



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Leistungsänderungen nach Zuschlagserteilung

Verfasser

Mag. Andreas STEINDL

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: o.Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsübersicht	i
Inhaltsverzeichnis	ii
Abkürzungsverzeichnis	v
I. Einleitung	1
1. Problemstellung	1
2. Ziel der Untersuchung	2
3. Gliederung	2
4. Begriff der nachträglichen Leistungsänderungen	3
II. Ausgangslage	4
1. Rechtsquellen	4
2. Funktion des Vergaberechts	4
3. Ziel und Zweck des Vergaberechts	6
4. Institute des Parallelwettbewerbs	10
5. Sachlicher Anwendungsbereich	14
6. Zwischenergebnis I	19
III. Nachträgliche Leistungsänderungen und die Grundsätze des Vergaberechts	21
1. Einleitung	21
2. Primärrechtliche Grundsätze	24
3. Sekundärrechtliche Grundsätze	35
4. Zwischenergebnis II	47
IV. Die Lösung des EuGH	49
1. Einleitung	49
2. <i>RS Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA</i>	50
3. <i>RS presstext Nachrichtenagentur</i>	54
4. Zwischenergebnis III	60
V. Das positiviert Leistungsänderungsrecht	66
1. Einleitung	66
2. Leistungsänderungen vor Zuschlagserteilung	67
3. Zwischenergebnis IV	122
4. Leistungsänderungen nach Zuschlagserteilung	124
5. Zwischenergebnis V	142
VI. Rechtsprechung und Literatur	144
1. Europäische Rechtsprechung	144
2. Österr Rechtsprechung und Literatur	146
3. Kommission	153
4. Deutsche Rechtsprechung und Literatur	155
VII. Zusammenfassung	172
Literaturverzeichnis	175
Rechtsprechungsverzeichnis	181
Abstract	191
Lebenslauf	193

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	i
Inhaltsverzeichnis	ii
Abkürzungsverzeichnis	v
I. Einleitung	1
1. Problemstellung	1
2. Ziel der Untersuchung	2
3. Gliederung	2
4. Begriff der nachträglichen Leistungsänderungen	3
II. Ausgangslage	4
1. Rechtsquellen	4
2. Funktion des Vergaberechts	4
3. Ziel und Zweck des Vergaberechts	6
4. Institute des Parallelwettbewerbs	10
5. Sachlicher Anwendungsbereich	14
6. Zwischenergebnis I	19
III. Nachträgliche Leistungsänderungen und die Grundsätze des Vergaberechts	21
1. Einleitung	21
2. Primärrechtliche Grundsätze	24
2.1 Grundsätze	24
2.2 Das Regime des Primärrechts	27
2.3 Binnenmarktrelevanz	30
2.4 Rechtfertigungsgründe	32
3. Sekundärrechtliche Grundsätze	35
3.1 Wettbewerbsgrundsatz	35
3.2 Gleichbehandlungsgrundsatz	39
3.3 Transparenzgrundsatz	43
4. Zwischenergebnis II	47
IV. Die Lösung des EuGH	49
1. Einleitung	49
2. <i>RS Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA</i>	50
2.1 Sachverhalt	50
2.2 Argumentation der Kommission	51
2.3 Urteil des EuGH	51
3. <i>RS presstext Nachrichtenagentur</i>	54
3.1 Sachverhalt	54
3.2 <i>SA GA Kokott</i>	56
3.3 Urteil des EuGH	57
4. Zwischenergebnis III	60
V. Das positiviert Leistungsänderungsrecht	66
1. Einleitung	66
2. Leistungsänderungen vor Zuschlagserteilung	67
2.1 Überblick	67
2.2 Angebotsänderungen im offenen und nicht-offenen Verfahren	69
2.2.1 Verhandlungsverbot	69
2.2.2 Teleologie des Verhandlungsverbots	71
2.2.3 Gemeinschaftsrechtlicher Kontext	73
2.2.4 Ausnahmen vom Verhandlungsverbot	74
2.2.4.1 Aufklärungsverfahren	74
2.2.4.2 Mängelbehebung	77
2.3 Ausschreibungswidrige Angebote	81
2.3.1 Definition	81
2.3.2 Unbehebbarer Mangel	83

2.3.3	Teleologie der Unbehebbarkeit	84
2.4	Änderung der Ausschreibung	86
2.4.1	Änderungen vor Angebotsöffnung	87
2.4.2	Änderung nach Angebotsöffnung.....	89
2.5	Alternativ- und Abänderungsangebote	91
2.5.1	Einleitung	91
2.5.2	Alternativangebote	95
2.5.2.1	Definition.....	95
2.5.2.2	Voraussetzungen	95
2.5.3	Abänderungsangebote	103
2.6	Leistungsänderungen im Verhandlungsverfahren	105
2.6.1	Einleitung	105
2.6.2	Ablauf der Verhandlungsverfahren	106
2.6.3	Änderungen des Auftragsinhalts	109
2.6.4	Änderungen der übrigen Festlegungen.....	113
2.7	§ 101 BVergG 2002	114
2.8	Leistungsänderungen im wettbewerblichen Dialog	116
2.8.1	Einleitung	116
2.8.2	Ablauf des wettbewerblichen Dialogs.....	118
2.8.3	Änderungen des Auftragsinhalts	119
3.	Zwischenergebnis IV	122
4.	Leistungsänderungen nach Zuschlagserteilung	124
4.1	Überblick	124
4.2	Vorbehaltene Leistungsänderungsrechte	124
4.2.1	Veränderliche Preise.....	125
4.2.2	Mehr- oder Minderleistungen.....	126
4.2.3	Leistungsänderungsrechte der ÖNORMen.....	127
4.2.4	Optionen und Vertragsverlängerungen.....	131
4.3	Zwischenergebnis V	135
4.4	Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit dem AN	136
4.4.1	Einleitung	136
4.4.2	Zusätzliche Bau- und Dienstleistungen	137
4.4.3	Zusätzliche Lieferleistungen	139
4.4.4	Wiederholung gleichartiger Leistungen	140
4.4.5	Leistungsänderungen als Ausübung eines ausschließlichen Rechts.....	141
5.	Zwischenergebnis V	142
VI.	Rechtsprechung und Literatur	144
1.	Europäische Rechtsprechung	144
1.1	EuGH 05.10.2000, Rs C-337/98, <i>Kommission/Frankreich</i>	144
1.2	EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, <i>Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA</i>	145
1.3	EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, <i>pressetext Nachrichtenagentur</i>	145
1.4	EFTA Gerichtshof 12.05.1999, E-5/98, <i>Fagun ehf</i>	145
2.	Österr Rechtsprechung und Literatur	146
2.1	Rechtsprechung	146
2.1.1	BVA 31.10.1995, N-10/95-6.....	146
2.1.2	BVA 06.11.1998, N-8/96-27; F-2/97-26	147
2.1.3	BVA 16.11.1999, N-22/98-22, F-16/98-10	147
2.1.4	BVA 01.02.2000, N-3/00-14	148
2.1.5	UVS Kärnten 09.12.2004, KUVS-1260/13/2004	149
2.2	Zusammenfassung	150
2.3	Literatur	150
2.3.1	Novation als Abgrenzungskriterium.....	150
2.3.2	Wettbewerbsrelevanz	152
2.3.3	Zwischenlösung.....	153
2.3.4	Vorbehaltene Leistungsänderungsrechte	153

3.	Kommission	153
3.1	Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen	153
3.2	Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften.....	154
4.	Deutsche Rechtsprechung und Literatur	155
4.1	Überblick	155
4.2	Deutsche Rechtsprechung	155
4.2.1	OLG Düsseldorf 14.02.2001, Verg 13/00	155
4.2.2	OLG Düsseldorf 20.06.2001, Verg 3/01	156
4.2.3	OLG Celle 04.05.2001, 13 Verg 5/00	159
4.2.4	OLG Rostock 05.02.2003, 17 Verg 14/02.....	159
4.2.5	OLG Jena 14.10.2003, 6 Verg 5/03.....	161
4.2.6	OLG Hamburg 25.01.2007, 1 Verg 5/06.....	162
4.2.7	OLG Celle 29.10.2009, 13 Verg 8/09	162
4.3	Deutsche Literatur	165
4.3.1	Leistungsänderungen.....	165
4.3.2	Vertragsverlängerungen	168
4.3.3	Vorbehaltene Leistungsänderungsrechte.....	171
VII.	Zusammenfassung.....	172
	Literaturverzeichnis.....	175
	Rechtsprechungsverzeichnis	181
	Abstract	191
	Lebenslauf.....	193

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	andere(r) Ansicht
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union (Reihe C: Mitteilungen und Bek, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen)
abl	ablehnend
Abs	Absatz
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung vom 20.03.2010, ABl C 2010/83, 1
AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg	allgemein, -er, -e, es
AN	Auftragnehmer
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
ATS	Österreichischer Schilling
Bek	Bekanntmachung
best	bestimmt, -er, -e, -es
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIEGE	Bietergemeinschaft
BKA	Bundeskanzleramt

BKRL	RL 93/37/EWG des Rats v 14.06.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öff Bauaufträge, ABI L 1993/199, 54
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
bspw	beispielsweise
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG 1993	Bundesvergabegesetz 1993 BGBl 1993/462
BVergG 1997	Bundesvergabegesetz 1997 BGBl I 1997/56
BVergG 2002	Bundesvergabegesetz 2002 BGBl I 2002/99
BVergG	Bundesvergabegesetz 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl II 2010/73
B-VKK	Bundes-Vergabekontrollkommission
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CPU	Hauptprozessor eines Computers (Central Processing Unit)
CPV	Gemeinsames Vokabular für das öff Auftragswesen (Common Procurement Vocabulary) VO (EG) 2002/2195 des Europäischen Parlaments u des Rats v 16.12.2002 ABI L 2002/340, 1 idF VO (EG) 2008/213 der Kommission v 28.11.2007 ABI L 2008/74, 1
d	deutsch, -e, -er, -es
ders	derselbe
dh	das heißt
DKRL	RL 92/50/EWG des Rats v 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öff Dienstleistungsaufträge, ABI L 1992/209, 1
E	Entscheidung

EB	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage des BVergG 2006, 1171 BlgNR, XXII. GP
EB 2009	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage der Novelle des BVergG 2006, 327 BlgNR, XXIV. GP
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
endg	endgültig
etc	et cetera
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f	und der, die folgende
Fn	Fußnote
ff	und der, die folgenden
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
GWB	(deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dBGBI 1966 I 37
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
idF	in diesem Fall / bei VO, RL u Gesetzen: in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
idZ	in diesem Zusammenhang

iF	im Fall(e)
iHv	in Höhe von
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des, der
iSe	im Sinne eines, einer
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
Jud	Judikatur
krit	kritisch
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur
LKRL	RL 93/36/EWG des Rats v 14.06.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öff Lieferaufträge, Abl L 1993/199, 1
LKW	Lastkraftwagen
Mat	Materialien
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MS	Mitgliedstaat
ms	mitgliedstaatlich, -e, -er, -es
mwN	mit weiteren Nachweisen
nA	nach Ansicht
NZBau	(deutsche) Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
öff AG	öffentliche, -r Auftraggeber
öff	öffentlich, -e, -er, -es

og	oben genannt, -e, -er, -es
OLG	Oberlandesgericht
ÖNORM	Norm des Österreichischen Normungsinstituts
OÖ	Oberösterreich
ÖPP	Öffentlich-Private Partnerschaften
OSB	Oberschwellenbereich
österr	österreichisch, -e, -er, -es
Pkt	Punkt
PPP	Public Private Partnership
reg Gen	registrierte Genossenschaft
Rep	Republik
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie
RMRL	„Rechtsmittel-Richtlinie“ RL 89/665/EWG des Rats v 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öff Liefer- u Bauaufträge, ABl L 1989/395, 33 idF RL 2007/66/EG des Parlaments u des Rats v 11.12.2007 zur Änderung der RL 89/665/EWG u 92/13/EWG des Rats im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bzgl der Vergabe öff Aufträge, ABl L 2007/335, 39
Rn	Randnummer
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
SA	Schlussanträge

SKRL	„Sektoren-Vergabe-Richtlinie (alt)“ RL 93/38/EWG des Rats v 14.06.1993 über die Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABI L 1992/76, 14
sog	sogenannter, -e, es
StandardformularVO	VO (EG) 1564/2005 der Kommission v 07.09.2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öff Aufträge gem der RL 2004/17/EG u der RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments u des Rats, ABI L 2005/257, 1 idF VO (EG) 1150/2009 der Kommission v 10.11.2009, ABI L 2009/313, 3
staatl	staatlich, -e, -es
st Rsp	ständige Rechtsprechung
SVergabeRL	„Sektoren-Vergabe-Richtlinie“ RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments u des Rats v 31.03.2004 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABI L 2004/134, 1 idF VO (EG) 1177/2009 der Kommission v 30.11.2009, ABI L 2009/314, 64
tw	teilweise
u	und
ua	unter anderem
udgl	und dergleichen
UGB	Unternehmensgesetzbuch BGBl I 2005/120
unstr	unstrittig
unzutr	unzutreffend, -e, -er, -es
ursprgl	ursprünglich

USB	Unterswellenbereich
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uzw	und zwar
V	Verordnung (national)
v	vom, von
va	vor allem
verb Rs	verbundene Rechtssache(n)
VergabeR	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VergabeRL	„Vergabe-Richtlinie“ RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rats v 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öff Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ABl L 2004/134, 114 idF VO (EG) 1177/2009 der Kommission v 30.11.2009, ABI L 2009/314, 64
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VK	Vergabekammer
VO	EG-Verordnung
VOL/B	(deutsche) Verdingungsordnung für Leistungen Teil B: Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (Fassung 2003)
VOB/B	(deutsche) Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (Fassung 2006)
VVoB	Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter – Zeitschrift für europäisches und österreichisches Wirtschaftsrecht
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zit	zitiert, -e, -es
zT	zum Teil
zusätzl	zusätzlich, -e, -er, -es
zust	zustimmend
zutr	zutreffend
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht
ZVgR	(deutsche) Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht
zw	zwischen
zwfl	zweifelnd

I. EINLEITUNG

1. PROBLEMSTELLUNG

Eine der spannendsten und interessantesten Fragen im Vergaberecht ist die nach der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen. Es geht dabei darum, ob bzw wie weit öff Aufträge **nach der Zuschlagserteilung** geändert werden dürfen, ohne, dass die Pflicht zur Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens ausgelöst wird.

In der Praxis stellt sich die Frage häufig. Va bei Verträgen mit langer Vertragsdauer kann es vorkommen, dass sie an geänderte Umstände angepasst werden müssen, um den Beschaffungswunsch überhaupt noch verwirklichen zu können. Aber auch sonst entsteht oft nachträglich der Wunsch nach Anpassung des Vertrags. Der Anpassungsbedarf ist darauf zurückzuführen, dass im Rahmen der ursprgl Auftragsvergabe nicht an alle möglichen technischen, wirtschaftlichen, rechtlichen oder tatsächlichen Entwicklungen gedacht wurde bzw auch nicht gedacht werden konnte. Neben Planungsfehlern öff AG und anderen unvorhergesehenen Situationen sind es gerade unvorhersehbare Situationen, die einen Anpassungsbedarf begründen.

Nachträgliche Änderungen haben aber auch ein erhebliches **Umgehungspotenzial**. Die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens ist oft vom Wunsch getragen, den bisherigen Vertragspartner, der die Anforderungen eines öff AG uU seit Jahren erfüllt, – man hat sich „eingespielt“ – nicht wechseln zu müssen. IdZ ist auch zu bedenken, dass die Pflicht zur Neudurchführung eines Vergabeverfahrens tw mit erheblichen Kosten und anderen Nachteilen für öff AG, wie zB Zeitverlust bei der Auftragsdurchführung, verbunden sein kann.

Weder VergabeRL noch BVergG geben eine ausdrückliche Antwort auf die Frage der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen. Lediglich zwei kleine **Teilbereiche** nachträglicher Änderungen sind ausdrücklich geregelt: Einerseits gibt es Sondertatbestände, die unter strengen Voraussetzungen eine weitgehend formlose Beauftragung des bisherigen Vertragspartners mit der Erbringung ursprgl nicht ausgeschriebener zusätzlicher Leistungen erlauben (siehe Pkt V.4.4). Andererseits ist die Ausübung vertraglich vorbehaltener Leistungsänderungsrechte zulässig. Voraussetzung dafür ist, dass die Änderungsrechte Bestandteil des ursprgl Vergabeverfahrens waren (siehe Pkt V.4.2).

Trotz der großen praktischen Relevanz der Frage gab es in Österreich kaum Rsp zu diesem Thema. Auch der EuGH musste sich lange Zeit nicht mit der Problematik auseinandersetzen. Bezieht man die deutsche Lehre und Rsp mit ein, besteht aber seit langem Einigkeit darüber, dass nicht alle nachträglichen Änderungen als neuer öff Auftrag zu qualifizieren sind. Über die Kriterien zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Änderungen besteht allerdings keine Einigkeit mehr.

Aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des BVA hat der EuGH in der RS *pressetext* (siehe Pkt IV.3) kürzlich festgestellt, unter welchen Voraussetzungen nachträgliche Leistungsänderungen zulässig sind. Die E brachte zwar Klarheit darüber, dass nachträgliche Änderungen grds zulässig sein können. Das vom EuGH verwendete Abgrenzungskriterium, das eine Einzelfallbetrachtung notwendig macht, lässt aber immer noch einige Fragen offen.

2. ZIEL DER UNTERSUCHUNG

Ziel der Arbeit ist es, die Zulässigkeitsgrenzen nachträglicher Leistungsänderungen zu untersuchen. Die Untersuchung orientiert sich dabei einerseits an den Zielen und Grundsätzen des Vergaberechts, andererseits an der Systematik von VergabeRL und BVergG, die sowohl Leistungsänderungen vor als auch Teilbereiche von Leistungsänderungen nach der Zuschlagserteilung geregelt haben.

Darüber hinaus werden die Leitentscheidungen des EuGH dargestellt und ihre Begründungen dogmatisch untersucht.

3. GLIEDERUNG

Die Arbeit ist in sieben Kapitel untergliedert. Nach der **Einleitung (Kapitel I)** werden in **Kapitel II „Ausgangslage“** Funktion, Ziel und Zweck des Vergaberechts dargestellt und erklärt, um den Hintergrund des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts zu beleuchten. Der sachliche Anwendungsbereich ist methodischer Ausgangspunkt auf der Suche nach den Zulässigkeitsgrenzen nachträglicher Leistungsänderungen. Vor diesem Hintergrund wird daher insb geprüft, unter welchen Umständen nachträgliche Leistungsänderungen überhaupt dazu in Frage kommen, als (neuer) öff Auftrag zu gelten.

Wegen des Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung müssen die Zulässigkeitsgrenzen nachträglicher Änderungen insb an den Zielen und Grundsätzen des Vergaberechts gemessen werden. In **Kapitel III „nachträgliche Leistungsänderungen und**

die Grundsätze des Vergaberechts“ werden daher die Grundsätze dargestellt. Die Darstellung beleuchtet va die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben von AEUV und VergabeRL. Die Darstellung orientiert sich an der reichhaltigen Rsp des EuGH.

Kapitel IV „Die Lösung des EuGH“ behandelt die beiden Leitentscheidungen des EuGH zu nachträglichen Leistungsänderungen: die Rs *Kommission/CAS* und die Rs *pressetext*. Wegen ihrer Wichtigkeit werden die E umfassend dargestellt und erläutert.

Neben den Grundsätzen des Vergaberechts bieten auch einige gesetzliche Bestimmungen Anhaltspunkte für die Frage der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen: Detailliert geregelt ist insb der eng verwandte Bereich von Leistungsänderungen in der Phase vor der Zuschlagserteilung. Aus diesen Bestimmungen lassen sich Wertungen über die Zulässigkeit von Leistungsänderungen ableiten. Darüber hinaus sind, wie bereits erwähnt, in VergabeRL und BVergG Teilbereiche nachträglicher Leistungsänderungen ausdrücklich geregelt. In **Kapitel V „Das positiviert Leistungsänderungsrecht von VergabeRL und BVergG“** werden daher die gesetzlichen Bestimmungen über Leistungsänderungen vor und nach Zuschlagserteilung dargestellt und erörtert. IdZ wird auch das Leistungsänderungsrecht vor und nach Zuschlagserteilung miteinander verglichen.

In **Kapitel VI „Rechtsprechung und Literatur“** werden die Leitentscheidungen und Lehrmeinungen zur Frage der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen dargestellt. ISe Nachschlagemöglichkeit untergliedert sich die Darstellung in europäische Rsp, österr Rsp und Lit und die Rsp und Lit in Deutschland, die wegen ihrer idZ vergleichbaren Rechtslage umfassend dargestellt werden. Darüber hinaus wird die Ansicht der Kommission dargestellt.

Abschließend erfolgt in **Kapitel VII** eine **Zusammenfassung** der Ergebnisse.

4. BEGRIFF DER NACHTRÄGLICHEN LEISTUNGSÄNDERUNGEN

Der Begriff „nachträgliche Leistungsänderung“ wird in der Arbeit weit verstanden. Er umfasst **alle Änderungen des ursprgl Auftrags**, dh Änderungen des Auftragsgegenstands und -inhalts, des Auftragsumfangs und oder der technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Auftragsbedingungen. Darunter fallen auch Vertragsverlängerungen, zusätzliche Leistungen und die Ausübung von Optionen.

Die verwandte, aber strukturell unterschiedliche Problematik des **nachträglichen AN-Wechsels** ist hingegen **nicht** Gegenstand dieser Arbeit.¹

Die Untersuchung bezieht sich darüber hinaus auf den „klassischen“ Bereich des Vergaberechts. UU bestehende Besonderheiten im Sektorenbereich werden nicht behandelt.² Der Sektorenbereich ist zwar an dieselben Grundsätze wie der „klassische“ Bereich gebunden, allerdings besteht hier ein „*Höchstmaß an Flexibilität*“,³ weshalb unterschiedliche Ergebnisse denkbar sind.

Fragen iZm dem Rechtsschutz sind ebenfalls nicht Gegenstand der Untersuchung.

II. AUSGANGSLAGE

1. RECHTSQUELLEN

Das „klassische“ Vergaberecht ist in der RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öff Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ABI L 2004/134, 114 idF VO (EG) 1177/2009 der Kommission vom 30.11.2009, ABI L 2009/314, 64 geregelt. Die RL wird im Folgenden **VergabeRL** genannt.

Die VergabeRL wurde durch das **BVergG 2006** in österr Recht umgesetzt. Im Folgenden beziehen sich **Paragrafen ohne Gesetzesangabe** auf das BVergG 2006.

2. FUNKTION DES VERGABERECHTS

Das Vergaberecht regelt die Vergabe öff Aufträge. Darunter sind „*alle Vorgänge (Verfahren) zur Beschaffung von Leistungen*“⁴ durch öff AG⁵ zu verstehen. Wegen der jeweils unterschiedlichen Regelungsregime werden die Leistungen in Bau-, Dienst- oder

¹ Der EuGH (19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 54ff u 13.04.2010, Rs C-91/08, *Wall AG*, Rn 37 u 38) beurteilt nachträgliche Leistungsänderungen und den nachträglichen AN-Wechsel grds nach demselben Kriterium. Der strukturelle Unterschied besteht insb in der Frage, ob der Vertragspartner eines öff AG durch die Eignungskriterien abschließend definiert wird u ein nachträglicher Wechsel nur bei gleich bleibender Eignung zulässig ist. Grundlegend dazu: *Ziekow*, Ausschreibungspflicht bei Auftragnehmerwechsel, *VergabeR* 2004, 430 (434f).

² Öff Aufträge, die von öff AG aus den Bereichen Wasser, Energie, Verkehr und Postdienste vergeben werden u Tätigkeiten in diesen Bereichen betreffen, unterliegen der RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments u des Rats v 31.03.2004 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (im Folgenden: *SVergabeRL*).

³ 9. Erwägungsgrund der *SVergabeRL*.

⁴ EB zu § 1.

⁵ Öff AG sind gem Art 1 Abs 9 *VergabeRL* bzw § 3 Abs 1: Bund, Länder, Gemeinden u Gemeindeverbände, darüber hinaus Einrichtungen, die gegründet wurden, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind u zumindest teilrechtsfähig sind u v öff AG finanziert oder kontrolliert werden.

Lieferleistungen unterteilt. Das Vergaberecht erfasst ausschließlich Situationen, in denen öff AG als Nachfrager auf dem Markt auftreten. Treten sie hingegen als Anbieter auf (zB bei Veräußerungs-, Vermietungs- oder Verpachtungsverträgen), unterliegen sie nicht dem Vergaberecht.⁶

Wollen öff AG Leistungen „beschaffen“, schließen sie, genauso wie private AG, dem Zivilrecht unterliegende Verträge ab. Unterliegen die Beschaffungen dem Vergaberecht, werden die Verträge öff Aufträge genannt. Anders als im durch die **Privatautonomie** geprägten Zivilrecht, das den Rechtssubjekten die Wahl des Vertragspartners grds⁷ frei stellt, ist die privatautonome Wahlfreiheit öff AG im Anwendungsbereich des Vergaberechts bis auf wenige Ausnahmetatbestände **ausgeschlossen**. Das Vergaberecht zwingt öff AG, ihre **Vertragspartner mittels** typisierter und formalisierter **Vergabeverfahren** auszuwählen. Nur in den wenigen im Gesetz taxativ aufgezählten Fällen dürfen öff AG Leistungen ohne Durchführung eines formalen Vergabeverfahrens direkt von einem best Unternehmen beziehen.⁸ Selbst in diesen Fällen ist das Auswahlermessen jedoch insofern beschränkt, als der Vertragspartner befugt, leistungsfähig und zuverlässig iSd BVergG sein muss.

Das Vergaberecht ist **Verfahrensrecht**.⁹ MaW ist sein Anwendungsbereich auf die Regelung der Auswahlverfahren beschränkt. Fragen iZm der Auftragsdurchführung oder der Gültigkeit des aufgrund des Auswahlverfahrens zwischen öff AG und Bestbieter geschlossenen Vertrags, Leistungsstörungen, Schadenersatz usw werden daher nicht vom Vergaberecht erfasst. Sie richten sich nach dem allg Zivilrecht. Dementsprechend ist die Durchführung eines Vergabeverfahrens auch **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** für das zivilrechtlich gültige Zustandekommen eines Vertrags. Werden Leistungen jedoch „frei“ vergeben, können solche Verträge aufgrund einer Feststellung durch eine Vergabekontrollbehörde nichtig werden.¹⁰ Gerade diese Sanktion begründet die hohe praktische Relevanz der hier untersuchten Frage.

⁶ *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 53; *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 5 u 22 u *Boesen*, Vergaberecht - Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000) § 99 Rz 19 jeweils mwN.

⁷ Abgesehen v den Fällen des Kontrahierungszwangs.

⁸ Uzw im Wesentlichen dann, wenn aufgrund des geringen Auftragswerts eine Direktvergabe gem § 41 zulässig ist oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, der die Durchführung eines VVoB erlaubt. ZB bei besonderer Dringlichkeit oder wenn ein Auftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen nur v einem Unternehmen erbracht werden kann, gem §§ 28 Abs 2 Z 2 u 3, 29 Abs 2 Z 2 u 3 u 30 Abs 2 Z 2 u 3.

⁹ *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I² (2007) 801.

¹⁰ Gem § 334 Abs 2 u 3 iVm 312 Abs 3 Z 3 bis 6.

Funktion der vergaberechtlichen Auswahlverfahren ist es, einen „**Parallelwettbewerb**“ der Bieter¹¹ um einen öff Auftrag durchzuführen, der die Bieter in ein „*Modell organisierter Konkurrenz*“ zwingt.¹² Der VfGH hat diese Funktion mit folgenden oft zit Worten umschrieben: „*Kern des Vergabeverfahrens ist die Organisation, die Wahrung und die Sicherung eines Parallelwettbewerbs von Bieter um einen in einer Leistungsbeschreibung artikulierten Beschaffungswunsch und die Beurteilung des Wettbewerbsergebnisses nach soweit wie möglich objektiven, nachvollziehbaren Kriterien.*“¹³

Nach dem **Wettbewerbskonzept des Vergaberechts** müssen die Unternehmen als Vertragspartner ausgewählt werden, die die ausgeschriebene Leistung am billigsten oder wirtschaftlichsten anbieten. Öff AG müssen zu diesem Zweck entsprechende Zuschlagskriterien festlegen. Entscheidend sind im Wesentlichen **wirtschaftliche Kriterien**. Einfluss darauf, welche **persönlichen Eigenschaften** ihr Vertragspartner hat, können öff AG nur durch die Festlegung von **Eignungskriterien** nehmen, die die Bieter erfüllen müssen, um am Verfahren überhaupt teilnehmen zu dürfen.

3. ZIEL UND ZWECK DES VERGABERECHTS

Die Pflicht zur Durchführung formalisierter Auswahlverfahren bzw des Parallelwettbewerbs der Bieter um öff Aufträge beruht auf unterschiedlichen Zielsetzungen:

Das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht ist ein Teil der gesetzlichen Maßnahmen zur **Verwirklichung des Binnenmarkts**¹⁴ iSd Art 26 Abs 2 AEUV, dh „*eines Raumes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.*“ Daneben ist das Vergaberecht gemeinsam mit dem Beihilfenrecht, dem Kartellrecht, der europäischen Fusionskontrolle und dem Recht der öff Unternehmen¹⁵

¹¹ Im Folgenden wird nicht zw Bieter u Bewerbern unterschieden. Bieter sind gem § 2 Z 13 jene Unternehmen, die ein Angebot in einem Vergabeverfahren abgegeben haben. Bewerber sind gem § 2 Z 12 Unternehmen, die sich erst an einem Verfahren beteiligen wollen und/oder in zweistufigen Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben haben.

¹² *Aicher*, Schlussbericht des Forschungsprojekts „Vergabe von Bauleistungen“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht in *Korinek/Rill* (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 203 ff, 232 ff; zust *Korinek*, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex* 1999, 523; *Holoubek/Fuchs/Weinhandl*, Vergaberecht (2005) 2ff (4) u *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I² 798.

¹³ VfGH 20.06.2001, B 1560/00 unter Verweis auf *Korinek*, *ecolex* 1999, 523 u *Gutknecht*, Aspekte des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes, in FS Krejci (2001) II 1405 (1408).

¹⁴ Vgl nur EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*, Rn 44; *Kommission*, Weißbuch der Kommission an den europäischen Rat: Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 endg 4 u 23f. Ausdrücklich angeführte Kompetenzgrundlagen zur Erlassung der VergabeRL sind die speziellen Rechtsangleichungskompetenzen der Grundfreiheiten, Art 53 u Art 62 AEUV, u die allg Kompetenz des Art 114 AEUV zur Angleichung der Rechts- u Verwaltungsvorschriften der MS, die die Errichtung u das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

¹⁵ Im AEUV selbst ist nur das Kartellrecht (Art 101-105), öff u monopolartige Unternehmen (Art 106) u das Beihilfenrecht (Art 107-109) geregelt. Das Vergaberecht wird lediglich in Art 179 AEUV erwähnt (vgl Art 163 Abs 2 u 183 Abs 4 EGV). Daraus kann (und konnte) jedoch nichts Inhaltliches abgeleitet werden.

Bestandteil des **europäischen Wettbewerbsrechts**, das iSd Art 3 lit b AEUV den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützen soll.¹⁶

Vor diesem Hintergrund verfolgt die VergabeRL ausdrücklich das Ziel der Einhaltung des AEUV und seiner **Grundsätze**, wie va des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten.¹⁷ Auch im Bereich des öff Auftragswesens sollen Hemmnisse für den freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr beseitigt¹⁸ und dadurch die Interessen von Unternehmen aus anderen MS geschützt werden.¹⁹ Insb soll verhindert werden, dass öff AG einheimische Bieter bevorzugen.²⁰ Vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öff Rechts finanzierte oder kontrollierte Stellen sollen sich bei der Auftragsvergabe nicht „von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen“ leiten lassen.²¹ Durch transparente Vergabeverfahren sollen Bieter gleichbehandelt und vor der Willkür öff AG geschützt werden.

Während der EuGH diese Verpflichtungen im Kern bereits aus dem EGV bzw dem AEUV ableitet (siehe Pkt III.2 und III.2.1), wird durch die VergabeRL eine gemeinschaftsweite **Harmonisierung**²² des Vergaberechts erreicht, die – im Unterschied zu den primärrechtlichen Verpflichtungen – alle Auftragsvergaben in ihrem Anwendungsbereich unabhängig davon erfasst, ob sie einen grenzüberschreitenden Bezug haben (bzw „im hinreichenden Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarkts“ stehen)²³ oder nicht. Die VergabeRL ist daher auch auf rein nationale Sachverhalte anwendbar.

Die Ziele der VergabeRL gehen weit über die bloße Wahrung der Grundfreiheiten hinaus. Erklärtes Ziel der VergabeRL ist es, das öff Auftragswesen einem **echten und unverfälschten Wettbewerb** zu öffnen.²⁴ „Die Politik der Union im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verfolgt das Ziel, einen fairen und offenen Wettbewerb auf den staatlichen Beschaffungsmärkten herzustellen, der den Lieferanten [Anm: bzw allen Unternehmen] die Möglichkeit gibt, den Binnenmarkt bestmöglich zu nutzen und es den Auftraggebern

¹⁶ Vgl nur Frenz, Handbuch Europarecht III, Beihilfe und Vergaberecht (2007) 527, 528 u Eilmansberger/Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 19 Rz 27.

¹⁷ Vgl 2. Erwägungsgrund der VergabeRL.

¹⁸ Vgl EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Rn 56 EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*, Rn 32.

¹⁹ Unter vielen: EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, Rn 41; EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*, Rn 16; EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*, Rn 27; EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, Rn 38.

²⁰ EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96, *Mannesmann*, Rn 33.

²¹ Unter vielen: EuGH 27.11.2001, verb Rs C-285/99, C-286/99, *Impresa Lombardini*, Rn 34 mwN; jüngst SA GA Kokott, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 46 mwN; EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*, Rn 17; EuGH 14.11.2002, Rs C-411/00, *Felix Swoboda*, Rn 45 u EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, Rn 36. IdS auch EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, Rn 42 u 43.

²² Die VergabeRL spricht idZ v „Koordinierung“.

²³ *Kommission*, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABI C 2006/179, 2 (3).

ermöglicht, unter einer großen Auswahl wettbewerbsfähiger Angebote die freie Auswahl zu treffen“. Die Hauptziele der VergabeRL sind die: *„Schaffung der erforderlichen Wettbewerbsbedingungen, damit öffentliche Aufträge ohne Diskriminierung vergeben werden und das Ziel der rationellen Verwendung öffentlicher Mittel durch die Wahl des besten Angebots erreicht wird, Zugang der Unternehmen zu einem gemeinsamen Markt mit großen Absatzmärkten und Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmen.“*²⁵

Aufgrund dieser Zielsetzung ist der **Anwendungsbereich der VergabeRL** mehrfach **begrenzt**. Die VergabeRL ist insb nur auf jene Auftragsvergaben anwendbar, deren geschätzter Auftragswert bestimmte **Schwellenwerte** überschreitet.²⁶ Hintergrund ist die Annahme, dass der Aufwand einer gemeinschaftsweiten Ausschreibung sowohl für AG als auch AN erst ab einem bestimmten Auftragswert sinnvoll ist.²⁷ Als Instrument zur Verwirklichung des Binnenmarkts soll die VergabeRL nur für solche öff Aufträge gelten, die für Unternehmen aus anderen MS von Interesse sein könnten. Aus ähnlichen Gründen sind auch **nicht-prioritäre Dienstleistungen** vom Anwendungsbereich der VergabeRL weitestgehend ausgenommen.²⁸ Denn nur bei prioritären Dienstleistungen – so die Annahme – führe die Anwendung der VergabeRL dazu, *„alle Möglichkeiten für eine Zunahme des grenzüberschreitenden Handels voll auszunutzen.“*²⁹ Nicht-prioritäre Dienstleistungen sollen sich idR *„nicht in derselben Art und Weise für ein Vergabeverfahren eignen wie prioritäre Dienstleistungen“*.³⁰

Ziel und Zweck des Vergaberechts sind zusammengefasst die Gewährleistung eines freien, fairen und lautereren Wettbewerbs, in dem die Bieter gleichbehandelt werden.³¹ IdS dienen alle in der VergabeRL bzw dem BVergG geregelten Verfahrenstypen der Einrichtung von Wettbewerb.³² Damit die Ziele, insb die Entstehung eines echten Wettbewerbs, erreicht werden, versucht die VergabeRL, Vergabeverfahren so auszugestalten, dass öff AG in der

²⁴ 2. Erwägungsgrund der VergabeRL. St Rsp: EuGH 27.11.2001, verb RS C-285/99 u 286/99, *Impresa Lombardini*, Rn 34 mwN; EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*, Rn 23f; jüngst EuGH 14.02.2008, Rs C-450/06, *Varec*, Rn 34 mwN.

²⁵ *Kommission*, Grünbuch, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (96) 583 endg 4 u 5.

²⁶ Gem § 12 Abs 1 betragen die wesentlichen Schwellenwerte zurzeit bei allg Liefer- u Dienstleistungsaufträgen: € 211.000,-; bei Liefer- u Dienstleistungsaufträgen zentraler Regierungsbehörden gem Anh VI VergabeRL (wie va den Bundesministerien): € 137.000,- u bei Bauaufträgen: € 5.278.000,-.

²⁷ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 174; deutlich noch der 19. Erwägungsgrund der DKRL: *„Diese Richtlinie gilt nicht für kleine Aufträge unterhalb eines bestimmten Schwellenwerts, um unnötige Formalitäten zu vermeiden.“*

²⁸ VergabeRL u BVergG unterscheiden zw prioritären Dienstleistungen, die der VergabeRL in vollem Umfang unterliegen, u nicht-prioritäre Dienstleistungen, auf die gem Art 21 VergabeRL nur Art 23 (über die Festlegung der technischen Spezifikationen) u Art 35 Abs 4 VergabeRL (Verpflichtung zur Bek des Ergebnisses eines beendeten Vergabeverfahrens) anwendbar sind. Im Übrigen gelten nach st Rsp die primärrechtlichen Grundsätze, insb die Transparenzpflicht (Pkt III.1 u III.2.2). Dieses Regelungsregime wurde im BVergG in § 141 umgesetzt.

²⁹ 19. Erwägungsgrund der VergabeRL.

