des Auftragswerts anhand der Gesamtheit der zu beschaffenden Leistungen, «soweit sie **sachlich** oder rechtlich **eng zusammenhängen**»

Bauleistungen (GPA II:7)

Bauwerk > 8.7 Mio.:

BöB 16 IV: Auftragswert berechnet sich nach Massgabe des **Bauwerks** (ausser «Bagatell»leistung)
→ Bauauftrag als isoliertes eigenes Bauwerk oder Teil eines grösseren Bauvorhabens.
→ Funktionale Betrachtung.

Bauwerk < 8.7 Mio.:

BöB 16 V: Auftragswert berechnet sich nach Massgabe der **einzelnen Bauleistungen**
→ Grenze unklar.

Produkte / Dienstleistungen

Keine gesetzliche Konkretisierung.



SACHLICH ZUSAMMENHÄNGENDE LEISTUNGEN

Rechtsprechung

- Lebensmittel: kein Zusammenhang zwischen einzelnen Lebensmitteln, weil keine sachliche Notwendigkeit, unterschiedliche Lebensmittel **nur bei einem Anbieter** einzukaufen (LU).
- Toilettenartikel: Handtuchrollen, Halter, Seifenspender, Seife und Damenhygienebehälter können **getrennt beschafft** werden, darum kein zwingender Zusammenhang (BS).
- Abfuhrleistungen: Kehrricht-, Grüngut- und Papierabfuhr. Materialien werden unterschiedlich entsorgt und verwertet, darum **kein einzig zu vergebender Auftrag** (AG).



Addition zur Berechnung des Auftragswerts bedeutet nicht, dass die Leistungen zwingend beim gleichen Anbieter beschafft werden müssen.



- Ausschreibung mit Losen → Marktpotential wird optimal ausgeschöpft.
- Zulassen von Angeboten über Teilleistungen
- Mehrere Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte



SACHLICH ZUSAMMENHÄNGENDE LEISTUNGEN

Weitere Ansätze

- **Verwendungszweck** aus Sicht der öffentlichen Auftraggeberin → Frage der Abstraktionsebene
- **Funktionale Betrachtung:** Zusammenhang von einzelnen Leistungen, wenn sie in wirtschaftlicher, technischer oder örtlicher Hinsicht zu einem gemeinsamen Ergebnis beitragen (Ausdehnung der Bauwerkregel)

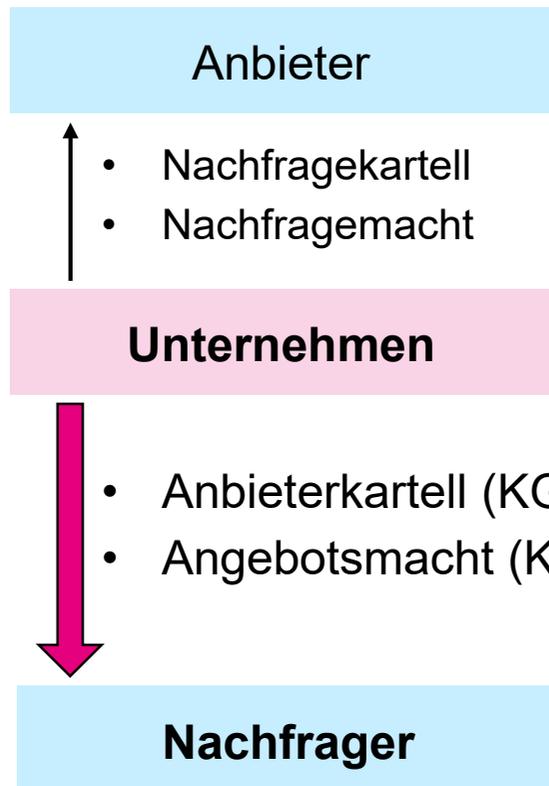


Zusammenhang wird aus **Sicht der Nachfrager** / Verbraucher ermittelt. Macht das mit Blick auf die beschaffungsrechtlichen Zielsetzungen Sinn?



