

IT-Beschaffungskonferenz
27. August 2014

**Rahmenverträge und Rahmenvereinbarungen:
Vergabe- und haushaltrechtliche Spielräume**

Philipp do Canto
Wolfgang Straub

Übersicht

- Fehlende gesetzliche Regelung
- Arten von RV
- RV im EU-Recht
- Ausschreibungspflicht
- Haushaltrechtlicher Rahmen
 - Organisationsrechtliche Koordination
 - Ausgabenkompetenzen
 - Arten von Ausgaben

Fehlende gesetzliche Regelung

- RV sind in der Praxis **weit verbreitet** (gemäss einer Umfrage der BKB hatten bereits 2004 75% der Beschaffungsverantwortlichen RV abgeschlossen).
- RV sind bisher im GPA und in BöB/VöB **nicht geregelt**.

Fehlende gesetzliche Regelung

Urteil BVwG vom 20.03.2014 B-3526/2013, E. 4.2:

„Die im Unterschied zum EU-Vergaberecht im Beschaffungsrecht des Bundes gesetzlich nicht geregelten Rahmenverträge werden in der Lehre als zulässig angesehen. (...) Weiter geht die Doktrin davon aus, dass es das Vergaberecht ohne Weiteres erlaubt, dass der Auftraggeber einen Rahmenvertrag ohne jegliche zu seinen Lasten gehende Bezugspflicht vergibt.“

Letztere Frage konnte hier offen gelassen werden.

Fehlende gesetzliche Regelung

Die **Grundsätze von Art. 1 BöB und Art. 1 FHG** sind auch bei RV zu beachten:

- Wenn der Leistungsbezug (insbesondere bei lange dauernden RV ohne Bezugspflicht) nicht mehr **Marktkonditionen** entspricht, darf nicht weiter unter dem RV bezogen werden.
- Bei RV mit mehreren Anbietern muss das **wirtschaftlichste Angebot** gewählt werden.

Arten von RV

- RV mit einem **einzigem Anbieter** oder mit **mehreren Anbietern**
- RV **mit oder ohne Bezugspflicht** des Bestellers
- RV **mit oder ohne Leistungspflicht** des Anbieters bzw. der Anbieter

Arten von RV

- **RV ohne Bezugspflicht** schränken Handlungsfähigkeit der Vergabestelle nicht ein.
- Entsprechende Aufträge können – bei Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften – **auch an Dritte vergeben** werden.
- Das ist problematisch, wenn der Zuschlagsempfänger Leistungen vorhalten muss.
- Dafür werden mitunter **Risikozuschläge** einkalkuliert.

Arten von RV

RV mit mehreren Anbietern

- Die Zuordnungsregeln sowie die Vertragsinhalte können **zum voraus abschliessend festgelegt** werden.
- Die Zuordnungsregeln und Vertragsinhalte können aber auch nur **teilweise bestimmt** werden. Der Abruf von Leistungen hat in diesem Fall grundsätzlich im Wettbewerb unter den RV-Partnern zu erfolgen (z.B. durch Minitender).

Arten von RV

- Wenn die Vertragsinhalte bereits vollständig bestimmt sind, wird oft von ‚**Rahmenvertrag**‘ gesprochen.
- Wenn sie teilweise erst noch bestimmt werden müssen, wird oft von ‚**Rahmenvereinbarung**‘ gesprochen.
- Terminologie wird aber nicht einheitlich gebraucht (vorliegend werden beide als RV bezeichnet).

RV im EU-Recht

- In der EU wird das GPA durch **RL 2014/24/EU** und **RL 2014/25/EU** umgesetzt.
- Diese enthalten zahlreiche Bestimmungen zu RV.
- Siehe auch Erläuterungen der EU Kommission zu Rahmenvereinbarungen CC/2005/03_rev1 vom 14.07.2005
- Bei **Lückenfüllung und Auslegung des BöB** können auch Bestimmungen des EU-Rechts berücksichtigt werden.

RV im EU-Recht

RV dürfen nicht dazu missbraucht werden, den Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen.