³⁰ EB zu § 141.

³¹ EB zu § 19.

³² *Gutknecht* in FS Krejci 1407.

Lage sind, verschiedene **Angebote** miteinander **zu vergleichen** und aufgrund **objektiver Kriterien** das günstigste bzw beste Angebot auszuwählen.³³ IdS sollen Auftragsvergaben **nach wirtschaftlichen Kriterien** erfolgen. Unter besonderen Voraussetzungen können dabei aber auch ökologische und soziale Kriterien angewandt werden.³⁴

Neben der Öffnung des Markts für öff Aufträge („freier Wettbewerb“) und der Gewährleistung der Gleichbehandlung der Bieter dient das Vergaberecht nach hL aber auch dem Ausgleich bestimmter **Funktionsschwächen** auf diesem Markt. Anders als in der Privatwirtschaft, in der die viel beschworenen „*Kräfte des freien Marktes*“³⁵ Anreize zu ökonomisch vernünftigen Entscheidungen der Unternehmen schaffen, besteht für öff AG, die idR nicht mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten, durch öff Mittel finanziert werden und idR keinem Insolvenzrisiko unterliegen, kein vergleichbares Regulativ. Öff Auftragsvergaben waren bzw sind – auch aus diesem Grund – besonders anfällig für unwirtschaftliche Entscheidungen. Das Vergaberecht versucht daher, **Wettbewerbsverhältnisse** wie auf dem „freien Markt“ **zu simulieren**, um für öff AG möglichst günstige Angebote zu erzielen. Aus diesem Blickwinkel zielt das Vergaberecht auch auf den **sparsamen bzw effizienten Einsatz öff Mittel** ab.³⁶ Die VergabeRL erwähnt diesen Aspekt nicht ausdrücklich. Indem das Vergaberecht aber insgesamt dafür Gewähr leisten soll, dass sich öff AG bzw vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öff Rechts finanzierte oder kontrollierte Stellen nicht „*von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen*“³⁷ dient das Vergaberecht aber auch im gemeinschaftsrechtlichen Kontext unzweifelhaft dem effizienten und sparsamen Einsatz öff Mittel.³⁸ Die Durchführung formalisierter und transparenter Vergabeverfahren trägt darüber hinaus zur Bekämpfung von Betrug, Korruption und „Freunderlwirtschaft“ bei.³⁹ Das

³³ EuGH 16.09.1999, Rs C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA*, Rn 31; EuGH 07.10.2004, Rs C-247/02, *Sintesi SpA*, Rn 37; jüngst: EuGH 15.10.2009, Rs C-138/08, *Hochtief AG*, Rn 48 jeweils zur BKRL.

³⁴ Vgl EB zu § 2 Z 20 mwN u § 19 Abs 5 u 6, wonach die Umweltgerechtigkeit der Leistung zu berücksichtigen ist, durch ökologische Aspekte (zB Endenergieeffizienz, Emissionen usw) bei der Leistungsbeschreibung, durch die Festlegung v Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug u entsprechender Bestimmungen für den Leistungsvertrag. IdS kann auch die Beschäftigung v Frauen, Personen im Ausbildungsverhältnis, Langzeitarbeitslosen, Behinderten u älteren Arbeitnehmern u „*Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange*“ berücksichtigt werden.

³⁵ *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I² 797.

³⁶ Siehe zu alldem, grundlegend: *Aicher* in *Korinek/Rill*, Reform 111f u 232 f; zust *Korinek*, *ecolex* 1999, 523 u *Gutknecht* in FS Krejci II 1407 Fn 9; *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I² 797f; *Aicher*, Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerb, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts: Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008) 280 Rz 1.

³⁷ EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*, Rn 17; EuGH 14.11.2002, Rs C-411/00, *Felix Swoboda*, Rn 45 u EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, Rn 36.

³⁸ IdS Kommission, Grünbuch Überlegungen für die Zukunft 4: „*Bevor das gegenwärtige gemeinschaftliche Regelwerk bestand, war das Beschaffungswesen in den Mitgliedstaaten hauptsächlich auf den nationalen Markt des jeweiligen Mitgliedsstaates ausgerichtet. Die einheimischen Unternehmen waren weitgehend vor ausländischer Konkurrenz geschützt, und die Aufträge staatlicher Stellen gingen meist an Unternehmen des eigenen Landes, ohne daß das Preis-Leistungs-Verhältnis dabei größere Beachtung fand. Es bestand somit für die inländischen Auftragnehmer des öffentlichen Sektors nur wenig Anreiz, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhöhen. Wirtschaftliche Überlegungen spielten daher in der Beschaffungspolitik allzuoft nur eine untergeordnete Rolle, so daß der Steuerzahler/Verbraucher, dem dies vermutlich gar nicht bewußt war, die höheren Kosten und die Ineffizienz hinnehmen mußte.*“

³⁹ Vgl Kommission, Grünbuch Überlegungen für die Zukunft 5.

Vergaberecht versucht auch andere **Wettbewerbsbeeinträchtigungen** zu verhindern. Einerseits versucht es, die oft bestehende „*Nachfrageübermacht*“ öff AG auszugleichen. Kerninstrument dafür ist das Verhandlungsverbot (siehe Pkt V.2.2.1).⁴⁰ Andererseits stellt es Instrumente zur Verfügung, die wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen der Bieter, insb wettbewerbswidrige Absprachen, verhindern sollen.⁴¹

Diese Aspekte finden jedoch im gemeinschaftsrechtlichen Vergaberecht keinen unmittelbaren Niederschlag. Dort ist es der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der Ziele und Funktion des Vergaberechts sicherstellen soll.

Die Ziele des Vergaberechts verdichten sich in den sog **Grundsätzen des Vergaberechts** (siehe Pkt III.1). Die Grundsätze liegen der gesetzlichen Gestaltung aller Vergabeverfahrenstypen zugrunde bzw haben sie ihre konkrete Ausformung in den Bestimmungen von VergabeRL und BVergG erhalten. Sie sind daher Auslegungsmaßstab aller „*Handlungen und Unterlassungen von Auftraggebern, Bietern oder Bewerbern im Vergabeverfahren*“.⁴²

4. INSTITUTE DES PARALLELWETTBEWERBS

VergabeRL und BVergG kennen unterschiedliche Typen von Vergabeverfahren. Die wichtigsten Typen sind das offene Verfahren, das nicht-offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog. Obwohl sich die einzelnen Vergabeverfahrenstypen tw erheblich voneinander unterscheiden, setzen sie sich im Kern aus denselben verfahrensrechtlichen Instituten zusammen. Im Folgenden werden die Institute beschrieben, die für das Verständnis der Arbeit wichtig sind.

Öff AG sind zunächst verpflichtet, beabsichtigte Auftragsvergaben unter Verwendung gemeinschaftsweit einheitlicher **Standardformulare**⁴³ und eines gemeinschaftsweit einheitlichen Vokabulars für öff Aufträge („CPV“)⁴⁴ europaweit bekannt zu machen. Die **Bekanntmachung** erfolgt in der Datenbank TED (Tender Electronics Daily), die im Supplement S zum ABl veröffentlicht wird. Daneben sind geplante Auftragsvergaben in

⁴⁰ Umso bemerkenswerter ist es, dass im BVergG 2006 das Verbot „*bloßer Preisverhandlungen*“ in Verhandlungsverfahren weggefallen ist, zugunsten eines Verbots diskriminierender Informationsweitergaben. Vgl EB zu den §§ 101 bis 105.

⁴¹ *Aicher in Korinek/Rill*, Reform 111, 112 u 113; *Holoubek/Fuchs in Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I² 799.

⁴² EB zu § 19.

⁴³ Festgelegt in der StandardformularVO.

⁴⁴ Das CPV besteht im Wesentlichen aus einer Liste mehrstelliger Zahlencodes, die in der CPV-VO festgelegt sind.

Österreich auch in dem gem § 52 durch V festgelegtem Publikationsmedium bekannt zu machen.⁴⁵

Die Bekanntmachung einer beabsichtigten Vergabe hat insb grundlegende Informationen über den Auftragsgegenstand und die Modalitäten des Vergabeverfahrens zu enthalten. Ihr Mindestinhalt ist in Anh VII Teil A der VergabeRL⁴⁶ festgelegt. Für die Bekanntmachung ist das Standardformular 2 in Anh II StandardformularVO zu verwenden. Die Bekanntmachung soll va gewährleisten, dass interessierte Unternehmen von einer beabsichtigten Auftragsvergabe Kenntnis nehmen und ihr grds Interesse an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren beurteilen können. Der Inhalt der Bekanntmachung ist daher im Wesentlichen für alle Verfahrenstypen gleich.

Die technische **Beschreibung der nachgefragten Leistung** und die Festlegung der rechtlichen und wirtschaftlichen **Auftragsbedingungen** erfolgen in den Ausschreibungsunterlagen bzw in der sog **Ausschreibung**. Die Ausschreibungsunterlagen sind interessierten Unternehmern „frei, direkt und vollständig“ zur Verfügung zu stellen.⁴⁷ Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Angebote, die die Bieter auf ihrer Grundlage erstellen, miteinander verglichen werden können.⁴⁸

Bei der Festlegung der rechtlichen und wirtschaftlichen Auftragsbedingungen, dh der künftigen Vertragsbestimmungen, und bei der Gestaltung der Leistungsbeschreibung sind öff AG weitgehend frei. Sie können die Leistungen durch „punktgenaue“ Spezifizierungen so detailliert beschreiben, dass die Bieter wenig Spielraum hinsichtlich des Leistungsinhalts haben. Sie können ihren Beschaffungswunsch aber auch sehr weit umschreiben, indem sie lediglich Anforderungen festlegen, die erfüllt werden müssen. Das BVergG gibt dazu zwei Systeme zur Leistungsbeschreibung vor. Die Leistungsbeschreibung kann entweder konstruktiv oder funktional erfolgen.⁴⁹ Bei der konstruktiven Leistungsbeschreibung wird die Leistung konkret beschrieben. Die nachgefragte Leistung wird hier in allen Punkten (Qualität, Quantität, Konstruktionsart, Aussehen usw) genau festgelegt⁵⁰ und in einem Leistungsverzeichnis in unterschiedliche Teilleistungen aufgegliedert.⁵¹ Bei der funktionalen

⁴⁵ Für dem Bund zuzurechnende öff AG wird das Publikationsmedium durch V des Bundeskanzlers (Publikationsmedienverordnung 2006 BGBl II 2006/300), für den Ländern zuzurechnende AG durch V der Landesregierung festgelegt.

⁴⁶ Entspricht Anh VIII Teil A BVergG 2006.

⁴⁷ § 58 Abs 1.

⁴⁸ § 79 Abs 3.

⁴⁹ § 95.

⁵⁰ Kropik, Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional, ZVB 2006, 296 (297 u 298) mwN.

⁵¹ § 95 Abs 2.

Leistungsbeschreibung wird der Beschaffungswunsch als Aufgabenstellung bzw als Leistungsziel durch Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben.⁵²

Öff AG können idZ auch **Alternativ-** und **Abänderungsangebote** zulassen, die unter bestimmten Voraussetzungen und in einem bestimmten Umfang von der Leistungsbeschreibung und den anderen Auftragsbedingungen abweichen dürfen. Sinn und Zweck solcher Angebote ist es, öff AG die Berücksichtigung alternativer, von den Bietern angebotener, Lösungsvorschläge zu ermöglichen.

Wollen oder können öff AG bei der Erstellung der Ausschreibung den Bedarf nach einzelnen Leistungsbestandteilen oder die Vertragsdauer nicht festlegen, dürfen sie neben fixen Leistungen auch **Optionen** für weitere Leistungen oder Vertragsverlängerungen vergeben. Sie dürfen sich darüber hinaus auch andere **Leistungsänderungsrechte** vorbehalten.

Öff AG dürfen ihre **Vertragspartner** zwar **nicht frei wählen**, sie dürfen aber bestimmen, welche Eigenschaften ihr Vertragspartner haben sollen. Dazu legen sie in den Ausschreibungsunterlagen **Eignungskriterien** fest, die Unternehmen erfüllen müssen, um überhaupt am Verfahren teilnehmen zu dürfen. Eignungskriterien sind Mindestanforderungen an die Qualität der Unternehmen. Sie betreffen die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, die Befugnis und die berufliche Zuverlässigkeit der am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen.⁵³ Die Kriterien ermöglichen es öff AG, einen (Mindest-) Standard für die Leistungsfähigkeit ihrer künftigen Vertragspartner zu bestimmen.⁵⁴

Die Festlegung der Eignungskriterien hat **zwei Funktionen**. Einerseits schützen sie öff AG davor, den „falschen“, weil ungeeigneten oder unbefugten Vertragspartner zu bekommen. Andererseits wird durch die Festlegung dieser Anforderung in den Ausschreibungsunterlagen sichergestellt, dass Unternehmen ausschließlich aufgrund im Vorhinein in den Ausschreibungsunterlagen transparent festgelegter qualitativer Kriterien von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.⁵⁵

Die ebenfalls in den Ausschreibungsunterlagen festzulegenden **Zuschlagskriterien** müssen sich demgegenüber auf den Auftragsinhalt beziehen.⁵⁶ Das Vergaberecht verlangt, dass die Entscheidung, an wen ein öff Auftrag vergeben wird, ausschließlich nach **objektiven**, im Vorhinein transparent festgelegter **Kriterien** getroffen wird, mit deren Hilfe die **Angebote**

⁵² § 95 Abs 3.

⁵³ Vgl §§ 69-78 bzw Art 45-43 VergabeRL.

⁵⁴ EB zu § 70.

⁵⁵ *Kommission*, Leitfaden Dienstleistungsaufträge 49 u Leitfaden Bauaufträge 55.

bewertet und miteinander verglichen werden können. Aus diesen Gründen sind nur zwei Zuschlagskriterien zulässig: der niedrigste Preis (sog Billigstbieterprinzip) oder das technische und wirtschaftlich günstigste Angebot (sog Bestbieterprinzip). Wegen ihrer **Funktion** müssen die Zuschlagskriterien einen objektiv nachvollziehbaren Vergleich der Angebote ermöglichen.

Bei Auftragsvergaben nach dem Bestbieterprinzip werden die Angebote unter dem Gesichtspunkt des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses miteinander verglichen. Zu diesem Zweck müssen wirtschaftliche und qualitative Bewertungskriterien festgelegt werden, die es ermöglichen, das Leistungsniveau der einzelnen Angebote im Verhältnis zum Auftragsgegenstand zu bewerten, das Preis-Leistungs-Verhältnis der Angebote zu bestimmen und schließlich mit den anderen Angeboten zu vergleichen.⁵⁷ Öff AG dürfen die Kriterien zwar selbst bestimmen, „*doch kommen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen*“ und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen.⁵⁸ In Betracht kommen daher zB Qualität, Preis, technischer Wert, technische Lösungen, Lieferungs- bzw Ausführungsfrist, Erfüllungszeitpunkt, Höhe der Betriebskosten, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe usw.⁵⁹ Die einzelnen Bewertungskriterien und ihre Gewichtung müssen grds bereits in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden.⁶⁰

Eignungs- und Zuschlagskriterien sind nach dem Wettbewerbskonzept der VergabeRL streng zu trennen.⁶¹ Hintergrund ist folgende Überlegung: Dürften AG bei der Angebotsbewertung auf Kriterien zurückgreifen, die Eignungskriterien sind, dh die Qualität der Unternehmen betreffen, würde nicht dem besten Angebot der Zuschlag erteilt, sondern dem Angebot des Bieters, der zB mehr Erfahrung oder eine höhere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat als die anderen.⁶² Das widerspräche aber den Zielen des Vergaberechts.

Auf Grundlage der Ausschreibung können interessierte Unternehmen innerhalb der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten **Angebotsfrist** Angebote abgeben. Nach Ablauf der Angebotsfrist werden die **Angebote geöffnet**. Anschließend erfolgt die **Angebotsprüfung**

⁵⁶ § 100 bzw Art 53 VergabeRL

⁵⁷ 46. Erwägungsgrund der VergabeRL.

⁵⁸ Unter vielen: EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Rn 59 mwN; EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes*, Rn 19; EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*, Rn 36.

⁵⁹ Art 53 Abs 1 lit a VergabeRL; § 2 Z 20.

⁶⁰ § 80 Abs 3.

⁶¹ St Rsp: jüngst EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 29 mwN.

⁶² *Kommission*, Grünbuch: Überlegungen für die Zukunft 15.

durch die AG. Dabei wird ua geprüft, ob die Eignungskriterien erfüllt werden, die Angebote den gesetzlichen (Form- und Inhalts-) Anforderungen⁶³ und den Anforderungen entsprechen, die die AG in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt haben, weiters ob sie vollständig, rechnerisch richtig und die Angebotspreise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.⁶⁴

Ergeben sich bei der Angebotsprüfung **Unklarheiten**, müssen die betroffenen Bieter um **Aufklärung** ersucht werden.⁶⁵ Werden **Mängel** festgestellt, sind die Angebote bei behebbaren Mängeln zu verbessern, bei unbehebaren Mängeln hingegen aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden.⁶⁶

Schließlich sind die im Vergabeverfahren verbliebenen Angebote anhand der Zuschlagskriterien zu bewerten und miteinander zu vergleichen und dem wirtschaftlich günstigsten oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis der **Zuschlag** zu erteilen.⁶⁷ Gem § 135 Abs 1 **endet** ein Vergabeverfahren entweder mit der **Zuschlagserteilung**, darunter ist der Abschluss des Leistungsvertrags zwischen öff AG und Best- oder Billigstbieter zu verstehen, oder mit dem **Widerruf** der Ausschreibung.

5. SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH

Ausgangspunkt auf der Suche nach den Zulässigkeitsgrenzen nachträglicher Leistungsänderungen ist die Frage nach dem sachlichen Anwendungsbereich von VergabeRL und BVergG.

Mit Ausnahme von Informationspflichten über abgeschlossene Auftragsvergaben⁶⁸ regeln VergabeRL und BVergG ausschließlich die **Phase bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens**. Beendet werden Vergabeverfahren gem § 135 Abs 1 entweder durch die Zuschlagserteilung oder einen Widerruf. Es stellt sich daher die Frage, ob nachträgliche Leistungsänderungen, die ja *per definitionem* nach Beendigung des Vergabeverfahrens erfolgen, überhaupt vom Anwendungsbereich der VergabeRL bzw des BVergG erfasst werden. Anders gewendet ist zunächst zu klären, ob nachträgliche Leistungsänderungen überhaupt grds dazu in Frage kommen, als (neuer) öff Auftrag gewertet zu werden.

⁶³ Festgelegt insb im 8. Abschnitt des BVergG („Das Angebot“).

⁶⁴ § 123.

⁶⁵ Aufklärungsverfahren sind vorgesehen in den §§ 126 (allg), 125 Abs 4 u 5 (bzgl Preisangemessenheit), 70 Abs 3 (bzgl Eignungsnachweise) u 127 (bzgl finanzieller, wirtschaftlicher u technischer Leistungsfähigkeit u allg bzgl Alternativ- u Abänderungsangebote).

⁶⁶ § 129.

⁶⁷ § 130 Abs 1.

Art 1 Abs 2 lit a VergabeRL enthält die **Legaldefinition** des öff Auftrags: Öff Aufträge sind zwischen einem oder mehreren „*Wirtschaftsteilnehmern*“ und einem oder mehreren öff AG „*geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge*“ über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen.⁶⁹

„*Wirtschaftsteilnehmer*“ sind selbstständige⁷⁰ natürliche oder juristische Personen, die auf dem Markt Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen anbieten.⁷¹ Der Begriff des Wirtschaftsteilnehmers ist weit auszulegen. Erfasst werden alle Personen, die Leistungen auf dem Markt anbieten, auch wenn dies zum ersten Mal oder lediglich vereinzelt bzw gelegentlich erfolgt.⁷² Auch öff AG können Wirtschaftsteilnehmer sein. Dementsprechend unterliegen auch zwischen öff AG geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge grds dem Vergaberecht.⁷³

„*Schriftlich*“ bedeutet „*jede aus Wörtern oder Ziffern bestehende Darstellung, die gelesen, reproduziert und mitgeteilt werden kann.*“⁷⁴

Unklar ist hingegen, was unter einem „entgeltlichen Vertrag“ genau zu verstehen ist. Es gibt keine gesetzliche Definition. Klar ist zunächst, dass die VergabeRL **primärrechtskonform**, dh insb nach Maßgabe des AEUV und seiner Grundsätze (siehe Pkt III.1), und das BVergG bzw das nationale Vergaberecht **gemeinschaftsrechtskonform**, dh nach Maßgabe sowohl des Primär- als auch des Sekundärrechts, auszulegen sind.⁷⁵ Daraus folgt allg, dass Begriffe des Gemeinschaftsrechts autonom und nicht nach österr Rechtsverständnis auszulegen.⁷⁶

Darüber hinaus verlangen nach st Rsp des EuGH die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Gleichheitssatz, dass Begriffe des Gemeinschaftsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinns und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der MS verweisen, in der gesamten Gemeinschaft **autonom und einheitlich** ausgelegt werden, wobei

⁶⁸ § 54 BVergG bzw Art 35 Abs 4 VergabeRL.

⁶⁹ Die §§ 4, 5 u 6 sprechen idZ v „*entgeltlichen Aufträgen*“. Klarstellend die EB zu § 4 bis 6: „*Als Aufträge im Sinne der RL und des BVergG gelten entgeltliche schriftliche Verträge über bestimmte Leistungen.*“

⁷⁰ Das folgt ua aus der Rsp des EUGH zu In-House- u Quasi-In-House-Vergaben.

⁷¹ Art 1 Abs 8 VergabeRL. Fischer in Lenz/Borchardt (Hrsg), EU- und EG-Vertrag⁶ (2006) nach Art 49-55 Rz 15 mwN.

⁷² Jüngst: SA GA Mazak, 03.09.2009, Rs C-305/08, CoNISMa, Rn33 mwN; ähnlich Egger, Europäisches Vergaberecht 157 Rz 577.

⁷³ Vgl EuGH 08.11.1999, Rs C-107/98, Teckal, Rn 44f; EuGH, 07.12.2000, Rs C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rn 40; EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Rn 47 u EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05, Jean Auroux, Rn 44, in denen der EuGH ua festgestellt hat, dass die VergabeRL (bzw ihre Vorgängerinnen) auch dann anwendbar ist, wenn der AN selbst öff AG ist. Eine Ausnahme besteht nur dann: „*wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.*“: grundlegend Rs Teckal Rn 50.

⁷⁴ Art 1 Abs 12 VergabeRL.

⁷⁵ Egger, Europäisches Vergaberecht 118 Rz 424f mwN.

⁷⁶ EB Allgemeiner Teil; EuGH 19.09.2000, Rs C-287/98, Linster, Rn 43 mwN (ohne Bezug zum Vergaberecht): „Die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Gleichheitsgrundsatz verlangen, dass die Begriffe einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten

die Auslegung unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des mit der Regelung verfolgten Zweckes zu erfolgen hat.⁷⁷

Da Art 1 Abs 2 lit a VergabeRL nicht auf ms Recht verweist, gilt das auch für den Begriff des öff Auftrags in der VergabeRL.⁷⁸ Bei der Beurteilung, ob ein Vertrag iSd Vergaberechts und damit ein öff Auftrag vorliegt, darf somit insb nicht ohne weiteres auf den zivilrechtlichen Vertragsbegriff des ABGB abgestellt werden.⁷⁹ Wäre der jeweilige zivilrechtliche Vertragsbegriff der MS maßgeblich, würden Inhalt und Anwendungsbereich der VergabeRL von einem MS zum anderen unterschiedlich ausgelegt.⁸⁰

Bei der Auslegung der Begriffe der VergabeRL ist aber darauf zu achten, dass der Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers gefolgt und seine Zielsetzung erreicht wird.⁸¹ MaW sind die Begriffe der VergabeRL „so auszulegen, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gewährleistet ist.“⁸² Daraus folgt, dass sich die Auslegung des Begriffs „entgeltlicher Vertrag“ an Ziel und Zweck der VergabeRL zu orientieren hat.⁸³ Ziel und Zweck der VergabeRL verlangen grds ein **weites Begriffsverständnis**.⁸⁴

Zur Begründung des sachlichen Anwendungsbereichs der VergabeRL darf insb nicht auf bestimmte ms Handlungs- oder Vertragsformen abgestellt werden.⁸⁵ Entscheidend ist vielmehr der objektive bzw wirtschaftliche Zweck eines Vorgangs.⁸⁶ Liegt dieser in der Beschaffung von Leistungen von Dritten, liegt ein Vertrag iSd VergabeRL vor. Umgehungen des Vergaberechts werden so verhindert. Man spricht idZ von einem **funktionellen Auftragsbegriff**.⁸⁷

verweist, in der Regel in der gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich auszulegen sind, wobei diese Auslegung unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des mit der Regelung verfolgten Zweckes zu ermitteln ist“.

⁷⁷ EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Rn 35 zum Begriff „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ unter Verweis auf die nicht zum Vergaberecht ergangenen Entscheidungen: EuGH 18.11.1984, Rs 327/82, *Ekro*, Rn 11; EuGH 19.09.2000, Rs C-287/98, *Linster*, Rn 43 u EuGH 09.11.2000, Rs C-357/98, *Yiadomg*, Rn 26.

⁷⁸ So ausdrücklich zur „alten“ BKRL: EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05, *Jean Aurox*, Rn 40 unter Verweis auf EuGH 20.10.2005, *Kommission/Frankreich*, C-264/03, Rn 36.

⁷⁹ *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 14.

⁸⁰ IdS *Kommission*, Leitfadene Lieferaufträge 9.

⁸¹ *Kommission*, Grünbuch: Überlegungen für die Zukunft, KOM (96) 583 endg 21.

⁸² IdZ grundlegend EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98, *Ordine degli Architetti*, Rn 52.

⁸³ SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 46.

⁸⁴ SA GA *Kokott* 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, RN 45 mwN geht davon aus, dass die den (persönlichen u sachlichen) Anwendungsbereich der VergabeRL begründenden Begriffe weit auszulegen sind; idS *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 15 u *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 8.

⁸⁵ Vgl *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 107; *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 7f.

⁸⁶ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 119; *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 29; ähnlich bzgl Privatisierungen, *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 177 Rn 673f mwN; ähnlich *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 54.

⁸⁷ Vgl *Marx*, Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht, NZBau 2002, 311 (314); *Hailbronner* in *Byok/Jaeger* (Hrsg), Kommentar zum Vergaberecht² (2005) § 99 Rz 435; *Pünder*, Öffentlicher Auftrag, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts: Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008) 115 Rz 2; *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 7. Generell sind nach dem EuGH die Begriffe der VergabeRL „funktionell“, dh im Einklang mit der Zielsetzung der VergabeRL auszulegen. Vgl jüngst mwN EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06, *Bayrischer Rundfunk*, Rn 37 zu den Begriffen „öff AG“ u „Einrichtung öff Rechts“.

Bestätigt wird das ua dadurch, dass auch die den persönlichen Anwendungsbereich der VergabeRL begründenden Begriffe nach st Rsp funktionell⁸⁸ bzw weit⁸⁹ auszulegen sind. Umgekehrt sind die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der VergabeRL abschließend festgelegt.⁹⁰ Die den Anwendungsbereich ausschließenden **Ausnahmetatbestände** werden vom EuGH zudem generell **restriktiv** ausgelegt.⁹¹

Angesichts der gebotenen funktionellen Auslegung ist es irrelevant, welcher Begriff zur Begründung des sachlichen Anwendungsbereichs herangezogen wird: „entgeltlicher schriftlicher Vertrag“⁹², „öff Auftrag“⁹³ oder „Vergabe“⁹⁴. Es geht alleine darum zu klären, unter welchen Voraussetzungen eine nachträgliche Leistungsänderung als öff Auftrags zu qualifizieren ist.⁹⁵

Trotz der fehlenden Definition des Vertragsbegriffs wird durch das Abstellen auf einen „Vertrag“ der sachliche Anwendungsbereich begrenzt. IdS sind nach hL Leistungen, die auf anderer Grundlage erbracht werden, vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen,⁹⁶ wie zB Eigenleistungen öff AG⁹⁷ durch Regie- oder Eigenbetriebe (sog In-House-Vorgänge), aufgrund einseitiger Rechtsakte oder aufgrund einseitig verpflichtender Rechtsgeschäfte erbrachte Leistungen.⁹⁸ Vertreten wird idZ auch, dass Verträge idS VergabeRL synallagmatische Vertragsbeziehungen sind, das bedeutet, dass der Austausch der Hauptleistungen Hauptzweck des Geschäfts ist.⁹⁹ Aus dem Vertragsbegriff folgt jedenfalls, dass „eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen“ vorliegen muss.¹⁰⁰ Ausgenommen davon sind lediglich sog Quasi-In-House-Vorgänge, bei denen zwar eine

⁸⁸ Jüngst: EuGH 10.04.2008, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, Rn 37. Zu den Begriffen „öff AG“ u „Einrichtung öff Rechts“ unter vielen: EuGH 01.02.2001, Rs C-237/99, *Kommission/Frankreich*, Rn 42 u 43 u EuGH 17.12.1998, Rs C-353/96, *Kommission/Irland*, Rn 36; zum Begriff „Finanzierung durch den Staat“: EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06, *Bayrischer Rundfunk*, Rn 37f.

⁸⁹ Vgl EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Rn 43; EuGH 15.05.2003, Rs C 214/00, *Kommission/Spanien*, Rn 53; EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00, *Kommission/Spanien*, Rn 73 u SA GA Kokott, 13.03.2008, Rs C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, Rn 45 mwN.

⁹⁰ Unter vielen: EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*, Rn 24; EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92, *Kommission/Spanien*, Rn 12: „Hierzu genügt der Hinweis, daß der Gerichtshof [...] entschieden hat, daß Ausnahmen von der Anwendung der Richtlinie [...] nur insoweit erlaubt sind, als sie in dieser Richtlinie abschließend und ausdrücklich aufgeführt sind.“

⁹¹ EB zu § 10; *Fruhmant* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, BVergG 2006 § 10 Rz 13 mwN u *Katary* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 117. Anm: Der Auslegungsgrundsatz *singularia non sunt extendenda* zieht sich durch das gesamte Gemeinschaftsrecht.

⁹² So die hL u st Rsp in Deutschland (Pkt VI.4).

⁹³ Vgl die §§ 4, 5 u 6, die v „entgeltlichen Aufträgen“ sprechen u die §§ 7 u 8, die Bau- u Dienstleistungskonzessionen als „Verträge“ bezeichnen.

⁹⁴ So das BVA in seinen Vorlagefragen an den EuGH in der Rs *presstext*.

⁹⁵ IdS SA GA Kokott, 13.03.2008, Rs C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, Rn 1.

⁹⁶ *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 4 u 17; zust *Stickler* in *Reidl/Stickler/Glahs* (Hrsg), Vergaberecht Kommentar² (2003) § 99 Rz 4.

⁹⁷ *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 9. Grund der Ausnahme ist, dass öff AG idF die nachgefragten Leistungen mit eigenen Mitteln erbringen, *Egger*, Europäisches Vergaberecht 160 Rz 584; bzw die Leistungen nicht v einem anderen Rechtssubjekt erbracht werden, *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 5.

⁹⁸ Etwa wenn die Leistungserbringung durch einen Dritten auf einem staatl Hoheitsakt beruht, *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 8 mwN; *Egger*, Europäisches Vergaberecht 157 Rz 575 u 161 Rz 595; *Fruhmant* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, BVergG 2006 § 10 Rz 8 mwN; *Fruhmant* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, BVergG 2006 § 10 Rz 8 mwN; *derselbe*, Der gemeinschaftsrechtliche Vertragsbegriff, In-House und das Transparenzprinzip, ZVB 2008, 73 (74) mwN.

⁹⁹ *Fruhmant*, Vertragsbegriff, ZVB 2008, 74 mwN; *Egger*, Europäisches Vergaberecht 157 Rz 574.

¹⁰⁰ EuGH 08.11.1999, Rs C-107/98, *Teckal*, Rn 49 u EuGH, 07.12.2000, Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rn 40.

Leistungsbeziehung zwischen unterschiedlichen Rechtssubjekten besteht, der öff AG über den AN aber eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, und der AN im Wesentlichen für den AG tätig ist, der seine Anteile hält.^{101,102}

An das Kriterium der **Schriftlichkeit** wird in der Lit wegen der damit eröffneten Umgehungsmöglichkeit keine strengen Anforderungen gestellt,¹⁰³ tw wird sogar überhaupt darauf verzichtet.¹⁰⁴

Der Begriff des **Entgelts** ist ebenfalls weit zu verstehen. Entgeltlichkeit bedeutet nach hL, dass ein AN für seine Leistung irgendeinen geldwerten Vorteil vom AG oder Dritten als Gegenleistung erhält.¹⁰⁵ Der Begriff „Entgelt“ umfasst daher auch die Einräumung von Nutzungs- bzw Verwertungsrechten an der eignen Leistung¹⁰⁶ oder von AG versprochene Finanzierungsbeiträge zur Errichtung eines Bauwerks oder zur Deckung von Verlusten bei der Auftragsdurchführung.

Zusammengefasst ergibt sich für die Frage, ob nachträgliche Änderungen überhaupt die grds Eignung besitzen, als neuer öff Auftrag gewertet zu werden, Folgendes: Bereits der Wortlaut des Art 1 Abs 2 lit a VergabeRL umfasst – zumindest in seinem äußerst möglichen Wortsinn – auch nachträgliche Vertragsänderungen. Va aber folgt aus Ziel und Zweck des Vergaberechts und der gebotenen funktionalen Betrachtungsweise eindeutig, dass nachträgliche Leistungsänderungen grds dazu in Betracht kommen, den Tatbestand eines öff Auftrags zu erfüllen.¹⁰⁷ Der **sachliche Anwendungsbereich** der VergabeRL kann daher **auch nach der Zuschlagserteilung** wieder begründet werden. Aus der **Vertragsdefinition** folgt idZ, dass die nachträgliche Änderung auf einer **Vereinbarung zwischen öff AG und AN** beruhen muss. Beruht eine nachträgliche Änderung auf der Ausübung einseitiger, vertraglich vorbehaltener Änderungsrechte bzw Optionen oder gesetzlicher Gestaltungsrechte, liegt zwar

¹⁰¹ Grundlegend: EuGH 08.11.1999, Rs C-107/98, *Teckal*, Rn 50; EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*, Rn 49; EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rn 33; EuGH 19.04.2007, Rs C-295/05, *Asemfo/Tragsa*, Rn 55; EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, Rn 58.

¹⁰² Die Ausnahme ist in der VergabeRL nicht ausdrücklich enthalten u wurde vom EuGH aus einer teleologischen Reduktion ihres Anwendungsbereichs gewonnen, EB zu § 10 Z 7. Im Übrigen gilt aber nach st Rsp der Grundsatz, dass die Ausnahmenvorschriften der VergabeRL taxativ aufgezählt sind (Pkt III.2.3).

¹⁰³ Nach *Egger*, Europäisches Vergaberecht 158 Rz 578 soll es ausreichen, wenn auch nur einzelne Elemente schriftlich festgehalten werden.

¹⁰⁴ *Pünder in Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 140 Rz 38. Im BVergG 2002, war (noch) keine Schriftlichkeit verlangt, was als Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs gegenüber der VergabeRL angesehen wurde, *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch² 64.

¹⁰⁵ *Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 14-17 mwN; *Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 10 Rz 8; EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05, *Jean Auroux*, Rn 45; *Kommission*, Leitfaden Lieferaufträge 9, Leitfaden Dienstleistungsaufträge 12 u Leitfaden Bauaufträge 11; so auch die dhL: *Hailbronner in Byok/Jaeger*, Vergaberecht² § 99 Rz 457 u *Pünder in Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 132 Rz 27 mwN.

¹⁰⁶ *Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 16; *Pünder in Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 132 Rz 26. Trägt ein AN das wirtschaftliche Risiko der Gegenleistung, liegt eine Konzession vor.

¹⁰⁷ SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 45; *Egger*, Europäisches Vergaberecht 305 Rz 1290; *Pünder in Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 143 Rz 42.

dem Wortlaut nach kein neuer Vertrag vor, dennoch kann auch idF der sachliche Anwendungsbereich neuerlich begründet werden. Siehe dazu Pkt V.4.2.4 „Optionen und Vertragsverlängerungen“.

Bestätigt wird das Ergebnis durch die **Sondertatbestände der VVoB** für die Vergabe zusätzlicher oder gleichartiger Leistungen an den bisherigen AN. Dieser Aspekt wird unter Pkt V.5 erörtert.

6. ZWISCHENERGEBNIS I

Wird der aufgrund eines Vergabeverfahrens geschlossene Leistungsvertrag nach der Zuschlagserteilung geändert, ergeben sich folgende Überlegungen und Fragestellungen:

Erstens: Will oder kann ein öff AG nach Zuschlagserteilung – im Vergleich zur Ausschreibung – eine andere Leistung oder dieselbe Leistung zu anderen Bedingungen beschaffen, muss der Leistungsvertrag nachträglich geändert werden. Aufgrund der nachträglichen Änderung erbringt der AN eine **Leistung**, die in dieser Form **nicht ausgeschrieben** war.¹⁰⁸ Die Leistung war maW nicht Gegenstand eines Vergabeverfahrens.

Es stellt sich daher die Frage, ob die geänderte Leistung nicht unzulässigerweise dem Wettbewerb entzogen wurde und damit gerade jenes Verhalten gesetzt wird, das das Vergaberecht verhindern soll.

Zweitens: Aus Ziel und Zweck des Vergaberechts und der gebotenen funktionalen Betrachtungsweise folgt, dass nachträgliche Leistungsänderungen grds den Tatbestand eines öff Auftrags erfüllen können. **Entscheidend** ist, ob die nachträgliche Änderung **funktional als neuer öff Auftrag** zu werten ist.

Ein Lösungsansatz ist die Frage, ob der Auftrag inhaltlich so weit geändert wurde, dass ein neuer Auftrag vorliegt. IdS liegt etwa – nach unbestrittener Auffassung – ein neuer, die Ausschreibungspflicht begründender Auftrag bei Leistungsänderungen auf nicht substituierbare Güter vor, wie im plakativen Fall „*Straßenbau statt Krankenhaus*“.¹⁰⁹ Wird statt dem ausgeschriebenem Krankenhaus eine Autobahn gebaut, liegt nicht mehr derselbe Auftrag vor.

