

VERTRAULICH / ANWALTSGEHEIMNIS / KEINE WEITERGABE ODER VERÖFFENTLICHUNG

Festpreisvereinbarung für F-35A

Datum 11. September 2024
An [REDACTED], Bundesamt für Rüstung armasuisse
Von [REDACTED], Homburger

I. Key Messages

- The USG and Switzerland have agreed upon fixed prices for the purchase of 36 F-35A fighter aircraft:
 - *First*, note 55 LOA SZ-D-SAA explicitly sets out in clear terms the commitment to fixed prices:
 - The USG undertakes to procure the F-35A at a fixed price, which is the same fixed price that it has (bindingly) offered to Switzerland. The USG will resell these F-35A purchased for the same fixed price to Switzerland.
 - The fixed price agreement (note 55) was negotiated specifically and individually with Switzerland and takes precedence over any other agreements.
 - Note 55 is binding for the USG and it must adhere to it.
 - *Second*, the USG acknowledgement (communication points) reflects the parties' common understanding regarding fixed prices:
 - The USG acknowledges that it is bound by the fixed price commitment in accordance with the LOA (note 55).
 - The USG confirms that the fixed prices correspond to the prices submitted by the USG as part of its Best and Final Offer in the public procurement process.
 - *Third*, in the Insight Letter, the Joint Procurement Office undertakes to procure the F-35A for Switzerland through fixed price contracts that already include inflation, and that it will sell them on to Switzerland at the same fixed price that the USG has offered to armasuisse.
 - Under the Insight Letter, Switzerland has the right to verify that the prices and specifications in the enterprise contracts correspond to those submitted in the Best and Final Offer.
 - Switzerland requests that this right be duly exercised at the earliest convenience.
 - *Fourth*, Switzerland requested firm-fixed prices including inflation to be offered for all items in the public procurement process. By submitting its Best and Final Offer, the USG unconditionally accepted the terms as set out in the tender documents.
 - *To sum up*, the agreement on fixed prices in the LOA – reinforced by several side agreements – is binding upon the USG. The risk of cost increases – including inflation – lies with the manufacturer.

II. Vorbemerkungen

- 1 Wir wurden vom Bundesamt für Rüstung armasuisse damit beauftragt, in Form einer Aktennotiz die wesentlichen Argumente für den Standpunkt darzustellen, wonach für die Beschaffung der F-35A Kampfflugzeuge Festpreise vereinbart worden sind.
- 2 Allfällige Uneinigkeiten zwischen den Vertragsstaaten über den Festpreischarakter der getroffenen Vereinbarung wären auf diplomatischem Weg beizulegen, da es sich bei den *Letter of Offer and Acceptance (LOA)* um zwischenstaatliche (*Government-to-Government*) Verträge handelt. Für eine weiterführende rechtliche Beurteilung des Risikos von Preiserhöhungen im Zusammenhang mit dem F-35A wird auf folgende Dokumente verwiesen, auf die sich diese Aktennotiz stützt:
 - unser Kurzgutachten betreffend Festpreise des F-35A vom 30. November 2023, das sich im Wesentlichen auf den Wortlaut der Vereinbarungen und allgemeine vertragsrechtliche Grundsätze stützt;
 - das Memorandum der U.S.-amerikanischen *Law Firm* Arnold & Porter betreffend "*Analysis of Price Adjustment Risk in the Swiss Government's FMS Purchase of F-35A Aircraft and Related Weapons and Services*" vom 1. März 2024, das das U.S.-amerikanische Recht in die Beurteilung einschliesst.
- 3 Diese Aktennotiz stützt sich insbesondere auf folgende Grundlagen:
 - die Ausschreibungsunterlagen (*Request for Proposal 2, RFP 2*);
 - die im Rahmen des *Foreign Military Sales (FMS)* Prozesses zwischen dem U.S. Government (**USG**) und der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgehandelten Verträge (LOA);
 - das in Form einer gemeinsamen Erklärung festgehaltene gemeinsame Verständnis der Vertragsparteien betreffend wesentliche Vertragsinhalte, insbesondere den Festpreischarakter der Beschaffung (Dokument "Procurement of F-35A Lightning II aircraft systems"; die **Kommunikationspunkte**);
 - die Medienmitteilung der U.S. Embassy vom 2. Juni 2022, mit der die USA öffentlich bestätigten, dass die Beschaffung der F-35A Kampfflugzeuge durch die Schweiz im Rahmen von Festpreisverträgen erfolgt;¹
 - die Note vom 9. November 2021 (der **Insight Letter**)² des F-35 Joint Program Office (**JPO**), die der Schweiz zusichert, (i) die zwischen dem USG und den Herstellern abzuschliessenden Verträge vor deren Abschluss einsehen und kommentieren zu können, und dass (ii) die Verträge mit den Herstellern die Konditionen der der Schweiz unterbreiteten Offerte widerspiegeln werden.

