

Roundtable Vergaberecht Rahmenvereinbarungen und Optionen

Prof. Hans Rudolf Trüb

14. April 2011

Übersicht

- Begriff und Abgrenzung
- Typologie
- Zulässigkeit
- Dauer
- Schwellenwerte (GPA II.6)
- Anzahl Anbieter
- Abruf
- Schluss

RL 2004/18 (VKR)

„Eine „Rahmenvereinbarung“ ist eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge.“

Erläuterungen der Kommission

In der klassischen Richtlinie ist zwar ausschließlich von „Rahmenvereinbarungen“ die Rede, die Bestimmungen beschreiben de facto jedoch zwei unterschiedliche Sachverhalte: Rahmenvereinbarungen, in denen alle Bedingungen festgelegt sind, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Rein im Interesse der Klarheit könnte die erste Variante als *Rahmenvertrag* und die zweite als *Rahmenvereinbarung im engeren Sinn* bezeichnet werden.

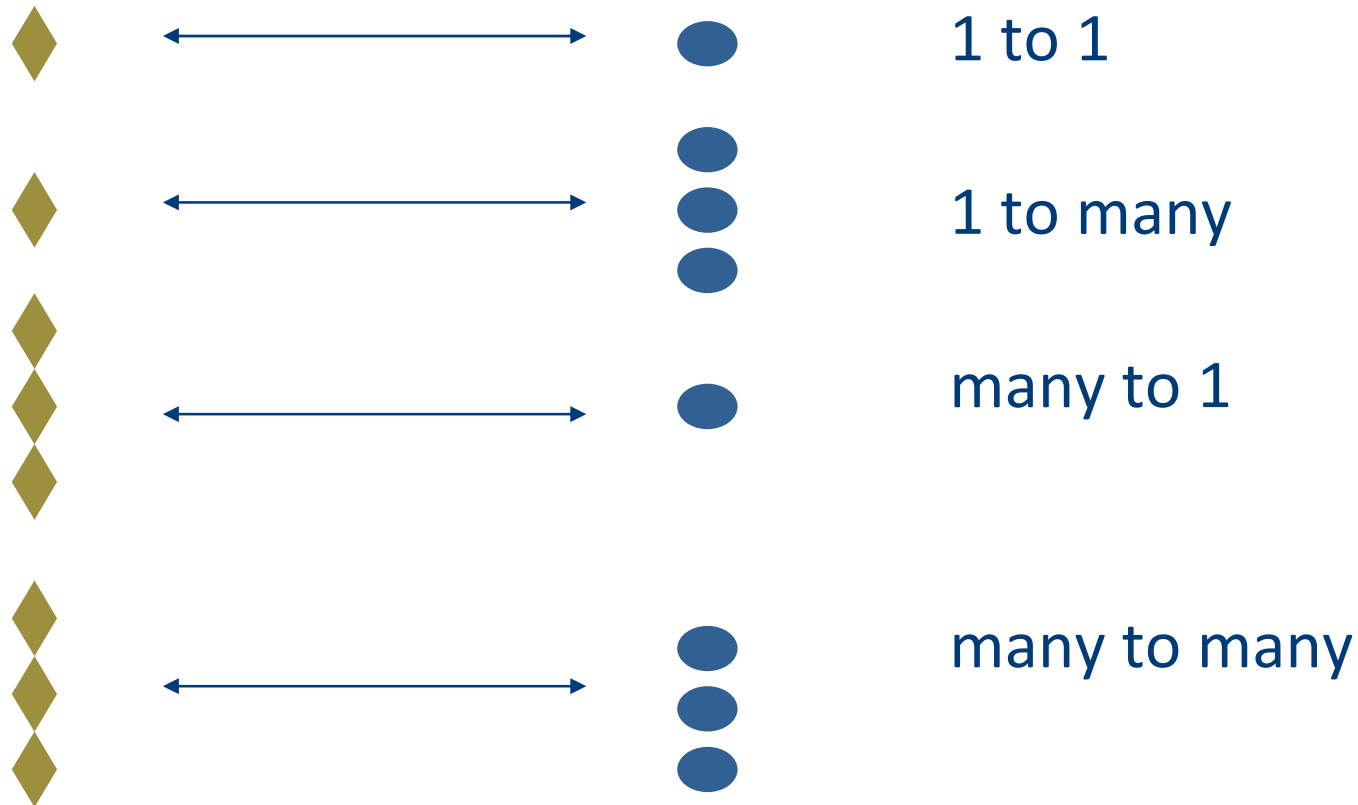
Option

- Gestaltungsrecht, welches dem Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, ein bestimmtes Vertragsverhältnis durch einseitige Willenserklärung abzuschliessen oder zu verlängern.
- Synallagma: Optionsprämie (Black Scholes)
- Unterschied zum Rahmenvertrag: Einseitige Ausübung
- Fokus auf Rahmenvereinbarungen; viele Fragen stellen sich mutatis mutandis auch bei Optionen

Abgrenzung

- Dauerverträge (VöB 15 / 15a)
- Prüfungssystem und Verzeichnis (BöB 10)
- Allgemeine Geschäftsbedingungen, Musterverträge und Rahmentarife des Bundes