¹⁰⁸ Rummell/Lux, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des europäischen Vergaberechts, in Koppenssteiner (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/3: Vergaberecht (2003) 55.

¹⁰⁹ Rummell/Lux in Koppenssteiner, Wirtschaftsprivatrecht 55.

Eine solche Änderung würde den Zielen des Vergaberechts widersprechen, denn die neue Leistung war dem Wettbewerb entzogen. Das ursprgl Vergabeverfahren hätte seine Funktion nicht erfüllt, weil der Parallelwettbewerb der Bieter auf eine völlig andere Leistung gerichtet war. UU haben Unternehmen aufgrund der ursprgl ausgeschriebenen Leistung gar nicht am Vergabeverfahren teilgenommen. Was jedoch unterhalb dieser Schwelle gilt, wenn zB beim Bau des Krankenhauses nachträgliche Einsparungsmöglichkeiten hervorkommen, oder der AN den Auftrag auch nach dem neuen, in der Zwischenzeit geänderten Stand der Technik durchführen könnte, bleibt weitgehend offen.

Va wegen der fehlenden Vertragsdefinition ist es in den meisten Fällen unmöglich zu bestimmen, wann noch derselbe und wann ein neuer Auftrag vorliegt. Nach diesem Lösungsansatz müssten wesentliche Auftragsbestandteile definiert werden, die iSd zivilrechtlichen *essentialia negotii* das „Wesen“ eines öff Auftrags ausmachen. Einen Anknüpfungspunkt dafür bieten die Angaben in der Bekanntmachung.

Drittens: IdZ stellt sich auch die Frage, ob die Pflicht zur Neudurchführung eines Vergabeverfahrens dem Ziel der **rationellen Verwendung öff Mittel** widerspricht. Insb bei komplexen und umfangreichen öff Aufträgen können erhebliche **Kosten** entstehen. Einerseits entstehen Kosten für die Durchführung eines Vergabeverfahrens, andererseits kann es zu Verzögerungen bei der Auftragsausführung kommen oder sich die Pflicht zur Vertragsauflösung ergeben, was ebenfalls Kosten verursachen kann. Dieser Aspekt wird unter Pkt III.2.4 erörtert.

Viertens: Strukturell anders sind jene nachträglichen Änderungen, die auf der Ausübung von **vorbehaltenen Änderungsrechten** beruhen. Öff AG dürfen sich bestimmte Änderungsrechte durch entsprechende Festlegungen in der Ausschreibung vorbehalten. Insb dürfen sie **optionale Leistungen** vergeben, dh Leistungen, die nur nach Abruf durch den öff AG erbracht werden müssen.

Der entscheidende Unterschied zu anderen nachträglichen Leistungsänderungen liegt darin, dass auch die „neue“ **Leistung Bestandteil des ursprgl Vergabeverfahrens** war. Die Leistung war dem Wettbewerb nicht entzogen. Insb der Wortlaut des Art 1 Abs 2 lit a, nach dem der sachliche Anwendungsbereich der VergabeRL durch einen Vertrag zwischen öff AG und AN begründet wird, spricht für ihre Zulässigkeit. Beruht eine nachträgliche Änderung auf der Ausübung eines vorbehaltenen Änderungsrechts, ist seine Begründung und nicht seine Ausübung ein Vertrag iSd VergabeRL.

Aus diesen Gründen sind sowohl die Vergabe als auch die spätere Ausübung von Optionen und anderer vorbehaltener Leistungsänderungsrechte nach hL und st Rsp grds zulässig.¹¹⁰

Nachträgliche Leistungsänderungen lassen sich daher in **zwei** große **Gruppen** teilen: Erstens jene Leistungsänderungen, die keine Grundlage in der Ausschreibung haben (siehe Pkt III und IV) und zweitens jene, die auf der Ausübung vorbehaltener Änderungsrechte beruhen (siehe Pkt V.4.2).

III. NACHTRÄGLICHE LEISTUNGSÄNDERUNGEN UND DIE GRUNDSÄTZE DES VERGABERECHTS

1. EINLEITUNG

Wegen der gebotenen funktionellen Betrachtungsweise (siehe Pkt II.5) ist die Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen va nach den Zielen und Grundsätzen des Vergaberechts zu beurteilen.

Im Folgenden werden daher zunächst die **Grundsätze (Pkt III.2.1)** und das sog **Regime des Primärrechts (Pkt III.2.2)**, dh die Anforderungen, die das Primärrecht an Auftragsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der VergabeRL stellt, erklärt und dargestellt. IdZ wird auch untersucht, unter welchen Voraussetzungen Auftragsvergaben überhaupt vom Primärrecht erfasst werden (**Binnenmarktrelevanz Pkt III.2.3**) und welche **Rechtfertigungsmöglichkeiten (Pkt III.2.4)** das Primärrecht für die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens bietet.

Daran anschließend werden in **Pkt III.3** die **sekundärrechtlichen Grundsätze** erklärt und dargestellt. **Wettbewerbs-** (**Pkt III.3.1**), **Gleichbehandlungs-** (**Pkt III.3.2**) und **Transparenzgrundsatz (Pkt III.3.3)** werden anhand der Rsp des EuGH dargestellt. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf jenen Aspekten, die einen engen Bezug zur Frage der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen haben.

Die Ziele des Vergaberechts (siehe Pkt II.3) verdichten sich in den sog **Grundsätzen** des Vergaberechts, die in **Art 2 VergabeRL** bzw **§ 19** festgehalten sind.¹¹¹ Art 2 VergabeRL

¹¹⁰ HL: *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2002 § 101 Rz 35; *Heid*, Eingriff in Altverträge mit komplexen Leistungsbild, RPA 2003, 318 (326f) mwN; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 113; *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 46f mwN; *Kommission*, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg; weitere Nachweise in Pkt IV u VI.

(„Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) verpflichtet öff AG, alle Unternehmen gleich und nicht diskriminierend zu behandeln und in transparenter Weise vorzugehen. Angesprochen sind damit die Grundsätze der **Gleichbehandlung**, der **Nichtdiskriminierung** und der **Transparenz**.

Die Grundsätze sind jene Leitideen, die der gesetzlichen Gestaltung aller Vergabeverfahrenstypen zugrunde liegen und ihre konkrete Ausformung in den Bestimmungen der VergabeRL und des BVergG erhalten haben. Alle materiellen Bestimmungen der VergabeRL und des BVergG sind Konkretisierungen dieser Grundsätze.¹¹² Dementsprechend sind sie zur **Auslegung** von VergabeRL¹¹³ und BVergG¹¹⁴ heranzuziehen.¹¹⁵ „Alle Handlungen und Unterlassungen von Auftraggebern, Bietern oder Bewerbern im Vergabeverfahren sind an diesem Maßstab zu messen.“¹¹⁶ Das betrifft va gesetzlich unklar oder nicht ausdrücklich geregelte Situationen,¹¹⁷ in denen die Grundsätze **unmittelbare Wirkung**¹¹⁸ haben. Nach Ansicht *Burgis* benötigen die Grundsätze als Auslegungsdirektiven im Anwendungsbereich der VergabeRL hingegen konkrete gesetzliche Bestimmungen als Anknüpfungspunkte. Sie sollen nur dann – ausnahmsweise – unmittelbar Rechte und Pflichte begründen können, wenn sonst ein gemeinschaftswidriger Zustand vorliegen würde.¹¹⁹

Zu den Grundsätzen zählen aber nicht nur die speziellen vergaberechtlichen Grundsätze des Art 2 VergabeRL, sondern auch die Vorschriften und allg Grundsätze des **Primärrechts**. Das ist eine Folge der Normenhierarchie, denn das Primärrecht ist Rechtsgrundlage der VergabeRL. Die Vergabe öff Aufträge im Anwendungsbereich des AEUV¹²⁰ ist somit auch an dessen Vorschriften und Grundsätze gebunden.

¹¹¹ Vgl EB zu § 19: „Die Bestimmungen des § 19 Abs.1 enthalten den Zweck des Vergabeverfahrens, damit das Schutzobjekt der Schutznorm „BVergG“: es ist dies der freie, faire und lautere Wettbewerb unter Wahrung der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber.“

¹¹² *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 23; *Frenz*, Handbuch Europarecht III, Beihilfe und Vergaberecht (2007) 328 u *Aicher* in *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 275 Rz 5.

¹¹³ 2. Erwägungsgrund der VergabeRL.

¹¹⁴ EB zu § 19.

¹¹⁵ Unstr: Vgl *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108; *Egger*, Europäisches Vergaberecht 212 Rz 832; *Eilmansberger/Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 19 Rz 1 mwN u *Burgi*, Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, 29 (32) mwN aus der dhL.

¹¹⁶ EB zu § 19.

¹¹⁷ *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 176 mwN; *Eilmansberger/Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 19 Rz 1 u 2.

¹¹⁸ *Aicher* in *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 281 Rz 17.

¹¹⁹ *Burgi*, NZBau 2008, 32 u 33; zust *Eilmansberger/Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 19 Rz 2.

¹²⁰ In den Anwendungsbereich des AEUV fallen nur Auftragsvergaben, „die in hinreichendem Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarkts stehen“, maW die eine sog „Binnenmarktrelevanz“ besitzen, *Kommission*, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl C 2006/179, 2; EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 20.

Die das Vergaberecht prägenden **primärrechtlichen Grundsätze** sind im 2. Erwägungsgrund der VergabeRL aufgezählt: *„Die Vergabe von Aufträgen [...] ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z.B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz.“*

Die primärrechtlichen Vorschriften und Grundsätze haben **zwei Funktionen**:

Erstens sind sie für jene Auftragsvergaben maßgeblich, die **außerhalb des Anwendungsbereichs** der VergabeRL liegen. Das betrifft va die vom sachlichen Anwendungsbereich ausdrücklich ausgenommen Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte,¹²¹ die Vergabe von Konzessionen¹²² und die in Anh II Teil B der VergabeRL genannten nicht-prioritären Dienstleistungen.¹²³ Vom Anwendungsbereich der VergabeRL nicht erfasst, sind auch die Phasen vor Einleitung und nach Abschluss eines Vergabeverfahrens. Auch hier sind die primärrechtlichen Grundsätze Maßstab.¹²⁴ Dasselbe gilt für die gem Art 16 VergabeRL bzw § 10 ausdrücklich vom Anwendungsbereich der VergabeRL bzw des BVergG ausgenommenen Aufträge, deren Ausnahme keine primärrechtliche Grundlage hat.¹²⁵

In diesem Bereich des Vergaberechts sind die Grundsätze unmittelbar anwendbare **„Verhaltensmaximen“**.¹²⁶ Dieser Aspekt wird unter Pkt III.2.2 „Das Regime des Primärrechts“ dargestellt. IdZ stellte der EuGH fest, dass, *„auch wenn manche Verträge vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ausgenommen sind, die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des EG-Vertrags beachten müssen.“*¹²⁷

¹²¹ EuGH 20.10.2006, Rs C-264/03, *Kommission/Frankreich*, Rn 33; EuGH 03.12.2001, Rs C-59/00, *Vestergaard*, Rn 20.

¹²² EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*; EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname* u EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*.

¹²³ EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, *Contse SA*, Rn 47ff; EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*, Rn 26, 30 u 31 mwN.

¹²⁴ *Egger*, Europäisches Vergaberecht 46 Rz 109 mwN u 56 Rz 148. Das darf aber nicht damit verwechselt werden, dass nachträgliche Leistungsänderungen den (sachlichen) Anwendungsbereich der VergabeRL wieder begründen können.

¹²⁵ *Frenz*, Beihilfe und Vergaberecht 534; *Fruhmann*, Das Vergaberegime des EG-Vertrags, ZVB 2006, 261 ; idS ohne diese Einschränkung *Aicher Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 252 Rz 4.

¹²⁶ *Aicher in Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 276 Rz 7.

¹²⁷ EuGH 03.12.2001, Rs C-59/00, *Vestergaard*, Rn 20 (zur BKRL); mit ähnlichem Wortlaut: EuGH 20.10.2006, Rs C-264/03, *Kommission/Frankreich*, Rn 33, jeweils zu Vergaben im USB (Anm: Im Gegensatz zu ihren Vorgängerinnen ist das in der VergabeRL im 2. Erwägungsgrund nunmehr ausdrücklich festgehalten).

Zweitens besteht ihre Bedeutung für Auftragsvergaben **im Anwendungsbereich** der VergabeRL darin, dass die gesetzlichen Bestimmungen primärrechtskonform,¹²⁸ dh „nach Maßgabe der genannten Regeln und Grundsätze sowie gemäß den anderen Bestimmungen des Vertrags **ausgelegt** werden.“¹²⁹ Neben dieser **Auslegungsfunktion** hat das Primärrecht auch eine **Ergänzungsfunktion** für Situationen, die von der VergabeRL nicht abschließend geregelt werden.^{130,131} IdS wendet der EuGH insb die Grundfreiheiten auch neben der VergabeRL an. Voraussetzung und Grenze der ergänzenden Heranziehung des Primärrechts ist, dass keine abschließende sekundärrechtliche Regelung des fraglichen Aspekts besteht.¹³²

Vor diesem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund hat der österr Gesetzgeber die Grundsätze für Auftragsvergaben nach dem BVergG in **§ 19 Abs 1** folgendermaßen festgelegt:

„Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.“

2. PRIMÄRRECHTLICHE GRUNDSÄTZE

2.1 Grundsätze

Von überragender praktischer Bedeutung ist der primärrechtliche **Gleichbehandlungsgrundsatz** bzw der allg Grundsatz der Gleichbehandlung oder Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Er verlangt, dass „*vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist*“.¹³³

Nach der Rsp des EuGH sind die **Grundfreiheiten**¹³⁴ und das **Diskriminierungsverbot** aus Gründen der Staatsangehörigkeit **gem Art 18 AEUV** spezielle Ausprägungen des allg

¹²⁸ HL: *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 22; *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I² 809 u *Eilmansberger/Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 19 Rz 3; *Frenz*, Beihilfe und Vergaberecht 534 u *Egger*, Europäisches Vergaberecht 118 Rz 424f mwN. Vgl auch 2. Erwägungsgrund der VergabeRL.

¹²⁹ 2. Erwägungsgrund der VergabeRL.

¹³⁰ Vgl umfassend mit zahlreichen Nachweisen SA GA *Stix-Hackl*, 14.09.2006, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*, Rn 40f. IdS *Aicher* in *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 276 Rz 6 mwN.

¹³¹ IdS ist mit *Egger*, Europäisches Vergaberecht 44 Rz 106 mwN das Bestehen des v *Fruhmann*, Vergaberegime, ZVB 2006, 261 kritisierten „*Doppelregimes*“ zu relativieren.

¹³² SA GA *Stix-Hackl*, 14.09.2006, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*, Rn 50 mwN ohne Bezug zum Vergaberecht.

¹³³ EuGH 03.03.2005, verb Rs C-21/03 u C-34/03, *Fabricom SA*, Rn 27 unter Verweis auf EuGH 14.12.2004, Rs C-434/02, *Arnold André*, Rn 68 u EuGH 14.12.2004, Rs C-210/03, *Swedish Match*, Rn 70 mwN.

¹³⁴ Vgl EuGH 05.12.1989, Rs C-3/88, *Kommission/Italien*, Rn 8 u EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 48.

Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹³⁵ Der allg Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind daher nicht ident. Art 18 AEUV erfasst nämlich nur einen Teilbereich von Ungleichbehandlungen, bzw solche, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen,¹³⁶ während der Grundsatz der Gleichbehandlung auch dann anwendbar ist, wenn keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt.¹³⁷ Letzterer gilt daher auch zwischen Unternehmen desselben MS.¹³⁸ Der EuGH zieht idZ jedoch keine scharfen Grenzen.¹³⁹ Oft ist es unklar, auf welche Grundlage er sich stützt. Insb weil er in seiner Rsp zum Vergaberecht die **Begriffe „Diskriminierungsverbot“ und „Grundsatz der Gleichbehandlung“ synonym verwendet.**¹⁴⁰

Aus dem allg Gleichbehandlungsgrundsatz leitet sich auch der **Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter** ab,¹⁴¹ der – so verstanden – keine eigene Schöpfung der VergabeRL ist, sondern, wie der EuGH in st Rsp betont, auch außerhalb ihres Anwendungsbereichs gilt.¹⁴² IdZ ist der EuGH aber inkonsequent. Er leitet den Grundsatz nämlich einerseits aus der VergabeRL, und andererseits unmittelbar aus dem Primärrecht ab.¹⁴³

Bezogen auf die Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen können aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter grds Wertungen abgeleitet werden. Sein Inhalt wird in Pkt III.3.2 dargestellt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter wird **im Folgenden Gleichbehandlungsgrundsatz** genannt.

Art 18 AEUV verbietet jede **Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**. Verboten sind formelle Diskriminierungen und iSd *effet utile* sog materielle Diskriminierungen, bei denen die Ungleichbehandlung auf einem Kriterium beruht, das zwar formell nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpft, seine tatsächlichen Auswirkungen aber

¹³⁵ Vgl EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 48 unter Verweis auf EuGH 08.10.1980, Rs 810/79, *Überschär*, Rn 16. IdS auch EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, *Contse SA*, Rn 36. *Kommission*, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 2000/121, 2 (6); *Epiney* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/EGV³ (2007) Art 12 Rz 7 u 37.

¹³⁶ *Epiney* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 12 Rz 7 mwN; *Egger*, Europäisches Vergaberecht 56 Rz 151.

¹³⁷ EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 48; EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04, *ANAV*, Rn 20.

¹³⁸ *Egger*, Europäisches Vergaberecht 55 Rz 145.

¹³⁹ Unter vielen: In EuGH 23.01.2003, Rs C-57/01, *Makedoniko Metro und Michaniki AE*, Rn 69 hat er den Grundsatz der Gleichbehandlung direkt aus dem Primärrecht abgeleitet u sich dabei auf EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*, Rn 60 gestützt, wo jedoch idZ ausschließlich das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit herangezogen wurde.

¹⁴⁰ Vgl nur SA GA *Sharpston*, 09.07.2009, Rs C-199/07, *Kommission/Griechenland*, Rn 82 mwN.

¹⁴¹ *Kommission*, Mitteilung zu Konzessionen 6.

¹⁴² Unter vielen: EuGH 14.06.2007, Rs C-6/05, *Mepipac-Kazanzidis* Rn 33 u53; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 46-48; EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04, *ANAV*, Rn 20; *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen 3; *Kommission*, Mitteilung zu Konzessionen 6.

¹⁴³ Siehe dazu mwN Pkt III.3.2 „Gleichbehandlungsgrundsatz“.

überwiegend aufgrund der Staatsangehörigkeit eintreten bzw materiell eine Diskriminierung bewirken.¹⁴⁴

Die **Grundfreiheiten** sind nach hL und Rsp Konkretisierungen des allg Diskriminierungsverbots. Kern der Grundfreiheiten sind idS spezielle Diskriminierungsverbote, die das allg Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV jeweils konkretisieren. Die daraus folgende Subsidiarität des Diskriminierungsverbots¹⁴⁵ wird insb im Vergaberecht vom EuGH oft außer Acht gelassen.

Im Bereich des Vergaberechts werden – abhängig vom Auftragsgegenstand – die Warenverkehrs-,¹⁴⁶ die Personenverkehrs-¹⁴⁷ oder die Dienstleistungsfreiheit¹⁴⁸ berührt. Die Grundfreiheiten gelten umfassend. Alle öff AG idS VergabeRL bzw des BVergG sind Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten.¹⁴⁹ Alle Handlungen öff AG in Vergabeverfahren unterliegen den Grundfreiheiten.¹⁵⁰ Umgekehrt werden alle Unternehmen, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen, vom Schutzbereich der Grundfreiheiten erfasst. Ihnen sind daher im Wesentlichen die gleichen Rechte und Chancen wie einheimischen Bietern einzuräumen.¹⁵¹

Die Grundfreiheiten verbieten formelle und materielle Diskriminierungen. Ihre Bedeutung bzw Reichweite geht jedoch weit über bloße **Diskriminierungsverbote** hinaus. Nach st Rsp des EuGH enthalten die Grundfreiheiten nämlich **Beschränkungsverbote**,¹⁵² die auch unterschiedslose bzw nicht diskriminierende Beschränkungen der Grundfreiheiten verbieten. IdS ist etwa eine Maßnahme eine unzulässige Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit,¹⁵³ wenn sie „*geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern*“ (sog *Dassonville-Formel*).¹⁵⁴ Der EuGH hat die Formel mit entsprechenden semantischen Abweichungen auf die Dienstleistungs- u die Personenverkehrsfreiheiten übertragen.

Dennoch sind nicht alle Beschränkungen der Grundfreiheiten verboten. Kann die beschränkende Wirkung doch im Einzelfall „*so ungewiß und indirekt sein, daß sie nicht als*

¹⁴⁴ *Epiney* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 12 Rz 11 u 40 mwN aus der Rsp des EuGH.

¹⁴⁵ HL: Vgl nur *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 28-30 Rz 20 mwN.

¹⁴⁶ Art 28-37 AEUV.

¹⁴⁷ Art 45-55 AEUV.

¹⁴⁸ Art 56-62 AEUV.

¹⁴⁹ *Eilmansberger/Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 19 Rz 5 mwN.

¹⁵⁰ *Egger*, Europäisches Vergaberecht 57 Rz 57.

¹⁵¹ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 19.

¹⁵² Vgl nur *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 28-30 Rz 41 mwN.

¹⁵³ Der EuGH hat die Formel mit entsprechenden Abweichungen auf die Dienstleistungs- u die Personenverkehrsfreiheiten übertragen.

¹⁵⁴ EuGH 11.07.1974, Rs 8/74, *Dassonville*, Rn 5.

geeignet angesehen werden kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern“.¹⁵⁵ Eingeschränkt wird das weite Beschränkungsverbot darüber hinaus durch die sog *Keck*-Formel: Zulässig sind Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit, die auf nicht diskriminierenden Regelungen beruhen, die Verkaufsmodalitäten betreffen (sog vertriebsbezogene Regelungen) und den Absatz inländischer und ausländischer Produkte rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise betreffen. Im Unterschied dazu unterliegen produktbezogene Regelungen dem weiten Beschränkungsverbot. Hintergrund ist die Annahme, dass solche Maßnahmen nicht geeignet sind, „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten [...] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“, weil sie „den Marktzugang“ nicht versperren oder stärker behindern als für inländische Waren.¹⁵⁶ Bei den anderen Grundfreiheiten stellt der EuGH im Wesentlichen darauf ab, ob durch eine Beeinflussung des Marktzugangs die Grundfreiheiten beschränkt bzw beeinträchtigt werden oder nicht.¹⁵⁷ Bei der Dienstleistungsfreiheit reicht es bereits aus, wenn die Erbringung einer Dienstleistung behindert oder „weniger attraktiv“ gemacht wird,¹⁵⁸ tw wird auch eine abgewandelte *Keck*-Formel¹⁵⁹ verwendet.

Die praktische Bedeutung der Grundfreiheiten im Vergaberecht liegt va in den Anforderungen an die nicht diskriminierende, den Marktzutritt nicht beschränkende Gestaltung der Ausschreibung, va der Leistungsbeschreibung. Die Rsp dazu ist reichhaltig.¹⁶⁰

Für die Zulässigkeitsgrenzen nachträglicher Leistungsänderungen lässt sich unmittelbar aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV nichts gewinnen.

2.2 Das Regime des Primärrechts

Das sog Regime des Primärrechts gilt nur für jene Auftragsvergaben, die nicht in den Anwendungsbereich der VergabeRL fallen.

¹⁵⁵ EuGH 18.06.1998, Rs C-266/96, *Corsica Ferries France*, Rn 31.

¹⁵⁶ EuGH 24.11.1993, verb Rs C-267/91 u C-268/91, *Keck u Mithouard*, Rn 16 u 17.

¹⁵⁷ Vgl nur EuGH 15.12.1995, Rs C-415/93, *Jean-Marc Bosman*, Rn 103.

¹⁵⁸ *Kluth* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 49, 50 Rz 54 mwN. Aus dem Bereich des Vergaberechts: EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, *Contse SA*, Rn 25. EuGH 26.09.2000, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich*, Rn 81f, wonach bei der Leistungsbeschreibung Bezugnahmen auf nationale technische Spezifikationen unzulässig sein können, wenn grds nur inländische Unternehmen ihre Bedeutung ohne weiteres verstehen können. Indem ausländische Bieter sich erst über den Inhalt der Spezifikationen informieren müssten, könnten sie v der Teilnahme am Vergabeverfahren „abgeschreckt“ werden. IdS ebenfalls auf die „Abschreckung“ durch missverständliche Ausschreibungsbestimmungen abstellend, EuGH 12.11.2009, Rs C-199/07, *Kommission/Griechenland*, Rn 35f. Oder EuGH 15.05.2008, verb Rs C-147/06, C-148/06, *SECAP SpA*, Rn 28, wo der EuGH zum USB eine nationale Vorschrift, die den automatischen Ausschluss v ungewöhnlich niedrigen Angeboten angeordnet hat, ohne den betroffenen Bietern die Möglichkeit zur Erläuterung zu geben u somit auch falsche Ergebnisse in Kauf nahm, als unzulässig qualifizierte. Bei Aufträgen, an denen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, könnten – so der EuGH – Unternehmen aus anderen MS die Möglichkeit genommen werden, „in einen wirksameren Wettbewerb mit den in dem fraglichen Mitgliedstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmern zu treten, und beeinträchtigt damit ihren Zugang zum Markt dieses Staates, indem sie die Ausübung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit behindert, was eine Beschränkung dieser Freiheiten darstellt“.

¹⁵⁹ EuGH 10.05.1995, Rs C-384/93, *Alpine Investments*, Rn 36-38.

Begründet wird sein Anwendungsbereich durch die sog **Binnenmarktrelevanz** (siehe Pkt III.2.3), jedenfalls durch das Vorliegen eines Vertrags iSd VergabeRL und durch die Eigenschaft als öff AG iSd VergabeRL oder iSd weiteren primärrechtlichen AG-Begriffs¹⁶¹.

Obwohl der AEUV für die Vergabe öff Aufträge keine ausdrücklichen inhaltlichen Vorgaben enthält,¹⁶² leiten EuGH und (in noch viel weiterem Ausmaß) die Kommission¹⁶³ zahlreiche positive Verpflichtungen direkt aus den abstrakten Bestimmungen des Primärrechts ab: Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und den Grundfreiheiten leitet der EuGH va eine **Transparenzpflicht** ab. Die Transparenzpflicht besteht darin, zugunsten potenzieller Bieter einen „*angemessenen Grad*“ von Öffentlichkeit sicherzustellen, der geplante Auftragsvergaben dem Wettbewerb öffnet und gleichzeitig die Nachprüfung ermöglicht, ob Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.^{164,165} Der genaue Inhalt der Transparenzpflicht ist noch nicht vollständig geklärt.¹⁶⁶ Ungeklärt sind va die Anforderungen an die Ausschreibung und die Bekanntmachung. Die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit wird zu Recht kritisiert.¹⁶⁷ Fest steht idZ aber, dass aus dem Transparenzgebot nicht „*notwendigerweise*“ eine Pflicht zur förmlichen Ausschreibung folgt.¹⁶⁸ Weitere Einzelheiten sind unter Pkt III.3.3 „Transparenzgrundsatz“ dargestellt.

Abgesehen von der Transparenzpflicht besteht aber auch sonst Unklarheit über **Umfang und Inhalt** der primärrechtlichen Verpflichtungen. Da die (meisten) Bestimmungen der VergabeRL Konkretisierungen der primärrechtlichen Grundsätze¹⁶⁹ im Allgemeinen und des Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes¹⁷⁰ im Besonderen sind, bestehen erhebliche Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen **primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Anforderungen**. Während die Kommission dazu tendiert, bei ausschließlich vom Primärrecht erfassten Vergaben den Bestimmungen der VergabeRL

¹⁶⁰ Einen Überblick bietet *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 8f.

¹⁶¹ Siehe dazu *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 10 Rz 4 u 5.

¹⁶² Im AEUV wird das öff Auftragswesen lediglich in Art 179 (vgl Art 163 Abs 2 u 183 Abs 4 EGV) erwähnt, ohne dass sich daraus Verpflichtungen ableiten lassen.

¹⁶³ Vgl insb *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen.

¹⁶⁴ Grundlegend: EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*, Rn 61 u 62; EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 17; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 49; EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04, *ANAV*, Rn 21, jeweils zu Dienstleistungskonzessionen.

¹⁶⁵ Krit *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I² 809, die die Rsp als gesetzlich nicht mehr gedeckte „*politische Grundentscheidung einer generellen Wettbewerbsorientierung*“ jeglicher Beschaffungstätigkeit öff AG qualifizieren.

¹⁶⁶ Vgl *Fruhmann*, Vergaberegime, ZVB 2006, 261 *passim*; *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 55 Rz 145f.

¹⁶⁷ Vgl etwa *Frenz*, Beihilfe und Vergaberecht 533, 565.

¹⁶⁸ EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 21.

¹⁶⁹ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 23; *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I² 809; *Aicher* in *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 275 Rz 5; *Frenz*, Beihilfe und Vergaberecht 328.

¹⁷⁰ SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 118; krit *Holoubek/Fuchs*, Der sachliche Anwendungsbereich des BVergG 2002, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 77 zur Methodik des EuGH, der angeblich aus Sekundär- und Primärrecht dieselben Pflichten ableite.

nachgebildete Verpflichtungen zu konstruieren,¹⁷¹ darf nach zutr Ansicht das Regime der VergabeRL nicht unverändert oder analog auf das Primärrecht übertragen werden.¹⁷² Andernfalls wären die Bestimmungen über den sachlichen Anwendungsbereich der VergabeRL, insb die Festlegung der Schwellenwerte, sinnlos, und die Unterscheidung zwischen Vergaben inner- und außerhalb ihres Anwendungsbereichs könnte über weite Strecken entfallen.¹⁷³ Umgekehrt lässt sich aus den Bestimmungen über den sachlichen Anwendungsbereich ableiten, dass der Gesetzgeber kein einheitliches Vergaberegime wollte.

Ein weiteres Problem idZ ist, dass nach zutr Ansicht für Vergaben außerhalb der VergabeRL **kein einheitliches Regime** bestehen kann.¹⁷⁴ GA *Stix-Hackl* tritt hier generell für ein **erleichtertes Regime** und innerhalb dessen für **eine Abstufung** der verschiedenen Kategorien öff Aufträge ein.¹⁷⁵ Zur Abgrenzung der Kategorien sei einerseits auf die Binnenmarktrelevanz des jeweiligen Auftrags abzustellen, dh darauf, ob ein Auftrag für einen größeren Kreis von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen MS interessant ist, andererseits sei *„wie in den Richtlinien, auch auf bestimmte Umstände, wie das Bestehen von Ausschließlichkeitsrechten oder Dringlichkeit“* abzustellen. Denn aus dem Primärrecht dürfen keine weiter gehenden bzw strengeren Anforderungen als aus der VergabeRL folgen.¹⁷⁶ Das gilt va für die Transparenzpflicht. IdS sind bei In-House- und Quasi-In-House-Vorgängen weder Primär- noch Sekundärrecht anwendbar.¹⁷⁷ Dasselbe muss nach zutr Ansicht auch für die Transparenzpflicht bei VVoB gelten, denn die *„sich aus dem Vertrag ergebenden Grundsätze können nicht ein Öffentlichkeitserfordernis aufstellen, das auch dann zu erfüllen ist, wenn die Richtlinien ausdrücklich eine Befreiung vorsehen; sonst wäre diese Befreiung wirkungslos.“*¹⁷⁸ *„Auf diese Weise könnten bestimmte Vergaben, die in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen, sogar gänzlich von der Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung befreit sein.“*¹⁷⁹

Begründet wird das mit den selbst innerhalb der VergabeRL unterschiedlich strengen „Regimes“, dem Gedanken der Binnenmarktrelevanz (siehe Pkt III.2.3) bzw dem *telos* der

¹⁷¹ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen, *passim*.

¹⁷² *Egger*, Europäisches Vergaberecht 56 Rz 149 mwN; *Fruhmann*, Vergaberegime, ZVB 2006, 265 unter Verweis auf die beiden SA in den RS *Parking Brixen* (Rn 37) u *Coname* (Rn 69ff); *Frenz*, Beihilfe und Vergaberecht 574.

¹⁷³ SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, Rn 117.

¹⁷⁴ *Fruhmann*, Vergaberegime, ZVB 2006, 265; zust *Egger*, Europäisches Vergaberecht 56 Rz 150 mwN.

¹⁷⁵ SA GA *Stix-Hackl*, 12.05.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 69f.

¹⁷⁶ SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, Rn 118 mwN.

¹⁷⁷ EuGH 13.11.2008, Rs C-24/07, *Coditel Brabant SA*, Rn 25; *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 10 Rz 16 mwN.

¹⁷⁸ SA GA *Jacobs*, 02.06.2005, Rs C-525/03, *Kommission/Italien*, Rn 47; *Aicher* in *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 277 Rz 10 mwN.

¹⁷⁹ SA GA *Stix-Hackl*, 12.05.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 69f.

Schwellenwerte (siehe Pkt II.3), dem gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritäts- und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.¹⁸⁰

Zusammengefasst führt das zum dogmatisch zutr aber inhaltlich nichtssagenden Befund, dass die primärrechtlichen Verpflichtungen im Vergleich zur VergabeRL weniger streng und detailliert sind und öff AG einen „weiteren Spielraum“ lassen.¹⁸¹ IdZ wird etwa in den Materialien zu Dienstleistungskonzessionen und nicht-prioritären Dienstleistungen festgehalten, dass öff AG bei deren Vergabe insb nicht die im BVergG vorgesehenen Vergabeverfahrenstypen nutzen müssen, sondern auch eigene Verfahren schaffen können. Verlangt wird aber, dass an solchen Verfahren grds mehrere Unternehmen teilnehmen.¹⁸²

Bezogen auf nachträgliche Leistungsänderungen stellt sich daher die Frage, ob auch idZ ein weiterer Spielraum gilt.

2.3 Binnenmarktrelevanz

Anwendungsvoraussetzung der primärrechtlichen Vorschriften ist die Binnenmarktrelevanz. Im Bereich des Vergaberechts beantwortet sie die Frage, ob eine Auftragsvergabe dem Regime des Primärrechts unterliegt oder nicht und anders gewendet, wann die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens gegen das Primärrecht verstößt. Das Kriterium der Binnenmarktrelevanz bestimmt daher auch die Reichweite der Grundfreiheiten.

Die primärrechtlichen Vorschriften und Grundsätze erfassen nur Sachverhalte mit einem Bezug zum Gemeinschaftsrecht, weshalb sie – verkürzt gesagt – nur auf zwischenstaatliche bzw grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar sind.¹⁸³ Im Allgemeinen muss ein Zusammenhang mit der Ausübung oder der Verwirklichung der Grundfreiheiten vorliegen.¹⁸⁴

Im Bereich des Vergaberechts wird idZ das Vorliegen der Binnenmarktrelevanz verlangt. Das Primärrecht erfasst alle Aufträge, an denen „ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht“¹⁸⁵ bzw „die in hinreichendem Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarkts stehen.“¹⁸⁶ Wann das genau der Fall ist, ist wegen des Fehlens aussagekräftiger

¹⁸⁰ Grundlegend SA GA *Stix-Hackl*, 12.05.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 69f. Zust: *Fruhmman*, Vergaberegime, ZVB 2006, 265 u *Egger*, Europäisches Vergaberecht 56 Rz 150 mwN.

¹⁸¹ Vgl *Egger*, Europäisches Vergaberecht 56 Rz 147 mwN.

¹⁸² EB zu § 11 u zu § 141.

¹⁸³ Unter vielen: EuGH 28.01.1992, Rs C-332/90, *Volker Steens* (I), Rn 9 u EuGH 16.06.1994, Rs C-132/93, *Volker Steens* (II), Rn 10 (jeweils ohne Bezug zum Vergaberecht) u EuGH 09.09.1999, Rs C-108/98, *RI.SAN. Srl*, Rn 16.

¹⁸⁴ Vgl *Epiney* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 12 Rz 17.

¹⁸⁵ EuGH 15.05.2008, verb Rs C-147/06, C-148/06, *SECAP SpA*, Rn 21; EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*, Rn 29 u EuGH 21.02.2008, Rs C-412/04, *Kommission/Italien*, Rn 66 jeweils zu Aufträgen im USB.

¹⁸⁶ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen 2.

Rsp noch weitgehend unklar. Klar ist zunächst, dass nicht alle Auftragsvergaben erfasst werden. Die Binnenmarktrelevanz liegt dann nicht vor, wenn „wegen besonderer Umstände [...] vernünftigerweise angenommen werden könnte“, dass Unternehmen aus anderen MS kein **Interesse** am Auftrag haben. IdF wären nämlich „die Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten [...] zu zufällig und zu mittelbar“, als dass eine Verletzung der Grundfreiheiten vorliegen könnte.¹⁸⁷

Beispiel für solche besonderen Umstände ist eine „sehr geringfügige wirtschaftliche Bedeutung“ des Auftrags, wegen der Unternehmen aus anderen MS nicht interessiert sind. Umgekehrt kann ein Auftragswert „von gewisser Bedeutung“¹⁸⁸ oder der Ausführungsort¹⁸⁹ für ein grenzüberschreitendes Interesse sprechen. Wenn Landesgrenzen durch Ballungsräume verlaufen, kann allerdings – so der EuGH – selbst bei Aufträgen mit niedrigem Auftragswert ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehen.¹⁹⁰ Nach Auffassung der Kommission sind für die Beurteilung der Binnenmarktrelevanz folgende Kriterien maßgeblich: Auftragsgegenstand, geschätzter Auftragswert, allfällige Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Markts, wirtschaftliche Gepflogenheiten usw) und geographische Lage des Orts der Leistungserbringung.¹⁹¹

Im Bereich des Vergaberechts werden die Grundfreiheiten somit nicht nur bei der Beteiligung ausländischer Bieter an einem Vergabeverfahren berührt, sondern auch dann, wenn **potenziell interessierte Unternehmen aus anderen MS**, insb wegen der fehlenden Auftragsbekanntmachung, um die Teilnahmemöglichkeit an einem Vergabeverfahren gebracht werden.

