

Optionen

Wolfgang Straub

'Mittagstisch Vergaberecht' Post CH AG
18.09.2018



Überblick

- > Rechtliche Grundlagen
- > Rechtsprechung
- > Praktische Fragen

Überblick

Was ist eine Option?

- > **Vergaberechtlich:** Von einer Vergabe/Zuschlag umfasste Leistungen mit einem Bezugsrecht aber ohne Bezugspflicht
- > **Vertragsrechtlich:** Gestaltungsrechte in Bezug auf vertraglich definierte Leistungspflichten

Es gibt auch negative Optionen (Exitoptionen/
Benchmarking)

3

Rechtliche Grundlagen

BöB Art. 7 Abs. 5

*Enthält ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge, so ist der
Gesamtwert massgebend.*

4

Rechtliche Grundlagen

VöB Anhang 4 Ziff. 1

Die Ausschreibung eines Auftrags im offenen oder im selektiven Verfahren muss mindestens die folgenden Angaben enthalten:

...

*b. Gegenstand und Umfang des Auftrages, einschliesslich **Optionen für zusätzliche Mengen** sowie - wenn möglich - Schätzung des Zeitpunktes, in dem solche Optionen ausgeübt werden. ...*

4

Rechtliche Grundlagen

GPA 1994 Art. II Ziff. 6

*In Fällen, in denen eine geplante Beschaffung den Bedarf von Optionsklauseln ausdrücklich vorsieht, gilt als Grundlage für die Bewertung (des Auftrages) der **Gesamtwert** der maximal erlaubten Beschaffung, einschliesslich der Optionskäufe.*

6

Rechtliche Grundlagen

GPA 1994 Art. IX Ziff. 6

Jede Bekanntmachung einer beabsichtigten Beschaffung nach Absatz 2 enthält die folgenden Angaben:

- a) *Art und Menge der zu liefernden Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich **Optionen für zusätzliche Mengen**, sowie wenn möglich eine Schätzung des Zeitpunktes, zu dem solche Optionen ausgeübt werden.*
(...)

7

Rechtliche Grundlagen

GPA 1994 Art. XIII Ziff. 5

*Optionsklauseln dürfen **nicht zur Umgehung der Bestimmungen dieses Übereinkommens** benützt werden.*

8

Rechtliche Grundlagen

GPA 2012 Art. II Ziff. 6

Schätzt ein Auftraggeber den Auftragswert ein, um zu ermitteln, ob der Auftrag unter dieses Übereinkommen fällt:

...

b) muss er den geschätzten maximalen Gesamtwert der Beschaffung über die gesamte Laufzeit einberechnen – (...) einschliesslich:

*ii) sofern bei der Beschaffung Optionen möglich sind, den **Gesamtwert dieser Optionen.***

9

Rechtliche Grundlagen

GPA 2012 Art. VII Ziff. 2

Vorbehaltlich anderslautender Bestimmungen in diesem Übereinkommen enthält jede Ausschreibung folgende Angaben:

...

d) eine Beschreibung möglicher Optionen

10

Rechtliche Grundlagen

GPA 2012 Art. XV

*Die Auftraggeber dürften Optionen nicht einsetzen, Beschaffungen nicht absagen und **erteilte Aufträge nicht ändern**, um die Verpflichtungen nach diesem Übereinkommen zu umgehen.*

11

Rechtliche Grundlagen

EU RL 2014/24/EU E. 111 und RL 2014/25/EU E. 117

*Auftraggeber sollten über die Möglichkeit verfügen, im einzelnen Vertrag in Form von **Überprüfungs- oder Optionsklauseln Änderungen** vorzusehen, doch sollten derartige Klauseln ihnen keinen unbegrenzten Ermessensspielraum einräumen. Daher sollte in dieser Richtlinie festgelegt werden, inwieweit im ursprünglichen Vertrag die Möglichkeit von Änderungen vorgesehen werden kann.*

12

Rechtliche Grundlagen

EU RL 2014/24/EU E. 111 und RL 2014/25/EU E. 117

*Es sollte daher klargestellt werden, dass mit hinlänglich klar formulierten Überprüfungs- oder Optionsklauseln etwa **Preisindexierungen** vorgesehen werden können oder beispielsweise sichergestellt werden kann, dass Kommunikationsgeräte, die während eines bestimmten Zeitraums zu liefern sind, auch im Fall veränderter Kommunikationsprotokolle oder anderer **technologischer Änderungen** weiter funktionsfähig sind.*

13

Rechtliche Grundlagen

EU RL 2014/24/EU E. 111 und RL 2014/25/EU E. 117

*Ferner sollte es möglich sein, mittels hinlänglich klarer Klauseln **Anpassungen des Auftrags** vorzusehen, die aufgrund technischer Schwierigkeiten, die während des Betriebs oder der Instandhaltung auftreten, erforderlich werden. Es sollte auch darauf hingewiesen werden, dass Aufträge beispielsweise sowohl laufende **Wartungsmassnahmen** beinhalten als auch ausserordentliche Instandhaltungsarbeiten vorsehen können, die erforderlich werden könnten, um die Kontinuität einer öffentlichen Dienstleistung zu gewährleisten.*

14

Rechtliche Grundlagen

EU RL 2014/24/EU Art. 72 und RL 2014/25/EU Art. 89

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

(1) Aufträge und Rahmenvereinbarungen können in den folgenden Fällen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens im Einklang mit dieser Richtlinie geändert werden,

*a) wenn die Änderungen, unabhängig von ihrem Geldwert, in den ursprünglichen Auftragsunterlagen in Form von klar, präzise und eindeutig formulierten **Überprüfungsklauseln**, die auch Preisüberprüfungsklauseln beinhalten können, oder Optionen vorgesehen sind. Entsprechende Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können.*

*Sie dürfen keine Änderungen oder Optionen vorsehen, die den **Gesamtcharakter des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung verändern** würden*

15

Rechtliche Grundlagen

E-BöB 2017 Art. 15 Abs. 3/4

Für die Schätzung des Auftragswerts ist die Gesamtheit der auszuschreibenden Leistungen oder Entgelte, soweit sie sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen, zu berücksichtigen. Alle Bestandteile der Entgelte sind einzurechnen, einschliesslich

Verlängerungsoptionen und Optionen auf Folgeaufträge sowie sämtliche zu erwartenden Prämien, Gebühren, Kommissionen und Zinsen, ohne Mehrwertsteuer.

Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand der kumulierten Entgelte über die bestimmte Laufzeit, einschliesslich allfälliger Verlängerungsoptionen. (...)

16

Rechtliche Grundlagen

E-BöB 2017 Art. 35 lit. c

Die Veröffentlichung einer Ausschreibung enthält mindestens folgende Informationen:

...

*Beschreibung der Leistungen, einschliesslich der Art und Menge, oder wenn die Menge unbekannt ist, eine diesbezügliche **Schätzung, sowie allfällige Optionen***

17

Rechtsprechung

In der Schweiz gibt es bisher wenig Rechtsprechung und Literatur zu Optionen

- BVwGer B-562/2015 (ORMA) Zwischenentscheid vom 21.04.2015, E.4.6.2 und 5.8.1ff
- BGwGer B-3791/2015 (GEVER), Entscheid vom 19.08.2016, E. 8.3
- VGer ZH VB.2012.00822, 13.03.2013, E. 2.3-2.5 (Spital Limmattal)
- VGer ZH VB.2016.00300 (Trambeschaffung) vom 10.02.2017 E. 12
- RECHSTEINER PETER, Option und Auftragswert, BR/DC 1999 S. 49

3

Rechtsprechung

**VGer ZH VB.2012.00822, 13.03.2013,
E. 2.3-2.5 (Verzicht auf Optionen)**

„Verzichtet die Auftraggeberin schon während des Vergabeverfahrens auf die Wahrnehmung einer gemäss Ausschreibung zu offerierenden Option, ist das grundsätzlich nicht zu beanstanden und stellt auch keinen Teilabbruch dar, doch darf von der Bewertung der Qualität der Optionsangebote unter einem entsprechend ausgeschriebenen Zuschlagskriterium nicht abgesehen werden, da dies einer nachträglichen Änderung der Kriterienordnung gleichkäme.“

3

Rechtsprechung

**VGer ZH VB.2016.00300 vom 10.02.2017 E. 12
(Bewertung von Optionen)**

«Jedenfalls bestehen keine ausreichenden Gründe für die Verfolgung einer rigiden Praxis, wonach Optionen in die Bewertung einbezogen werden müssten, selbst wenn ungewiss ist, ob sie dereinst auch bestellt werden.. »

3

Praktische Fragen

Verhältnis Grundauftrag-Optionen

BVwGer B-562/2015 (ORMA), Zwischenentscheid vom 21.04.2015, E. 5.8.1f

- > Es gibt kein Mindestverhältnis zwischen Grösse von Grundauftrag und Optionen
- > Können auch nur optionale Leistungen (ohne festen Grundauftrag) ausgeschrieben werden?
→Analogie zu Rahmenverträgen ohne Bezugspflicht

21

Praktische Fragen

Bewertung von Optionen

VGer ZH VB.2016.00300 (Trambeschaffung) vom 10.02.2017 E. 12

- > Gefahr von 'Quersubventionierungen' im Angebot
- > Optionen müssen m.E. bei der Preisbewertung zwingend mitbewertet werden
- > Bewertung nach Grad der Ausübungswahrscheinlichkeit möglich

22

Praktische Fragen

Ausübungsmechanismen in Ausschreibung/Vertrag definieren

- > Vorbestellungszeiten/spätester Ausübungszeitpunkt
- > Stückelung
- > ...

23

Praktische Fragen

Bestimmtheit von Optionen (z.B. Regiestundenpakete)
BVwGer B-562/2015 (ORMA) Zwischenentscheid vom
21.04.2015, E. 5.8.1f

- > Analogie zu Rahmenverträgen

24

Praktische Fragen

Leistungsänderungen im Rahmen von Optionen

(siehe auch Art. 72 EU RL 2014/24/EU und Art. 89 RL 2014/25/EU)

Statt optionaler Leistung X wird oft Y bestellt

- > Hätte es für Leistung Y einen anderen Anbieterkreis gegeben?
- > Wie wird der Preis für die Leistung Y bestimmt?
- > Regiestundenpakete für Weiterentwicklungsleistungen

25

Praktische Fragen

Preisanpassungen im Rahmen von Optionen

(z.B. Preisbenchmarking)

(siehe auch Art. 72 EU RL 2014/24/EU und Art. 89 RL 2014/25/EU)

→ Gleichbehandlung aller Anbieter sicherstellen, indem Preisanpassungsmechanismen in Ausschreibung vorgegeben werden.

26

Praktische Fragen

Optionen in freihändigen Vergaben

- > Über dem Schwellenwert problematisch, wenn mit zeitlicher Dringlichkeit argumentiert wird
- > Eventuell Abdecken von sukzessiven Leistungen bis zum Abschluss einer erneuten Ausschreibung

27

Fragen, Anregungen, Kritik?

Dr. Wolfgang Straub
Augsburger Deutsch & Partner
Effingerstrasse 17 / Postfach 2095
3001 Bern

+41 31 381 37 15
wolfgang.straub@ad-p.ch

www.ad-p.ch
www.it-recht.ch

28