¹ Press Release: America's Most Advanced Multi-Role Fighter: <<https://ch.usembassy.gov/press-release-americas-most-advanced-multi-role-fighter/>> (zuletzt abgerufen am 9. September 2024).

² Schreiben "Switzerland Insight into F-35 Contracting" vom 9. November 2021.

III. Die Schweiz hat mit dem USG verbindliche Festpreise vereinbart

A. Zusicherung von Festpreisen im LOA betreffend den Kauf von 36 Kampfflugzeugen vom Typ F-35A

- 4 Die Schweiz und das USG haben verbindliche Festpreise vereinbart für den Kauf von 36 Kampfflugzeugen vom Typ F-35A und dazugehörigem Support und dies in Note 55 des LOA SZ-D-SAA (Vertragsvolumen: USD ██████████) explizit festgehalten. Die Note 55 ist für beide Vertragsparteien verbindlich.
- 5 Bei der Note 55 handelt es sich um eine speziell zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem U.S. Government vereinbarte Vertragsklausel ("*F-35A Procurement For Switzerland*"; Note 55), die im FMS-Standardvertrag und in den übrigen LOA betreffend *Operation & Sustainment (O&S)* Support und *Weapon Systems* nicht enthalten ist (vgl. Rz. 12–14). Die Festpreisvereinbarung wurde speziell und individuell mit der Schweiz ausgehandelt und geht allfälligen anderslautenden Vereinbarungen vor.

Note 55. F-35A PROCUREMENT FOR SWITZERLAND.

This Letter of Offer and Acceptance (LOA) constitutes an agreement by the United States of America (USA), acting through the Secretary of the Air Force for International Affairs (SAF/IA) and the Swiss Confederation, acting through the Federal Office for Defence Procurement (armasuisse). On behalf of the USA, SAF/IA hereby confirms that the United States Government (USG) purchases F-35A Lightning II aircraft systems on fix-priced contracts, which already accounts for inflation. The USA further confirms to the Swiss Confederation those 36 F-35A Lightning II aircraft systems to be procured by the Swiss Confederation will be procured by the USG on the same contracts at the same fix-price, which is the same fix-price as the USG offered to armasuisse. The USG will sell these F-35A Lightning II aircraft systems under the LOA for the same fix-price, which also already includes, and will not be increased for, inflation and includes US government charges, US taxes, delivery costs and non-Swiss custom duties, to the Swiss Confederation. Any adjustments to the LOA scope will be agreed to by both the USA and Swiss Confederation. This note is in line with the standard terms and conditions within the LOA. This note will lapse (i) six months after both receipt of final payment has been confirmed by the SAF/IA and delivery of all the aircraft and performance of all services in accordance with the LOA has been confirmed by the Swiss Confederation, or (ii) if the LOA has not been countersigned by the Swiss Confederation, acting through armasuisse, by the LOA expiration date.

- 6 Der Wortlaut ist klar: Das USG sichert zu, die F-35A bei den Herstellern zu einem Festpreis zu kaufen, der demjenigen Festpreis entspricht, den es der Schweiz (verbindlich) offeriert hat. Das USG ist verpflichtet, die bei den Herstellern gekauften F-35A zum gleichen Festpreis – der bereits U.S. Inflation, U.S. Gebühren, U.S. Steuern, Lieferkosten und nicht-schweizerische Zollabgaben beinhaltet – weiterzuverkaufen.
- 7 Note 55 stellt damit eine ausdrückliche und verbindliche Festpreisvereinbarung dar. Die Note 55 ist für das USG verbindlich und es hat sich daran zu halten (Prinzip der Vertragstreue, *pacta sunt servanda*).