Der EuGH begründet das Kriterium der Binnenmarktrelevanz dogmatisch mit dem Schutzbereich der Grundfreiheiten: Wenn an einem Auftrag auch ein Unternehmen aus einem anderen MS Interesse haben könnte, liegt in der ohne jede Transparenz erfolgenden Vergabe „eine unterschiedliche Behandlung zum Nachteil des in dem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens“ vor. Wegen der fehlenden Transparenz hat das ausländische Unternehmen nämlich keine Möglichkeit, sein Interesse am Erhalt des Auftrags zu bekunden. „Eine solche unterschiedliche Behandlung, die durch den Ausschluss aller in einem anderen

¹⁸⁷ EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 20 unter Verweis auf: EuGH 07.03.1990, Rs C-69/88, *Krantz*, Rn 11; EuGH 21.09.1999, Rs C-44/98, *BASF*, Rn 16 u EuGH 12.09.2002, Rs C-431/01, *Mertens*, Rn 34 (jeweils ohne Bezug zum Vergaberecht). Der Rs *Coname* ausdrücklich folgend: *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen 2.

¹⁸⁸ *Fruhmann*, Vergaberegime, ZVB 2006, 261 (266) leitet aus dem Sachverhalt der Rs *Parking Brixen* ab, dass ein Auftragswert iHv € 151.700,- über dieser Grenze liege. Der EuGH ist in der RS auf die Frage der Binnenmarktrelevanz nicht eingegangen, er setzte sie offenbar voraus.

¹⁸⁹ EuGH 17.07.2008, Rs C-347/06, *ASM Brescia*, Rn 62.

¹⁹⁰ EuGH 15.05.2008, verb Rs C-147/06, C-148/06, *SECAP SpA*, Rn 31.

¹⁹¹ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen 2.

Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen hauptsächlich diese benachteiligt, stellt, sofern sie nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist, eine nach den Artikeln 43 EG und 49 EG verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar [...].^{192,193}

Genau genommen liegt hier keine mittelbare Diskriminierung, sondern eine Beschränkung der Grundfreiheiten (vgl Pkt III.2.2) und darüber hinaus eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes¹⁹⁴ vor.

Objektive Umstände, die Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten bzw der Transparenzpflicht rechtfertigen können, sind insb die **Rechtfertigungsgründe**¹⁹⁵ (siehe Pkt III.2.4).

Gefordert ist eine **konkrete**, nachweisliche **Beeinträchtigung der Grundfreiheiten**. Ein Verdacht oder eine Vermutung eines grenzüberschreitenden Interesses reichen nicht aus. Ein ausländisches Unternehmen muss tatsächlich am Auftrag interessiert und nicht in der Lage gewesen sein, sein Interesse zu bekunden, weil es vor der Auftragsvergabe keinen Zugang zu angemessenen Informationen hatte.¹⁹⁶ Andererseits ist ein **konkretes Interesse** an der Teilnahme am Vergabeverfahren auch ausreichend. Der EuGH verlangt nicht, dass die Beteiligung des interessierten Unternehmens (wahrscheinlich) auch zu einem anderen Ergebnis bei der Bestbieterermittlung geführt hätte.

2.4 Rechtfertigungsgründe

Trotz grenzüberschreitendem Interesse kann die **Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens** ausnahmsweise zulässig sein. Es bestehen nämlich zahlreiche Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Grundfreiheiten (sog Schranken). Die Rechtfertigungsgründe knüpfen an das Bestehen eines öff Auftrags an, an dem grenzüberschreitendes Interesse besteht. In Bezug auf nachträgliche Leistungsänderungen ist daher zu prüfen, ob die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens auf der Ebene der Grundfreiheiten gerechtfertigt sein kann. Anderes lässt sich idZ aus den Rechtfertigungsgründen nicht ableiten.

¹⁹² Hervorhebungen durch den Verfasser.

¹⁹³ EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 17, 18 u 19; EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*, Rn 30 u 31; EuGH 17.07.2008, Rs C-347/06, *ASM Brescia*, Rn 60. Ähnlich EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 55: „Wird aber eine öffentliche Dienstleistungskonzession [...] weder bekannt gemacht noch ausgeschrieben, so liegt darin eine zumindest potenzielle Diskriminierung zu Lasten der Unternehmen aus den anderen Mitgliedstaaten, die daran gehindert werden, von der im Vertrag vorgesehenen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.“; EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, *Contse SA*, Rn 17.

¹⁹⁴ IdS ua EuGH 13.09.2007, Rs C-260/04, *Kommission/Italien*, Rn 25.

¹⁹⁵ IdS *Aicher* in *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 274 Rz 3.

¹⁹⁶ EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*, Rn 32: Die Klage der Kommission wurde abgewiesen, weil sie das nicht nachgewiesen hat!

Die Grundfreiheiten enthalten mehrere ausdrückliche Schranken:¹⁹⁷ Gründe der öff Sicherheit, Ordnung und Sittlichkeit, des Gesundheitsschutzes, des nationalen Kulturguts von besonderem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums. Als Ausnahmevorschriften sind die Gründe eng auszulegen.¹⁹⁸ Daneben bestehen „ungeschriebene“ Rechtfertigungsgründe. Nach der idZ maßgeblichen *Cassis*-Formel können die Grundfreiheiten beschränkende Maßnahmen zulässig sein, wenn sie „*notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden.*“¹⁹⁹ Die zwingenden Erfordernisse entwickelt der EuGH in offener Rechtsfortbildung. Bisher hat er insb folgende Gründe anerkannt: wirksame steuerliche Kontrolle, Schutz der öff Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs, Verbraucherschutz, Umweltschutz, raumplanerische Ziele, Schutz öff Netze, der Nahversorgung oder der Kohärenz des Steuersystems, Gläubigerschutz, aktienrechtlicher Minderheitenschutz, berufliche Qualifikationssicherung, Erhaltung der Medienvielfalt, Erhaltung und Aufwertung des kulturellen und künstlerischen Erbes, Schutz von Arbeitnehmern oder der sozialen Sicherungssysteme und Verkehrssicherheit.²⁰⁰ Also sog Schranken-Schranke ist *va* das Verhältnismäßigkeitsprinzip anzuwenden.²⁰¹ Dh Beschränkungen, die auf einem Rechtfertigungsgrund basieren, müssen zusätzlich auch verhältnismäßig sein.

Das Konzept von **Rechtfertigungsmöglichkeiten** von Eingriffen in die Grundfreiheiten findet auch im Bereich des Vergaberechts Anwendung. In der Rs *Contse* (zum Vollanwendungsbereich der VergabeRL)²⁰² und der Rs *Kommission/Italien* (zu Dienstleistungskonzessionen)²⁰³ hielt der EuGH fest, dass Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zulässig sind, wenn sie nicht diskriminierend, aus „*zwingenden Gründen des Allgemeininteresses*“ gerechtfertigt und geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgehen, was zur Zielerreichung erforderlich ist. Als weitere Schranke hat der EuGH im Bereich des Vergaberechts neben den grundfreiheitlichen Rechtfertigungsgründen²⁰⁴ auch den allg Rechtsgrundsatz der Rechtssicherheit anerkannt.²⁰⁵

¹⁹⁷ Art 36, 45 Abs 3, 52 u 62 AEUV.

¹⁹⁸ Vgl nur *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 28-30 Rz 76 mwN.

¹⁹⁹ EuGH 20.02.1979, Rs 120/78, *Rewe-Zentral AG*, Rn 8.

²⁰⁰ Vgl *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 28-30 Rz 80 mwN.

²⁰¹ St Rsp u hL. Vgl nur *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 28-30 Rz 87f mwN u *Egger*, Europäisches Vergaberecht 67 Rz 190.

²⁰² EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, *Contse SA*, Rn 25 mwN.

²⁰³ EuGH 13.09.2007, Rs C-260/04, *Kommission/Italien*, Rn 26f.

²⁰⁴ Im SA v 24.04.2008, Rs C-347/06, *ASM Brescia*, Rn 48 hat GA *Maduro* den Grundsatz der Rechtssicherheit hingegen als zwingenden Grund qualifiziert.

²⁰⁵ EuGH 17.07.2008, Rs C-347/06, *ASM Brescia*, Rn 64.

Bezogen auf **nachträgliche Leistungsänderungen** liegen Rechtfertigungsgründe nur selten vor. Wird eine Leistung nachträglich geändert, ohne zuvor ein neuerliches Vergabeverfahren durchzuführen, hat das idR nämlich **wirtschaftliche Gründe**. Durch die Neuausschreibung entstehen Kosten für die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens. Darüber hinaus kann es zu Verzögerungen bei der Ausführung des Auftrags kommen oder sich die Pflicht zur Vertragsauflösung ergeben, was weitere Kosten verursachen kann. Nach st Rsp können aber wirtschaftliche Gründe alleine („*rein wirtschaftliche Gründe*“) Beschränkungen der Grundfreiheiten nicht rechtfertigen.^{206,207} Andere Rechtfertigungsgründe werden letztlich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz scheitern. Die Bestimmungen der RMRL und des BVergG bestätigen dieses Ergebnis.²⁰⁸ Dennoch sind solche Rechtfertigungen grds denkbar und nicht *a priori* ausgeschlossen.²⁰⁹

Eine weitere Frage ist die, ob die **Rechtfertigungsgründe** auch auf Auftragsvergaben im Anwendungsbereich der **VergabeRL** anwendbar sind. Bei der **Anwendbarkeit** der Rechtfertigungsgründe ist zu unterscheiden: Auf Auftragsvergaben, die vom Anwendungsbereich der VergabeRL ausgenommen sind und dem Primärrecht unterliegen, sind die Rechtfertigungsgründe anwendbar. Problematisch ist der durch die VergabeRL harmonisierte Bereich des Vergaberechts. Hier gilt der **Anwendungsvorrang des Sekundärrechts**.²¹⁰ Hat die VergabeRL einen Aspekt abschließend geregelt, dann ist er auch anhand der „*Bestimmungen der Harmonisierungsmaßnahme und nicht der des Primärrechts zu beurteilen*“.²¹¹ IdS muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine positive Regel im Hinblick auf die von den Rechtfertigungsgründen geschützten Rechtsgüter abschließenden Charakter hat oder nicht.²¹² MaW ist zu prüfen, ob die VergabeRL Maßnahmen vorsieht, die zur Verwirklichung des konkreten Zieles erforderlich sind, das durch den Rückgriff auf einen

²⁰⁶ EuGH 13.09.2007, Rs C-260/04, *Kommission/Italien*, Rn 35, wonach die für die ausschreibungslose Verlängerung v Dienstleistungskonzessionen für die Annahme v Pferdewetten gelten gemachten Gründe, „*dass für die Inhaber einer Konzession Kontinuität, finanzielle Stabilität und angemessene Renditen aus den in der Vergangenheit getätigten Investitionen gewährleistet werden sollten*“ wirtschaftliche Gründe sind u daher nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt werden können, mwN. IdS allg Egger, Europäisches Vergaberecht 68 Rz 191 Fn 428.

²⁰⁷ EuGH 28.04.1998, Rs C-120/95, *Nicolas Decker*, Rn 39; EuGH 28.04.1998, Rs C-158/96, *Raymond Kohll*, Rn 41 mwN; jüngst EuGH 27.10.2009, Rs C-115/08, *Land Oberösterreich/ČEZ*, Rn 109 (jeweils ohne Bezug zum Vergaberecht); *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 28-30 Rz 81 mwN.

²⁰⁸ Gem Art 2d Abs 2 RMRL müssen ansonsten unwirksame öff Aufträge nicht aufgelöst werden, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen bzw die Unwirksamkeit „*unverhältnismäßige Folgen*“ hätte. Ausdrücklich keine Rechtfertigungsgründe sind wirtschaftliche Interessen „*in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag*“, wie zB Kosten iZm Verzögerungen bei der Auftragsausführung, Kosten eines Vergabeverfahrens, die durch den AN-Wechsel oder durch „*rechtliche Verpflichtungen aufgrund der Unwirksamkeit*“ des Leistungsvertrags entstehen, siehe auch § 334 Abs 2 u EB 2009 zu § 334.

²⁰⁹ Wie insb die Rs *ASM Brescia* zeigt, EuGH 17.07.2008, Rs C-347/06, Rn 64. Wegen ihres besonderen Sachverhalts, ist die Rs iZm nachträglichen Leistungsänderungen allerdings nicht verallgemeinerungsfähig.

²¹⁰ St Rsp u hL. Vgl *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 28-30 Rz 18 mwN.

²¹¹ EuGH 14.12.2004, Rs C-309/02, *Radlberger*, Rn 53 mwN.

²¹² AA *Aicher* in *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts 275 Rz 5, nach dem im richtliniengeregelten Bereich die Berufung auf Rechtfertigungsgründe generell unzulässig ist.

Rechtfertigungsgrund erreicht werden soll.²¹³ IdS haben etwa die Bestimmungen der VergabeRL über die Auftragsbedingungen keinen abschließenden Charakter. Hier ist eine Rechtfertigung möglich.²¹⁴

Bezogen auf nachträgliche Leistungsänderungen ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen der VergabeRL sowohl über die Begründung ihres sachlichen Anwendungsbereichs als auch über die Ausnahmen ihres Anwendungsbereichs²¹⁵ **abschließend geregelt** sind. MaW ist abschließend geregelt, was ein öff Auftrag ist und unter welchen Voraussetzungen er vom Anwendungsbereich der VergabeRL ausgenommen ist. Es bestehen zahlreiche Ausnahmegründe, die besondere Konstellationen berücksichtigen. Daran ändert auch nichts, dass bestimmte Aspekte, wie zB nachträgliche Leistungsänderungen nicht ausdrücklich geregelt sind und aus diesem Grund interpretativ erschlossen werden müssen.

IZm nachträglichen Leistungsänderungen ist daher im Anwendungsbereich der VergabeRL eine Berufung auf Rechtfertigungsgründe nicht möglich. In diesem Bereich ist die Rechtfertigung der Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens auf die Ausnahmetatbestände der VergabeRL beschränkt.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der VergabeRL ist eine Berufung auf die Rechtfertigungsgründe zulässig, wenngleich idR nicht erfolgversprechend.

3. SEKUNDÄRRECHTLICHE GRUNDSÄTZE

3.1 Wettbewerbsgrundsatz

Wie in Pkt II.3 „Ziel und Zweck des Vergaberechts“ ausgeführt, sind die „*Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb*“²¹⁶ und die Durchführung eines Parallelwettbewerbs der Bieter Kernanliegen des Vergaberechts. „*Es ist nämlich die Öffnung dieses Bereiches für den gemeinschaftlichen Wettbewerb mittels der in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren, die die Gefahr von Bevorzugungen durch die öffentliche Verwaltung ausschließt*“.²¹⁷ Die Gewährleistung und Organisation des Wettbewerbs um öff Aufträge ist daher „*zugleich Ziel und Grundlage*“ sowohl der VergabeRL als auch des BVergG.²¹⁸

²¹³ IdS EuGH 11.05.1999, Rs C-350/97, *Monsees*, Rn 24 (ohne Bezug zum Vergaberecht).

²¹⁴ Siehe nur die Begründung in der Rs *Contse* (oben).

²¹⁵ Nach st Rsp sind die Ausnahmegründe der VergabeRL abschließend festgelegt. Vgl nur EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*, Rn 24 u EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92, *Kommission/Spanien*, Rn 12.

²¹⁶ 2. Erwägungsgrund der VergabeRL.

²¹⁷ EuGH 27.11.2001, verb RS C-285/99 u 286/99, *Impresa Lombardini*, Rn 35.

²¹⁸ Vgl *Gutknecht* in FS Krejci II 1406.

Ergänzt und konkretisiert wird das Wettbewerbsprinzip durch den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz.²¹⁹ Dementsprechend ist es „*Auslegungsmaxime*“ dieser Grundsätze.²²⁰ So verstanden, kommt dem Wettbewerbsprinzip eine zentrale Stellung unter den Grundsätzen des Vergaberechts zu.²²¹

Obwohl der Wettbewerbsgrundsatz – im Unterschied zu § 19 – in Art 2 VergabeRL nicht ausdrücklich erwähnt wird, besteht an seiner Existenz kein Zweifel. Sowohl in mehreren Erwägungsgründen²²² als auch in zahlreichen Bestimmungen der VergabeRL²²³ wird ausdrücklich auf den „Wettbewerb“ Bezug genommen. So muss bspw bei jenen Vergabeverfahrenstypen, in denen die Anzahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, begrenzt werden dürfen, die Zahl der zugelassenen Bewerber ausreichen, „*damit ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.*“²²⁴ Auch der EuGH nimmt regelmäßig Bezug auf den „Wettbewerb“. So stellte er ua in der RS *Metalmecanica Fracasso SpA* ausdrücklich klar, dass öff AG „*im Interesse eines echten Wettbewerbs*“ in der Lage sein sollen, „*verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien [...] das günstigste Angebot zu wählen.*“ Findet kein „echter Wettbewerb“ statt, weil sich nur ein Bieter am Vergabeverfahren beteiligt hat, besteht daher auch keine Verpflichtung, dem einzigen Bieter den Zuschlag zu erteilen.²²⁵ Zur BKRL stellte der EuGH fest, dass diese „*die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge bezweckt und in ihrem Abschnitt IV Selektions- und Zuschlagskriterien aufstellt, die einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen.*“²²⁶ In der Rs *Varec* entschied der EuGH, dass öff AG keine Informationen über ein Vergabeverfahren preisgeben dürfen, „*deren Inhalt dazu verwendet werden könnte, den Wettbewerb entweder in einem laufenden Vergabeverfahren oder in späteren Vergabeverfahren zu verfälschen.*“²²⁷ Im Unterschied va zur älteren Rsp des BVA²²⁸, begründet der EuGH Vergaberechtswidrigkeiten jedoch idR nicht bzw jedenfalls nicht alleine mit Verstößen gegen den Wettbewerbsgrundsatz. Der EuGH zieht den Wettbewerbsgrundsatz vielmehr – oft auch nur implizit – zur Auslegung des

²¹⁹ IdS Egger, Europäisches Vergaberecht 212 Rz 833.

²²⁰ Gutknecht in FS Krejci 1406; Eilmansberger/Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 19 Rz 30.

²²¹ Vgl VfGH 20.06.2001, B1560/00 u Gutknecht in FS Krejci II 1406.

²²² Vgl 2., 4., 13., 29., 36 u 41 Erwägungsgrund der VergabeRL.

²²³ ZB in Art 23 Abs 2 („Wettbewerb“), in Art 35 Abs 4 u Art 41 Abs 3 („lauterer Wettbewerb“) u in Art 44 Abs 3 („echter Wettbewerb“).

²²⁴ Art 44 Abs 3 letzter Satz VergabeRL.

²²⁵ EuGH 16.09.1999, Rs C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA*, Rn 31 u 32. Umgekehrt darf aber ein Verhandlungsverfahren zu Ende geführt werden, wenn zwar in der Ausschreibung die Zahl der zur Verhandlungsphase zugelassenen Unternehmen mit mindestens drei festgelegt ist, sich im Laufe des Verfahrens aber herausstellt, dass nicht so viele geeignete Bewerber vorhanden sind. IdF darf das Verfahren mit dem oder den geeigneten Unternehmen fortgesetzt werden, EuGH 15.10.2009, Rs C-138/08, *Hochtief AG*, Rn 41 u 42.

²²⁶ EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Rn 33.

²²⁷ EuGH 14.02.2008, Rs C-450/06, *Varec*, Rn 35.

²²⁸ Vgl nur Pkt VI.2.1.1.

Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes heran.²²⁹ Gerade die Rs *pressetext* ist ein Beleg dafür (siehe Pkt IV.3). Aus diesem Grund wird aber auch das Bestehen des Wettbewerbsgrundsatzes tw bezweifelt. IdZ wird vertreten, dass es sich bloß um eine Zielvorgabe handle.²³⁰

Der österr Gesetzgeber hat das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip der VergabeRL insofern inhaltlich angereichert, als der **Wettbewerbsgrundsatz** des **BVergG** neben dem „*freien*“ auch den „*fairen und lautereren*“²³¹ Wettbewerb umfasst.

Freier Wettbewerb bedeutet, Zugangs- oder Ausübungsbeschränkungen zu verhindern, um die Öffnung der Beschaffungsmärkte sicherzustellen.²³² Ein freier Wettbewerb gewährleistet in- und ausländischen Bietern einen „*freien Zugang*“ unter gleichen Chancen zu den Beschaffungsmärkten.²³³ ISd freien Wettbewerbs ist va die beabsichtigte Vergabe eines öff Auftrags gemeinschaftsweit bekannt zu machen, darf die Festlegung technischer Spezifikationen gem Art 23 Abs 2 VergabeRL „*den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern*“ oder die Teilnahme an Vergabeverfahren ohne sachliche Rechtfertigung nicht auf einzelne Berufsstände beschränkt werden, wenn auch andere Unternehmen zur Erbringung der Leistung berechtigt sind.²³⁴

Fairer Wettbewerb betrifft das Verhältnis zwischen öff AG und Bietern.²³⁵ Er soll die Neutralisierung der oft starken Marktposition öff AG gewährleisten.²³⁶ ISd fairen Wettbewerbs sind öff AG verpflichtet, sich in der Ausschreibung auf sachliche, dh durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte, Forderungen zu beschränken.²³⁷ Auch das Verhandlungsverbot kann als Ausdruck des fairen Wettbewerbs gesehen werden, wenn es das „Preisdrücken“ mächtiger AG nach Angebotsöffnung verhindern soll (siehe Pkt V.2.2.1).

Der **lautere Wettbewerb** betrifft das Verhältnis zwischen den Bietern²³⁸ und dient dem Schutz sowohl der AG als auch anderer Bieter.²³⁹ Unlauter ist der Wettbewerb, wenn Unternehmer durch Bestechung, Preisabsprachen mit Mitkonkurrenten oder Ausnützen einer

²²⁹ EuGH 16.09.1999, Rs C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA* (siehe oben); iZm der Vorarbeitenproblematik: EuGH 03.03.2005, verb Rs C-21/03, C-34/03, *Fabricom SA*, Rn 35, wo auf die „*Gefahr für den Wettbewerb*“ abgestellt wurde.

²³⁰ *Ziekow*, Die vergaberechtlich zulässige Vertragslaufzeit bei komplexen PPP-Modellen, VergabeR 2006, 702 (704 u 708) mwN.

²³¹ EB zu § 19.

²³² EB zu § 19; *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 212 Rz 834; *Casati*, ZVB 2002/108.

²³³ Vgl *Gutknecht* in FS Krejci 1408.

²³⁴ *Casati*, ZVB 2002/108.

²³⁵ EB zu § 19.

²³⁶ *Gutknecht* in FS Krejci II 1408; *Egger*, Europäisches Vergaberecht 212 Rz 834.

²³⁷ *Casati*, ZVB 2002/108; ähnlich *Eilmansberger/Fruhmam* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2006 § 19 Rz 37.

²³⁸ EB zu § 19.

²³⁹ *Gutknecht* in FS Krejci II 1408.

marktbeherrschenden Position versuchen, sich einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil im Vergabeverfahren zu verschaffen.²⁴⁰

Der österr Gesetzgeber hat zahlreiche Bestimmungen in das BVergG aufgenommen, die unmittelbarer **Ausdruck des Wettbewerbsprinzips** sind und dem **Schutz des Wettbewerbs** dienen:

Gem § 129 Abs 1 Z 8 sind etwa Angebote von Bietern auszuschneiden, die gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende **Abreden** getroffen haben, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs beabsichtigen oder tatsächlich bewirken.²⁴¹ Unzulässig kann daher die **Mehrfachbeteiligung** eines Unternehmens in unterschiedlichen Angeboten sein, wie zB die Beteiligung an mehreren BIEGE, als Subunternehmer an mehreren Angeboten oder die Beteiligung konzernverbundener Unternehmen. In dieselbe Richtung geht § 20 Abs 5, nach dem Bieter, die an der **Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren** beteiligt waren, ausgeschlossen werden müssen, wenn durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb nicht gewährleistet ist. Nach der Rsp dient auch die Pflicht zum Ausscheiden mangelhafter Angebote gem § 129 Abs 1 Z 7 generell der Gewährleistung eines lauterer Wettbewerbs.²⁴²

Öff AG dürfen grds keine das Vergabeverfahren betreffenden **Informationen** preisgeben, „deren Inhalt dazu verwendet werden könnte, den Wettbewerb entweder in einem laufenden Vergabeverfahren oder in späteren Vergabeverfahren zu verfälschen.“²⁴³ IdS verpflichten § 101 für offene und § 104 Abs 3 für nicht-offene Verfahren öff AG dazu, Anzahl und Namen der Unternehmen, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren bekundet haben bzw die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten. Ziel und Zweck der **Geheimhaltungsverpflichtung** ist es, Preisabsprachen und Preisvergleiche zu verhindern.²⁴⁴ Ua auch aus diesen Gründen sind gem § 129 Abs 1 Z 6

²⁴⁰ Vgl EB zu § 19.

²⁴¹ Nach BVA 02.10.2001, N-80/01-19 verbietet das Wettbewerbsprinzip: „die Verringerung der Anzahl der möglichen Bewerber, die Verringerung der Angebotsvielfalt bzw. die Beschränkung der Angebotsvielfalt durch Preisabsprachen und sonstige Absprachen über den Inhalt von Angeboten (z.B. Bindung von Entgelten, Absprachen über Gewinnaufschläge, Verarbeitungsspannen und andere Preisbestandteile, Verabredungen über Zahlungs-, Lieferung- und andere Bedingungen, soweit sie unmittelbar den Preis beeinflussen, Entrichtung von Ausfallsentschädigungen und Abstandszahlungen, Gewinnbeteiligung oder andere Abgaben [...]). Wettbewerbswidrig wäre ferner die Ausschaltung des Konkurrenzdruckes durch das Zusammenwirken mehrerer Bieter anstatt des durch den Wettbewerb geforderten Gegeneinanders, sowie das Erlangen von Informationen, die Wettbewerbsvorteile einräumen. Zu letzterem Punkt ist insbesondere festzuhalten, dass zwar Transparenz im Vergabeverfahren im Verhältnis zwischen Ausschreiber und Bieter erforderlich ist und erst diese Transparenz einen chancengleichen Wettbewerb ermöglicht, jedoch eine auf Aufklärung der Konkurrenzsituation zwischen den Bietern gerichtete Transparenz dem Grundsatz nach abzulehnen ist, da diese aufeinander abgestimmtes Verhalten der Bieter fördert und die Wettbewerbsintensität hemmt.“

²⁴² VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023 u VwGH 04.09.2002 2000/04/0181.

²⁴³ EuGH 14.02.2008, Rs C-450/06, *Varec*, Rn 35.

²⁴⁴ Vgl bereits OGH 16.3.1999, 14 Os 155/98 zur Vorgängerbestimmung des § 45 Abs 2 BVergG 1997: „Die Preisgabe der im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung eingeladenen Firmen ist nämlich generell geeignet, Absprachen zu ermöglichen und damit den Wettbewerb durch Preisbildungsverzerrungen zu beeinträchtigen.“

verspätet eingelangte Angebote auszuschneiden. Auch das **Verhandlungsverbot** der §§ 101 Abs 4 und 104 Abs 2 (siehe Pkt V.2.2.1), das in offenen und nicht-offenen Verfahren (Verhandlungen über) Angebotsänderungen verbietet, dient dem Schutz des Wettbewerbs als Institution. Aus denselben Gründen sind in Verhandlungsverfahren diskriminierende Informationsweitergaben gem § 105 Abs 1 letzter Satz verboten. Ausdruck des Wettbewerbsprinzips ist auch das in der **Rangordnung der Vergabeverfahrenstypen** verankerte „*Primat*“²⁴⁵ der offenen und nicht-offenen Verfahren²⁴⁶ und der Ausnahmecharakter der VVoB.

3.2 Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist die „*materiell rechtliche Grundnorm für das gesamte Vergabeverfahren*“.²⁴⁷ Er soll einen möglichst gleichen Zugang zu öff Aufträgen gewährleisten, verpflichtet öff AG zur Unparteilichkeit und Neutralität²⁴⁸ und verbietet jede unsachliche Bevorzugung von Unternehmen. Zahlreiche Bestimmungen der VergabeRL bzw des BVergG konkretisieren den Gleichbehandlungsgrundsatz und sind im Lichte dieses Grundsatzes auszulegen.

In der BKRL, der LKRL und der DKRL fehlte eine mit Art 2 VergabeRL vergleichbare Bestimmung, die öff AG ausdrücklich dazu verpflichtete, den Gleichbehandlungsgrundsatz einzuhalten. Der EuGH ging zu dieser Rechtslage aber davon aus, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung den RL zugrunde lag bzw ihrem „*Wesen*“ entsprach.²⁴⁹ IdS waren schon nach der „alten“ Rechtslage, öff AG bei der Vergabe öff Aufträge zur Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet.²⁵⁰

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt unabhängig davon, ob eine Auftragsvergabe in den Anwendungsbereich der VergabeRL fällt oder ausschließlich vom Primärrecht erfasst wird.

²⁴⁵ EB zu § 27.

²⁴⁶ Aicher in Korinek/Rill, Reform 260; derselbe in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts 282 Rz 20.

²⁴⁷ So der v Aicher in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts 290 Rz 33 zit Dreher.

²⁴⁸ Egger, Europäisches Vergaberecht, 213 Rz 836 mwN.

²⁴⁹ EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 51; EuGH 22.07.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Rn 33, EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*, Rn 4 u 33; EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finnland*, Rn 81; EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*, Rn 22; EuGH 03.03.2005, verb Rs C-21/03, C-34/03, *Fabricom SA*, Rn 26; EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*; Fischer in Lenz/Borhardt, EG-Vertrag⁶ nach Art 49-55 Rz 5 u 26.

²⁵⁰ Unter vielen: EuGH 27.11.2001, verb Rs C-285/99, C-286/99, *Impresa Lombardini*, Rn 37 u EuGH 19.06.2003, Rs C-315/01, *GAT*, Rn 73.

IdS leitet der EuGH den Grundsatz der Gleichbehandlung einerseits aus der VergabeRL²⁵¹ und andererseits unmittelbar aus dem Primärrecht²⁵² ab.

Nach st Rsp des EuGH schließen – sowohl im als auch außerhalb des Anwendungsbereichs der VergabeRL – der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob die Grundsätze auch eingehalten wurden.²⁵³ Die Transparenzpflicht besteht im Wesentlichen darin, dass zugunsten potenzieller Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der den Dienstleistungsauftrag dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.²⁵⁴

Der EuGH hat den Gleichbehandlungsgrundsatz in zahlreichen E konkretisiert. Ganz allgemein **verbietet** der Gleichbehandlungsgrundsatz **jede unsachliche Bevorzugung von Unternehmen** und verlangt umgekehrt die Gleichbehandlung der Bieter **während aller Phasen eines Vergabeverfahrens**.²⁵⁵ Der Gleichbehandlungsgrundsatz schützt auch jene Unternehmen, die noch kein Angebot abgegeben haben und formal (noch) keine Bieter sind. Der EuGH spricht idZ von „**potenziellen Bietern**“: *„Diese Auslegung entspricht dem Zweck der Richtlinie, die Märkte, auf die sie anwendbar ist, dem Wettbewerb in der Gemeinschaft zu öffnen. Diesem Zweck würde es nämlich zuwiderlaufen, wenn ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren so gestalten könnte, dass die Unternehmer aus den anderen Mitgliedstaaten als dem, in dem die Aufträge vergeben werden, von der Angebotsabgabe abgeschreckt würden.“* „Folglich schützt Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie [Anm: Art 4 SKRL normierte das Diskriminierungsverbot] *dadurch, dass er eine Ungleichbehandlung der Bieter verbietet, zugleich diejenigen, die von der Angebotsabgabe abgeschreckt wurden, weil sie durch die Ausgestaltung des vom Auftraggeber angewandten Verfahrens benachteiligt wurden.*“²⁵⁶

²⁵¹ Vgl ua EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 39.

²⁵² Jüngst EuGH 14.06.2007, Rs C-6/05, *Mepipac-Kazanzidis*, Rn 33 u 53 unter Verweis auf EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*, Rn 60 u 61; EuGH 03.12.2001, Rs C-59/00, *Vestergaard*, Rn 20 u 21; EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 16 u 17; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 46,47 u 48.

²⁵³ Vgl ua EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*, Rn 45 mwN; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*, Rn 91.

²⁵⁴ St Rsp: Vgl EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 49; EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04, *ANAV*, Rn 21; EuGH Rs C-324/98, *Telaustria*, Rn 61 u 62; EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, Rn 75; EuGH 18.11.1999, Rs C-275/98, *Unitron Scandinavia*, Rn 31; EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SLAC*, Rn 41; EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 34.

²⁵⁵ Vgl EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rn 93; Egger, *Europäisches Vergaberecht* 213 Rz 838 mwN.

²⁵⁶ EuGH 05.10.2000, Rs C-16/98, *Kommission/Frankreich*, Rn 107-111.

Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz müssen alle Bieter, uzw auch potenzielle,²⁵⁷ bei der Erstellung ihrer Angebote oder Teilnahmeanträge über die **gleichen Chancen** verfügen.²⁵⁸ Daraus folgt, dass die Angebote aller Bieter den **gleichen Bedingungen** unterworfen sein müssen.²⁵⁹ Gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz kann es daher verstoßen, wenn ein Bieter an Vorarbeiten zur Ausschreibung beteiligt war, „soweit“²⁶⁰ seine Teilnahme am Vergabeverfahren „eine Gefahr für den Wettbewerb“ darstellt. Insb wegen seines Informationsvorsprungs, könnte er bei der Erstellung seines Angebots begünstigt sein. Darüber hinaus könnte er „die Bedingungen für den fraglichen öffentlichen Auftrag, und sei es unbeabsichtigt, in einem für sie günstigen Sinne beeinflussen.“²⁶¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt aber nicht, dass solche Unternehmen von vornherein ausgeschlossen werden müssen. Entscheidend sind die konkreten Auswirkungen im Einzelfall.²⁶²

Chancengleichheit verlangt auch, dass **Auftragsgegenstand** und **Zuschlagskriterien eindeutig festgelegt** sind.²⁶³ Im Bezug auf die **Zuschlagskriterien** müssen die Bieter sowohl zum Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zum Zeitpunkt, zu dem die Angebote geprüft und bewertet werden, gleichbehandelt werden.²⁶⁴ Unternehmen müssen daher zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote alle Zuschlagskriterien und, wenn möglich, deren relative Bedeutung zueinander bekannt sein.²⁶⁵ Ganz allg müssen daher die für die Ausschreibung geltenden Kriterien und Bedingungen in angemessener Weise bekannt gemacht werden.²⁶⁶ Bei der Bewertung der Angebote müssen die Zuschlagskriterien objektiv und einheitlich auf alle Bieter angewendet werden.²⁶⁷ Es dürfen keine Gewichtungsregeln oder Unterkriterien angewendet werden, die den Bietern nicht vorher bekannt gegeben wurden.²⁶⁸ Unzulässig sind daher Zuschlagskriterien, die „einem öffentlichen Auftraggeber

²⁵⁷ Jüngst: EuGH 12.11.2009, Rs C-199/07, *Kommission/Griechenland*, Rn 37 mwN.

²⁵⁸ Vgl ua EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 54: „Das Verfahren zum Vergleich der Angebote musste somit in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen.“ EuGH 03.03.2005, verb Rs C-21/03, C-34/03, *Fabricom SA*, Rn 29; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 48.

²⁵⁹ Vgl ua EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 110.

²⁶⁰ § 20 Abs 5.

²⁶¹ EuGH 03.03.2005, verb Rs C-21/03, C-34/03, *Fabricom SA*, Rn 29f.

²⁶² EB zu § 20 mwN.

²⁶³ EuGH 14.10.2004, Rs C-340/02, *Kommission/Frankreich*, Rn 34.

²⁶⁴ Vgl ua EuGH 18. 10. 2001, Rs C-19/00, *SIAC*, Rn 34; EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*, Rn 22.

²⁶⁵ Vgl ua EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 88; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*, Rn 98; EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*, Rn 24; jüngst EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 36. Im Gegensatz zu ihren Vorgängerinnen enthält die VergabeRL in Art 53 Abs 2 VergabeRL ausdrücklich diese Pflicht.

²⁶⁶ Vgl jüngst EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 40 unter Verweis auf EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87, *Gebroeders Beentjes*, Rn 21; EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*, Rn 34 u EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*, Rn 22.

²⁶⁷ EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*, Rn 44; EuGH 04.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, Rn 48.

²⁶⁸ Vgl EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*, Rn 99; EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 38. Zulässig kann aber die nachträgliche Festlegung von Gewichtungskoeffizienten für Unterkriterien der Zuschlagskriterien sein (siehe Pkt V.2.4.2), EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*, Rn 32.

bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde[n].²⁶⁹

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt auch, dass die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen oder der Bekanntmachung so formuliert sind, dass sie alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können.²⁷⁰ Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz verlangen allg, dass alle interessierten Unternehmen **dieselben Informationen** aus Bekanntmachung oder Ausschreibungsunterlagen entnehmen können. Unzulässig ist es idS, Ausschreibungsbestimmungen festzulegen, die nur für einen bestimmten Kreis der Bieter ohne weitere Nachfragen verständlich sind und insb ausländische Unternehmen dazu zwingen, „zusätzliche Schritte zur Klarstellung der Bedingungen“ zu unternehmen.²⁷¹

Weiters verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz die neutrale, keinen Unternehmer bevorzugende **Gestaltung der Ausschreibung**, insb der Zuschlagskriterien und der Leistungsbeschreibung.²⁷² Leistungen dürfen nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile haben.²⁷³ Wenn ein Zuschlagskriterium nur von einer kleinen Zahl von Unternehmen erfüllt werden kann, verstößt das für sich genommen noch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Unzulässig wäre es aber, wenn ein Zuschlagskriterium diskriminierend wäre und für die vom AG gewählte Ungleichbehandlung keine sachliche Rechtfertigung bestehen würde,²⁷⁴ zB wenn ein Kriterium im Hinblick auf Art, Umfang und Gegenstand des Auftrags objektiv nicht gerechtfertigt ist. Alles andere würde öff AG „dazu zwingen, bei der Festlegung der Kriterien Rücksicht auf die potentiellen Bieter zu nehmen.“ [...] „Eine solche Vorgehensweise hätte aber nicht nur eine Angleichung der Auswahlkriterien „nach unten“ unter Ausschluss wirklich selektiver Kriterien zur Folge. Sie ließe auch das vom Gerichtshof anerkannte Recht des Auftraggebers auf freie Wahl der Auftragsvergabekriterien(41) leer laufen. Genau betrachtet beinhaltet eine Festlegung der Vergabekriterien, die sich nach den Bietern richtet, sogar eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Streicht nämlich ein Auftraggeber ein Ausschreibungskriterium, weil einer oder mehrere Bieter nicht in der Lage sind, es zu

²⁶⁹ Vgl EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*, Rn 37 unter Verweis auf EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Gebroeders Beenjes*, Rn 26.