Typologie



Anwendungsbereich

- Gesundheitsmarkt
 - Medikamente
 - Medizinalprodukte
- Informatik
 - Beratung
 - Entwicklung
- Lieferung standardisierter Güter
 - Büromaterial
 - Lebensmittel
 - Ersatzteile

Zulässigkeit von Rahmenvereinbarungen

- Keine ausdrückliche Grundlage im CH Recht
- Auch ohne besondere Erwähnung im BÖB zulässig aufgrund des wettbewerblichen Charakters (in DE umstritten)
- Rahmenvereinbarungen als „öffentliche Aufträge“
 - Synallagma
 - Entgeltlichkeit
- Bestimmung oder Bestimmbarkeit des Leistungsinhalts
- Eingliedrige und zweigliedrige Vergaben

VöB 22 und M-S RV

- 1 Die Auftraggeberin verlangt grundsätzlich ein Gesamtangebot...
- 2 Sie kann die zu beschaffenden Leistungen in Teilleistungen (Lose) aufteilen und an einen oder mehrere Anbieter und Anbieterinnen vergeben...
- 3 Hat die Auftraggeberin Lose gebildet, so können die Anbieter und Anbieterinnen ein Angebot für ein einzelnes oder für mehrere Lose (Teilangebote) einreichen. Sie können anstelle oder zusätzlich zum Teilangebot auch ein Gesamtangebot einreichen, es sei denn, die Auftraggeberin hat dies in der Ausschreibung ausgeschlossen.
- 4 Verlangt die Auftraggeberin, dass zusätzlich zu Teilangeboten ein Gesamtangebot einzureichen ist, so kündigt sie dies in der Ausschreibung an.
- 5 Behält sich die Auftraggeberin vor, Anbietern oder Anbieterinnen, die nur ein Gesamtangebot eingereicht haben, einen Teilauftrag zuzuschlagen oder von ihnen eine Zusammenarbeit mit Dritten zu verlangen, so kündigt sie dies in der Ausschreibung an.

Dauer

- VöB 15a

¹ Bei wiederkehrenden Leistungen darf ein Vertrag grundsätzlich für höchstens fünf Jahre abgeschlossen werden.

² In begründeten Fällen kann eine längere Vertragsdauer oder eine massvolle Verlängerung eines bestehenden Vertrags vereinbart werden.

- VOL/A 4.7 (ebenso VKR 32.2)

Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf vier Jahre nicht überschreiten, es sei denn der Auftragsgegenstand oder andere besondere Umstände rechtfertigen eine Ausnahme .

Schwellenwert

- BÖB 7 IV: Enthält ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend
- VK Brandenburg, 03.04.2009
„Beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen ist nicht auf das 48fache des Monatsbetrages gemäß § 3 Abs. 3 VgV abzustellen. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift kommt bei Dienstleistungsaufträgen mit einer vereinbarten Laufzeit von mehr als vier Jahren in Betracht. Der Wert einer Rahmenvereinbarung berechnet sich nach § 3 Abs. 8 VgV auf der Grundlage des geschätzten Höchstwertes aller für diesen Zeitraum geplanten Aufträge.“

RV / Option ohne Bezugspflicht?

VK Düsseldorf, 23.05.2008

„Das formale Offenhalten jeglicher Abnahmeverpflichtung sowie der abnehmenden Stellen lässt einen öffentlichen Auftrag nicht entfallen, wenn die Vergabestelle tatsächlich davon ausgeht, dass auf der Grundlage des Vertrages zukünftig ein Auftragsvolumen von 5 Mio. Euro pro Jahr umgesetzt würde.“

Wieviele Anbieter?

- VKR 32.4 / VOL/A 4.4

„Wird eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen geschlossen, so müssen mindestens drei Unternehmen beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Unternehmen die Eignungskriterien und eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten die Zuschlagskriterien erfüllt.“

- Anders offenbar das Landessozialgericht NRW:

„Es würde den (gewollten) Wettbewerb unter den pharmazeutischen Unternehmern massiv behindern, könnten (z.B.) drei Bieter mit den insgesamt wirtschaftlichsten Angeboten in gleichem Umfang die Versicherten der AG mit Arzneimitteln versorgen. Der Anreiz, das wirtschaftlichste Angebot abzugeben, würde beeinträchtigt und die Spekulation, mit dem zweit- oder gar drittwirtschaftlichsten Angebot weiter an der Versorgung der Versicherten teilhaben zu können, befördert...“

Pflicht zur Vielfalt?

VK Bund, 29.09.2009

„Die Entscheidung der Ag, die Rabattvereinbarung bezüglich eines Wirkstoffs jeweils nur mit einem Rahmenvertragspartner abzuschließen, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Ag hat sich aufgrund der zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Abwicklung der sich aus dem Rahmenvertrag ergebenden Einzelabrufe des Wirkstoffs ermessensfehlerfrei für die Exklusivität entschieden.“

Sonderfall: 1 Anbieter

VKR 32.3 / VOL/A 4.3

- Wird eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen geschlossen, so werden die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben.
- Vor der Vergabe der Einzelaufträge können die Auftraggeber das an der Rahmenvereinbarung beteiligte Unternehmen in Textform konsultieren und dabei auffordern, sein Angebot erforderlichenfalls zu vervollständigen.