SACHLICH ZUSAMMENHÄNGENDE LEISTUNGEN

Vergleich zur kartellrechtlichen Marktabgrenzung

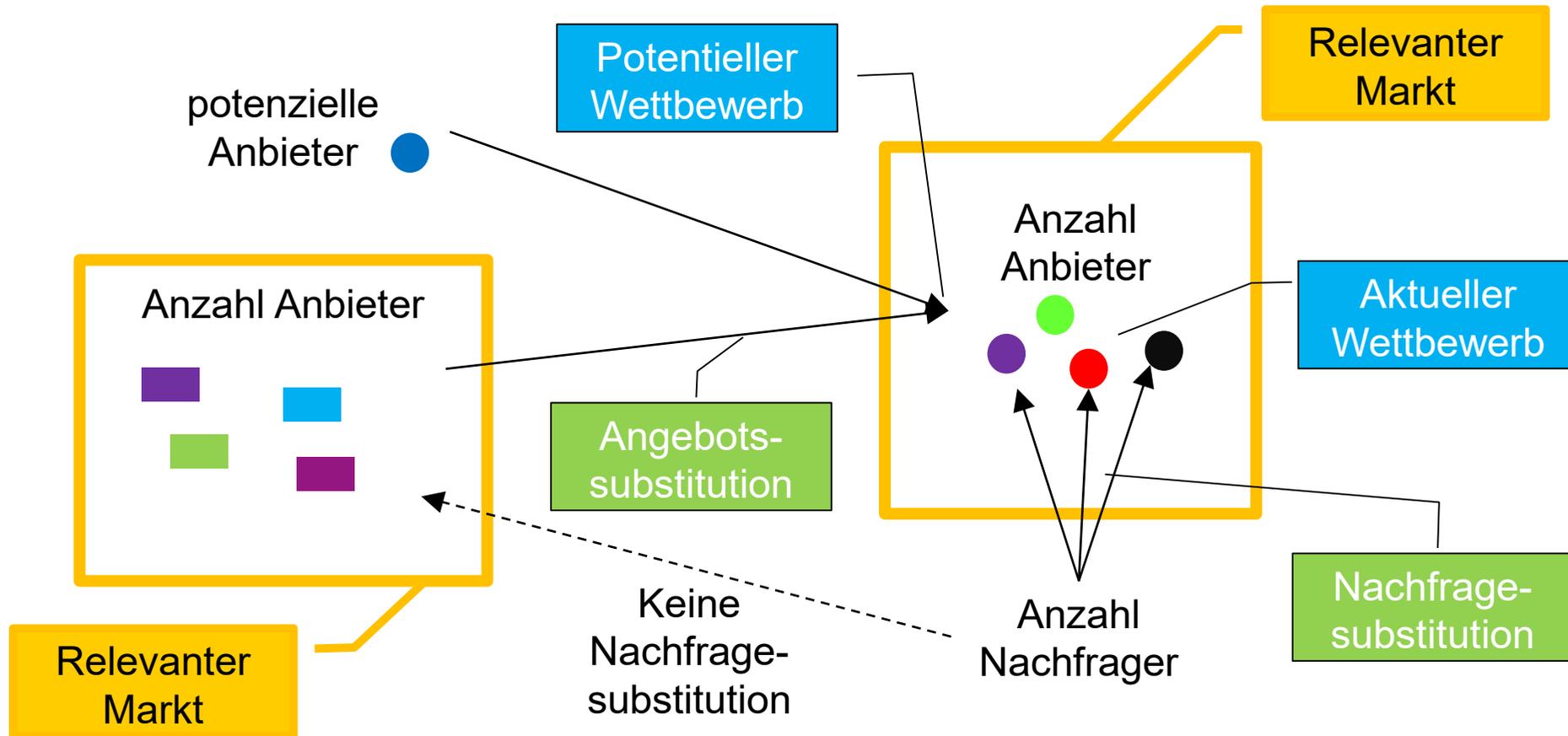


→ Beeinträchtigung des Wettbewerbs und «Schaden» der Nachfrager, wenn diese nicht ausweichen können.