²⁷⁰ EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*, Rn 41; EuGH 04.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, Rn 57.

²⁷¹ EuGH 12.11.2009, Rs C-199/07, *Kommission/Griechenland*, Rn 37-43 mwN.

²⁷² Unstr: Vgl *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EG-Vertrag⁶ nach Art 49-55 Rz 26 mwN u *Egger*, *Europäisches Vergaberecht* 213 Rz 838f mwN.

²⁷³ Umfassend *Öhler*, Zum Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung, in *Aicher/Schramm* (Hrsg), *Vergaberecht und PPP* (2004) passim mwN; § 96 Abs 3.

²⁷⁴ EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Rn 63 mwN.

*erfüllen, so benachteiligt er hierdurch denjenigen Bieter, der in der Lage gewesen wäre, das Kriterium zu erfüllen, und nimmt ihm dadurch einen Wettbewerbsvorteil.*²⁷⁵

Damit ein **objektiver Vergleich der Angebote** möglich ist, müssen alle **Angebote** den Festlegungen in **den Ausschreibungsunterlagen entsprechen**.²⁷⁶ Es dürfen nur solche Angebote miteinander verglichen werden, die den Ausschreibungsunterlagen entsprechen.²⁷⁷ Nachträglich dürfen „*grundlegende Vorschriften*“ der Ausschreibungsunterlagen nicht mehr geändert werden.²⁷⁸

Angebotsänderungen nach Angebotsöffnung verletzen den Grundsatz der Gleichbehandlung. *„Berücksichtigt der Auftraggeber eine Änderung der ursprünglichen Angebote eines einzelnen Bieters, so wird dieser gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt und der Transparenz des Verfahrens abträglich ist.“* Das gilt insb, wenn es durch die Berücksichtigung der Änderung zu einem Bietersturz kommt.²⁷⁹ Umgekehrt verpflichtet der Gleichbehandlungsgrundsatz öff AG, **sich an ihre selbst festgelegten Ausschreibungsbedingungen** bzw ganz allg an ihre eigenen Festlegungen **zu halten** und nicht zugunsten eines Bieters davon abzuweichen.²⁸⁰ Daher müssen sich öff AG auch während des gesamten Vergabeverfahrens an ihre Zuschlagskriterien halten.²⁸¹ Daraus folgt, dass öff AG ausschreibungskonforme Angebote nicht unter Berufung auf Gründe ablehnen dürfen, die in der Ausschreibung nicht vorgesehen waren.²⁸²

Zusammengefasst verlangt die geforderte Gleichbehandlung, dass sich sowohl AG als auch Bieter an die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, dh insb die Ausschreibungsbedingungen, Angebotsfrist, Eignungs- und Zuschlagskriterien halten müssen.

3.3 Transparenzgrundsatz

Nach st Rsp des EuGH²⁸³ schließen die Grundfreiheiten, der Gleichbehandlungsgrundsatz und/oder das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine

²⁷⁵ SA GA *Mischo*, 13.12.2001, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finnland*, Rn 152, 153 u 155.

²⁷⁶ EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Rn 37f; EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 70; EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 110f; EuG 28.11.2002, RS T-40/01, *Scan Office Design*, Rn 76.

²⁷⁷ Vgl *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EG-Vertrag⁶ nach Art 49-55 Rz 26 mwN.

²⁷⁸ EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Rn 40 u 42.

²⁷⁹ EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 56 u 59.

²⁸⁰ EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 70 u 89.

²⁸¹ Vgl EuGH 04.12.2003, Rs C-448/00, *EVN und Wienstrom*, Rn 92 u 93; EuGH 18.10.2001, Rs C-19/99, *SIAC*, Rn 43.

²⁸² EuGH 14.06.2007, Rs C-6/05, *Mepipac-Kazanidis*, Rn 54.

²⁸³ Vgl unter vielen: EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*, Rn 45f (zur nicht geregelten Begründungspflicht v Widerrufsentscheidungen im Anwendungsbereich der VergabeRL); EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*, Rn 62; EuGH

Transparenzpflicht ein, die öff AG dazu verpflichtet, „*zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit*“ sicherzustellen, der den Markt „*dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.*“²⁸⁴

Der Transparenzgrundsatz hat **zwei Funktionen**: Einerseits soll er die **Wettbewerbsöffnung** sicherstellen. Der Transparenzgrundsatz verlangt idZ das Öffentlich- bzw Bekanntmachen von Vergabeverfahren.²⁸⁵ Denn damit überhaupt ein „echter“ gemeinschaftsweiter Wettbewerb um einen öff Auftrag entstehen kann, müssen Informationen über eine beabsichtigte Auftragsvergabe in allen MS „*für alle Unternehmer der Gemeinschaft zugänglich*“ sein.²⁸⁶ Darüber hinaus ist die Entwicklung eines echten Wettbewerbs nur möglich, wenn öff AG auch „*die für die Ausschreibung geltenden Kriterien und Bedingungen in angemessener Weise bekanntmachen.*“²⁸⁷

IdS wird der Transparenzgrundsatz va durch die **Bekanntmachungsvorschriften** von VergabeRL²⁸⁸ und BVergG²⁸⁹ konkretisiert. Die Vorschriften verpflichten öff AG insb, beabsichtigte Auftragsvergaben gemeinschaftsweit bekannt zu machen.²⁹⁰ Va die Standardisierung der Bekanntmachungen durch gemeinschaftsweit einheitliche Standardformulare und die Verwendung des CPV (siehe Pkt II.4) tragen maßgeblich zur Steigerung der Transparenz bei.²⁹¹ Da alle Bekanntmachungen demselben Muster folgen, wird insb Unternehmern aus anderen MS das Auffinden für sie interessanter Ausschreibungen erleichtert. Wegen dieser Bedeutung sind falsche bzw irreführende Bekanntmachungen grds als Verstoß gegen das Transparenzgebot bzw als mittelbare Diskriminierung zu qualifizieren.²⁹²

Ziel der Transparenzpflichten und Bekanntmachungsvorschriften ist es daher, „*den in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmern eine ausreichende Kenntnis der zu erbringenden Bauleistungen [Anm: bzw der öff Aufträge] und der hiermit verbundenen Bedingungen zu vermitteln und ihnen auf diese Weise ein Urteil darüber zu ermöglichen, ob die*

21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 16-19 u EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 49 (jeweils zu Dienstleistungskonzessionen).

²⁸⁴ EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04, *ANAV*, Rn 21; EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*, Rn 61 u 62; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 49.

²⁸⁵ Egger, Europäisches Vergaberecht, 215 Rz 847.

²⁸⁶ EuGH 10.03.1987, Rs 199/85, *Kommission/Italien*, Rn 12.

²⁸⁷ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes*, Rn 21.

²⁸⁸ Vgl Art 35-38 VergabeRL.

²⁸⁹ Vgl §§ 46-56.

²⁹⁰ Gem Art 35 Abs 2 u § 46 VergabeRL; IdS 36. Erwägungsgrund der VergabeRL.

²⁹¹ 36. Erwägungsgrund der VergabeRL; *Casati*, ZVB 2002/108; Egger, Europäisches Vergaberecht 215 Rz 849.

²⁹² *Casati*, ZVB 2002/108.

vorgesehenen Aufträge für sie von Interesse sind.²⁹³ Dafür müssen sie ausreichende bzw. „angemessene“²⁹⁴ Informationen über den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen bekommen können, um ihr Interesse am Auftrag beurteilen und bekunden zu können.²⁹⁵ Sie müssen aber auch ausreichende Informationen über die „Spielregeln“, dh insb über Eignungs- und Zuschlagskriterien, enthalten.²⁹⁶ Dementsprechend müssen gem § 58 Abs 1 Ausschreibungsunterlagen interessierten Unternehmen entweder elektronisch frei, direkt und vollständig zugänglich sein oder ihnen übermittelt werden.

Die **zweite Funktion** des Transparenzgrundsatzes besteht in der **Überprüfbarkeit der Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes**. Nur transparente, dh objektiv nachvollziehbare, Vergabeverfahren können die Überprüfung der Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicherstellen. Öff AG sind gezwungen ihre Spielregeln und den konkreten Auftragsinhalt objektiv nachprüfbar festzulegen. Die Transparenzpflichten schützen Bieter vor willkürlichen Entscheidungen öff AG.²⁹⁷ Sie sollen die Gefahr einer „Günstlingswirtschaft“ ausschließen.²⁹⁸

Wird ein öff **Auftrag** im Anwendungsbereich der VergabeRL bzw des BVergG **ohne vorherige Bekanntmachung vergeben**, liegt darin jedenfalls ein Verstoß gegen die den Transparenzgrundsatz konkretisierenden Bekanntmachungsvorschriften und damit verbunden gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. *„Das Unterbleiben der EU-weiten Bekanntmachung bewirkt, dass potentiell interessierten Bieter aus den Gemeinschaftsstaaten von vornherein die Teilnahme am Vergabeverfahren verwehrt wird, wodurch der Wettbewerb unwiederbringlich und fundamental beeinträchtigt wird. Die durch das Unterbleiben der EU-weiten Bekanntmachung bewirkte Beseitigung der Transparenz verursacht eine inhärente Ungleichbehandlung der potentiell interessierten Bieter. Erfolgt die Auftragsvergabe unter Außerachtlassung der europaweiten Bekanntmachungsvorschriften, ohne dass ein entsprechender Ausnahmetatbestand erfüllt ist, stellt dies eine so wesentliche Verletzung der Vergabevorschriften dar, dass der Zuschlag von vornherein nicht an den Bestbieter erteilt werden kann.“*²⁹⁹

²⁹³ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes*, Rn 21.

²⁹⁴ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes*, Rn 21f.

²⁹⁵ Jüngst EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 21. IdS *Egger*, Europäisches Vergaberecht 215 Rz 848;36. Erwägungsgrund der VergabeRL u EuGH 26.09.2000, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich*, Rn 34f.

²⁹⁶ IdS SA GA *Sharpston*, 09.07.2009, Rs C-199/07, *Kommission/Griechenland*, Rn 84.

²⁹⁷ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes*, Rn 42.

²⁹⁸ EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 111.

²⁹⁹ BVA 26.11.2001, N-101/01-33; BVA 05.10.2001, N-73/01-36. IdS BVA 20.03.2000, N-2/00-18 u BVA 29.06.1998, N-14/98-13.

Auch **außerhalb** des Anwendungsbereichs **der VergabeRL** gilt die Verpflichtung zur Transparenz.³⁰⁰ Die konkreten Pflichten sind noch nicht vollständig geklärt. Nach dem EuGH beinhaltet der Transparenzgrundsatz nicht „*notwendigerweise*“ die Pflicht zur förmlichen Ausschreibung.³⁰¹ Unternehmen aus anderen MS muss aber „*Zugang zu angemessenen Informationen*“ über eine geplante Auftragsvergabe ermöglicht werden, damit sie ihr Interesse am Erhalt des Auftrags prüfen und allenfalls bekunden können.³⁰² Entscheidend für die Bestimmung der konkreten Pflichten ist die Funktion der Bekanntmachung. Sie muss alle Informationen enthalten, die ein Unternehmen benötigt, um sein Interesse beurteilen zu können. Dazu gehören nicht nur die wesentlichen Punkte des Auftragsinhalts und der Auftragsbedingungen, sondern auch die grundlegenden „Spielregeln“ des Vergabeverfahrens.³⁰³

Nach Ansicht der Kommission gilt: Je interessanter ein Auftrag für potenzielle Bieter aus anderen MS ist, desto weiter soll er bekannt gemacht werden.³⁰⁴ Die Transparenz muss „*angemessen*“ sein. Angemessen sind nach ihrer Ansicht insb das Internet (Websites der AG, Informationen über das Beschafferprofil gem Anh VIII der VergabeRL), nationale Amtsblätter, Ausschreibungsblätter, regionale oder überregionale Zeitungen und Fachpublikationen oder die TED-Datenbank. Die Bekanntmachung darf sich auf die Beschreibung der wesentlichen Punkte von Auftrag und Vergabeverfahren beschränken. Bei Bedarf kann sie durch Zusatzinformationen ergänzt werden, die im Internet oder auf Anfrage bei dem Auftraggeber erhältlich sind.

Das völlige Fehlen einer Ausschreibung bzw Bekanntmachung kann nach der Rsp des EuGH die Grundfreiheiten und die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verletzen, wenn Binnenmarktrelevanz vorliegt.³⁰⁵ Bezogen auf die Grundfreiheiten und das Verbot der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit könne nämlich grds nicht ausgeschlossen werden, dass in anderen MS ansässige Unternehmen an der Erbringung des öff Auftrags interessiert gewesen wären.³⁰⁶ Wird daher ein öff Auftrag nicht bekannt gemacht, kann darin eine zumindest potenzielle bzw

³⁰⁰ Grundlegend EuGH 18.11.1999, Rs C-275/98, *Unitron Scandinavia*, Rn 31; EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*, Rn 61.

³⁰¹ EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 21.

³⁰² EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 21.

³⁰³ IdS *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen, 4.

³⁰⁴ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen, 4. Insb bei Aufträgen über nicht-prioritäre Dienstleistungen gem Anh II Teil B VergabeRL, die die Schwellenwerte der RL überschreiten, sei eine Veröffentlichung in einem Medium mit großer Reichweite erforderlich.

³⁰⁵ Vgl bezogen auf den USB: EuGH 21.02.2008, Rs C-412/04, *Kommission/Italien*, Rn 66; EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, Rn 76; bezogen auf Dienstleistungskonzessionen: EuGH 06.04.2006, Rs C-414/04, *ANAV*, Rn 22 u EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 50.

mittelbare Diskriminierung der Unternehmen aus anderen MS liegen, die daran gehindert werden, von den im AEUV vorgesehenen Grundfreiheiten Gebrauch zu machen.³⁰⁷ Siehe dazu Pkt III.2.3 „Binnenmarktrelevanz“.

4. ZWISCHENERGEBNIS II

Betrachtet man nachträgliche Leistungsänderungen aus dem Blickwinkel der Grundsätze des Vergaberechts, ist Folgendes festzustellen:

Erstens: Bezogen auf die Festlegungen des ursprgl Vergabeverfahrens gehen öff AG durch eine nachträgliche Leistungsänderung entweder von ihren Festlegungen ab, indem sie nachträglich eine **Leistung** beziehen, die **von der ursprgl Ausschreibung abweicht**, oder sie lassen bei unveränderter Ausschreibung eine **nachträgliche Angebotsänderung** des Zuschlagsempfängers zu.

Vor der Zuschlagserteilung verstößt ein **Abweichen von den eigenen Festlegungen** zugunsten eines Bieters gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Darüber hinaus liegt idF eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes vor, weil die Änderung keine Deckung in der ursprgl Ausschreibung findet. Öff AG müssen sich daher an ihre Ausschreibungsbedingungen halten und dürfen davon nicht abweichen. Auch **nachträgliche Angebotsänderungen** verletzen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da die übrigen Bieter benachteiligt werden. Zusammengefasst sind beide Vorgänge in der Phase vor der Zuschlagserteilung unzulässig.

Die entscheidende Frage ist nun, ob **etwas, das noch vor Zuschlagserteilung grds verboten ist, – uU sogar unmittelbar – nach Zuschlagserteilung zulässig sein kann**. Die Gefahr einer Umgehung ist offensichtlich. So könnten AG bewusst mit der Möglichkeit spekulieren, Leistungs- und/oder Preisänderungen nach Beendigung des „*offiziellen*“ Vergabeverfahrens „*nachzuverhandeln*.“³⁰⁸

Zweitens: Der ursprgl Zuschlagsempfänger wird durch eine nachträgliche Leistungsänderung ungleich anders behandelt als seine Konkurrenten. Diese hatten nämlich keine Möglichkeit, am Wettbewerb um den geänderten Auftrag teilzunehmen oder ihre Angebote nachträglich zu ändern. Die unterlegenen Unternehmen hatten **nicht die gleichen Chancen**.

³⁰⁶ Unter vielen: EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 33 u EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 50.

³⁰⁷ Unter vielen: EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*, Rn 30 u 31 u EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rn 55 unter Verweis auf EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rn 17.

³⁰⁸ Wie *Kulartz/Duikers*, Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen, *VergabeR* 2008, 728 (729) zu Recht befürchten.

Darüber hinaus besteht die Ungleichbehandlung nicht nur gegenüber den Bietern des beendeten Verfahrens, sondern auch gegenüber **potenziellen Bietern**, die wegen der ursprgl Ausschreibung nicht am Vergabeverfahren teilgenommen haben, jedoch unter Zugrundelegung der geänderten Leistung ein Angebot abgegeben hätten.

Die Ungleichbehandlung besteht unabhängig davon, ob das Wettbewerbsergebnis des beendeten Vergabeverfahrens unter Zugrundelegung der geänderten Leistung anders gewesen wäre.

Nachträgliche Leistungsänderungen stehen daher von vornherein in einem **Spannungsverhältnis** zum Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz. Eine an keine (besonderen) Voraussetzungen geknüpfte Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen würde die Grundsätze des Vergabeverfahrens leer laufen lassen und die geforderte Durchführung eines echten Wettbewerbs vereiteln.

Drittens: Voraussetzung für die Anwendung des **Primärrechts** auf eine Auftragsvergabe ist ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse (auch **Binnenmarktrelevanz** genannt). Das Interesse muss konkret bzw nachweislich bestehen. Nach dem EuGH liegt eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten und des Transparenzgebots vor, wenn ein ausländisches Unternehmen tatsächlich an einem öff Auftrag interessiert gewesen wäre, aber mangels Transparenz nicht in der Lage war, sein Interesse zu bekunden. Für die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten ist es allerdings nicht erforderlich, dass die Beteiligung des interessierten Unternehmens im ursprgl Vergabeverfahren zu einem anderen Wettbewerbsergebnis geführt hätte.

Viertens: Nur außerhalb des Anwendungsbereichs der VergabeRL ist eine **Rechtfertigung** für die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens durch „zwingende Erfordernisse“ oder ausdrückliche Rechtfertigungsgründe möglich. Rechtfertigungsgründe für **nachträgliche Leistungsänderungen** werden idR **nur selten** vorliegen. Va sind die **Kosten** eines neuerlichen Vergabeverfahrens **kein Rechtfertigungsgrund**. Der Gleichbehandlungsgrundsatz hat insofern Vorrang vor dem Ziel des sparsamen Einsatzes öff Mittel.

Im Anwendungsbereich der **VergabeRL** sind die Rechtfertigungsgründe für die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens durch die **Ausnahmetatbestände** der VergabeRL beschränkt.

Viertens: Auch aus dem Blickwinkel der Grundsätze des Vergaberechts unterscheiden sich jene Leistungsänderungen, die nicht in der Bekanntmachung bzw den Ausschreibungsbedingungen vorbehalten wurden, maßgeblich von jenen, die auf der Ausübung vorbehaltener Leistungsänderungsrechte beruhen. Werden Änderungsrechte bekannt gemacht und haben interessierte Unternehmen Zugang zu angemessenen Informationen über den veränderlichen Auftragsinhalt, besteht Chancengleichheit. Alle interessierten Unternehmen können am Wettbewerb um die veränderliche Leistung teilnehmen. Anders gewendet war auch der nachträglich geänderte Auftrag dem Wettbewerb unterworfen.

Anders ist die Situation, wenn keine Änderungsmöglichkeiten in Ausschreibung oder Bekanntmachung festgelegt werden. Hier wird den unterlegenen Bietern und potenziell interessierten Unternehmen die Möglichkeit genommen, am Wettbewerb um den geänderten Auftrag teilzunehmen. Es besteht keine Chancengleichheit. Der ursprüngl Zuschlagsempfänger wird gegenüber den anderen Unternehmen ungleich anders behandelt.

IV. DIE LÖSUNG DES EUGH

1. EINLEITUNG

Der EuGH hatte die Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen bislang erst zweimal, in der Rs *Kommission/CAS Succhi di Frutta* und der Rs *presstext*, zu entscheiden.

Beide Entscheidungen sind zu Auftragsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der VergabeRL ergangen. Die Rs *Kommission/CAS Succhi di Frutta* betraf eine Vergabe der Kommission, die auf Grundlage spezieller Regeln durchgeführt wurde. Die Rs *presstext* betraf die Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen.

Im Folgenden (Pkt IV.2 und IV.3) sind die beiden Entscheidungen umfassend dargestellt. Daran anschließend (Pkt IV.4) erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse.

2. RS KOMMISSION/CAS SUCCHI DI FRUTTA SPA

2.1 Sachverhalt

Die Rs *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*^{309,310} betraf eine Auftragsvergabe der Kommission, der zwar nicht die VergabeRL zugrunde lag, die der EuGH aber anhand der Grundsätze des Vergaberechts prüfte.³¹¹

Die Kommission führte 1996 eine Ausschreibung zur Lieferung von Fruchtsäften und Konfitüren durch, die für Hilfssendungen in den Kaukasus vorgesehen waren. Als Vergütung sollten die Zuschlagsempfänger statt einer Geldzahlung, aus Interventionsbeständen stammende, vom Markt zurückgenommene Äpfel oder Orangen erhalten. Den Zuschlag erhielten jene Bieter, die für ihre Lieferung jeweils die geringste Menge an Äpfeln und Orangen, dh den billigsten Preis, verlangten.

Bereits in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung teilte die Kommission mit, dass einer der Zuschlagsempfänger als Bezahlung statt Äpfeln und Orangen alternativ auch Pfirsiche abnehmen konnte, wobei gewichtsmäßige Umrechnungsverhältnisse zwischen den Obstsorten festgelegt wurden. Beides war in der ursprgl Ausschreibung nicht vorgesehen. Mit einer weiteren nach Zuschlagserteilung erlassenen Entscheidung räumte die Kommission den Zuschlagsempfängern das Recht ein, anstelle von Äpfeln oder Orangen „*andere vom Markt genommene Erzeugnisse in einem vorher nach Maßgabe der Verarbeitungsäquivalenz der betreffenden Erzeugnisse festgesetzten Mengenverhältnis* [zu übernehmen].“ Als Ersatzerzeugnisse wurden Pfirsiche und Aprikosen festgelegt, wobei zwischen den einzelnen Obstsorten genaue Umrechnungsverhältnisse festgelegt wurden. Auch das war in der ursprgl Ausschreibung nicht vorgesehen. Grund dafür war die Tatsache, dass seit der Zuschlagserteilung die vom Markt zurückgenommenen Mengen an Orangen und Äpfeln gegenüber den erforderlichen Mengen nicht ausreichten. Mit einer weiteren Entscheidung wurde den Zuschlagsempfängern die Möglichkeit gegeben, die als Vergütung zu

³⁰⁹ EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*.

³¹⁰ Vgl zum Sachverhalt auch SA GA *Alber*, 24.10.2002, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 1f.

³¹¹ Verfahrens- u Auftragsbedingungen waren festgelegt in der VO (EG) 1995/1975 des Rats v 04.08.1995 über Maßnahmen zur unentgeltlichen Lieferung landwirtschaftlicher Erzeugnisse an die Bevölkerung v Georgien, Armenien, Aserbaidschan, Kirgistan u Tadschikistan, ABl L 1995/191, 2, ihrer Durchführungsverordnung VO (EG) 1995/2009 der Kommission v 18.08.1995, ABl L 1995/196, 4 u der VO (EG) 1996/228 der Kommission v 07.02.1996 zur Lieferung v Fruchtsäften u Fruchtkonfitüren für die Bevölkerung v Armenien u Aserbaidschan, ABl L 1996/30, 18.

Die VO bildeten den „*Rahmen*“ des Verfahrens. Konkreter Auftragsgegenstand u Modalitäten des Vergabeverfahrens wurden in der Auftragsbekanntmachung festgelegt. Ungeachtet dieses besonderen rechtlichen Rahmens bezieht sich der EuGH in seiner Begründung im Wesentlichen auf seine Rsp zu den Grundsätzen des Vergaberechts. Der EuGH stellte idZ fest: „*Die Einhaltung dieser Prinzipien muss wegen ihrer Bedeutung, ihres Zieles und ihrer praktischen Wirksamkeit auch im Fall einer besonderen*

übernehmenden Äpfel durch Nektarinen zu ersetzen. Auch hier wurde ein Umtauschverhältnis festgelegt. Letztlich änderte die Kommission mit einer weiteren Entscheidung das Umtauschverhältnis für Pfirsiche.

Weder die Ausschreibung noch die dem Vergabeverfahren zugrunde liegenden VO (siehe Pkt IV.2.1) sahen eine Möglichkeit vor, die Vergütung nachträglich zu ändern.

2.2 Argumentation der Kommission

Die Kommission war der Ansicht, dass durch die nachträglichen Änderungen der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt wurde. Sie argumentierte, dass jedes Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung ende und damit gleichzeitig ein dem Zivilrecht unterliegendes Vertragsverhältnis zwischen öff AG und Zuschlagsempfänger entstehe. Zwischen den unterlegenen Bietern und dem AG bestünden ab diesem Zeitpunkt keine Beziehungen mehr. Die unterlegenen Bieter würden sich idZ nicht von jenen Unternehmen unterscheiden, die gar nicht am Vergabeverfahren teilgenommen haben. Aus diesem Grund berührten Vertragsänderungen die nicht berücksichtigten Bieter gar nicht.

Die Argumentation der Kommission wird von der Überzeugung getragen, dass der **Gleichbehandlungsgrundsatz nach der Zuschlagserteilung nicht mehr anwendbar** ist. Ab diesem Zeitpunkt sollen nach dieser Auffassung die ursprgl Auftragsbedingungen nicht mehr „*unantastbar*“ sein. Dementsprechend sollen AG von den Bedingungen abweichen dürfen, „*wenn die Umstände dies erforderten*“. Einzige **Voraussetzung** einer nachträglichen Leistungsänderung sei, dass sie zwischen AG und AN vereinbart werde oder auf einer einvernehmlichen vereinbarten Vertragsänderung beruhe.³¹²

2.3 Urteil des EuGH

Der EuGH folgte dieser Argumentation nicht. Unter ausdrücklichem Verweis auf seine Rsp zu den „alten“ VergabeRL hielt er zunächst fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz, der „*die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den Unternehmen, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, fördern soll*“ verlangt, dass

Ausschreibung wie der vorliegenden gewährleistet sein, wobei gegebenenfalls den Besonderheiten des letztgenannten Verfahrens Rechnung zu tragen ist.“

³¹² EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 16-21.

„110 [...] die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen.

111 Der damit einhergehende Grundsatz der Transparenz soll im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des Auftraggebers ausschließen. Er verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsbedingungen klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber im Stande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen.

[...]

115 In diesem Kontext muss die Kommission als Auftraggeberin folglich nicht nur im Verfahren der eigentlichen Ausschreibung, in dem es um die Bewertung der Angebote und die Auswahl des Auftragnehmers geht, sondern ganz allgemein bis zum Ende des Abschnitts der Auftragsausführung die von ihr selbst festgelegten Kriterien strikt einhalten.

116 Wenn daher ein Angebot, das nicht den festgelegten Bedingungen entspricht, ganz offenkundig auszuschließen ist, dann ist auch der Auftraggeber nicht befugt, die allgemeine Systematik der Ausschreibung durch eine einseitige Änderung einer der wesentlichen Vergabebedingungen abzuändern, insbesondere wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die den Bietern, wenn sie in der Ausschreibungsbekanntmachung enthalten gewesen wäre, die Abgabe eines erheblich abweichenden Angebots erlaubt hätte.³¹³

Zulässig sind nachträgliche Änderungen aber dann, wenn sie in der Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten werden:

„118 Möchte der Auftraggeber die Möglichkeit haben, aus bestimmten Gründen einige Ausschreibungsbedingungen nach Zuschlagserteilung abzuändern, muss er eine solche Änderungsmöglichkeit ebenso wie die Modalitäten ihrer Durchführung in der Ausschreibungsbekanntmachung, die er selbst erstellt hat und die den Rahmen für den Ablauf des Verfahrens vorgibt, ausdrücklich vorsehen, so dass sämtliche am Auftrag interessierten Unternehmen hiervon von Anfang an Kenntnis haben und daher bei der Abfassung ihres Angebots gleichgestellt sind. Wenn eine solche Möglichkeit nicht ausdrücklich vorgesehen ist, der Auftraggeber aber nach der Auftragsvergabe von einer der festgelegten wesentlichen Modalitäten abweichen will, kann er das Verfahren unter anderen Bedingungen als den ursprünglich festgelegten nicht rechtmäßig fortführen.“³¹⁴

Die Begründung ist einleuchtend. Wären öff AG berechtigt, „im Abschnitt der Auftragsausführung die Ausschreibungsbedingungen selbst nach Belieben zu ändern [...], würden die Bestimmungen für die Auftragsvergabe, wie sie ursprünglich festgelegt wurden,

³¹³ EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 110, 111, 115 u 116. Hervorhebungen durch den Verfasser.

*verzerrt.*³¹⁵ „Zudem würde eine solche Praxis unweigerlich die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter verletzen, da die einheitliche Anwendung der Ausschreibungsbedingungen und die Objektivität des Verfahrens nicht mehr gewährleistet wären.“³¹⁶

Die Begründung des EuGH ist darüber hinaus konsistent. Sie überträgt die Grundgedanken der Rsp zu Leistungsänderungen vor Zuschlagserteilung (siehe Pkt III.3.2) auf die Phase der Auftragsdurchführung. Klargestellt ist, dass die **Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz nicht nur während des Vergabeverfahrens, sondern auch in der Phase der Auftragsdurchführung gelten.**

Ist die Möglichkeit, eine andere Leistung zu erbringen, nicht in Ausschreibung oder Bekanntmachung festgelegt, wird den unterlegenen Bietern die Möglichkeit genommen, ein anderes Angebot abzugeben als das, das sie abgegeben haben und somit über die gleiche Chance zu verfügen wie der Zuschlagsempfänger.³¹⁷ Der postulierte freie und faire Wettbewerb würde konterkariert.

Obwohl der EuGH die nachträglichen Änderungen als unzulässig qualifizierte, lässt sich aus der Begründung **keine generelle Unzulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen** ableiten. So führt der EuGH in RN 116 Folgendes aus: *„Wenn daher ein Angebot, das nicht den festgelegten Bedingungen entspricht, ganz offenkundig auszuschließen ist, dann ist auch der Auftraggeber nicht befugt, die allgemeine Systematik der Ausschreibung durch eine einseitige Änderung einer der wesentlichen Vergabebedingungen abzuändern, insbesondere wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die den Bietern, wenn sie in der Ausschreibungsbekanntmachung enthalten gewesen wäre, die Abgabe eines erheblich abweichenden Angebots erlaubt hätte.“*³¹⁸

Zweifellos lag im Verhalten der Kommission insofern eine „wesentliche“ Änderung einer Ausschreibungsbedingung und der „allgemeinen Systematik der Ausschreibung“, als die Änderung, wäre sie schon im ursprgl Vergabeverfahren berücksichtigt worden, die Abgabe eines **erheblich anderen Angebots** ermöglicht hätte. Auf die Frage, ob es unter Zugrundelegung der neuen Bezahlung im ursprgl Vergabeverfahren zur **Beteiligung anderer**

³¹⁴ EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 118. Hervorhebungen durch den Verfasser.

³¹⁵ EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 120.

³¹⁶ EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 121.

³¹⁷ SA GA *Alber*, 24.10.2002, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 57.

³¹⁸ Hervorhebungen durch den Verfasser.

Bieters oder zu einem **Reihungssturz** gekommen wäre, ist der EuGH aber **nicht eingegangen**.

Die E brachte noch eine weitere wesentliche Klarstellung. **Im Einklang mit den Grundsätzen des Vergaberechts** stehen jene **Leistungsänderungen**, die bereits in der Bekanntmachung und/oder der Ausschreibung vorbehalten wurden. Behält sich ein AG die Möglichkeit vor, „aus bestimmten Gründen einige Ausschreibungsbedingungen nach Zuschlagserteilung“ abändern zu können, dann „muss er eine solche Änderungsmöglichkeit ebenso wie die Modalitäten ihrer Durchführung in der Ausschreibungsbekanntmachung [...] ausdrücklich vorsehen.“ Nur idF ist sichergestellt, „dass sämtliche am Auftrag interessierten Unternehmen hiervon von Anfang an Kenntnis haben und daher bei der Abfassung ihres Angebots gleichgestellt sind“.³¹⁹

Die Begründung für die Zulässigkeit vorbehaltener Leistungsänderungen ist ebenfalls einleuchtend, denn sowohl im Hinblick auf den Gleichbehandlungs- als auch den Transparenzgrundsatz bestehen idF keine Bedenken. Vorbehaltene Leistungsänderungsrechte können aber dann in Konflikt mit dem Gleichbehandlungs-, Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz geraten, wenn sie nicht transparent festgelegt sind. Dh wenn die „Modalitäten ihrer Durchführung“ oder ihr Umfang unklar sind.

3. RS PRESSETEXT NACHRICHTENAGENTUR

3.1 Sachverhalt

Einen anders gelagerten Fall hatte der EuGH in der Rs *presstext Nachrichtenagentur*³²⁰ zu beurteilen. In dieser Rs ging es um die Zulässigkeit mehrerer Änderungen eines unbefristeten Dienstleistungsauftrags zwischen der Rep Österreich und der APA.³²¹ Der **ursprgl Auftrag** wurde im Jahr 1994, also vor dem Beitritt Österreichs zur EU, und damit zulässigerweise **ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens** geschlossen. Der Vertrag war unbefristet abgeschlossen worden, wobei ein Kündigungsverzicht bis zum 31.12.1999 vereinbart wurde. Mittels zweier in den Jahren 2001 und 2005 zwischen der Rep Österreich und der APA vereinbarter „Nachträge“ wurden mehrere Vertragsbestimmungen nachträglich geändert. Vergabeverfahren wurden dabei keine durchgeführt. Da die nachträglichen

³¹⁹ Hervorhebungen durch den Verfasser.

³²⁰ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*.

³²¹ Austria Presse Agentur eG.

Änderungen aber mittlerweile im Anwendungsbereich der DKRL vereinbart wurden, stellte sich die Frage nach ihrer vergaberechtlichen Zulässigkeit.³²²

Auftragsgegenstand war im Wesentlichen das Zurverfügungstellen aktueller Informationen durch die APA, die Nutzung einer Datenbank der APA mit historischen Informationen und Presseaussendungen und die Nutzung des sog Originaltextservice „OTS“ zur Verbreitung eigener und zur Information über fremde Presseaussendungen.

Für sämtliche Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA wurde vereinbart, dass die APA als Abgeltung für die dabei entstehende EDV-Systembelastung pro CPU-Minute ein Entgelt *„entsprechend dem niedrigsten Staffeltarif nach der offiziellen Preisliste (derzeit S 67,- exkl. MwSt pro CPU-Minute) abzüglich 15%“* erhält.

Im Vertrag waren auch Wertsicherungsmechanismen festgelegt. Insb waren die Preise auf Basis des Verbraucherpreisindex 1986 *„oder ein an seine Stelle tretender Nachfolgeindex“* indexiert, wobei Bezugswert die für das Jahr 1994 errechnete Indexzahl war. Vertraglich festgelegt waren darüber hinaus auch der Zeitpunkt und der Maximalbetrag allfälliger Preiserhöhungen.

Im ersten *„Nachtrag“* im Jahr 2001 wurden folgende Änderungen vereinbart:

- Aus Anlass der Euro-Umstellung wurden bestimmte Entgelte geändert. Einerseits wurde die Jahresgebühr für die Nutzung der redaktionellen Artikel und Medienarchive von ATS 10,080.000,-- auf € 800.000,-- geändert. Unter Anwendung der Wertsicherungsregelung hätte der Preis hingegen ATS 11,043.172,-- bzw € 802.538,61 betragen müssen. Dennoch wurde *„die runde Summe“* von € 800.000,-- vereinbart, was einer Ermäßigung um 0,3 % entspricht.

Andererseits wurde der Preis für Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA von ATS 67,-- pro Minute auf € 4,87 pro Minute geändert. Der innere Wert des Entgelts wurde dabei beibehalten.

- Darüber hinaus wurde der Wertsicherungsindex geändert. Als Maßstab zur Berechnung der Wertbeständigkeit wurde der Verbraucherpreisindex 1996 *„oder ein an seine Stelle tretender Nachfolgeindex“* vereinbart.

³²² Der EuGH hat idZ zwar in der Rs *Tögel*, 24.09.1998, Rs C-76/97, Rn 54, zur DKRL festgestellt, dass öff AG nicht verpflichtet sind, *„in bestehende, auf unbestimmte Zeit oder für mehrere Jahre abgeschlossene Rechtsverhältnisse einzugreifen“*, wenn der Auftrag vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL vergeben wurde. Da in der RS *presstext* die Änderungen aber im Anwendungsbereich der DKRL vereinbart wurden, war die grds Anwendbarkeit des Vergaberechts gegeben.

- Abweichend vom „*Indexmechanismus*“ wurden bestimmte Preise für die Jahre 2002 bis 2004 „*direkt*“ festgelegt. Wäre die Wertsicherungsklausel angewendet worden, hätte sich das Entgelt für die Jahre 2002 und 2003 geringfügig erhöhen müssen. Im Vergleich dazu wurde das Entgelt hingegen im Jahr 2002 um 2,94 % und im Jahr 2003 um 1,47 % ermäßigt.

Im zweiten „Nachtrag“ im Jahr 2005 wurde:

- der ursprgl bis zum 31.12.1999 vereinbarte Kündigungsverzicht bis zum 31.12.2008 erstreckt,
- und der ursprgl vereinbarte Rabatt für Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA von 15 % auf 25 % erhöht.

3.2 SA GA Kokott

GA Kokott stellt in ihrem SA zur Abgrenzung, wann bzw unter welchen Voraussetzungen die Änderung eines bestehenden Vertrags als Vergabe eines öff Auftrags zu qualifizieren ist, auf das Kriterium „*der wesentlichen Vertragsänderung*“ ab.

„43 Vor allem bei Dauerschuldverhältnissen und bei Verträgen mit längerer Laufzeit kann während ihrer Durchführung eine Anpassung des Vertragsinhalts erforderlich werden, wenn sich Vertragsbestimmungen – beispielsweise aufgrund einer nicht vorhergesehenen Veränderung der äußeren Umstände – als nicht mehr sachgerecht erweisen. Eine Anpassung des Vertragsinhalts an die veränderten Umstände kann dazu beitragen, dass das Vertragsziel besser verwirklicht wird.