Regeln für den Abruf bei M-S RV?

Arrowsmith:

„It is not permitted ... to select several framework suppliers and then to rotate work amongst these suppliers without considering which supplier best meets the award criteria... When initial tenders do not provide sufficient information to judge the „best“ supplier ... by reference to the contract award criteria, further mini-tenders will be needed before the award decision can be made,“

Abruf

VKR 32.4 VOL/A 4.5

Die Vergabe von Einzelaufträgen, die auf einer mit mehreren Unternehmen geschlossenen Rahmenvereinbarung beruhen, erfolgt

- a) sofern alle Bedingungen festgelegt sind, nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb oder
- b) sofern nicht alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb zu denselben Bedingungen, die erforderlichenfalls zu präzisieren sind, oder nach anderen in der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen.

„Mini-Tender“

VK Bund 03.07.2009 (ebenso 28.07.2009)

„Dies bedeutet, ... dass die Auswahl des Vertragspartners für den Einzelauftrag zumindest den elementaren Grundsätzen für ein Vergabeverfahren genügen muss. Hierzu zählen das Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot sowie der Transparenzgrundsatz...“

Transparenzgebot

VK Berlin, 10.02.2005

“Wie die Antragsgegnerin selbst ausführt, praktiziert sie selbst intern kein nach überprüfbareren Kriterien festgelegtes Verfahren zum Verteilungsmodus, d.h. Art, Umfang und Reihenfolge der Einzelaufträge. Die von ihr behauptete „gleichmäßige“ Verteilung der Aufträge liegt allein im individuellen freien Ermessen der zuständigen Bearbeiter... Damit sind grundlegende Anforderungen eines transparenten Verfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB) nicht erfüllt... Die von der Antragsgegnerin zu Recht beabsichtigte Berücksichtigung mittel-ständischer Interessen kann die Beschränkung des Wettbewerbs nicht rechtfertigen.“

Noch einmal:

VK Bund, 03.07.2009

„Indem die Ag im Rahmen der Ausschreibung der Rabattvereinbarungen keine Bedingungen für die Vergabe der auf den Rahmenvereinbarungen basierenden Einzelaufträge festgelegt hat, verstößt die Ag gegen § 3a Nr. 4 Abs. 6 lit. a VOL/A.“

Fazit: Abrufregel

- Rahmenverträge mit einem Anbieter:
 - Hinreichende Definition der Leistung bereits im Rahmenvertrag (evtl. Konkretisierung in EV)
 - Abruf ohne vergaberechtliche Förmlichkeit
- Multi-Supplier Rahmenvereinbarungen (VKR 32.4):
 - Mit hinreichender Leistungsdefinition: Kaskadenverfahren
 - Günstigstes Angebot / passendes Angebot (Ersatzteilpark)
 - Kapazitätsengpass / kein Interesse: nächst teureres Angebot
 - Ohne hinreichende Leistungsdefinition
 - Aufruf zum Wettbewerb (Mini-Tender)
 - Konsultation / Information / Angebot / Auswahl

Schluss

- Rahmenvereinbarungen als
 - Instrument zur Reduktion der Transaktionskosten
 - Ausweg aus der Personalstellungs-Falle
- Zulässigkeit nach CH Recht
- Massgebend sind Wirtschaftlichkeit, Transparenz und Gleichbehandlung
- I.d.R. sollten M-S RV mit drei Anbietern geschlossen werden; Exklusivität verlangt nach Begründung (Ermessensspielraum)
- Mini Tender beim Abruf unter mehreren Anbietern: Verfahren und Bedingungen vertraglich definieren

... and now, let's discuss



Reserve

„Ungewöhnliches Wagnis“

VK Bund, 29.09.2009

„Ein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 Absatz 3 VOL/A aufgrund der gegenüber den Bietern nicht garantierten Mindestabnahmemenge ist nicht gegeben.“
(Anm.: Bestimmung in der Fassung vom 20.11.2009 gestrichen)

„Die Kalkulation eines Rahmenvertrags-Angebots ist schon per definitionem durch gewisse Unwägbarkeiten des künftigen tatsächlichen Absatzes geprägt (...). Die potentiellen Auftragnehmer können dies durch kalkulatorische Sicherheitszuschläge berücksichtigen.“

Welche „Bedingungen“?

VK Bund, 03.07.2009

„Dass mit „Bedingungen“ im Sinne des § 3a Nr. 4 Abs. 6 lit. a VOL/A die Vertragsbedingungen, nicht aber die Auswahlkriterien für die Vergabe der Einzelaufträge gemeint sind, ergibt sich aus Erläuterungsgrund 11 der Richtlinie 2004/18/EG... Ein – in der vorliegenden Konstellation kaum praktikabler – erneuter Aufruf zum Wettbewerb ... hätte demnach nur dann zu erfolgen, wenn in der Rahmenvereinbarung noch nicht sämtliche Vertragsbedingungen festgelegt wären.“