RV im EU-Recht

- Die **Laufzeit von RV** darf – soweit nicht besondere Umstände vorliegen – **4 Jahre (bzw. 8 Jahre in den Sektorenbereichen) nicht überschreiten.**
- Durch die zeitliche Begrenzung soll eine Dominanz einzelner Anbieter vermieden werden.
- Dem Aufbau von marktbeherrschenden Stellungen kann z.B. auch durch die Bildung von Losen entgegengewirkt werden.

RV im EU-Recht

- Ein **nachträglicher Beitritt** zu RV ist weder auf Anbieter- noch auf Nachfrageseite möglich.
- Es genügt jedoch, dass die Leistungsbezüger **zum Voraus objektiv bestimmbar** sind (z.B. alle Provinzen eines Staates). Sie müssen im Vertragstext nicht einzeln aufgezählt werden.

RV im EU-Recht

Der im Hinblick auf die Schwellenwerte ist der **geschätzte Gesamtwert** (ohne MWSt) aller für die gesamte Laufzeit geplanten Aufträge relevant.

Ausschreibungspflicht

Urteil BVwG vom 20.03.2014 B-3526/2013, E. 4.2:

„Rahmenverträge sind als vergaberechtspflichtige öffentliche Aufträge zu qualifizieren, sofern dies auch für die vorgesehenen Einzelaufträge bei Einzelvergabe der Fall wäre. ...“

Ausschreibungspflicht

Urteil BVwG vom 20.03.2014 B-3526/2013, E. 4.2:

„Ein Rahmenvertrag lässt sich als zusammengefasste Mehrzahl von Einzelbestellungen bezeichnen und ist nach den Regeln zu vergeben, die für einen derartigen Gesamtauftrag anwendbar wären.“

Ausschreibungspflicht

Es ist davon auszugehen, dass der Abschluss von RV auch dann einen Zuschlag voraussetzt, wenn **keine Bezugsverpflichtung** besteht.

- Soweit das mögliche Auftragsvolumen den Schwellenwert erreicht, ist vom Gesamtwert auszugehen.
- Unter nicht im Wettbewerb vergebenen RV darf insgesamt kein über dem Schwellenwert liegendes Volumen bezogen werden.

Ausschreibungspflicht

Sofern **mehrere** parallele **RV** abgeschlossen werden, ist in der Schweiz kontrovers, ob darauf basierende **Einzelbestellungen** – soweit der massgebliche Schwellenwert erreicht wird – von den übrigen RV-Partnern angefochten werden können.

Ausschreibungspflicht

- Für Lieferaufträge gibt es oft auch einen **Intrabrand-Wettbewerb**. Für das gleiche Produkt können daher auch RV mit mehreren Lieferanten abgeschlossen werden.
- Der Abruf eines Produktes via RV ist dann problematisch, wenn der konkrete Bedarf nicht der Ausschreibung des RV entspricht.

Haushaltrechtlicher Rahmen

Zum Einstieg (1): RV-Begriff

*«Als Rahmenvertrag oder Rahmenvereinbarung werden Aufträge bezeichnet, die keine direkt umzusetzende Leistungspflicht enthalten, sondern lediglich die Konditionen (**Preis** und allenfalls **Menge**) für künftige Leistungsbezüge in einem bestimmten Leistungszeitraum vorbestimmen.»*

(Bundesverwaltungsgericht, vgl. auch Art. 33 Abs.1 RL 2014/24/EU)

Haushaltrechtlicher Rahmen

Zum Einstieg (2): Problemstellung

Preis x Menge x Zeitraum = Beschaffungsvolumen
(muss nicht dem massgeblichen Wert entsprechen)

Erschwerte Prognostizierbarkeit des Volumens,
insbesondere bei personalintensiven IT-Projekten

- Anwendbarer Schwellenwert bzw. Verfahren ?
- Haushaltrechtliche Zuständigkeit ?
- Arbeit mit Schätzwerten

Haushaltrechtlicher Rahmen

Organisationsrechtliche Koordination (1)

«[Die Ausgabenkompetenzen gelten] auch für Informatikprojekte, die den Vorschriften über die öffentlichen Beschaffungen nicht oder nur teilweise unterstehen, insbesondere für die Beschaffung von Lizenzen.»