44 Hatte aber der ursprüngliche Vertrag einen öffentlichen Auftrag zum Gegenstand, so werfen spätere inhaltliche Änderungen an ihm stets auch die Frage auf, ob (gegebenenfalls erneut) ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Dabei wird sich regelmäßig ein Spannungsverhältnis auf tun zwischen dem Bestreben nach einer möglichst effizienten Fortsetzung der Auftragsausführung einerseits und dem Gebot der Wahrung der Chancengleichheit für alle aktuellen und potenziellen Auftragnehmer andererseits.

45 Grundsätzlich ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass spätere inhaltliche Änderungen an bestehenden Verträgen (gegebenenfalls erneut) den Tatbestand der Vergabe eines öffentlichen Auftrags erfüllen, mit der Folge, dass ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Denn die Rechtsbegriffe, die den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Richtlinien definieren, sind nach ständiger Rechtsprechung weit auszulegen(24).“

Die Zulässigkeit einer nachträglichen Leistungsänderung habe sich daher – so die GA – „an den Zielen der jeweiligen Richtlinie zu orientieren“.³²³ IdS „bedürfen nicht alle auch noch so unbedeutenden Änderungen [...] eines vorherigen Vergabeverfahrens“.

Entscheidend sei die **Wettbewerbsrelevanz** nachträglicher Änderungen: „Nur wesentliche Vertragsänderungen, die **konkret geeignet sind, den Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt zu verfälschen und den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers gegenüber anderen möglichen Dienstleistungserbringern zu bevorzugen**, rechtfertigen die erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens“.³²⁴ „Insbesondere“ liege eine wesentliche Vertragsänderung vor, „wenn nicht auszuschließen ist, dass **andere Dienstleistungserbringer durch die ursprünglichen, weniger günstigen Bedingungen von einer Bewerbung um den öffentlichen Auftrag abgehalten wurden** oder dass sie angesichts der neuen Vertragsbedingungen nunmehr an einer Bewerbung um den öffentlichen Auftrag interessiert wären oder aber dass die Bewerbung eines seinerzeit **unterlegenen Bieters** angesichts der neuen Vertragsbedingungen **erfolgreich sein könnte**“.³²⁵

3.3 Urteil des EuGH

Der EuGH folgte dem Ansatz der GA. Auch er stellte mit einer ähnlichen Begründung auf die Wettbewerbsrelevanz der nachträglichen Änderung ab. IdS verpflichten nachträgliche Änderungen nur dann zur Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens, wenn sie „wesentlich“ sind.

Der EuGH stellte fest:

„33 Was die von der Richtlinie 92/50 erfassten Aufträge betrifft, deren Gegenstand ausschließlich oder hauptsächlich Dienstleistungen des Anhangs I A dieser Richtlinie sind [Anm: prioritäre Dienstleistungen], so setzt die Richtlinie diese Grundsätze und die Verpflichtung zur Transparenz insbesondere durch die Festlegung bestimmter Vergabeverfahren um. Für die von der Richtlinie erfassten Aufträge, deren Gegenstand ausschließlich oder hauptsächlich Dienstleistungen des Anhangs I B der Richtlinie sind [Anm: nicht-prioritäre Dienstleistungen], sieht die Richtlinie nicht dieselben Regeln für die Vergabeverfahren vor, doch bleibt auch diese Kategorie öffentlicher Aufträge den Grundregeln des Gemeinschaftsrechts und der sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Transparenz unterworfen [...].

³²³ Hier der DKRL.

³²⁴ SA GA Kokott, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 48. IZm dem Kriterium der „wesentlichen“ Änderung verweist die GA auf EuGH 05.10.2000, *Kommission/Frankreich*, Rs C-337/98, Rn 46, 50 u 51 (Pkt VI.1.1) u auf die Rs *Kommission/CAS Succhi di Frutta*, Rn 117 (siehe Pkt IV.2), in denen ebenfalls „auf wesentliche Vertragsbestimmungen bzw Ausschreibungsbedingungen Bezug genommen“ wurde. Hervorhebungen durch den Verfasser.

³²⁵ SA GA Kokott, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 49. Hervorhebungen durch den Verfasser.

34 Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich, C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Randnrn. 44 und 46).³²⁶

Eine nachträgliche Änderung „kann“ dann wesentlich sein, wenn sie:

- im Vergleich zum ursprgl Vergabeverfahren „*Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten*“ (Anm: Rn 35);
- „den Auftrag in **großem Umfang** auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert“ (Anm: Rn 36); oder
- „das **wirtschaftliche Gleichgewicht** des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise **zugunsten des Auftragnehmers ändert**“ (Anm: Rn 37)
- und diese **Änderungen nicht** ausdrücklich im ursprgl Auftrag **vorgesehen waren**. Der EuGH prüfte diesen Aspekt erst bei den einzelnen Änderungen in den Rn 60, 65 und 84.

Ausgehend von diesen Kriterien, prüfte der EuGH die einzelnen Änderungen in den beiden „Nachträgen“. Da die APA ohne förmliches Vergabeverfahren beauftragt wurde, **fehlte** eine **Vergleichsgrundlage** zur Beurteilung der Wettbewerbsrelevanz. Aus diesem Grund musste der EuGH tw auch auf andere Kriterien abstellen.

Der EuGH kam zum Schluss, dass keine der Änderungen wesentlich war.

Zu den **Preisänderungen** anlässlich der Euro-Umstellung stellte er fest, dass grds „*der Preis eine wesentliche Bedingung eines öffentlichen Auftrags ist*“.³²⁷ Jede Preisänderung berge daher, „*wenn sie nach den Bestimmungen des ursprünglichen Auftrags nicht ausdrücklich erlaubt ist*“, die Gefahr eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung in sich.³²⁸

³²⁶ Hervorhebungen durch den Verfasser.

³²⁷ Unter Verweis auf EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 117.

³²⁸ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 60.

Preisanpassungen können zulässig sein, wenn *„es sich um geringfügige Anpassungen handelt, die sich objektiv erklären lassen“* und zum Nachteil des AN erfolgen. Eine objektive Erklärung liegt etwa vor, *„wenn sie die Durchführung des Auftrags erleichtern sollen, indem sie beispielsweise die Rechnungsstellung vereinfachen.“*³²⁹

Der EuGH stellte idZ fest, dass die Preisänderungen vereinbart wurden, um einen *„runden Betrag zur Vereinfachung der Berechnungen zu erhalten.“* Der EuGH würdigte dabei, dass sich die Preisänderungen nur auf *„einen geringen Betrag“* beliefen und *„sich nicht zugunsten, sondern zum Nachteil des Auftragnehmers ausgewirkt“* hatten. Die APA verzichtete durch die Preisänderung auf einen Teil des ihr vertraglich zustehenden Entgelts. Aus diesen Gründen qualifizierte der EuGH die Preisänderungen als unwesentliche Änderungen.³³⁰

Zur **Änderung der Wertsicherungsklausel** stellte der EuGH fest, dass die Änderung bereits im Text der ursprgl Klausel vorgesehen war. Da die nachträgliche Änderung somit auf der Anwendung einer im ursprgl Vertrag vereinbarten Regelung beruhte, erblickte der EuGH darin ebenfalls keine wesentliche Änderung.³³¹

Auch die **Verlängerung des Kündigungsverzichts** qualifizierte der EuGH als unwesentlich. Er stellte idZ fest, dass die Vergabe unbefristeter Aufträge aufgrund der damit einhergehenden Ausschaltung des Wettbewerbs *„der Systematik und den Zielen“* des Vergaberechts zwar *„fremd“*, aber nicht verboten ist. Aus diesem Grund ist auch die Vereinbarung eines befristeten Kündigungsverzichts bei einem unbefristeten Vertrag *„nicht ohne Weiteres als rechtswidrig anzusehen“*, so der EuGH.

Bei der Wesentlichkeitsprüfung stellte der EuGH insofern auf die **Wettbewerbsrelevanz** ab, als er prüfte, ob durch die nachträgliche Vereinbarung des Kündigungsverzichts Wettbewerb verhindert werden sollte. Obwohl der Vertrag nach Auslaufen des ursprgl Kündigungsverzichts am 31.12.1999 jederzeit gekündigt hätte werden können, machte bis zur Vereinbarung des neuen Kündigungsverzichts im Jahr 2005 keine Seite von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch. Weiters konnte nicht festgestellt werden, dass der AG während der Geltung des neuen Kündigungsverzichts von 2005 bis 2008 ohne eine solche Klausel *„konkret in Betracht gezogen hätte, den laufenden Vertrag zu beenden und eine erneute Ausschreibung vorzunehmen“*. Aber selbst wenn sie *„dies beabsichtigt hätte, wäre der Zeitraum, für den die Klausel galt, nämlich drei Jahre, nicht so lang gewesen, dass sie ihn für*

³²⁹ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 61. Hervorhebungen durch den Verfasser.

³³⁰ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 62.

³³¹ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 64-69.

einen – im Verhältnis zu der für die Organisation eines solchen Vorhabens erforderlichen Zeit – übermäßig langen Zeitraum daran gehindert hätte.“ Aus diesen Gründen bestand keine „Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs zum Nachteil potenzieller neuer Bieter“. Klarstellend hielt der EuGH idZ noch fest, dass die Gefahr der Wettbewerbsverfälschung dann besteht, wenn ein zeitlich befristeter Kündigungsverzicht „regelmäßig immer wieder in den Vertrag eingefügt wird“.³³²

Bei der Prüfung der **Rabatterhöhung** von 15 % auf 25 %, stellte der EuGH va darauf ab, ob sie im ursprgl Vertrag Deckung fand, wer davon wirtschaftlich profitierte und ob sie zu einer Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil potenzieller Bieter führte.³³³ Auch hier verneinte er das Vorliegen einer wesentlichen Änderung.

Ursprgl war der Rabatt folgendermaßen festgelegt worden: „[...] ein Entgelt entsprechend dem niedrigsten Staffeltarif nach der offiziellen Preisliste [...] abzüglich 15 %“. Der Staffeltarif, der nur für „bestimmte Staffelpreise in einem besonderen Bereich“ gegolten hat, ist ein degressiver Tarif, bei dem sich die jeweiligen Entgelte umso mehr ermäßigen, je mehr Dienstleistungen vom AG bezogen werden. AG und AN argumentierten, dass die Erhöhung des Rabatts der Festlegung eines niedrigeren Preises gleichgekommen wäre. „Auch wenn sie sich in verschiedener Form darstellten, hätten eine Preisermäßigung und eine Rabatterhöhung eine vergleichbare wirtschaftliche Wirkung.“ Der EuGH stellte daher fest, dass die Rabatterhöhung „[u]nter diesen Voraussetzungen“ so ausgelegt werden kann, „dass sie unter die Bestimmungen des Basisvertrags fällt.“

Wesentlich war für den EuGH weiters, dass sich durch die Rabatterhöhung, „durch die sich das Entgelt, das der Auftragnehmer erhält, gegenüber dem ursprünglich vorgesehenen Entgelt verringert, das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags nicht zugunsten des Auftragnehmers“ verändert. Letztlich zog der EuGH auch hier das Argument der Wettbewerbsrelevanz heran. Es kann – so der EuGH – „die Tatsache allein, dass der öffentliche Auftraggeber einen größeren Rabatt auf einen Teil der Dienstleistungen erhält, [...] nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil potenzieller Bieter führen.“

4. ZWISCHENERGEBNIS III

Aus den Rs *Kommission/CAS* und *pressetext* ergibt sich Folgendes:

³³² EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 73-80.

³³³ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 81-87.

Erstens: Die angewandten **Abgrenzungskriterien** gelten für Auftragsvergaben sowohl im, als auch außerhalb des Anwendungsbereichs der VergabeRL. Bei der Beurteilung nachträglicher Leistungsänderungen besteht maW insofern **kein Unterschied** zwischen **primär- und sekundärrechtlich** zu bewertenden Sachverhalten, als jeweils die Wettbewerbsrelevanz der Änderungen entscheidend ist. Unterschiede können aber in Bezug auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten bestehen. Bei Vergaben außerhalb der VergabeRL kommen die Rechtfertigungsgründe in Betracht. Bei Vergaben in ihrem Anwendungsbereich die Tatbestände der VVoB.

Beide E betreffen Sachverhalte, die nicht bzw nur tw der VergabeRL unterliegen. In beiden E gewinnt der EuGH die Abgrenzungskriterien aus den Grundsätzen des Vergaberechts. In der Rs *Kommission/CAS* ist das Folge der besonderen rechtlichen Grundlage der Auftragsvergabe (siehe Pkt IV.2.1). In der Rs *pressetext* wird demgegenüber nicht zweifelsfrei zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen unterschieden. Während es sich nach dem SA insgesamt um einen Dienstleistungsauftrag über nicht-prioritäre Dienstleistungen handelt,³³⁴ trifft der EuGH keine entsprechende Feststellung. Er betont zwar einleitend in Rn 35 (siehe oben) den Unterschied zw beiden Dienstleistungskategorien, unterscheidet aber in weiterer Folge nicht mehr zwischen ihnen. Aus dem Wortlaut seiner Begründung ergibt sich keine Einschränkung auf eine der beiden Dienstleistungskategorien. Die Kriterien zur Bestimmung der Wesentlichkeit nachträglicher Leistungsänderungen gelten somit für beide Kategorien. Dafür spricht auch, dass die Begründungen beider E kongruent sind.

Der EuGH in der Rs *Wall AG* die Anwendbarkeit der Abgrenzungskriterien auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen bestätigt.³³⁵

Zweitens: Der EuGH gewinnt die **Zulässigkeitsgrenzen** aus den **Grundsätzen des Vergaberechts** und der **Abgrenzung zu den Tatbeständen über VVoB**, die die Beauftragung des AN mit zusätzlichen oder gleichartigen Leistungen erlauben. Siehe zur Abgrenzung auch Pkt V.4.4.

In beiden E überträgt der EuGH seine Rsp zum Gleichbehandlungsgrundsatz in die Phase der Auftragsdurchführung. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt Folgendes: Einerseits müssen die Bieter bei der Erstellung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben. Andererseits muss sichergestellt sein, dass öff AG die Angebote anhand im Vorhinein festgelegter Kriterien objektiv nachprüfbar bewerten. Aus diesen Gründen müssen alle

³³⁴ SA GA Kokott, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 110 u 111.

Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen klar, genau und eindeutig festgelegt sein. Um den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht leer laufen zu lassen, müssen die Bedingungen nicht nur im Vergabeverfahren, sondern auch in der Phase der Auftragsdurchführung eingehalten werden.

In der Phase der Auftragsdurchführung wird der Gleichbehandlungsgrundsatz aber erst dann verletzt, wenn eine nachträgliche Änderung Einfluss auf den Wettbewerb hat. Entscheidend ist die Wettbewerbsrelevanz nachträglicher Änderungen. Dementsprechend muss zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen unterschieden werden.

Drittens: Der EuGH geht in seiner Begründung nicht auf den Aspekt des mit einer nachträglichen Änderung uU verbundenen Eingriffs in die Grundfreiheiten ein. Ob der EuGH die Berufung auf **Rechtfertigungsgründe** zulässt, bleibt daher offen. Siehe Pkt III.2.4 „Rechtfertigungsgründe“.

Viertens: Nach der Rs *pressetext* sind Änderungen unzulässig, mit denen wesentliche Auftragsbestimmungen geändert werden. Wesentlich ist eine Änderung, die entweder

- im ursprgl Vergabeverfahren die Beteiligung **anderer Bieter** erlaubt hätte (das betrifft Unternehmen, die im ursprgl Verfahren von der Teilnahme abgeschreckt wurden und aufgrund des „neuen“ Auftrags teilnehmen wollten),
- ein **anderes Ergebnis** des Vergabeverfahrens erlaubt hätte (der Wortlaut „*Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots*“ erfasst den Fall, dass ein **anderer Bieter** den Zuschlag erhalten hätte oder, dass der bisherige AN ein anderes Angebot gelegt hätte),
- den Auftrag in **großem Umfang erweitert** oder
- das **wirtschaftliche Gleichgewicht** des Vertrags **zugunsten des AN** ändert.

Die **Wettbewerbsrelevanz**³³⁵ ist Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Nur solche Änderungen, die „**konkret**“ geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und den AN gegenüber anderen Unternehmen zu bevorzugen, sind unzulässig.³³⁷

³³⁵ EuGH, 13.04.2010, Rs C-91/08, *Wall AG*, Rn 37 u 38.

³³⁶ Zum Begriff: *Kulartz/Duikers*, Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen, *VergabeR* 2008, 728 (731).

³³⁷ Vgl EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 73, 79 u 86; idS SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 48, der der EuGH idZ folgt.

MaW sind nur solche Ungleichbehandlungen verboten, die sich auf den Wettbewerb auswirken. In der Phase der Auftragsdurchführung ist der Gleichbehandlungsgrundsatz daher nicht schon dann verletzt, wenn ein öff AG seinem bisherigen AN die Möglichkeit zur Angebotsänderung gewährt und/oder seine Festlegungen nur zugunsten des AN ändert. Es besteht **kein generelles bzw abstraktes Verbot** nachträglicher Änderungen.

Es **kommt** auch **nicht darauf an, wann inhaltlich ein neuer Auftrag vorliegt**. Der EuGH erspart sich damit schwierige Abgrenzungsfragen zwischen wesentlichen Auftragsbestandteilen, die öff Aufträge „ausmachen“ und unwesentlichen Bestandteilen. Entscheidend ist, ob die Änderung das Wettbewerbsergebnis verzerren könnte. Bis zu dieser Grenze dürfen Aufträge nachträglich geändert werden. Die Zulässigkeitsgrenzen sind daher insb auch von der **konkreten Situation** auf dem jeweiligen Markt abhängig und daher **nur im Einzelfall bestimmbar**.

Wenngleich der Gleichbehandlungsgrundsatz erst durch wettbewerbsrelevante Änderungen verletzt wird, reicht andererseits bereits die **Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung** aus, wenn die Beteiligung anderer Bieter **möglich gewesen wäre**. Der Nachweis einer konkreten Verfälschung ist idF nicht erforderlich. Es ist irrelevant, ob das Wettbewerbsergebnis tatsächlich anders ausgefallen wäre und ein anderes Unternehmen nachweislich den Zuschlag erhalten hätte. Es genügt, dass **andere Unternehmen wahrscheinlich teilgenommen hätten**. Das folgt aus dem eindeutigen Wortlaut der Begründung. Die Wendung „*erlaubt hätte*“ meint etwas anderes als zB „*geführt hätte*“. Auf dieser Linie liegt auch der SA der GA *Kokott*: „*wenn nicht auszuschließen ist*“.

Beim zweiten Kriterium „*Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots*“ geht es um Änderungen, die ein **anderes Ergebnis** des Vergabeverfahrens „*erlaubt*“ hätten. Nach dem Wortlaut der Begründung reicht wiederum die Möglichkeit.³³⁸ Der Wortlaut der Begründung der **Rs Kommission/CAS** ist idZ weniger streng. In dieser E beurteilte der EuGH die nachträglichen Änderungen deshalb als unzulässig, weil sie – hätten sie schon im ursprgl Verfahren berücksichtigt werden können – die Abgabe eines **erheblich abweichenden Angebots** erlaubt hätten. Nach beiden Entscheidungen sind Änderungen jedenfalls dann wesentlich, wenn ein **anderes Unternehmen den Zuschlag** erhalten hätte. Wesentlich können darüber hinaus Änderungen sein, die Einfluss auf die Angebotspreise oder auf die Angebotsbewertung durch die Zuschlagskriterien gehabt hätten. Zur Annahme eines

³³⁸ IdS auch SA GA *Kokott*, 13.3.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 48: „*wenn nicht auszuschließen ist ...*, [dass die] *Bewerbung eines seinerzeit unterlegenen Bieters [...] erfolgreich sein könnte*.“

(erheblich) anderen Angebots kommt es, wenn ein anderes Unternehmen Bestbieter geworden wäre oder der ursprgl Zuschlagsempfänger mit einem neuen Angebot wieder Bestbieter würde. Im ersten Fall ist die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes offensichtlich. Im zweiten Fall nicht unbedingt. Würden die geänderten Bedingungen nicht die Teilnahme anderer Unternehmen erlauben (erstes Kriterium) und der bisherige AN wieder Bestbieter werden, bestünde die Ungleichbehandlung lediglich darin, dass die unterlegenen, aber chancenlosen Bieter ihre Angebote nicht ändern durften. Es würde dadurch zu keiner Wettbewerbsverfälschung kommen.

Das Kriterium der **Auftragsweiterung in erheblichem Umfang** begründet der EuGH mit dem Anwendungsbereich des Art 11 Abs 3 lit e und f DKRL, der zwar die Durchführung eines VVoB für die Vergabe zusätzlicher Leistungen erlaubt, aber „*Einschränkungen bezüglich des Umfangs*“ vorsieht. Der Ausnahmetatbestand der DKRL wurde von der VergabeRL übernommen (siehe Pkt V.4.4). Zur Bestimmung, wann die **Grenze** überschritten wird, kann daher auf die **Voraussetzungen der VVoB zur Vergabe „zusätzlicher“ Leistungen** zurückgegriffen werden. Davon unabhängig liegt eine erhebliche Auftragsweiterung jedenfalls dann vor, wenn der isoliert betrachtete **Wert der nachträglichen Vertragsänderung** den maßgeblichen **Schwellenwert überschreitet**.³³⁹ Andererseits deutet der EuGH hier systematisch zutr eine Abgrenzung zwischen allg Leistungsänderungen und Leistungsänderungen an, die von den Tatbeständen der VVoB erfasst werden. Die Notwendigkeit dieser Abgrenzung wird in Pkt V.5 erläutert.

Auch das Kriterium der **Veränderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts** ist Ausdruck der Wettbewerbsrelevanz. Das wirtschaftliche Gleichgewicht eines Vertrags ändert sich durch **Preisänderungen** und/oder durch **Änderungen des Werts der vom AN erbrachten Leistung**. Reine Preisänderungen sind daher idR wesentlich.³⁴⁰

Hintergrund dieses Kriteriums ist offenbar folgender Gedanke: Öff Aufträge werden nach wirtschaftlichen Kriterien vergeben. Der AN hat im ursprgl Verfahren das billigste oder beste Angebot abgegeben. Im Vergleich dazu haben alle anderen Bieter teurere oder schlechtere Angebote abgegeben. Wird nun durch eine nachträgliche Änderung das **wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags zugunsten des AG** geändert, liegt **keine**

³³⁹ EuGH 29.04.2010, Rs C-160/08, *Kommission/Deutschland*, Rn 99 u 100. IdS zuvor schon *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008) 118 Rz 1295; zust: *Kulartz/Duikers*, Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen, VergabeR 2008, 728; OLG Rostock 05.02.2003, 17 Verg 14/02 = VergabeR 2003, 321 mit Anm v *Müller-Wrede* = NZBau 2003, 457 u OLG Celle 29.10.2009, 13 Verg 8/09 = VergabeR 2007, 358.

³⁴⁰ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 60 unter Verweis auf EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*, Rn 117.

Wettbewerbsverzerrung vor, weil sich der Auftrag nur noch weiter von den Angeboten der unterlegenen Bieter entfernt hat. Sie hätten zu diesen Bedingungen ohnehin nicht anbieten können. Die Zulässigkeit solcher Änderungen ist einleuchtend.

Wird aber – umgekehrt – das **wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des AN** geändert, ist das **generell unzulässig**. Unzulässig sind daher jedenfalls Preiserhöhungen. Unzulässig ist es aber auch, wenn der Wert der Leistung sinkt und sich der Preis nicht proportional ändert. Die Begründung dafür ist nicht mehr so einleuchtend. Das Wettbewerbsergebnis wird nämlich erst dann verzerrt, wenn die Änderung so weit geht, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers im ursprgl Vergabeverfahren nicht mehr bestes oder billigstes gewesen wäre. Der EuGH stellt idZ nicht darauf ab.

Fünftens: Es ist zu betonen, dass in der Rs *pressetext* schon die ursprgl Auftragsvergabe ohne förmliches Vergabeverfahren erfolgte. Das Fehlen einer Vergleichgrundlage erklärt die von den Abgrenzungskriterien tw abweichenden Begründungen.

Sechstens: Übersetzt in die Institute des Vergabeverfahrensrechts sind nachträgliche Leistungsänderungen entweder **nachträgliche Angebotsänderungen** oder **nachträgliche Änderungen der Ausschreibung**. Je nachdem, ob die nachträglichen Änderungen in der ursprgl Ausschreibung Deckung finden oder nicht.

Von der ursprgl Ausschreibung gedeckt sind Änderungen, die im ursprgl Vergabeverfahren angeboten hätten werden können. IdZ ist insb an andere Lösungswege bei funktionalen Leistungsbeschreibungen oder an nachträgliche Abänderungs-, Alternativ- oder Variantenangebote zu denken.

Umgekehrt sind solche Änderungen nicht von der Ausschreibung gedeckt, die im ursprgl Vergabeverfahren nicht angeboten hätten werden dürfen.

Die ersten beiden Abgrenzungskriterien „Beteiligung anderer Bieter“ und „Annahme eines anderen als des ursprgl angenommenen Angebots“ erfassen ausschließlich Änderungen, die in der ursprgl Ausschreibung keine Deckung finden. Sie beziehen sich auf **nachträgliche Änderungen der Ausschreibung**. Für Änderungen, die von der ursprgl Ausschreibung gedeckt sind, „passen“ die Kriterien nicht. IdF werden „*keine Bedingungen*“ eingeführt, die die Annahme eines anderen Angebots erlauben. Die „*Bedingungen*“ werden nämlich gar nicht geändert.

Das dritte Kriterium „Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts“ erfasst hingegen sowohl nachträgliche Angebotsänderungen als auch nachträgliche Ausschreibungsänderungen.

Siebtens: Die Ausübung **vorbehaltener Leistungsänderungsrechte** ist grds **zulässig**. Voraussetzung dafür ist die Chancengleichheit interessierter Unternehmen im ursprgl Vergabeverfahren. Die Änderungsmöglichkeit und die Modalitäten ihrer Durchführung müssen daher ausdrücklich festgelegt und von Anfang an bekannt sein.

Achtens: Nachträgliche **Änderungen**, die unter die **Sondertatbestände der VVoB** fallen, müssen von den übrigen Leistungsänderungen **abgegrenzt werden**. Das deutet der EuGH in der Rs *pressetext* an. Dieser Aspekt wird in Kapitel V „Das positiviert Leistungsänderungsrecht“ erörtert.

Hintergrund der Abgrenzung sind systematische Überlegungen. Die Tatbestände, die die Durchführung von VVoB rechtfertigen, sind taxativ aufgezählt und eng auszulegen. Es dürfen daher weder neue Tatbestände geschaffen, noch die bestehenden ergänzt werden. Anders gewendet ist den Tatbeständen auch ein Anwendungsbereich zu belassen. Andernfalls wäre ihre Normierung sinnlos.

Die Abgrenzung ist darüber hinaus auch im Regime des Primärrechts von Bedeutung. Wie in Pkt III.2.2 erörtert, schlagen die Ausnahmetatbestände der VergabeRL auch auf die primärrechtlichen Transparenzpflichten durch.

V. DAS POSITIVIERTE LEISTUNGSÄNDERUNGSRECHT

1. EINLEITUNG

Neben den Grundsätzen des Vergaberechts bieten auch einige gesetzliche Bestimmungen Anhaltspunkte für die Frage der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen.

Gesetzlich detailliert geregelt ist insb der Bereich von **Leistungsänderungen in der Phase vor der Zuschlagserteilung**.

Darüber hinaus sind in VergabeRL und BVergG Teilbereiche **nachträglicher Leistungsänderungen** ausdrücklich geregelt. Einerseits sind vertraglich vorbehaltene **Leistungsänderungsrechte** zulässig, die im Wesentlichen Änderungen des Leistungsvertrags

in der Phase der Auftragsdurchführung erlauben, wenn die Änderungsmöglichkeit Bestandteil des ursprgl Vergabeverfahrens war. Andererseits räumen VergabeRL und BVergG öff AG die Möglichkeit ein, **zusätzliche oder gleichartige Leistungen**, die in engem Zusammenhang zum ursprgl Auftrag stehen, in **VVoB** unmittelbar vom bisherigen AN zu beziehen.

HL und Rsp gehen (jedenfalls implizit) davon aus, dass durch die bestehenden Bestimmungen über nachträgliche Leistungsänderungen **keine abschließende Regelung dieses Bereichs** erfolgt ist. Andernfalls wäre die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen überflüssig. Es gilt daher, ihren Anwendungsbereich auszuloten und von dem Bereich abzugrenzen, für den keine ausdrücklichen Regelungen bestehen.

Im Folgenden werden die gesetzlichen Bestimmungen über **Leistungsänderungen vor Zuschlagserteilung (Pkt V.2)** und **nach Zuschlagserteilung (Pkt V.4)** dargestellt und erörtert.

2. LEISTUNGSÄNDERUNGEN VOR ZUSCHLAGSERTEILUNG

2.1 Überblick

Eng verwandt mit der Frage der Zulässigkeit von Leistungsänderungen nach Zuschlagserteilung ist naturgemäß jene nach der Zulässigkeit von Leistungsänderungen vor Zuschlagserteilung. Im Gegensatz zu nachträglichen Leistungsänderungen, die ja nur zu einem kleinen Teil ausdrücklich geregelt sind (Pkt V.4), enthalten VergabeRL und BVergG zahlreiche Vorschriften, die Leistungsänderungen während des Vergabeverfahrens, dh in der Phase vor der Zuschlagserteilung erfassen.

Aussagen über die Zulässigkeit solcher Leistungsänderungen finden sich iZm unterschiedlichen Regelungskomplexen, die es, jeder für sich genommen, wert wären, Gegenstand eigener Untersuchungen zu sein. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher auf jene Aspekte, die einen besonders engen Bezug zu nachträglichen Leistungsänderungen haben.

Vor Zuschlagserteilung können Bieter die von ihnen angebotene Leistung dadurch ändern, indem sie ihre **Angebote ändern**. Umgekehrt können öff AG, die nachgefragte Leistung ändern, indem sie die **Ausschreibung**, insb die technische Leistungsbeschreibung und/oder die rechtlichen und wirtschaftlichen Auftragsbedingungen, **ändern**. Die Zulässigkeit dieser

Änderungsmöglichkeiten hängt im Wesentlichen von der gewählten Verfahrensart, dem Umfang und Zeitpunkt der Änderung ab.

Während in offenen und nicht-offenen Verfahren die Änderungsmöglichkeiten grds beschränkt sind, herrscht im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog demgegenüber eine größere Flexibilität. Nach der Angebotsöffnung sind Änderungen jedoch in allen Verfahrensarten strengen Regeln unterworfen. In der Phase zwischen Angebotsöffnung und Zuschlagserteilung können grds nur mehr solche Angebote geändert werden, die vom Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren bedroht sind. Das BVergG eröffnet den Bietern hier die Möglichkeit zur Mängelbehebung. Zulässigkeit und Umfang der **Mängelbehebung** unterliegen dabei strengen Voraussetzungen.

Die Verwandtschaft mit nachträglichen Leistungsänderungen besteht insofern, als nachträgliche Änderungen – bezogen auf das ursprgl Vergabeverfahren – entweder Angebotsänderungen (jedenfalls bei funktionalen Leistungsbeschreibungen), Ausschreibungsänderungen oder eine Verbindung zwischen Ausschreibungsänderungen und Angebotsänderung (sowohl bei funktionalen als auch bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen) sind.

Gehen nachträgliche Leistungsänderungen so weit, dass sie keine Deckung mehr in der ursprgl Ausschreibung finden, werden Leistungen erbracht, die von der Ausschreibung abweichen. Auch dieser Aspekt weist einen unmittelbaren Bezug zur Phase vor Zuschlagserteilung auf. Für alle Vergabeverfahren gilt nämlich der Grundsatz, dass sich die Bieter bei der Erstellung ihrer Angebote an die Ausschreibung halten müssen. Der Zuschlag darf nur auf ausschreibungskonforme Angebote erteilt werden. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote müssen aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werden. Nur unter besonderen Voraussetzungen erlauben VergabeRL und BVergG, **von der Ausschreibung abweichende Angebote** abzugeben. AG können insb sog **Alternativ-** und **Abänderungsangebote** zulassen. Da aber auch hier die Vergleichbarkeit zwischen allen Angeboten erforderlich ist,³⁴¹ sind auch solche Abweichungen nur in bestimmten Grenzen möglich und zulässig.

Insgesamt sind Leistungsänderungen vor Zuschlagserteilung und die Möglichkeit von der Ausschreibung abweichende Angebote zu legen, strengen Regeln unterworfen. Bei nachträglichen Leistungsänderungen besteht nun die Gefahr, dass diese Regeln umgangen

werden. Es stellt sich die Frage, ob ein **Verhalten, das**, wäre es **vor Zuschlagserteilung** gesetzt worden, **unzulässig** wäre, zu einem späteren – uU sogar unmittelbar – **nach Zuschlagserteilung** liegenden Zeitpunkt überhaupt **zulässig** sein kann, ohne die gesetzlichen Regeln leer laufen zu lassen. Diese Gefahr gewinnt insofern an Brisanz, als sich gerade in den gesetzlichen Regeln die Grundsätze des Vergabeverfahrens in besonderem Maß manifestieren.

Im folgenden Kapitel werden die Bestimmungen über die Zulässigkeitsgrenzen von Leistungsänderungen in der Phase bis zur Zuschlagserteilung dargestellt und ihr Hintergrund erläutert. Die Darstellung folgt den entsprechenden Regelungsbereichen des BVergG: **Angebotsänderungen (Pkt V.2.2)**, **Mängelbehebung** und **ausschreibungswidrige Angebote (Pkt V.2.3)**, **Berichtigung der Ausschreibung (Pkt V.2.4)**, **Alternativ- und Abänderungsangebote (Pkt V.2.5)**.

Die Darstellung orientiert sich an der Rechtslage der offenen und nicht-offenen Verfahren. Wegen ihrer anderen Struktur sind **Leistungsänderungen im Verhandlungsverfahren (Pkt V.2.6)** und im **wettbewerblichen Dialog (Pkt V.2.8)** in eigenen Kapiteln dargestellt.

2.2 Angebotsänderungen im offenen und nicht-offenen Verfahren

2.2.1 Verhandlungsverbot

Die Zulässigkeit von Angebotsänderungen in offenen und nicht-offenen Verfahren unterscheidet sich nach dem **Zeitpunkt der Änderung**.

Vor Ablauf der Angebotsfrist dürfen Bieter gem § 106 Abs 8 ihre Angebote ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten. Nach diesem Zeitpunkt, dh während der Zuschlagsfrist, sind die Bieter gem § 112 Abs 2 an ihre Angebote gebunden. Die Angebote dürfen daher grds weder **einseitig** geändert noch zurückgezogen werden.³⁴²

Verboten sind aber nicht nur einseitige Angebotsänderungen durch Bieter, sondern auch **einvernehmliche** Angebotsänderungen. Gesetzliche Grundlage für das Verbot von Angebotsänderungen ist das **Verhandlungsverbot**^{343,344}. Das Verhandlungsverbot verbietet

³⁴¹ § 79 Abs 3 verlangt für alle Vergabeverfahrenstypen, dass die Ausschreibung so ausgearbeitet ist, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist.

³⁴² Vgl EB zu § 112.

³⁴³ Gem § 101 Abs 4 für offene Verfahren.

³⁴⁴ Gem § 104 Abs 2 für nicht-offene Verfahren.

während der Dauer eines Vergabeverfahrens Verhandlungen zwischen AG und Bietern über Angebotsänderungen.

Aus dem Verhandlungsverbot folgt jedoch nicht nur die **Unzulässigkeit von Verhandlungen**, sondern ganz allg die Unzulässigkeit **inhaltlicher Angebotsänderungen** „jeglicher Art“, wie zB Änderungen der Preise, des Leistungsgegenstands, des Leistungsumfangs, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung usw,³⁴⁵ **nach** Ablauf der **Angebotsfrist** bzw **nach** der **Angebotsöffnung**.³⁴⁶ Das Verhandlungsverbot verbietet nach der Angebotsöffnung nicht nur Änderungen, sondern allg Verhandlungen über Art und Umfang der ausgeschriebenen oder angebotenen Leistung³⁴⁷ bzw über Angebotsänderungen, die die Erlangung von Preisnachlässen bezwecken.³⁴⁸ Unzulässig ist es daher auch, einen nicht angebotenen Leistungsteil einem „Nachtragsangebot“ vorzubehalten.³⁴⁹ Unzulässig sind weiters: nachträgliche preisrelevante Änderungen des Angebots³⁵⁰ bzw eine Änderung des Angebotspreises,³⁵¹ wenn ein Bieter – entgegen den Ausschreibungsbestimmungen – seinem Angebot eine unverbindliche Preisliste zu Grunde legt und diese erst nachträglich für verbindlich erklärt³⁵² oder eine Ausschreibungsbestimmung, die die Bieter verpflichtet, während der Zuschlagsfrist Änderungen (Reduktionen) ihrer Angebotspreise bekanntzugeben.³⁵³ Ersucht ein AG einen Bieter nach Angebotsöffnung um die Bekanntgabe sämtlicher Wartungs- und Instandhaltungskosten, – obwohl diese nicht als Zuschlagskriterium genannt sind – um diese Werte der Bestbieterermittlung zu Grunde zulegen und legt der AG darüber hinaus – entgegen den Ausschreibungsbestimmungen – fest, dass diese Angaben im Falle der Auftragsvergabe Bestandteil des Leistungsvertrags werden, verstößt das gegen das Verhandlungsverbot.³⁵⁴

³⁴⁵ So noch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 96 Rz 2; BVA 22.12.2005, 07N-112/05-28.

³⁴⁶ Unter vielen: Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch² 188; zust Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 101 Rz 18; Hornbanger/Pesendorfer, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren, RPA 2008, 6 (6) oder BVA 22.12.2005, 07N-112/05-28: „Gemäß § 96 Abs. 1 leg.cit. [Anm: das Verhandlungsverbot war im BVergG 2002 in § 96 geregelt] darf während eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden. Für das offene und für das nicht offene Verfahren wird somit ein absolutes Verhandlungsverbot normiert. Verboten sind Änderungen des Angebotes jeglicher Art (der Preise, des Leistungsgegenstandes, des Leistungsumfanges, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung etc) nach der Angebotsöffnung.“

³⁴⁷ Schwartz, Bundesvergabegesetz § 96 Rz 1; zust BVA 07.11.2003, 14N-91/03-29.