SACHLICH ZUSAMMENHÄNGENDE LEISTUNGEN

Vergleich zur kartellrechtlichen Marktabgrenzung





SACHLICH ZUSAMMENHÄNGENDE LEISTUNGEN

Vergleich zur kartellrechtlichen Marktabgrenzung

Kartellrecht

Anbieter

- Nachfragekartell
- Nachfragemacht

Unternehmen

- Anbieterkartell
- Angebotsmacht

Nachfrager

Schutz von Wettbewerb in bestehenden Märkten zugunsten der Nachfrager

→ Nachfrageperspektive

Beschaffungsrecht

Anbieter

- Ausschreibung
- Einladung
- Freihandvergabe

Öffentlicher Auftraggeber

Erfüllung der öff. Aufgabe

Schaffung von Wettbewerb zugunsten der Anbieter

→ Angebotsperspektive



SACHLICH ZUSAMMENHÄNGENDE LEISTUNGEN

These

Beschaffungsrecht

Anbieter

- 
- Ausschreibung
 - Einladung
 - Freihandvergabe

Öffentlicher Auftraggeber



Erfüllung der öff. Aufgabe

Zu beschaffende Leistungen hängen dann zusammen, wenn

- die Leistungen von einem Anbieter angeboten werden (**Sortimentskonzept**)
- die Leistungen von unterschiedlichen Anbieterin angeboten werden, die ihr Angebot ohne weiteres umstellen können (**Angebotssubstitution**)

→ Sicht der Nachfrager (Verwendungszweck, Funktion u.a.) ist mit Blick auf Wahl des Vergabeverfahrens und Verwirklichung der Vergabeziele irrelevant.



ZEITLICH WIEDERKEHRENDE LEISTUNGEN

Übersicht

Langfristiger Bedarf an wiederkehrenden Leistungen

aufeinanderfolgende
Einzelverträge

befristeter Dauer-/Rahmen-
vertrag

unbefristeter Dauer-/Rahmen-
vertrag

Gesamtwert auf **ein** Jahr
(GPA II:7, BöB 15 VI)

idR max. **fünf** Jahre
(BöB 15 IV, BöB 25 III)
Gesamtwert gem. **Laufzeit**
(GPA II:6(b), BöB 15 IV)

Gesamtwert auf **vier** Jahre
(GPA II:8(b), BöB 15 V)

These: Gemäss Grds. von Treu und Glauben sowie Vergabezielen gilt

- im Grundsatz **Pflicht** zum Abschluss von befristeten Dauer-/Rahmenverträgen.
- Einzelverträge / unbefristeter Vertrag nur als **Ausnahme**, falls sachlich/rechtlich begründet.

FAZIT

1. Bestimmung des Beschaffungsgegenstands

- Bedarfsanalyse / Marktanalyse

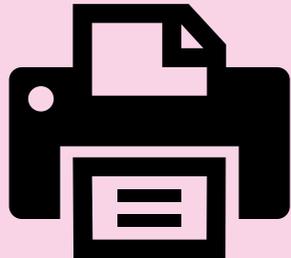
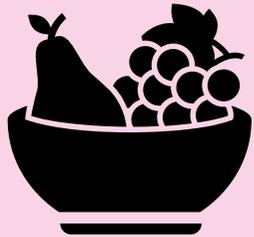
2. Bestimmung des Auftragswerts (und des Vergabeverfahrens)

- Sachlich: Addition von Leistungen gemäss Sortimentskonzept, evtl. Angebotssubstitution
- Zeitlich: Addition von wiederkehrenden Leistungen gemäss befristetem Rahmen-/Dauervertrag

→ Verstoss gegen Zerstückelungsverbot / Additionspflicht setzt nicht den Nachweis einer subjektiven Umgehungsabsicht voraus. Objektive Umstände (insb. regelmässige Freihandvergabe) ohne sachliche Rechtfertigung reichen aus.

3. Bestimmung von Losen und Teilleistungen

- Additionspflicht bedeutet nicht, dass addierte Leistungen als ein Auftrag ausgeschrieben werden müssen
- Bildung von Losen oder Teilleistungen ist immer möglich



Prof. Dr. Nicolas Diebold
Universität Luzern
Frohburgstrasse 3
Postfach 4466
6002 Luzern

nicolas.diebold@unilu.ch