(§ 11a Alt Verordnung über die Berechtigung zur Verfügung über Kredite und zu Kreditbeschlüssen, KVO, Kt. Luzern)

→ Kompatibilität der Befugnisse

Haushaltrechtlicher Rahmen

Organisationsrechtliche Koordination (2)

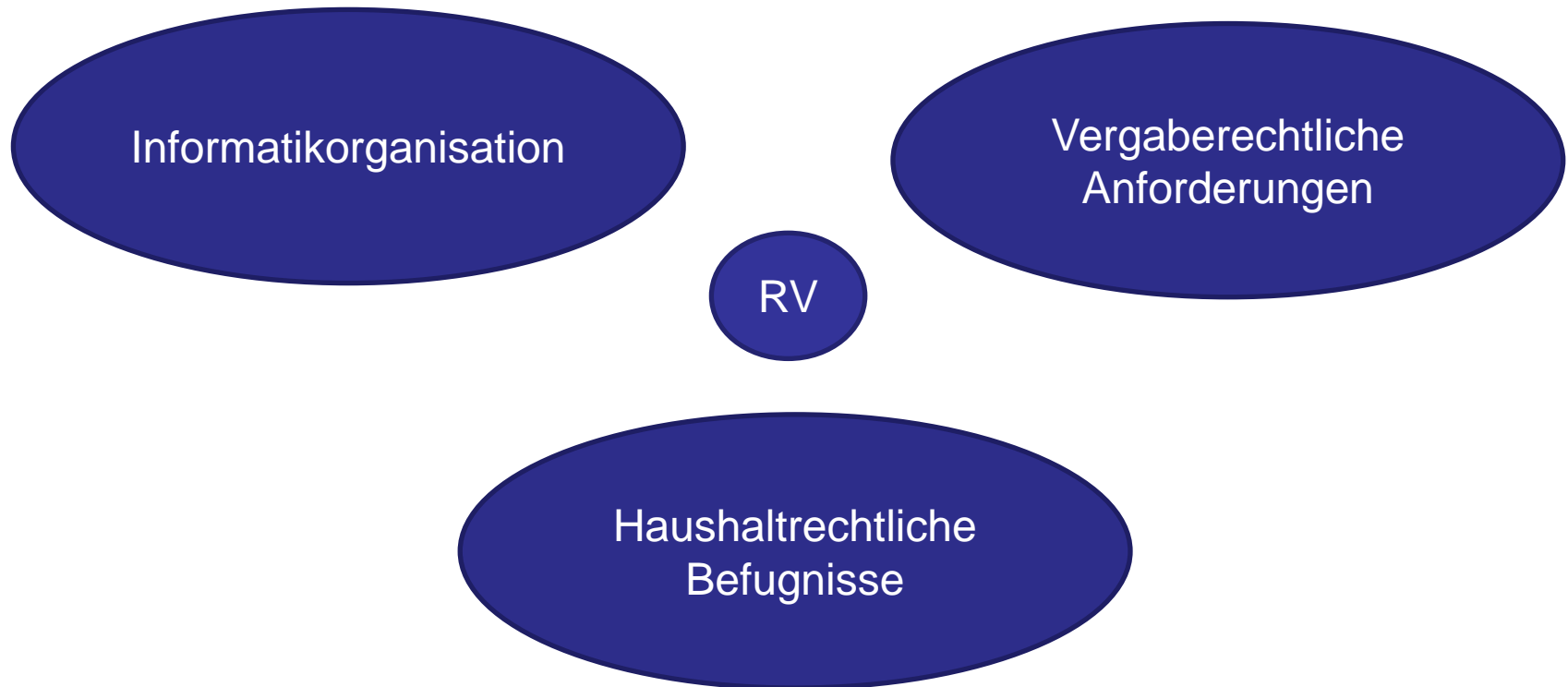
«Zentrale Beschaffung: Das Amt für Informatik ist die zentrale und alleinige Beschaffungsinstanz für Informatikmittel und -dienstleistungen.»