³⁴⁸ Dieser Aspekt wurde in der Vorgängerbestimmung Pkt 4.4 der ÖNORM A 2050 ausdrücklich erwähnt.

³⁴⁹ BVA 23.12.2003, 17N-129/03-21.

³⁵⁰ BVA 01.04.1998, N-7/98-10, N-9/98-5.

³⁵¹ BVA 23.01.1998, F-23/97-13.

³⁵² BVA 22.12.2005, 07N-112/05-28; BVA 12.05.1999, N-20/99-2.

³⁵³ BVA 16.11.1999, N-22/98-22; BVA 05.08.1998, N-23/98-6.

³⁵⁴ BVA 12.09.2001, F-1/01-19. Bzw liegt auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlung- u Transparenzgrundsatz vor.

2.2.2 Teleologie des Verhandlungsverbots

Im **Wettbewerbskonzept** der offenen und nicht-offenen Verfahren trägt das Verhandlungsverbot iVm §§ 117 Abs 2, 3 und 4 in der Phase bis zur Angebotsöffnung zunächst dazu bei, „*wettbewerbsverzerrende Informationsvorsprünge*“ einzelner Bieter zu verhindern.³⁵⁵ Flankiert wird es durch die an die AG gerichteten Verbote, die Angebote vor Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen, die Namen der Bieter zu nennen³⁵⁶ und die Pflicht, „*die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit*“ im Beisein der Bieter zu öffnen³⁵⁷ und dabei insb die Angebotspreise zu verlesen.³⁵⁸ „*Damit soll sichergestellt werden, daß kein Anbieter etwas von den Angeboten seiner Konkurrenten erfährt, solange er sein Angebot noch ändern könnte.*“³⁵⁹ Darüber hinaus sollen öff AG bestimmten Bietern keine Informationsvorsprünge verschaffen (können).³⁶⁰ IdS verpflichten auch § 101 für offene und § 104 Abs 3 für nicht-offene Verfahren öff AG, Anzahl und Namen der Unternehmen, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren bekundet haben bzw die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten. Abgerundet wird dieses Konzept durch die Pflicht, verspätet eingelangte Angebote auszuschneiden.³⁶¹ In Deutschland wird idZ treffend von der **Pflicht zum Geheimwettbewerb** gesprochen.³⁶² Die Bieter sollen ihre Konkurrenten und die Angebote ihrer Konkurrenten nicht kennen. Mit der Angebotsöffnung ist der Wettbewerb beendet und der Zuschlagsempfänger steht fest.³⁶³ Nach diesem Zeitpunkt besteht grds nur mehr die Möglichkeit, Angebote mit behebbaren Angebotsmängeln zu verbessern.

Sinn und Zweck des Verhandlungsverbots ist die Gewährleistung eines fairen, die Gleichbehandlung der Bieter gewährleistenden, Wettbewerbs und die Sicherung des den offenen und nicht-offenen Verfahren zu Grunde liegenden **Wettbewerbskonzepts**.³⁶⁴ Als Konkretisierung des Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatzes³⁶⁵ dient es „*ebenso dem Schutz der organisierten Konkurrenz als Institution, die gewährleisten soll, dass sich die Angebotspreise im Wege scharfer Kalkulation unter dem latenten Konkurrenzdruck der anderen Bieter [Anm: ausschließlich] auf der Basis der Daten der Leistungsbeschreibung*

³⁵⁵ Aicher in Korinek/Rill, Reform 271.

³⁵⁶ § 117 Abs 2, 3 u 4.

³⁵⁷ § 118 Abs 1.

³⁵⁸ § 118 Abs 5 Z 2.

³⁵⁹ Aicher in Korinek/Rill, Reform 271; idS auch Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 274.

³⁶⁰ Aicher in Korinek/Rill, Reform 271.

³⁶¹ § 129 Abs 1 Z 6.

³⁶² Vgl nur Burgi, NZBau 2008, 30 mwN; Aicher in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts 282 Rz 21.

³⁶³ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch² 188; zust Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 101 Rz 18, ähnlich Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 274.

³⁶⁴ IdS Aicher in Korinek/Rill, Reform 270 u 271, zust Krejci, Zum Vergaberechtlichen Verhandlungsverbot, WBI 1991, 341.

bilden.“³⁶⁶ Das Verhandlungsverbot geht aber insofern über die Pflicht zur Gleichbehandlung hinaus, als es öff AG auch Verhandlungen mit sämtlichen Bietern verbietet.³⁶⁷

IdS trägt das Verhandlungsverbot zur Transparenz des Wettbewerbsergebnisses und zu „**marktgerechten**“ und **unverfälschten Angeboten** bei. Die Bieter sind von vornherein gezwungen, ihre Angebote so zu erstellen und so knapp zu kalkulieren, dass sie den Zuschlag erhalten können. Ohne Verhandlungsverbot – so die Annahme des Gesetzgebers – würden und müssten die Bieter einen Verhandlungsspielraum in ihre Angebote einkalkulieren und von vornherein zu überhöhten Preisen anbieten.³⁶⁸ Die Situation wäre wie auf einem Bazar. Darüber hinaus könnte der Bestbieter seinen Angebotspreis nachträglich soweit anheben bzw sein Angebot soweit ändern, dass er immer noch vor dem Zweitplatzierten liegt.³⁶⁹ Das Verhandlungsverbot gewährleistet aber auch einen fairen Wettbewerb, indem es verhindert, dass öff AG ihre – häufig bestehende – Machtposition durch reines Preisdrücken ausspielen. IdS kann das Verhandlungsverbot „*machtneutralisierend*“ wirken.³⁷⁰

Das Verhandlungsverbot ist ein **abstraktes Verbot** von auf Angebotsänderungen abzielender Verhandlungen. Es gilt ungeachtet einer möglichen sachlichen Rechtfertigung.³⁷¹ Ungeachtet des Zwecks des Verhandlungsverbotes wurde, auch in der Rsp zu Angebotsänderungen bislang noch nie auf eine sachliche Rechtfertigung von Verhandlungen bzw inhaltlichen Angebotsänderungen Bezug – iSe teleologischen Reduktion des Verhandlungsverbots – genommen.

Zusammengefasst ist das Verhandlungsverbot ein **zentraler Grundsatz des österr Vergaberechts**, mit dessen Hilfe die „*wettbewerbsessentielle*“ Voraussetzung der Gleichbehandlung der Bieter und das Wettbewerbskonzept des BVergG sichergestellt werden.³⁷²

Abgesehen von Verhandlungen mit allen Bietern und dem unzulässigen „Preisdrücken“ erfasst das Verhandlungsverbot größtenteils Konstellationen, die bereits auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig sind. Dementsprechend beruft sich auch das BVA zur Begründung der Unzulässigkeit inhaltlicher Angebotsänderungen nach Angebotsöffnung

³⁶⁵ IdS Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 101 Rz 17.

³⁶⁶ Aicher in Korinek/Rill, Reform 272.

³⁶⁷ IdZ besteht die Gefahr, dass ein „starker“ AG Bieter gegeneinander ausspielt u insofern alle Bieter „gleich schlecht“ behandelt, Aicher in Korinek/Rill, Reform 273; zust Krejci, WBl 1991, 341; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 101 Rz 21.

³⁶⁸ Aicher in Korinek/Rill, Reform 273 u 274; Krejci, WBl 1991, 341; IdS Egger, Europäisches Vergaberecht 302 Rz 1271.

³⁶⁹ Aicher in Korinek/Rill, Reform 272.

³⁷⁰ Aicher in Korinek/Rill, Reform 116 u 272; Krejci, WBl 1991, 341.

³⁷¹ Vgl Krejci, WBl 1991, 341.

³⁷² Krejci, WBl 1991, 341 unter Verweis auf Aicher in Korinek/Rill, Reform 271.

tw neben dem Verhandlungsverbot zusätzlich auch auf den Gleichbehandlungsgrundsatz,³⁷³ tw wird der Gleichbehandlungsgrundsatz alleine herangezogen.³⁷⁴ Da das Verhandlungsverbot nichts anderes als eine besondere Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist, macht das keinen Unterschied.

2.2.3 Gemeinschaftsrechtlicher Kontext

Bemerkenswert ist, dass die VergabeRL das Institut des Verhandlungsverbots nicht kennt. Auch in den „alten“ VergabeRL war das Verhandlungsverbot nicht ausdrücklich erwähnt.

Lediglich in einer – wohl unverbindlichen³⁷⁵ – **Erklärung von Rat und Kommission** zur BKRL und SKRL³⁷⁶ wurde festgehalten, dass: *„bei den offenen und den nichtoffenen Verfahren Verhandlungen mit den Bewerbern oder Bieterern über **Hauptbestandteile** des Auftrages, deren **Änderung den Wettbewerb verfälschen könnte**, und insbesondere über die Preise **ausgeschlossen** sind; Erörterungen mit den Bewerbern oder Bieterern dürfen nur stattfinden, wenn es darum geht, den Inhalt des Angebots oder die Forderungen der öffentlichen Auftraggeber zu präzisieren oder zu vervollständigen, und sofern sich dies nicht diskriminierend auswirkt.“*

Da die Erklärung keinen Niederschlag in der VergabeRL gefunden hat, bestimmt sich im gemeinschaftsrechtlichen Kontext die Zulässigkeit von Verhandlungen im Allgemeinen und Angebotsänderungen im Besonderen daher ausschließlich nach den Grundsätzen des Vergaberechts.³⁷⁷

Wenngleich das Verhandlungsverbot als generelles Verbot uU auch Verhaltensweisen verbietet, die mit den Grundsätzen des Vergaberechts – zumindest *a priori* – nicht im Konflikt stehen, gelangt man für den Bereich von Leistungsänderungen während des Vergabeverfahrens zu identen Ergebnissen.

³⁷³ BVA 01.04.1998, N-7/98-10, N-9/98-5; BVA 16.11.1999, N-22/98-22; BVA 25.07.2000, F-8/99-25; jüngst BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23.

³⁷⁴ Vgl VfGH 25.02.2002, B 357/00 bzgl nachträglicher „Preis Anpassungen“.

³⁷⁵ Egger, Europäisches Vergaberecht 223 Rz 889 mwN.

³⁷⁶ Erklärung des Rats u der Kommission v 30.04.1994 zu Art 7 Abs 4 der RL 93/37/EWG des Rats v 14.06.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öff Bauaufträge, ABI L 1994/111, 114 u v 30.04.1994 zu Art 20 der RL 93/38/EWG des Rats v 14.06.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABI L 1994/111, 114.

³⁷⁷ Vgl Egger, Europäisches Vergaberecht 223 Rz 891.

2.2.4 Ausnahmen vom Verhandlungsverbot

Das BVergG kennt lediglich **zwei Ausnahmen** vom Verbot nachträglicher Angebotsänderungen:

Angebote mit **behebaren Mängeln** dürfen verbessert werden (**Pkt V.2.2.4.2**).³⁷⁸ Bei **Alternativ- und Abänderungsangeboten** sind geringfügige Angebotsänderungen erlaubt. Gem § 127 Abs 2 sind: *„Erörterungen, die unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende geringfügige Änderungen der Preise betreffen, unter Wahrung der Grundsätze des § 19 Abs. 1 zulässig.“*

Daneben kennt das BVergG **Aufklärungsverfahren** im Rahmen der Angebotsprüfung (**Pkt V.2.2.4.1**), die keine unzulässigen Verhandlungen darstellen.

2.2.4.1 Aufklärungsverfahren

Für die Phase der Angebotsprüfung sieht das BVergG unterschiedliche *„Aufklärungsverfahren“* vor, in denen direkte Gespräche zwischen AG und Bietern zulässig sind. Die Aufklärungsverfahren sollen AG die erforderlichen Informationen darüber liefern, ob sie ein Angebot aus dem Vergabeverfahren ausscheiden müssen und andererseits den Bietern Gelegenheit geben, sich zu Unklarheiten oder Angebotsmängeln äußern zu können.³⁷⁹

- Bieter, die nicht die geforderte Eignung haben, sind gem § 129 Abs 1 Z 2 auszuschneiden. Vor diesem Hintergrund können AG Bieter gem § 70 Abs 3 ua dazu auffordern, die zum Nachweis ihrer Eignung vorgelegten Bescheinigungen *„zu erläutern.“* Zulässig sind gem § 127 darüber hinaus **Aufklärungsgespräche** und **Erörterungen** *„zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit [...].“*
- Angebote die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, müssen gem § 129 Abs 1 Z 2 ausgeschieden werden. IdZ müssen öff AG gem § 125 Abs 4 und 5 zuvor eine vertiefte Angebotsprüfung der Angebotspreise durchführen und dabei vom

³⁷⁸ Zum Aspekt der Ausnahme vom Verhandlungsverbot, *Schramm*, Zur Behebbarkeit von Angebotsmängeln, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP II (2005) 71 (82).

³⁷⁹ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 129 Rz 3f.

betroffenen Bieter eine verbindliche schriftliche, „*bei minder bedeutsamen Unklarheiten*“ eine mündliche **Aufklärung** verlangen.³⁸⁰

- Bei **Alternativ- und Abänderungsangeboten** dürfen gem § 127 Aufklärungsgespräche geführt werden, „*die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind*“ (siehe Pkt V.2.5).

Allg sind öff AG gem § 126 BVergG verpflichtet, eine verbindliche **schriftliche Aufklärung** zu verlangen, wenn sich bei der Angebotsprüfung „*Unklarheiten über das Angebot*“ oder „*über die geplante Art der Durchführung*“ ergeben, „*sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind*“, oder wenn bei der Angebotsprüfung Mängel festgestellt werden.

Nach einer jüngeren E des BVA ist die Angebotsprüfung idF in einem kontradiktorischen Verfahren zwischen AG und Bieter durchzuführen.³⁸¹ Kontradiktorisch bedeutet idZ, dass die AG den Bietern Gelegenheit geben müssen, zu den Unklarheiten oder Mängeln Stellung zu nehmen.³⁸² Durch dieses Vorgehen soll Willkür öff AG verhindert und „*ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet*“ werden.³⁸³ Die Aufforderung zur Stellungnahme muss daher konkret sein. Umgekehrt müssen die Auskünfte so vollständig und detailliert sein, dass mit ihnen die Unklarheiten oder Mängel beseitigt werden.³⁸⁴ AG müssen aber nicht so lange nachfragen, bis die Aufklärung gelingt. Wird durch eine Auskunft die Unklarheit oder der Mangel nicht beseitigt, muss das Angebot ausgeschieden werden.³⁸⁵

Um Umgehungen des Verhandlungsverbots auszuschließen, prüft ein va am Gesetzeswortlaut³⁸⁶ orientierter Teil der Rsp, ob überhaupt „*Unklarheiten über das Angebot*“ vorliegen, die eine Erörterung rechtfertigen. Ist der gem §§ 914 ABGB ff³⁸⁷ ermittelte objektive Erklärungswert eines Angebots eindeutig, „*ist auch der Inhalt allfälliger*

³⁸⁰ Anm: Öff AG sind gem § 125 dazu verpflichtet, die Angemessenheit der Angebotspreise zu prüfen. Die Angebotspreise müssen betriebswirtschaftlich „*erklär- und nachvollziehbar*“ sein. Ergibt die Prüfung, dass die Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis oder zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen haben, oder begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen, müssen die AG eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen.

³⁸¹ BVA 30.01.2006, 13N-130/05-21 unter Verweis auf EuGH 27.11.2001, EuGH 27.11.2001, verb Rs C-285/99, C-286/99, *Impresa Lombardini*, Rn 51f u EuG 25.02.2003, Rs T-4/01, *Renco Spa/Rat*, Rn 77f, die sich beide auf das einzige auch in der VergabeRL vorgesehene Aufklärungsverfahren bei der Preisangemessenheitsprüfung beziehen. IdS *Reisner*, Kontradiktorisches Verfahren vor dem BVA in Bundesvergabeamt (Hrsg), Standpunkte zum Vergaberecht (2003), 143 (150).]

³⁸² BVA 30.01.2006, 13N-130/05-21 unter Verweis auf *Reisner* in *Bundesvergabeamt*, Standpunkte 150.

³⁸³ EuGH 27.11.2001, verb Rs C-285/99, C-286/99, *Impresa Lombardini*, Rn 57.

³⁸⁴ BVA 21.01.2005, 17N-116/04-32; BVA 30.01.2006, 13N-130/05-21.

³⁸⁵ BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34 mwN (zur Preisangemessenheit).

³⁸⁶ Die Vorgängerbestimmungen § 94 BVergG 2002 u § 48 BVergG 1997 hatten denselben Wortlaut.

³⁸⁷ Nach st Rsp u hL sind Angebot u Ausschreibung gem §§ 914ff ABGB auszulegen. Grundlegend *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1f; *Rummel/Lux* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht 19f; BVA 07.04.2000, N-45/99-

nachträglicher Aufklärungsgespräche unerheblich“.³⁸⁸ Wird trotzdem eine schriftliche Aufklärung verlangt, „kann“ das in offenen oder nicht-offenen Verfahren als unzulässiges Verhandeln qualifiziert werden.³⁸⁹ Berücksichtigt ein AG daher die „*Abänderung des bereits eindeutig Erklärten*“ und damit die nachträgliche Änderung eines Angebots eines einzelnen Bieters, so wird dieser gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt.³⁹⁰

Gem § 126 Abs 3 darf die nach der Aufklärung „*allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise*“ – dh entweder das Ausscheiden des Angebots oder seine Verbesserung – nicht gegen die §§ 19 Abs 1 (Grundsätze des Vergabeverfahrens), 101 Abs 4, 104 Abs 2 (Verhandlungsverbot) und 127 (Aufklärungsgespräche zwischen AG und Bieter) verstoßen. MaW dürfen die Grundsätze des Wettbewerbs u der Gleichbehandlung nicht verletzt werden, keine Verhandlungen über inhaltliche Angebotsänderung durchgeführt werden u die Zulässigkeitsgrenzen mündlicher Aufklärungsgespräche gem § 127 nicht überschritten bzw bei nicht gleichwertigen Alternativangeboten nur geringfügige Angebotsänderungen vorgenommen werden. Liegen Unklarheiten vor, dann dürfen – nach der Rsp des BVA – die erteilten Auskünfte daher nicht zu einer inhaltlichen Änderung des Angebots führen.³⁹¹

IZm der **Abgrenzung** zwischen zulässigen **Aufklärungsgesprächen** und **unzulässigen Verhandlungen** ist zu betonen, dass die VergabeRL keine Bestimmungen über Aufklärungsgespräche und unklare oder mangelhafte Angebote enthält. Lediglich iZm der Prüfung der Preisangemessenheit ungewöhnlich niedriger Angebote ist gem Art 55 VergabeRL ein kontradiktorisches Aufklärungsverfahren zwischen AG und Bieter durchzuführen (siehe oben).³⁹²

Nach der og Erklärung von Rat und Kommission (Pkt V.2.2.3) bestimmt sich die Grenze danach, dass „*Erörterungen mit den Bewerbern oder Bieter nur stattfinden dürfen, wenn es darum geht, den Inhalt des Angebotes oder die Forderungen der öffentlichen Auftraggeber zu präzisieren oder zu vervollständigen und sofern sich dies nicht diskriminierend*

74, N-46/99-59, N-5/00-44; BVA 02.10.2003, 17N-80/03-37; BVA 18.02.2001, N-34/99-41; BVA 23.12.2003, 17N-129/03-21; BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23 u jüngst BVA 30.06.2009, N/0051-BVA/10/2009-42.

³⁸⁸ Unter vielen: BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23 unter Verweis auf die v *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 403 Fn 1849 zit Rsp.

³⁸⁹ BVA 13.07.2005, 13N-61/05-13; BVA 15.12.2004, 17N-106/04-19.

³⁹⁰ Unter vielen: BVA 30.06.1999, N-25/99-16, N-28/99-4; ähnlich BVA 09.07.2004, 8N-54/04-84.

³⁹¹ Vgl BVA 26.04.2004, 12N-2/04-55; BVA 30.06.2003, 14N-53/03-12 u die in den Mat zum gleichlautenden § 48 BVergG 1997 zit B-VKK (B-VKK 11/96, Connex 1997, 44): „*Vom Bieter erteilte Aufklärungen dürfen nicht zu einer inhaltlichen Abänderung des ursprünglichen Angebotes führen.*“

³⁹² Vgl EuGH 27.11.2001, verb Rs C-285/99, C-286/99, *Impresa Lombardini*, Rn 51ff; idS EuG 25.02.2003, Rs T-4/01, *Renco Spa/Rat*, Rn 77f.

auswirkt.³⁹³ Aufgrund des Wortlauts geht *Katary* zutr davon aus, dass im Rahmen der Aufklärungsgespräche „an Bestehendes angeknüpft werden muss“ und lediglich wettbewerbs- und preisneutrale „Feinjustierungen“ zulässig sind. Die Aufnahme völlig neuer Positionen in das Angebot wäre daher unzulässig.³⁹⁴

Ähnlich legt der EuG Art 99 lit h Z 2 der Durchführungsbestimmungen zur Haushaltsordnung aus,³⁹⁵ nach der nachträgliche Berichtigungen der Angebote nur dann zulässig sind, wenn ein Angebot „Klarstellungen“ erfordert oder „Berichtigungen offenkundiger sachlicher Irrtümer im Wortlaut des Angebots“ erforderlich sind. Der EuG prüft dabei, ob sich die Antworten des Bieters „auf die Ersuchen der Kommission als Klarstellungen zum Inhalt ihres Angebots erweisen oder ob sie diesen Rahmen überschreiten und den Inhalt dieses Angebots im Hinblick auf die Anforderungen aus dem Lastenheft ändern.“³⁹⁶ Die Klarstellungen müssen sich auf den bereits „vorhandenen“ Inhalt beziehen.

2.2.4.2 Mängelbehebung

Wie oben erwähnt, lässt das BVergG nach der Angebotsöffnung Angebotsänderungen nur in Form einer Verbesserung von Angebotsmängeln zu. Da auch die Verbesserung eine nachträgliche Änderung darstellt – das mangelhafte wird zum mangelfreien Angebot –, ist die Reichweite dieser Änderungsmöglichkeiten auszuloten. Insb ist idZ zu prüfen, ob bzw inwieweit dabei die Angebote auch inhaltlich geändert werden dürfen.

Die grds Zulässigkeit der Mängelbehebung folgt insb aus dem Wortlaut der § 126 u § 129 Abs 1 Z 7. Nach diesen Bestimmungen sind Bieter im Fall eines Angebotsmangels zur schriftlichen Aufklärung aufzufordern. Die dadurch „allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise“ darf die Grundsätze der §§ 19 Abs 1, 101 Abs 4, 104 Abs 2 und 127 nicht verletzen. Darüber hinaus müssen gem § 129 Abs 1 Z 7 Angebote, „deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind“, ausgeschieden werden. Damit ist klargestellt, dass es behebbare und unbehebbar Mängel gibt und die Verbesserung behebbarer Mängel nicht gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens und das Verhandlungsverbot verstößt.³⁹⁷

Das BVergG verpflichtet öff AG, Aufklärung über festgestellte Mängel zu verlangen. Paradoxerweise gilt das nach dem Wortlaut des § 126 Abs 3 selbst bei **unbehebbar**

³⁹³ Hervorhebung durch den Verfasser. Die zit Erklärung wurde v BVA 07.11.2003, 14N-91/03-29 ausdrücklich herangezogen.

³⁹⁴ *Katary* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 412.

³⁹⁵ VO (EURATOM, EGKS, EG) 1993/418 der Kommission v 09.12.1993 mit Durchführungsbestimmungen zu einigen Vorschriften der Haushaltsordnung, ABl L 1993/315, 1.

³⁹⁶ EuG 26.02.2002, Rs T-169/00, *Esedra SPRL/Kommission*, Rn 52.

³⁹⁷ VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186 RPA 2004, 92 (*Latzenhofer*) = ZVB 2004, 362 (*G. Gruber*).

Mängeln,³⁹⁸ obwohl solche Mängel nicht verbessert werden können.³⁹⁹ Das Ausscheiden eines Angebots ohne vorherige Aufklärung ist rechtswidrig.⁴⁰⁰ Nur dann, wenn ein Angebot solche Mängel aufweist, „*dass dem AG eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann*“, ist es – ohne vorangehende Aufklärung – sofort auszuschneiden.⁴⁰¹ Sinn und Zweck von Aufklärung und Verbesserungsmöglichkeit ist die Klarstellung eines ausschreibungskonformen Angebots.⁴⁰²

Bestimmungen über die Zulässigkeitsgrenzen der Mängelbehebung finden sich weder in VergabeRL noch BVergG. Sie werden daher von Rsp und Lehre aus den Grundsätze des Vergaberechts und dem Verhandlungsverbot abgeleitet.

Nach den Materialien ist für die Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln maßgeblich, ob die Verbesserung den betroffenen **Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt**. Angesprochen sind damit der Gleichbehandlungsgrundsatz und der freie und faire Wettbewerb zwischen den Bietern.

Aicher sieht den Kreis zulässiger Verbesserungen durch die **Teleologie des Verhandlungsverbots** (Pkt V.2.2.2) begrenzt. Nach seiner Ansicht sind Mängel nur dann verbesserungsfähig, wenn sie „*die Wettbewerbslage nicht beeinflussen*“ bzw „*nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen*.“⁴⁰³ Offen bleibt dabei, wann nun eine **Änderung der Wettbewerbsstellung** vorliegt: bei einer Änderung des Werts der Leistung, bei einer Änderung der Bewertung des Angebots unter den Zuschlagskriterien oder erst dann, wenn es durch die Verbesserung zu einem Bietersturz kommt.⁴⁰⁴

Kropik knüpft an die Auffassung *Aichers* an.⁴⁰⁵ Für ihn ist eine Verbesserung unter folgenden Voraussetzungen zulässig: Durch die Mängelbehebung werden weder **Wert** noch **Preis** der angebotenen Leistung geändert und die Mängelbehebung darf insb zu keinem **Bietersturz** führen. *Aicher* folgend, begründet er das damit, dass die Verbesserung in Kenntnis der Angebotspreise und wesentlichen Angebotsmerkmale der Konkurrenten erfolgt. Nachträgliche Preis- und/oder Leistungsänderungen würden daher gegen das

³⁹⁸ Vgl unter vielen VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186 RPA 2004, 92 (*Latzenhofer*) = ZVB 2004, 362 (*G. Gruber*).

³⁹⁹ Vgl VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050.

⁴⁰⁰ Unter vielen: BVA 30.06.2003, 14N-53/03-12. Eingeschränkt auf behebbare Angebotsmängel u daher im Ergebnis zutr: *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2006 § 129 Rz 79 mwN.

⁴⁰¹ § 126 Abs 3.

⁴⁰² IdS ausdrücklich VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186 RPA 2004, 92 (*Latzenhofer*) = ZVB 2004, 362 (*G. Gruber*); *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2006 § 129 Rz 79 mwN.

⁴⁰³ *Aicher* in *Korinek/Rill*, Reform 278, 362 bzw 411.

⁴⁰⁴ *Schramm* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II 85.

⁴⁰⁵ *Kropik*, Mängel in Angeboten und ihre Behebbarkeit² (2001) 66f.

Verhandlungsverbot, den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Wettbewerbskonzept des BVerG, das die Vergleichbarkeit der Angebote zum festgelegten Zeitpunkt und an einem bestimmten Ort verlangt, verstoßen.⁴⁰⁶

Zulässig kann eine Wertänderung aber dann sein, wenn die beim AN anfallenden **internen Kosten** der Leistungserfüllung nur in einem unwesentlichen, „*nicht wettbewerbsentscheidenden*“ Ausmaß geändert werden. Hintergrund ist der zutr Gedanke, dass sich die Wettbewerbsstellung auch dann verändert, wenn zwar der **Angebotspreis gleich** bleibt, hingegen die internen **Kosten des AN** und damit letztlich sein Gewinn **geändert** werden.⁴⁰⁷ Das ist zutr, denn „[e]ine kostenrelevante Änderung des Leistungsinhalts stellt *inhaltlich eine unzulässige nachträgliche Reduktion des angebotenen Preises dar*“, wie auch das BVA in einer älteren E feststellte.⁴⁰⁸ Dem Bestbieter darf daher nicht die Gelegenheit gegeben werden, nachträglich darauf Einfluss nehmen zu können.

Schramm zog den Kreis zulässiger Verbesserungen zunächst weiter. Nach seiner Ansicht sind Wert- und/oder Preisänderungen zulässig, solange es nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung iSe Bietersturzes kommt.⁴⁰⁹ Der Ansatz wurde in weiterer Folge eingeschränkt. Ein behebbarer Mangel liege vor, „*wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist.*“⁴¹⁰ Begründet wurde die Ansicht ua damit, dass – angeblich – jede Verbesserung mit einer „*wenn auch nur minimalen*“ Wertänderung verbunden sei.⁴¹¹ Die Ansicht ist mittlerweile überholt.⁴¹²

Der **VwGH** folgte der Ansicht *Aichers*. Er wendet in st Rsp folgende „Grundregel“ an: Es sind nur solche Mängel verbesserungsfähig, die nach Angebotsöffnung nicht zu einer **Veränderung der Wettbewerbsstellung** des Mängel behebenden Bieters führen „*können*“. Entscheidend ist, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Konkurrenten **materiell** verbessert würde.⁴¹³ Er stellt somit nicht darauf ab, ob es zu einer **formellen Änderung**, dh insb zu einem Bietersturz, kommt.⁴¹⁴

⁴⁰⁶ *Kropik*, Mängel² 68.

⁴⁰⁷ *Kropik*, Mängel² 69.

⁴⁰⁸ BVA 01.04.1998, N-10/98-11.

⁴⁰⁹ *Schramm*, Zum Ausscheiden von Angeboten, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP (2004) 47, 48 mwN; zust *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 404.

⁴¹⁰ *Schramm* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II 87.

⁴¹¹ *Schramm* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II 86; *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVerG 2002 § 98 Rz 153.

⁴¹² Vgl *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVerG 2006 § 129 Rz 81f.

⁴¹³ VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024 u unter Verweis auf die „Formel“ *Aichers* in *Korinek/Rill*, Reform 363f u 411f; VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078; VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186 RPA 2004, 92 (*Latzenhofer*) = ZVB 2004, 362 (*G. Gruber*) u VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050.

⁴¹⁴ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVerG 2006 § 129 Rz 84.

Das Spannungsverhältnis zwischen der Möglichkeit der Mängelbehebung und dem Gleichbehandlungsgrundsatz versucht der VwGH folgendermaßen aufzulösen: Der Ansicht, dass bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln darauf abzustellen ist, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde, stehe nicht entgegen, „*wenn der EuGH [Anm: in der Rs C-243/89, Kommission/Dänemark, Rn 37] darauf hingewiesen hat, dass "der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist". Ändert die Möglichkeit der Mängelbehebung doch nichts daran, dass (letztlich) die Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen müssen.*“⁴¹⁵ Eine andere Sicht „*könnte*“ aber dann gegeben sein – so der VwGH –, wenn durch eine Mängelbehebung eine (wenn auch nur mittelbare) materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten, maW die Möglichkeit der Mängelbehebung dem betreffenden Bieter einen größeren Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebots einräumen würde.⁴¹⁶

IdS wurden vom VwGH als behebbare Mängel qualifiziert: das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterschriebenen Angebots,⁴¹⁷ die Namhaftmachung mehrerer Vertreter einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters⁴¹⁸ oder das Fehlen eines Formblatts, das ausschließlich vom Bieter nicht änderbare Ausschreibungsbedingungen enthält.⁴¹⁹

Der VwGH hat aber klargestellt, dass **von den Ausschreibungsbestimmungen inhaltlich abweichende Angebote** ausgeschieden werden müssen: IdS handelt es sich beim Angebot einer gegenüber den Mindestanforderungen der Ausschreibung verkürzten Gewährleistungsfrist um einen nicht behebbaren Mangel.⁴²⁰ Denn die nachträgliche Verlängerung der angebotenen Gewährleistungsfrist führe – so der VwGH ohne weitere Begründung – „*zweifellos zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsposition gegenüber den anderen Bietern.*“ In der E ist der VwGH auf den Aspekt eines möglichen Bietersturzes nicht eingegangen, obwohl das betreffende Angebot an zweiter Stelle lag. In einer weiteren E hat der VwGH, allerdings ohne auf die Frage der Beeinflussung der

⁴¹⁵ VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186.

⁴¹⁶ VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186.

⁴¹⁷ VwGH 26.02.2003, 2001/04/0037.

⁴¹⁸ VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186.

⁴¹⁹ VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024.

⁴²⁰ VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030.

Wettbewerbsstellung einzugehen, auch die „Ergänzung“ einer Position des Leistungsverzeichnisses – die vom AG ua nachgefragte „10-Jahresbatterie“ wurde handschriftlich um den Zusatz „5-Jahresbatterie“ ergänzt – als ausschreibungswidriges und nicht verbesserungsfähiges Angebot qualifiziert.⁴²¹

Das BVA ist in seiner Begründung uneinheitlich. Es folgt dem VwGH, geht aber auch häufig von der Unbehebbarkeit eines Mangels aus, wenn die nachträgliche Mängelbehebung – unabhängig vom Preis – den **Wert der angebotenen Leistung** beeinflussen würde. *„Diesfalls könnte nämlich der Bieter durch eine nachträgliche Ergänzung seines Angebotes seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbewerber in unzulässiger Weise verbessern.“*⁴²²

Angesichts der zit Rsp und Lit stellt sich immer noch die Frage, wann sich nun die **Wettbewerbsstellung** materiell verändert bzw was unter der Wettbewerbsstellung zu verstehen ist. Klar ist nur, dass es nicht auf einen **Reihungs- bzw Bietersturz** ankommt.⁴²³ Zuzustimmen ist der Ansicht, auf die Teleologie des Verhandlungsgebots abzustellen. Andernfalls würde es leer laufen. IdF wären inhaltliche Änderungen generell verboten.

IZm der Frage nachträglicher Leistungsänderungen ist festzuhalten, dass **inhaltlich** von den Ausschreibungsbestimmungen **abweichende Angebote nicht verbessert werden können**.

2.3 Ausschreibungswidrige Angebote

2.3.1 Definition

Gem § 106 Abs 1 haben sich die Bieter in offenen und nicht-offenen Verfahren *„bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.“* Mit der

⁴²¹ VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181.

⁴²² BVA 23.01.2008; N/0125-BVA/10/2007-026: IdS würde bspw das Anbieten eines gebrauchten Geräts anstelle eines neuen Geräts u die Verbesserung durch Anbieten eines geforderten neuen Geräts den Angebotsinhalt derart verändern, *„dass der Wert der angebotenen Leistung stiege“*; BVA 26.08.2005, 16N-74/05-41 unter Verweis auf BVA 18.06.1998, F-3/98-12; BVA 01.04.1998, N-10/98-11; BVA 01.10.1999, N-39/99-18; BVA 07.04.2000, N-45/99-74, N-46/99-59, N-5/00-44; BVA 10.01.2001, N-59/00-14; BVA 19.02.2002, N-139/01-21; BVA 20.03.2003, 12N-10/03-11; BVA 23.06.2003, 06N-41/03-15; BVA 30.06.2003, 14N-53/03-12; BVA 25.08.2004 16N-64/04-39; abl noch *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2002 § 98 Rz 153.

⁴²³ Vgl BVA 26.08.2005, 16N-74/05-41: *„Eine andere Sicht würde der Rechtsprechung des VwGH unterstellen, dass diese bei einem „preislich abgeschlagenen“ Angebot stets von der Behebbarkeit von Angebotsmängeln und Ausschreibungswidersprüchen ausginge.“*; idS BVA 10.01.2001, N-59/00-14; aA BVA 05.08.2005, 17N-64/05-24: *„Eine derartige Mängelbehebung hätte auf die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin keinen Einfluss, da sich die Reihung der Angebote nicht verändert hätte.“* Ähnlich BVA 15.12.2004, 17N-106/04-19 nach dem sich die Wettbewerbsposition eines Bieters *„insbesondere dann [verändert], wenn das Angebot besser bewertet worden wäre und ein zuvor nicht für den Zuschlag in Betracht kommender Bieter nach Verbesserung an erster Stelle gereiht würde. Darin läge wohl auch ein Verstoß gegen das im offenen Verfahren vorherrschende Verhandlungsverbot, da der Angebotsinhalt verändert worden wäre.“*; offen lassend noch *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2002 § 98 Rz 153.

zwingenden Bindung an die Ausschreibungsunterlagen korrespondiert die Pflicht gem § 129 Abs 1 Z 7, den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden.

Sinn und Zweck der Vorschriften ist die Gewährleistung der Gleichbehandlung der Bieter. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt, dass die Angebote inhaltlich den Ausschreibungsunterlagen entsprechen müssen, damit ein **objektiver Vergleich der Angebote** gewährleistet ist.⁴²⁴ IdR⁴²⁵ ist nur bei ausschreibungskonformen Angeboten ein objektiver Vergleich der Angebote möglich.

Darüber hinaus spricht noch eine weitere systematische Überlegung für die Unzulässigkeit ausschreibungswidriger Angebote. Das BVergG sieht die Möglichkeit von abweichenden Angeboten nämlich in Form von Alternativ- und Abänderungsangeboten ausdrücklich vor. Deren Zulässigkeit ist an strenge Voraussetzungen geknüpft. Daraus folgt, dass nicht generell, sondern nur mittels Alternativ- und Abänderungsangeboten von den Ausschreibungsbestimmungen abgewichen werden darf.

Ein Widerspruch iSd § 129 Abs 1 Z 7 liegt vor, wenn ein Bieter in seinem Angebot erklärt, den Auftrag zu anderen technischen, wirtschaftlichen und oder rechtlichen Bedingungen ausführen zu wollen, als das in der Ausschreibung festgelegt ist.⁴²⁶ MaW dann, wenn er die Leistung oder einen Teil der Leistung anders anbietet, als in der Ausschreibung gefordert wird.⁴²⁷ Das ist zB dann der Fall, wenn ein Angebot nicht die technischen Spezifikationen der Ausschreibungsunterlagen erfüllt.⁴²⁸ Widersprüche können aber auch im Hinblick auf die Modalitäten der Vertragsabwicklung (zB der Zahlungsmodalitäten⁴²⁹ oder einer geringfügigen Änderung der Lieferfrist⁴³⁰), im Abgehen von rechtlichen Vertragsbedingungen (zB in einem Begleitschreiben zum Angebot⁴³¹) oder durch den nicht ausschreibungskonformen Verweis auf die AGB oder Preislisten des Bieters oder der Angebotsgestaltung⁴³², begründet sein. Nach *Öhler/Schramm* liegt ein Widerspruch daher

⁴²⁴ Unter vielen: EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Rn 37 u EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 70 u 89.