B. Die Festpreisabrede betreffend den Kauf von 36 Kampfflugzeugen vom Typ F-35A wird durch die Vertragsverhandlungen und Nebenvereinbarungen bestätigt

- 8 Die nachstehend dargestellten Umstände der Vertragsverhandlungen und die in diesem Zusammenhang getroffenen Nebenvereinbarungen bestätigen das Vorliegen einer Festpreisabrede betreffend den Kauf von 36 Kampfflugzeugen vom Typ F-35A:
- Kommunikationspunkte: Im Rahmen der Vertragsverhandlungen haben sich die Vertragsparteien, vertreten durch die *Defense Security Cooperation Agency (DSCA)* bzw. armasuisse, auf eine separate Erklärung mit Kommunikationspunkten geeinigt, die eine

gemeinsame Sprachregelung für die öffentliche Kommunikation enthält und damit das gemeinsame Verständnis betreffend die Vertragsinhalte abbildet. Ziffern 3 und 6 der Kommunikationspunkte lautet wie folgt:

3 The US and Swiss governments are bound by the terms of the Letter of Offer and Acceptance (LOA) which confirms the agreement on the purchase of the 36 F-35 aircraft by Switzerland as a fixed price contract, which factors in inflation. The prices correspond to the Best and Final Offer submitted by the U.S. government in the procurement process.

6 The U.S. government has a proven history of providing Foreign Military Sales to Switzerland at costs agreed by both parties. Therefore, the US government confirms that the acquisition is based on fixed-price contracts, which reflect the offered terms and that Switzerland will procure the aircraft from the U.S. government for the same fixed price.

Die Kommunikationspunkte bestätigen, dass die Festpreiszusage gemäss LOA (Note 55) für das USG verbindlich ist. Zudem wird bestätigt, dass die Festpreise denjenigen Preisen entsprechen, die das USG im Rahmen ihrer *Best and Final Offer (BAFO)* im Beschaffungsverfahren unterbreitet hat.

- Medienmitteilung der U.S. Embassy: Im Rahmen der Medienmitteilung vom 2. Juni 2022 bestätigte die U.S. Embassy, dass die Schweiz die F-35A mittels Festpreisverträgen beschafft. Zwar wurde in der Medienmitteilung nicht präzisiert, dass die Festpreise den im Rahmen der BAFO angebotenen Preisen entsprechen. Die Kommunikationspunkte indizieren aber ein solches Verständnis.
- Insight Letter: Mit dem Insight Letter des JPO erhält die Schweiz das Recht zur Einsicht und Kommentierung vor Abschluss der Verträge durch das USG mit den Herstellern. Dies soll es der Schweiz ermöglichen, zu überprüfen, dass die Preise und Spezifikationen denjenigen des Angebots entsprechen. Im Insight Letter verpflichtet sich das JPO zudem explizit dazu, dass es die F-35A für die Schweiz mittels die Inflation bereits enthaltende Festpreisverträge beschaffen werde, und diese der Schweiz zum gleichen Festpreis weiterverkaufen werde, den das USG armasuisse offeriert hat (Insight Letter, Spiegelstrich 4 und 5, nachfolgend abgebildet):

- Ensure enterprise contracts, prices and specifications reflect the U.S. Government offer to armasuisse.
- Procure Swiss aircraft on fix price enterprise contracts which factor in inflation, in order to sell them on to Swiss Government at the same fix price as the U.S. Government offered to armasuisse.

- Vorgaben gemäss Ausschreibungsunterlagen. Gemäss RFP2 hatten die Anbieter verbindliche Festpreise (*firm fixed pricing*) für alle Leistungspositionen zu offerieren. Das Angebot mit Preisen der "*Then year economics*" (bei Lieferung des Beschaffungsumfangs) hatte die Inflation und jedes andere Preiselement zu beinhalten, das der Schweiz in Rechnung gestellt wird. Indem das USG eine BAFO eingereicht hat, hat es die Vorgaben gemäss Ausschreibungsunterlagen vorbehaltlos akzeptiert.
- 9 Zusammenfassend zeigt die im LOA getroffene Vereinbarung (Note 55) und deren Konkretisierungen in den Nebenvereinbarungen, dass in Bezug auf den Kauf von 36 Kampfflugzeugen vom Typ F-35A verbindliche Festpreise gemäss BAFO festgelegt wurden. Das Risiko von Kostensteigerungen – einschliesslich der Teuerung – liegt grundsätzlich beim Hersteller.
- 10 Daran vermag auch der mögliche Einwand des USG bzw. der DSCA nicht zu ändern, wonach Geschäfte unter dem FMS-Programm nach US-amerikanischem Recht zwingend auf einer "*no-profit, no-loss*" Basis abzuwickeln seien. Zwar deuten gewisse Bestimmungen des LOA darauf