(Art. 12 Informatik-Verordnung GR, InfV, SR GR 170.500)

- Bündelung funktionaler Vergabekompetenz
- Zentralisierung verstärkt RV-Wirkungskreis
- Gleichlauf mit finanziellen Ausgabebefugnissen?

Haushaltrechtlicher Rahmen

Organisationsrechtliche Koordination (3)



Haushaltrechtlicher Rahmen

Ausgabenkompetenzen (1)

Ausgabe: Verwendung von Finanzvermögen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Voraussetzungen:

- Rechtsgrundlage
- Voranschlag
- Verpflichtungskredit (Objekt-/ Rahmenkredit)
- Ausgabenbewilligung des zuständigen Organs

Haushaltrechtlicher Rahmen

Ausgabenkompetenzen (2)

«Die Zuständigkeit für den Abschluss von Verträgen zur Umsetzung von Ausgabenbewilligungen, insbesondere für die Vergabe von Aufträgen an Dritte, richtet sich nach den Ausgabenkompetenzen für gebundene Ausgaben.»

(§ 34 Gesetz über Controlling und Rechnungslegung, CRG, LS ZH 611)

→ Ausrichtung der Vergabekompetenz an finanziellen Befugnissen (hier: für gebundene Ausgaben)

Haushaltrechtlicher Rahmen

Ausgabenkompetenzen (3)

«Ausgabenkompetenzen: Die Dienststellen beschliessen über

- a. freibestimmbare Ausgaben bis 100'000 Franken*
- b. gebundene Ausgaben bis 1'000'000 Franken.»*

(§ 32 VO zum Gesetz über die Steuerung der Finanzen und Leistungen, FLV, LS LU 600a)

- Schwellenwerte des Vergaberechts: Verfahren
- Werte des Haushaltrechts: Ausgabenzuständigkeit

Haushaltrechtlicher Rahmen

Arten von Ausgaben (1)

Gebundene Ausgabe:

- durch Normen prinzipiell und in der Höhe vorgeschrieben oder
 - zur Erfüllung von gesetzlichen Verwaltungsaufgaben unbedingt erforderlich
- nicht referendumspflichtig

Neue (freie) Ausgabe:

Handlungsfreiheit bzgl. Umfang, Zeitpunkt, etc.

Haushaltrechtlicher Rahmen

Arten von Ausgaben (2)

RV: Wiederkehrende oder einmalige Ausgabe ?

«*Wiederkehrende Ausgaben:*

- ¹ Ausgaben, die einer fortgesetzten, dauernden Aufgabe dienen, sind wiederkehrende Ausgaben.*
- ² Für die Bestimmung der Ausgabenbefugnis bei wiederkehrenden Ausgaben wird auf den Nettoaufwand abgestellt, der in einem Jahr anfällt.»*

(Art. 47 Gesetz über die Steuerung von Finanzen und Leistungen, FLG, LS BE 620.0)

→ vgl. vergaberechtliche Berechnungsvorschriften

Haushaltrechtlicher Rahmen

Preis x Menge x Zeitraum = Beschaffungsvolumen

- Berechnungsvorschriften beachten
 - massgebliche Werte
- Vergaberecht:
 - Anwendbare Verfahren
 - allfällige Zuständigkeitswechsel
- Haushaltrecht:
 - allfällige Zuständigkeitswechsel
 - Nachtragskredit, Informationspflichten

Weiterführende Literatur

- MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2927 ff.
- SCHERLER STEFAN, Die Rahmenvereinbarungen BR 2004 p. 163 f.
- GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. 3. A. Zürich 2013, Rz. 275 ff.

Fragen, Anregungen, Kritik?

RA Philipp do Canto

Boss Poledna Kurer AG, Zürich / Lugano

www.pbklaw.ch

docanto@pbklaw.ch

RA Dr. Wolfgang Straub, LL.M.

Deutsch Wyss & Partner, Bern

www.advobern.ch

wolfgang.straub@advobern.ch