

mirrorlight

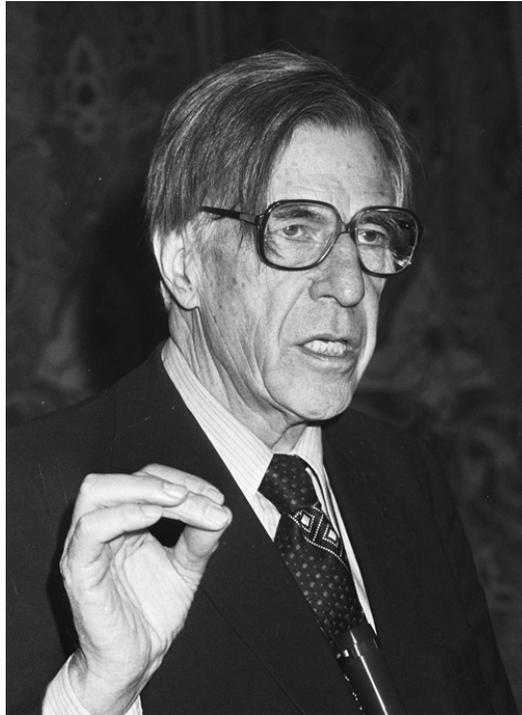
Projektverträge im Dialogverfahren

**Komplexe Langzeitverträge im Vergabeverfahren –
Chancen und Erwartungen im Dialog**

Bertrand Barbey, Dr. oec. HSG, lic.iur.
mirrorlight consulting gmbh - Schlieren
ICT/ITT Bidding&Contracting

J.K. Galbraith (1908-2006)

zum Zweck des Kartell-/Vergaberechtes (p.a.)



Zweck insbesondere: die Vollbeschäftigung der
Kartelljuristen/Vergabejuristen

Themenübersicht

- Vertrag und Spezifikationsdilemma
- Der «gute» «komplexe» Projektvertrag
- Projektverträge ICT und Rolling Stock (RS)
- Erzwungene Geschäftsbedingungen
- Dialogverfahren IST/SOLL
- Vertragsprozess im Dialog
- Schlussfolgerung, -forderung

Vertrag und Spezifikationsdilemma

- ZH VB 204.00300, BGer 2C-919/929/2014 „Es wird erwartet, dass die eingeladenen Firmen (resp. Ihre allfälligen Unterakkordanten) alle für den Kunden entscheidungsrelevanten Kriterien erkennen und in ihrer Offerte festhalten können (...). Das Pflichtenheft ist bewusst offen gehalten, in der Meinung dem Offertsteller dadurch eine bessere Möglichkeit geboten zu haben, seine Intentionen einzubringen.“
- VBZ Ersatz Tram2000, über 2000 Lastenheftpunkte, wovon über 700 Muss-Kriterien, Simap, 18.02.2011

Der «komplexe» Projektvertrag

Christoph Zahrnt, DV Verträge als komplexe Langzeitverträge, CR 2/92/84ff

- Schema KV-WLV unzulänglich: KLZV als eigener Typus
- Zusagen über Leistungsverhalten Gesamtsystem kaum möglich
- Leistung/Gegenleistung bei Vertragsabschluss nicht abschliessend festgelegt/Nachtragswesen als zentrales Momentum der Vertragserfüllung
- Langzeitvertrag bedeutet Dauerschuldverhältnis
- **Kooperationscharakter Unternehmer – Besteller**
- Suchphase: abschliessende Bedürfnisse (Iteration)
- **Funktionsfähiges Eskalationsmanagement im Nachtragswesen**
- Vgl. Bauablaufstörung (KBOB, Leitfaden Nachtragsmanagement)

Projektverträge ICT und Rolling Stock

AGB SIK IKT (2015) – Werkliefervertrag (Typus RM-Industrie)