hin, dass das USG Preisänderungen auf die Schweiz überwälzen könnte (vgl. LOA, Note 55: "This note is in line with the standard terms and conditions within the LOA"; T&C, 4.1: "price of items to be procured will be billed at their total cost to the USG"; T&C, 4.2.1: "To pay to the USG the total cost of the items even if costs exceed the amounts estimated in this LOA; LOA, S. 1: "Estimated Cost"). Diese Bestimmungen treten aber hinter die geschilderten speziell mit der Schweiz ausgehandelten und deshalb vorrangigen Vereinbarungen (insbesondere Note 55 des LOA) zurück, sodass die Verbindlichkeit der Festpreise dadurch nach dem hier vertretenen Verständnis nicht in Frage gestellt ist.

- 11 Gemäss Memorandum von Arnold & Porter (S. 10 f.) entspricht es auch dem amerikanischen Rechtsverständnis, wonach Hersteller bei Festpreisverträgen nur ganz ausnahmsweise Preiserhöhungen durchsetzen können (etwa, wenn die Mehrkosten vom USG zu vertreten sind). Zudem könnten solche Preiserhöhungen in Bezug auf den Kauf von 36 Kampfflugzeugen vom Typ F-35A aufgrund der speziellen Vereinbarung mit der Schweiz (insbesondere Note 55) nicht ohne Weiteres auf die Schweiz überwälzt werden.

IV. Einschränkung der Festpreisvereinbarung in Bezug auf *Operation & Sustainment* und *Weapon Systems*

- 12 Während in Bezug auf den Kauf der 36 Kampfflugzeuge vom Typ F-35A im LOA SZ-D-SAA insbesondere gestützt auf Note 55 eine Festpreisvereinbarung getroffen wurde, enthalten die LOA betreffend *O&S Support* und *Weapon Systems* (LOAs SZ-D-QAJ; SZ-P-LAY; SZ-D-YAD; SZ-D-FAA; SZ-D-QAQ) keine entsprechenden besonderen Vereinbarungen. Das Fehlen einer Note 55 des LOA SZ-D-SAA nachgebildeten besonderen und individuell verhandelten Vertragsbestimmung stützt den Standpunkt, wonach die unter diesen LOA vereinbarten Preise blosser Kostenschätzungen darstellen und die LOA *Terms & Conditions* gelten: Dies bedeutet, dass die Beschaffung *back-to-back* bei den Herstellern nach dem Prinzip "*no profit – no loss*" erfolgt und keine Festpreise, sondern nur *best efforts*, geschuldet sind.
- 13 Die Schweiz hat sich aber im Rahmen der Kommunikationspunkte auch betreffend O&S zusichern lassen, dass die Preise gemäss LOA die entsprechende BAFO gemäss Angebot im Beschaffungsverfahren reflektieren müssen (Ziffer 4):

4 The offers submitted by the U.S. government for the operating costs for the first 16,200 flight hours as well as the operating costs until 2040 will be agreed in Letters of Offer and Acceptance (LOA) between the U.S. government and Switzerland. The prices reflect the corresponding Best and Final Offer submitted by the U.S. government in the procurement process.

- 14 Um das Risiko von Preiserhöhungen zu verringern, könnte die Schweiz konsequent Einsicht in alle Herstellerverträge verlangen und darauf hinwirken, dass mit den Herstellern durchgängig Festpreisverträge abgeschlossen werden.

Dieses Dokument wurde ausschliesslich für das Bundesamt für Rüstung armasuisse erstellt. Auf dieses Dokument kann deshalb in keinem anderen Zusammenhang abgestellt werden, und Dritte dürfen sich auf dieses Dokument in keiner Art und Weise verlassen oder sonst darauf abstellen. Der Inhalt dieses Dokuments darf ohne unsere vorgängige schriftliche Zustimmung weder ganz noch teilweise in irgendeiner Weise veröffentlicht oder Dritten weitergegeben oder sonst zugänglich gemacht werden.

Dieses Dokument datiert vom heutigen Tag und wir übernehmen keinerlei Verpflichtung, das Bundesamt für Rüstung armasuisse über irgendwelche Änderungen der Rechtslage oder des Sachverhalts, welche eintreten oder uns zur Kenntnis gebracht werden, zu informieren.