- Spezifikation der Arbeitsergebnisse = Key Element des Vertrages, offene (ICT) versus detaillierte Spezifikation (RS)
- Pauschalvergütung («alle Leistungen» sind geschuldet), ferner Haftung für «alle Eigenschaften», die nach dem Stand der Technik und nach Treu & Glauben vorausgesetzt werden können (Ziff. 10.3/16.1 AGB SIK/IKT) versus bereinigter PAK mit zugesicherten Eigenschaften (RS)
- Kooperation (Mitwirkung), Entscheidungsfindung, Eskalation rudimentär geregelt, keine wirksamen Prozesse (in beiden Fällen)
- Verzugsrisiko einfach (ICT) und mehrfach (RS) pönalisiert (Meilensteine, Ablieferung, Abnahme); pönalisierte Leistungsrisiken, z.B. Folgepönalen Gewicht, Energie, Trassenpreise (nur RS)
- Langzeitvertrag: 5 Jahre Wartungsverpflichtung (Ziff. 18.1 AGB SIK/IKT) versus Langzeitgarantien (Designlife, Ersatzteile, Lebensdauer von Komponenten, etc.)
- Fazit: in beiden Fällen (ICT und RS) floriert das Nachtragswesen, mit induktiver bzw. deduktiver Bezugsbasis

«erzwungene» Geschäftsbedingungen

Art. 7 lit. b, Abs. 2, lit. b KG

- RS: WLIV «à prendre ou à laisser»; «blauer Teil»
- WEKO (RPW/DPC, 2006/2, S. 408, Problem adressiert
- Abwägung der pro- und antikompetitiven Wirkungen des Missbrauches, Rechtfertigung durch objektive Gründe, Grossbaustelle des Kartellrechtes
- **Trotzdem: Preismissbrauch als vergaberechtliches Thema (vgl. Einsichtnahme in die Kalkulation)**
- Art. 29, Abs. 3 VöB: « Sie (die Auftraggeberin) wendet grundsätzlich ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen an, es sei denn, die Natur des Geschäftes erfordere die **Aushandlung** besonderer Bedingungen».

Dialogverfahren, Stand (YTD)

- Reserviert für komplexe Beschaffungen
- Abgrenzung zum selektiven Verfahren
- Statistik (YTD): CH, EU
- **Problemkreise: Kosten, Parkierungsverbot (Short List Verfahren) und Rechtsschutz, IPR**
- Stand der Vernehmlassung zum Thema (Art. 26 EIVöB, Art. 28 EBöB, Art. 24 EVöB)
- Ausgestaltung Projektvertrag: bisher m.W. kein Thema des Dialoges

Vertrag im Dialog

Haupthindernis Kosten

- Vgl. IT-Beschaffungskonferenz 2014, Beispiele Vollzugsstelle Zivildienst, Thun, BBL
- 400 Personenstunden Auftraggeber pro Anbieter (mindestens 3), macht 1200 Personenstunden total, oder 150 Personentage, ohne den nach geltendem Recht entschädigungspflichtigen Aufwand der Anbieter
- **Nach neuem Recht: Entschädigung Anbieter offen**
- **Frage also: wie kann man Anbieter für das Dialogverfahren gewinnen, ohne sie dafür zu entschädigen?**

Vertrag im Dialog, Anreize

- Dialog als Ausdruck der „Kooperation und Mitwirkung“ im komplexen Langzeitvertrag, dies eingedenk seiner Besonderheiten
- Dialog über technische Fragen und Bedürfnisse, aber auch über Risiken.
- Dialog und „Erzwingung“ von Geschäftsbedingungen kaum kompatibel
- Langzeitrisiken müssen Gegenstand des Dialoges sein, z.B.
 - Abschätzung Verzugsrisiko und Nachtragsbedarf, mildere und strengere Regelungen, spez. Haftungsregelungen, Internalisierung von Risiken, Versicherungen
 - Normenrisiken zwischen Vertragsabschluss und Abnahme
 - Langzeitgarantien (in Abhängigkeit von Subunternehmer Risiken, back-to-back Verpflichtungen)
 - asymmetrische Regelungen durch Bonus-/Malus-Regelungen ersetzen
- **Fazit: Langzeitrisiken im Dialog fair verteilen, Kosten für Redundanzen, Versicherungskosten teilen, Haftung spezifisch anpassen und begrenzen, sofern Risiken objektiv bei Vertragsabschluss nicht kalkulierbar sind.**

Schluss



IT-Beschaffungskonferenz2015, Vortrag M. Beyeler zur Herkunft und zum Zweck der Beschwerde

Effizienteres Vergaberecht im Dialog dank besserer Erfassung, Tarierung und Zuordnung von objektiv unkalkulierbaren Projektrisiken. Dialog als Auftakt zur unverzichtbaren Kooperation der Vertragspartner im komplexen Langzeitvertrag.