⁴²⁵ Vgl aber zur Zulässigkeit v Alternativ- u Abänderungsangeboten Pkt V.2.5.

⁴²⁶ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 129 Rz 72.

⁴²⁷ *Aicher* in *Korinek/Rill*, Reform 367.

⁴²⁸ EB zu § 129; idS BVA 23.01.2008, N/0125-BVA/10/2007-026 (Anbieten eines gebrauchten statt eines neuen Geräts).

⁴²⁹ BVA 21.11.1997, N-26/97-6.

⁴³⁰ B-VKK 03.07.2000, S-62/00-10.

⁴³¹ BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10. IdS ist es nach BVA 09.02.1999, N-3/99-12 unzulässig, wenn in der Ausschreibung die Vertragsbedingungen verbindlich festgelegt sind u ein Bieter in seinem Angebot erklärt, dass „über einige [Anm: nicht näher präzisierete] Vertragspunkte noch Einvernehmen hergestellt werden müsse.“ Abgesehen v der Widersprüchlichkeit ergibt sich – wie das BVA zutr betont – aus diesem Vorbehalt des Bieters, „dass sich dieser bis zur Herstellung des Einvernehmens hinsichtlich einiger nicht näher präzisierter Vertragspunkte noch nicht endgültig an sein Angebot gebunden erachtet.“; BVA 19.10.1998, N-32/98-6; B-VKK 01.10.1998, S-58/98-13; BVA 21.11.1997, N-33/97-7; oder zu genau bezeichneten Punkten einen Vorbehalt erklärt: BVA 30.11.1998, N-33/98-17 u BVA 30.06.1999, N-25/99-16, N-28/99-4.

⁴³² BVA 12.05.1999, N-20/99-2: „Ist in der Ausschreibung die Angabe der Rabattsätze für einzelne Ersatzteile, die für die gesamte Vertragsdauer Gültigkeit haben sollen, gefordert, und verweist der Bieter in seinem Anbot diesbezüglich auf seine jeweils gültige

dann vor, wenn sich zivilrechtlich aus Angebot und Ausschreibungsunterlagen jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen ableiten lassen,⁴³³ maW, wenn eine Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen Auswirkungen auf den möglichen Vertragsinhalt hätte.⁴³⁴

2.3.2 Unbehebbarer Mangel

Gem § 129 Abs 1 Z 7 müssen folgende Angebote ausgeschieden werden:

„den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;“

Aus dem Wortlaut folgt, dass den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote einen **unbehebbarer Mangel** haben und sofort ausgeschieden werden müssen.

Während zur gleichlautenden Vorgängerbestimmung des BVergG 2002 noch diskutiert wurde, worauf genau sich die Formulierung, *„wenn deren Mängel nicht behoben wurden“*, bezog,⁴³⁵ wurde in den Materialien zum BVergG 2006 nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass ein durch den Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen begründeter Angebotsmangel unbehebbar ist.⁴³⁶ Dem folgt auch die neuere Rsp.⁴³⁷

In der Lit zum BVergG 2002 wurde – wohl aufgrund der zu keiner einheitlichen Linie findenden Rsp – betont, dass eine exakte Abgrenzung zwischen fehlerhaften und unvollständigen Angeboten einerseits und den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten andererseits im Einzelfall oft nur schwer bzw überhaupt nicht möglich sei.⁴³⁸ Angesichts der Klarstellung in den Materialien und den unterschiedlichen Rechtsfolgen – fehlerhafte und unvollständige Angebote können verbessert,

Preisliste, liegt hierin ein zum Ausscheiden des Angebotes führender Widerspruch zur Ausschreibung, weil diese Textierung dem Bieter die Möglichkeit gibt, durch Herausgabe einer neuen Preisliste die zur Anwendung gelangenden Rabattsätze nachträglich zu verändern.“; siehe auch Fink in Heid/Preslmayr, Handbuch² 367 u Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch² 403 mwN aus der Rsp des BVA.

⁴³³ So noch ausdrücklich Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2002 § 98 Rz 145, zust BVA 05.07.2005, 17N-54/05-47; ähnlich nunmehr Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 129 Rz 72.

⁴³⁴ IdS auch BVA 05.07.2005, 17N-54/05-47.

⁴³⁵ § 98 Abs 1 Z 8 BVergG 2002. Vgl zu dieser Diskussion: Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch² 402 mwN u Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2002 § 98 Rz 139. Die Verbesserungsfähigkeit bejahend ua BVA 26.08.2005, 16N-74/05-41 mwN.

⁴³⁶ EB zu § 129.

⁴³⁷ BVA 13.08.2009, N/0059-BVA/02/2009-19: *„Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG auszuschneiden.“*; BVA 09.06.2009, N/0040-BVA/14/2009-31.

⁴³⁸ Vgl Schramm in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP 43; zust Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch² 403 u noch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2002 § 98 Rz 139.

ausschreibungswidrige Angebote müssen sofort ausgeschieden werden – kann dieser Ansicht jedenfalls zur Rechtslage des BVergG 2006 nicht mehr gefolgt werden.⁴³⁹

IdZ ist aber nunmehr insofern Vorsicht geboten, als von der Rsp bisher auch Fälle als Ausschreibungswiderspruch qualifiziert wurden, in denen in der Ausschreibung geforderte **Formalvorgaben für die Angebotserstellung** oder für die Eignungsnachweise nicht eingehalten wurden, der Leistungsinhalt jedoch unverändert blieb.⁴⁴⁰ Angesichts der Rsp des VwGH, in der solche Mängel zwar als Widersprüche, aber durchwegs behebbar, qualifiziert werden, ist auch weiterhin von der grds Behebbarkeit solcher Mängel auszugehen.⁴⁴¹

Die Zuordnung der im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessierenden Fälle ist unproblematisch. Nachträgliche Leistungsänderungen betreffen ausschließlich inhaltliche Abweichungen von den technischen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Festlegungen der ursprgl Ausschreibung (siehe Pkt V.2.1). Übertragen auf die Phase vor der Zuschlagserteilung geht es somit um Ausschreibungswidersprüche, die durch inhaltliche Abweichungen begründet sind.

2.3.3 Teleologie der Unbehebbarkeit

Würde man Bietern die Möglichkeit zur Verbesserung von Angeboten geben, die den Ausschreibungsbestimmungen inhaltlich widersprechen, würde man ihnen damit gleichzeitig erlauben, ihre Angebote nachträglich inhaltlich zu ändern. Nachträgliche inhaltliche Angebotsänderungen verletzen aber das Verhandlungsverbot und den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Systematisch betrachtet ist die Frage, ob inhaltliche Abweichungen von der Ausschreibung behebbar sind, mit dem **Verhandlungsverbot** in untrennbarer Weise verbunden. Eine **Verbesserungsmöglichkeit** würde das Verhandlungsverbot **leer laufen** lassen.⁴⁴²

⁴³⁹ IdS nunmehr *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 129 Rz 68.

⁴⁴⁰ ZB in VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186 RPA 2004, 92 (*Latzenhofer*) = ZVB 2004, 362 (*G. Gruber*). Vgl jüngst BVA 30.06.2009, N/0051-BVA/10/2009-42, wo keine richtige Zuordnung getroffen wurde: „*Da sie weder Subunternehmer für die Logistik genannt noch deren Befugnis nachgewiesen hat, setzt sie sich in Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung und erfüllt die Ausscheidensgründe des § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG.*“

⁴⁴¹ IdS zur alten Rechtslage: *Finkl/Schiefer* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 403 u *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 98 Rz 139; zur Rechtslage des BVergG 2006: *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 129 Rz 76f.

⁴⁴² Vgl BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23; BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10: „*Eine nachträgliche Abänderung des Angebotes durch Rücknahme von im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehenden Erklärungen des Begleitschreibens zum Angebot, wäre eine wettbewerbs-, gleichbehandlungs- und verhandlungsverbotswidrige Verbesserung der Stellung des mängelbehebenden Bieters. Es handelt sich somit um einen unbehebbarsten Mangel.*“ u mit nahezu identem Wortlaut: BVA 07.11.2003, 14N-89/03-42; ohne Begründung bzgl der Überschreitung der Lieferfrist: B-VKK 03.07.2000, S-62/00-10.

Eine Verbesserungsmöglichkeit widerspräche dem Wettbewerbskonzept der offenen und nicht-offenen Verfahren: Im Unterschied zu jenen Bietern, die ihre Angebote ausschreibungskonform erstellt haben, wüsste ein verbessernder Bieter bei der Mängelbehebung, dh bei der Erstellung eines ausschreibungskonformen Angebots, als einziger über die wesentlichen Angebotsmerkmale seiner Konkurrenten Bescheid.⁴⁴³ Va könnte der verbessernde Bieter sein ausschreibungskonformes Angebot *„in Kenntnis der Konkurrenzpreise kalkulieren“*.⁴⁴⁴

IdS macht es nach einer älteren und zutr E des BVA auch keinen Unterschied, ob durch die Verbesserung der Angebotspreis geändert wird oder nicht: *„Ein Austausch von der Ausschreibung nicht entsprechenden Produkten durch späteres "Hochrüsten" wäre ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot [...] ebenso wie gegen das Nachverhandlungsgebot [...] und widerspricht den tragenden Prinzipien des Vergaberechtes. Eine nachträgliche Abänderung des Angebotes ist jedenfalls auch dann unzulässig, wenn der Bieter die Übernahme zusätzlicher Kosten zusagt. Auch wenn es sich dadurch um eine lediglich leistungsbezogene Änderung handelt, die sich nicht auf den Gesamtpreis auswirkt, kommt dies einer unzulässigen nachträglichen Preisreduktion gleich.“*⁴⁴⁵

Im Ergebnis gleich, aber mit unterschiedlicher Begründung gelangte die **Rsp** auch bisher stets zur **Unbehebbarkeit** inhaltlicher Ausschreibungswidersprüche: So ging bspw der VwGH unter Anwendung seiner Formel zur Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln von einem unbehebbaeren Mangel aus, als in einem Angebot entgegen den Mindestanforderungen der Ausschreibung eine verkürzte Gewährleistungsfrist angeboten wurde. Das führe nämlich – so der VwGH ohne weitere Begründung – *„zweifelloos zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsposition gegenüber den anderen Bietern“*.⁴⁴⁶ In einer weiteren E hat er die „Ergänzung“ einer Position des Leistungsverzeichnisses – die vom AG ua nachgefragte „10-Jahresbatterie“ wurde handschriftlich um den Zusatz „5-Jahresbatterie“ ergänzt – als ausschreibungswidriges und nicht verbesserungsfähiges Angebot qualifiziert.⁴⁴⁷

⁴⁴³ Bei der Angebotsöffnung sind gem § 118 Abs 5 die wesentlichen Angaben der Angebote, wie Preise, Erklärungen usw, vorzulesen.

⁴⁴⁴ Aicher in Korinek/Rill, Reform 367, 368.

⁴⁴⁵ BVA 25.07.2000, F-8/99-25.

⁴⁴⁶ VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030.

⁴⁴⁷ VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181.

In der jüngeren Rsp des BVA wurde idZ tw auch darauf abgestellt, ob sich durch die Verbesserung der Wert der angebotenen Leistung ändern würde.⁴⁴⁸

In anderen Fällen hat sich das BVA in seiner Begründung auf eine formalere Sichtweise zurückgezogen. Nach der formelhaften Begründung dieses Ansatzes ist für die **Beurteilung der Ausschreibungskonformität** der **objektive**, nach den §§ 914, 915 ABGB⁴⁴⁹ zu eruiierende **Erklärungswert** eines Angebots maßgeblich: *„Bei der Entscheidung der Frage, ob ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliegt, sind weder die Motive des Erklärenden (Bieters), wie etwa allfällige Missverständnisse der Ausschreibungsbestimmungen, noch das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers (Auftraggeber) und dessen weitere Vorgangsweise erheblich, sondern allein jene Bedeutung des Angebotsschreibens, die sich unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes des Angebotes ergibt.“* Ist der objektive Erklärungswert eines Angebots eindeutig und deckt er sich nicht mit den Ausschreibungsbestimmungen, *„ist auch der Inhalt allfälliger nachträglicher Aufklärungsgespräche unerheblich.“* Eine Verbesserung wäre idF ausschließlich durch eine inhaltliche Angebotsänderung möglich, was jedoch aufgrund des Verhandlungsverbots und des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter unzulässig ist.⁴⁵⁰

2.4 Änderung der Ausschreibung

Genauso wie die Zulässigkeit von Angebotsänderungen in offenen und nicht-offenen hängt auch die Zulässigkeit von Änderungen der Ausschreibung von deren **Zeitpunkt** ab. Vor Ablauf der Angebotsfrist dürfen AG gem **§ 90 Abs 1** die Ausschreibung ändern oder ergänzen. Mit der Änderungsmöglichkeit der AG korrespondiert die Möglichkeit der Bieter ihre Angebote zu ändern.⁴⁵¹ Nach diesem Zeitpunkt, dh nach der Angebotsöffnung bzw während der Zuschlagsfrist, sind öff AG an ihre Ausschreibung und die Bieter an ihre Angebote gebunden.

⁴⁴⁸ Vgl jüngst BVA 23.01.2008, N/0125-BVA/10/2007-026, wonach das Anbieten eines gebrauchten Geräts anstelle eines neuen Geräts u die Verbesserung durch Anbieten eines geforderten neuen Geräts den Angebotsinhalt derart verändern, *„dass der Wert der angebotenen Leistung stiege“*; ähnlich: BVA 26.08.2005, 16N-74/05-41.

⁴⁴⁹ Nach st Rsp sind Angebot u Ausschreibung gem §§ 914ff ABGB auszulegen (siehe Fn 387).

⁴⁵⁰ Jüngst BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23 unter Verweis auf die v *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 403 Fn 1849 zit Rsp des BVA 15.12.2004, 17N-106/04-19, wo die Unbehebbarkeit darüber hinaus damit begründet wurde, dass der mangelbehebende Bieter sonst Bestbieter geworden u damit eine Verbesserung der Wettbewerbsposition eingetreten wäre.

⁴⁵¹ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 90 Rz 4.

2.4.1 Änderungen vor Angebotsöffnung

Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung „*erforderlich*“, so sind die Ausschreibungsunterlagen und „*erforderlichenfalls*“ die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist zu verlängern.⁴⁵² § 90 BVergG nennt solche Änderungen „*Berichtigungen*“. Die VergabeRL enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen für Änderungen der Ausschreibung.

Änderungen der Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist bedürfen keiner Rechtfertigung. Die Gründe und Ursachen einer Änderung sind für ihre Zulässigkeit irrelevant.⁴⁵³ Begrenzt wird die Berichtigungsmöglichkeit allerdings durch die Bestimmungen über den zwingenden **Widerruf**. Gem § 138 BVergG ist eine Ausschreibung zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer **inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung** geführt hätten. Die Pflicht zum Widerruf⁴⁵⁴ darf nach zutr Ansicht nicht durch eine Berichtigung umgangen werden.⁴⁵⁵

In der Lit wird tw die Auffassung vertreten, dass eine Berichtigung nur dann zulässig sei, wenn sich dadurch der potenziell in Betracht kommende **Bieterkreis** nicht **ändert**.⁴⁵⁶ Die Ansicht ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Sie übersieht, dass bei einstufigen Verfahren die Änderungen „*erforderlichenfalls*“ bekanntgemacht werden müssen und die Angebotsfrist verlängert werden muss. Von der ursprgl Ausschreibung abgeschreckte Bieter werden durch die Bekanntmachung über die Änderung informiert und können gegebenenfalls am Vergabeverfahren teilnehmen. Zutr ist die Auffassung aber für zweistufige Verfahren (zum Begriff siehe Pkt V.2.6.2) bei wesentlichen Änderungen in der zweiten Stufe.⁴⁵⁷ IdF können von der ursprgl Ausschreibung abgeschreckte Unternehmen nicht mehr am Verfahren teilnehmen. MaW hätte eine ursprgl andere Ausschreibung grds zur Angebotslegung anderer Unternehmen führen können.⁴⁵⁸ Da die dahinterstehende Problematik dieselbe ist, gelten

⁴⁵² § 90 Abs 1.

⁴⁵³ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 364.

⁴⁵⁴ Bei Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrunds müssen AG die Ausschreibung widerrufen. Der Widerruf liegt nicht in ihrem Ermessen, BVA 08.10.2003, N-19/01-44; idS BVA 20.07.2005, 04N-1/05-28.

⁴⁵⁵ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 364; zust VwGH 29.06.2005, 2002/04/0180 u Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 90 Rz 4.

⁴⁵⁶ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 364; aA Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 90 Rz 4 mwN.

⁴⁵⁷ IdS Egger, Europäisches Vergaberecht 303 Rz 1278. Das übersehen Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 90 Rz 4 Fn 5.

⁴⁵⁸ Vgl BVA 01.07.2004, 06N-52/04-20.

dieselben **Grenzen** wie in **Verhandlungsverfahren für Änderungen des Auftragsinhalts** (siehe Pkt V.2.6.3).⁴⁵⁹ Entscheidend ist somit die **Wettbewerbsrelevanz** einer Berichtigung.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch die Kommission unter Berufung auf die Grundsätze des Vergaberechts. Nach ihrer Ansicht müssen **Änderungen „substantieller Art“** zum Widerruf des laufenden Verfahrens und zur anschließenden Neuausschreibung mit entsprechender Bekanntmachung führen. Unzulässig sind „wesentliche Änderungen“ der Ausschreibungsunterlagen „im Laufe des Verfahrens“, wie zB die Änderung des Standorts des zu errichtenden Bauwerks oder die Änderung der Finanzierungsbedingungen oder Verkleinerungen des Auftrags, wenn es sich um „einen erheblichen Teil“ handelt.⁴⁶⁰ IdS hat auch der VwGH zu einer Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Malerarbeiten (laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten an öff Gebäuden) für die Dauer von drei Jahren ausgesprochen, dass die Verzögerung des Leistungsbeginns um weniger als einen Monat die „Merkmale der ausgeschriebenen Leistung noch nicht wesentlich verändert“ hat.⁴⁶¹

Mit einer Berichtigung der Ausschreibung dürfen innerhalb der Grenzen des § 90 auch die Bedingungen des Leistungsvertrags und die Eignungs- und Zuschlagskriterien geändert werden.⁴⁶² Die „Umwandlung“ eines offenen oder nicht-offenen Verfahrens in ein Verhandlungsverfahren darf hingegen nicht mittels einer Berichtigung der Ausschreibung erfolgen.⁴⁶³

Berichtigungen müssen jedenfalls, wie alle anderen Handlungen und Unterlassungen öff AG, den Grundsätzen des Vergaberechts entsprechen. ISd Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes ordnet § 90 Abs 1 an, dass die geänderten Ausschreibungsunterlagen allen Bietern – im gleichen Umfang und gleichzeitig⁴⁶⁴ – übermittelt werden müssen oder in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt gemacht werden.⁴⁶⁵ Darüber hinaus ist „erforderlichenfalls“ auch die Bekanntmachung zu berichtigen. Erforderlichkeit liegt vor,

⁴⁵⁹ IdS Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 90 Rz 4.

⁴⁶⁰ Kommission, Grünbuch: Überlegungen für die Zukunft 17.

⁴⁶¹ VwGH 30.04.2008, 2007/04/0060. Die Begründung ist nicht überzeugend. Die Änderung des Leistungszeitraums war auf ein Nachprüfungsverfahren zurückzuführen. Der VwGH stellte dazu fest: „Daraus ergibt sich eine Überschreitung der Zuschlagsfrist von weniger als einem Monat und eine Verschiebung des [...] Leistungsbeginns um etwa neuneinhalb Monate.“ Als unwesentliche Änderung qualifizierte er letztlich aber die „Verzögerung des Leistungsbeginns um weniger als einen Monat.“ Es bleibt daher offen, ob er eine neunmonatige Verschiebung ebenfalls als unwesentlich qualifiziert hätte.

Die Begründung ist ein Zirkelschluss: „Diese Verzögerung hätte von den gemäß § 79 Abs. 2 BVergG während der Zuschlagsfrist an ihre Angebote gebundenen Bietern jedenfalls in Kauf genommen werden müssen. Ebenso wie ein Bieter [...] in einem solchen Fall das Risiko zu tragen hat, dass die Leistung nicht ab dem Zeitpunkt zu erbringen ist, für den er nach dem Inhalt der Ausschreibung disponiert hat, hat ein Unternehmer, der auf Grund der anderweitigen Disposition für den ausschreibungsgemäßen Leistungsbeginn kein Angebot gelegt hat, das Risiko zu tragen, dass er die Leistung im Zeitpunkt der tatsächlichen Vergabe hätte erbringen können.“

⁴⁶² Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 90 Rz 5 mwN.

⁴⁶³ BVA 20.04.2002, N-136/01-41.

⁴⁶⁴ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 90 Rz 11.

⁴⁶⁵ § 90 Abs 2.

wenn eine Änderung jene Informationen betrifft, die in der Bekanntmachung zu veröffentlichen sind.⁴⁶⁶

Zu beachten ist idZ, dass nach der jüngeren Rsp Bieteranfragebeantwortungen Festlegungen sind, die – mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandfest werden und – zur Auslegung des Ausschreibungsinhalts heranzuziehen sind.⁴⁶⁷ Über diesen Umweg kann die Ausschreibung auch geändert werden. IdZ gilt daher dasselbe wie bei herkömmlichen Berichtigungen.

2.4.2 Änderung nach Angebotsöffnung

Nach Ablauf der Angebotsfrist bzw nach Angebotsöffnung ist nach dem Wettbewerbskonzept **aller Vergabeverfahrenstypen** eine **Änderung** der Ausschreibung **unzulässig**.⁴⁶⁸

Die Begründung dafür ist einleuchtend. Die Bieter müssen ihre Angebote aufgrund der Ausschreibung erstellen und dürfen sie nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr ändern.⁴⁶⁹

Dementsprechend hat die **Prüfung der Angebote** gem § 123 Abs 1 „*in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien*“ zu erfolgen. Dabei ist insb zu prüfen, „*ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht [...]*“.⁴⁷⁰ Eine nachträgliche Änderung der Ausschreibung würde den Zweck des Vergabeverfahrens konterkarieren, weil die Bieter auf die nachträgliche Änderung nicht reagieren können und ein objektiver Vergleich der Angebote nur dann sichergestellt ist, wenn alle Angebote der Ausschreibung entsprechen⁴⁷¹, und die Angebotsbewertung anhand der ursprgl festgelegten Zuschlagskriterien erfolgt. Darüber hinaus sind dem AG zu diesem Zeitpunkt alle Angebote und Bieter bekannt. In dieser Situation besteht die Gefahr, dass die Ausschreibungsbedingungen zugunsten eines Angebots abgeändert werden.

Korrespondierend mit der Bindung der Bieter an die Ausschreibung und der Pflicht des AG, den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden, ist *va* das „**Abgehen von (bestandfest) gewordenen Ausschreibungsunterlagen**“ zugunsten eines Bieters eine Verletzung des Gleichbehandlungs- bzw Transparenzgrundsatzes.⁴⁷² **Weder öff**

⁴⁶⁶ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 366; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 90 Rz 9.

⁴⁶⁷ BVA 17.02.2009, N/0152-BVA/02/2008-31.

⁴⁶⁸ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 78 Rz 6.

⁴⁶⁹ Va wenn das wie bei BVA 03.02.2003, 12N-58/02-38 zu einem Bietersturz führen würde. Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 364.

⁴⁷⁰ § 123 Abs 2 Z 5.

⁴⁷¹ Oder wenn besondere Kriterien bestehen, die eine Vergleichbarkeit herstellen können, wie zB bei Alternativangeboten gem § 81.

⁴⁷² Unter vielen: EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark* Rn 37; EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 70 u 89; idS auch VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181; BVA 25.05.2005, 15N-26/05-32; ähnlich BVA 01.08.2002, N-18/02-39: „*Ein nachträgliches Abgehen von einem vom Auftraggeber festgelegten Ausschreibungserfordernis würde eine Änderung der Angebote nach sich ziehen und ist im offenen Verfahren nicht möglich.*“

AG noch die Bieter dürfen von der Ausschreibung abgehen.⁴⁷³ Unzulässig ist es daher insb, wenn in der Ausschreibung **nicht genannte Zuschlagskriterien**⁴⁷⁴ bei der Bestbieterermittlung herangezogen werden bzw die **Zuschlagskriterien zugunsten eines Bieters geändert** werden.⁴⁷⁵ Jedenfalls unzulässig sind alle wettbewerbsrelevanten Änderungen der Ausschreibung und/oder der Zuschlagskriterien.

Besonders problematisch sind **nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien**. Öff AG sind gem Art 53 Abs 2 VergabeRL verpflichtet, in den Ausschreibungsunterlagen oder der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien und (grds) deren Gewichtung anzugeben. Das entspricht der st Rsp, nach der Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz verlangen, „*dass den potenziellen Bietern zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote alle Kriterien, die vom öffentlichen Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden, und, wenn möglich, deren relative Bedeutung bekannt ist*“.⁴⁷⁶ Kann eine Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, muss zumindest eine gemessen an ihrer Bedeutung absteigende Reihenfolge festgelegt werden. Diese Pflicht soll die Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz sicherstellen.⁴⁷⁷

Öff AG müssen sich während der Dauer des gesamten Vergabeverfahrens an ihre selbst gewählten Zuschlagskriterien (und deren Auslegung) halten und dürfen sie nicht mehr ändern,⁴⁷⁸ insb wenn es durch eine Änderung zu einem **Bietersturz** kommen würde.⁴⁷⁹ IdS dürfen sie auch keine Gewichtungsregeln oder Unterkriterien für Zuschlagskriterien anwenden, die den Bietern unbekannt waren.⁴⁸⁰ Zulässig kann jedoch die **nachträgliche Gewichtung von einem Unterkriterium eines Zuschlagskriteriums** sein, bei dem die ursprgl für das Kriterium vorgesehenen Punkte nachträglich auf Unterkriterien verteilt werden. Voraussetzung dafür ist die **Wettbewerbsrelevanz** der nachträglichen Gewichtung. Diese ist zulässig, wenn die ursprgl Zuschlagskriterien nicht geändert werden, die Änderung nichts enthält, was Einfluss auf die Erstellung der Angebote hätten nehmen können, und kein

⁴⁷³ VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181 mwN.

⁴⁷⁴ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes*, Rn 35; VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181 mwN; BVA 12.09.2001, F-1/01-19; B-VKK 25.03.1999, S-33/99-10; B-VKK 29.01.1999, S-5/99-9; BVA 08.10.1996, F-8/96-16.

⁴⁷⁵ Vgl ua EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 70f.

⁴⁷⁶ EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*, Rn 24; EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 88.

⁴⁷⁷ Vgl ua EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 88.

⁴⁷⁸ Vgl EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 70f; EuGH 04.12.2003, Rs C-448/00, *EVN und Wienstrom*, Rn 92 u 93; EuGH 18.10.2001, Rs C-19/99, *SIAC*, Rn 43; BVA 01.07.2004, 06N-52/04-20; BVA 18.08.2003, 10N-60/03-26; BVA 02.10.2003, 17N-80/03-37; BVA 23.02.2004, 10N-145/03-19; BVA 12.09.2001, F-1/01-19.

⁴⁷⁹ EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*, Rn 93.

⁴⁸⁰ EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 38; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*, Rn 99.

Bieter diskriminiert wird.⁴⁸¹ Unzulässig ist es daher, wenn nachträglich nicht nur Gewichtungskoeffizienten, sondern überhaupt erst Unterkriterien festgelegt werden.⁴⁸²

Dennoch soll – nach Ansicht des BVA – in nicht näher konkretisierten „Ausnahmekonstellationen“ bzw. „in einzelnen Sonderfällen“ auch die **nachträgliche Änderung von Zuschlagskriterien** dann zulässig sein, wenn die Grundsätze des Vergaberechts nicht verletzt würden, „*wenngleich sich in nahezu allen Fällen diese Änderung als rechtswidrig erweisen wird*“.⁴⁸³

Im Übrigen sind die Vorschriften des § 139 Abs 1 über den **zwingenden Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist** einzuhalten. Nach Ablauf der Angebotsfrist müssen Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer **inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung** geführt hätten. Nach dem BVA ist das der Fall, wenn nachträgliche Änderungen des Leistungsverzeichnisses die Kalkulation der Bieter „*mit überwiegender Wahrscheinlichkeit*“ beeinflusst hätten oder nachträglich die Auftragssumme um ca 10 % erhöht wird, indem bei der Vergabe eines Einheitspreisvertrags bei drei Positionen die Mengenangaben geändert werden.⁴⁸⁴

2.5 Alternativ- und Abänderungsangebote

2.5.1 Einleitung

Grds müssen alle Angebote den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen. Widersprechende Angebote müssen ausgeschieden werden (siehe Pkt V.2.3). VergabeRL⁴⁸⁵ und BVergG⁴⁸⁶ kennen aber auch sog Alternativ- und Abänderungsangebote, die unter bestimmten Voraussetzungen **von der Ausschreibung abweichen** dürfen. Mit einem Alternativ- oder Abänderungsangebot kann und darf eine Leistung angeboten werden, die „*jedenfalls nicht in dieser Form*“ ausgeschrieben war.⁴⁸⁷

Sinn und Zweck von Alternativ- und Abänderungsangeboten ist es, öff AG die Berücksichtigung **alternativer**, von den Bietern „*initiativ*“ angebotener,⁴⁸⁸ **Leistungs- bzw**

⁴⁸¹ EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*, Rn 32.

⁴⁸² EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 44.

⁴⁸³ BVA 01.07.2004, 06N-52/04-20.

⁴⁸⁴ BVA 03.02.2003, 12N-58/02-38 mwN. Darüber hinaus führte die Änderung zu einem Bietersturz.

⁴⁸⁵ Art 24 VergabeRL.

⁴⁸⁶ § 81 iVm § 106 Abs 4 u 5.

⁴⁸⁷ *Aicher in Korinek/Rill*, Reform 388.

⁴⁸⁸ *Aicher in Korinek/Rill*, Reform 388.

Lösungsvorschläge zu ermöglichen. Öff AG sollen das Know-how⁴⁸⁹, die spezifischen Fachkenntnisse und die Kreativität⁴⁹⁰ der Bieter nutzen können, wenn diese Lösungsvorschläge anbieten, an die die AG bei der Erstellung ihrer Ausschreibung nicht gedacht haben. Insb soll die so ermöglichte Berücksichtigung technischer Weiterentwicklungen auch zu Einsparungen für die AG führen.⁴⁹¹

IdS ist ein **Alternativangebot** „*ein von der Ausschreibung abweichendes, technisch fortschrittlicheres oder wirtschaftlich günstigeres Angebot eines Bieters, welches zwingend von den festgelegten Ausschreibungsbestimmungen abweichen muss.*“⁴⁹²

Abänderungsangebote sind gem § 2 Z 1 Angebote mit bloß geringfügigen technischen Änderungen. Sie dürfen von der ausgeschriebenen Leistung nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie Alternativangebote abweichen.

Im Wettbewerbskonzept des BVergG stehen Alternativ- und Abänderungsangebote „*ihrer Funktion nach [...] zwischen der konstruktiven und der funktionalen Leistungsbeschreibung*“.⁴⁹³ Alternativangebote geben Bietern bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen (bzw bei konstruktiv beschriebenen Leistungsteilen funktionaler Leistungsbeschreibungen) die Möglichkeit, ein Angebot abzugeben, das „*die hinter dem ausschreibungsgemäßen Leistungsinhalt stehenden funktionalen Anforderungen erfüllt, [...] als ob dem Verfahren eine funktionale Leistungsbeschreibung zugrunde läge.*“^{494,495}

Für das Wettbewerbskonzept des BVergG trägt die gewollte „*innovatorische Wirkung*“⁴⁹⁶ solcher Angebote allerdings die **Gefahr** in sich, dass sich Bieter dadurch dem Vergleich mit den ausschreibungsgemäßen Angeboten ihrer Konkurrenten und damit dem Wettbewerb entziehen.⁴⁹⁷ Könnten AG im Wege eines Alternativangebots völlig andere Leistungen beziehen, als die, die sie ausgeschrieben haben, würde das gegen den Grundsatz der **Vergleichbarkeit** der Angebote verstoßen und den Wettbewerb leer laufen lassen. Dürften umgekehrt die Bieter uneingeschränkt von der Ausschreibung abweichen, wäre ein

⁴⁸⁹ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 318.

⁴⁹⁰ Schwartz, Bundesvergabegesetz § 69 Rz 1; Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 1.

⁴⁹¹ Kropik, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006, ZVB 2006/31. Va aus diesem Grund sind Abänderungsangebote mit dem BVergG 2006 eingeführt worden, vgl EB zu § 2 Z 1 u zu § 82.

⁴⁹² BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35.

⁴⁹³ Aicher in Korinek/Rill, Reform 189; zust noch Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 34.

⁴⁹⁴ Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 36 mwN; im Ergebnis ähnlich Kropik, Alternativangebote BVergG 2006, ZVB 2006/31.

⁴⁹⁵ Ungeachtet ihrer Funktion sind Alternativangebote nach dem Gesetzeswortlaut auch bei funktionalen Leistungsbeschreibungen zulässig. Sie erfüllen ihren Zweck idZ va bei Leistungsbeschreibungen, die sich aus funktionalen und konstruktiven Elementen zusammensetzen.

⁴⁹⁶ Aicher in Korinek/Rill, Reform 388f.

objektiver Vergleich der Angebote gefährdet⁴⁹⁸ bzw unmöglich. Die Gefahr ist umso größer, je weiter sich ein alternativer Lösungsvorschlag von der ausgeschriebenen Leistung entfernt.⁴⁹⁹

Davon unabhängig kann es auch für öff AG nachteilig sein, wenn sie gezwungen sind, Leistungen zu beziehen, die sie so gar nicht ausgeschrieben haben.

Legt nun ein Bieter ein Alternativangebot, das nicht nur in einzelnen Positionen von der Ausschreibung abweicht, sondern eine umfassend andere Lösung anbietet, stellt sich weiters die Frage, ob idF die Ausschreibung nicht **widerrufen** werden muss. Kann die alternative Leistung nämlich nicht nur von einem Unternehmen angeboten werden, könnte ja gleich die alternative Leistung ausgeschrieben und – iSe möglichst großen Wettbewerbs – der Zuschlag aufgrund eines Vergleichs mehrerer Angebote erteilt werden.⁵⁰⁰

Zusammengefasst stehen Alternativ- und Abänderungsangebote in einem Spannungsverhältnis zum Gleichbehandlungsgrundsatz und dem den freien und fairen Wettbewerb sichernden Gebot der Vergleichbarkeit der Angebote.⁵⁰¹ Die Möglichkeit zur Abgabe von Alternativ- und Abänderungsangeboten ist daher mehrfach beschränkt. Die einzelnen Voraussetzungen sind in Pkt V.2.5.2.2 dargestellt.

Alternativangebote müssen va die „**Erbringung einer gleichwertigen Leistung**“ sicherstellen.⁵⁰² VergabeRL und BVergG verpflichten die AG daher, **Mindestanforderungen** festzulegen,⁵⁰³ die die Alternativangebote zwingend erfüllen müssen. Zulässige Alternativangebote sind anhand der Zuschlagskriterien zu bewerten und mit den übrigen Angeboten zu vergleichen. Alternativangebote sind daher nur dann zuzulassen, „*wenn ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung anhand der Kriterien in der Ausschreibung geprüft werden kann.*“⁵⁰⁴ Insgesamt soll so die Vergleichbarkeit aller Angebote sichergestellt und die Prüfung der Gleichwertigkeit der angebotenen Leistungen möglich sein.⁵⁰⁵ Gleichzeitig werden aber auch die AG geschützt, weil sie nicht gezwungen werden können, etwas zu beschaffen, was sie gar nicht wollten.⁵⁰⁶

⁴⁹⁷ Aicher in Korinek/Rill, Reform 389.

⁴⁹⁸ Casati, Alternativangebote, ecolex 1999, 580.

⁴⁹⁹ Kropik, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006, ZVB 2006/31.

⁵⁰⁰ Vgl dazu Aicher in Korinek/Rill, Reform 389, 390.

⁵⁰¹ Casati, ecolex 1999, 580; ähnlich Schwartz, Bundesvergabegesetz § 69 Rz 1.

⁵⁰² § 106 Abs 4.

⁵⁰³ Art 24 Abs 3 VergabeRL bzw § 81 Abs 2.

⁵⁰⁴ BVA 10.08.2007, N/0067-BVA/02/2007-038.

⁵⁰⁵ IdS, bezogen auf die Mindestanforderungen, Casati, ecolex 1990, 580; ähnlich Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 321 u Kropik, Alternativangebote BVergG 2006, ZVB 2006/31.

⁵⁰⁶ Einem AG kann daher kein „Mittelklasseauto über den Umweg eines Alternativangebotes aufgedrängt werden, wenn er ein Luxusklasseauto anschaffen will“, Casati, ecolex 1990, 580.

Aus diesem Grund müssen öff AG Zuschlagskriterien festlegen, die eine objektive Bewertung und einen objektiven Vergleich der Alternativangebote mit den ausschreibungsgemäßen Angeboten ermöglichen.⁵⁰⁷ Andernfalls könnten die Zuschlagskriterien ihre Funktion, das tatsächlich günstigste oder beste Angebot objektiv und nachvollziehbar zu ermitteln,⁵⁰⁸ nicht erfüllen.⁵⁰⁹

Da öff AG – nach den allg Regeln – an die von ihnen festgelegten Mindestanforderungen⁵¹⁰ gebunden sind und davon nachträglich nicht abweichen dürfen, wird auch hier Willkür bei der Entscheidung über die Berücksichtigung alternativer Lösungsvorschläge verhindert⁵¹¹ und dadurch die Gleichbehandlung der Bieter sichergestellt.

Innerhalb des durch die Gleichwertigkeit und die Mindestanforderungen gesteckten Rahmens nimmt der Gesetzgeber aber mögliche Wettbewerbsverzerrungen insofern grds in Kauf, als eine neue Ausschreibung auf Grundlage des alternativen Lösungsvorschlags uU ein anderes Wettbewerbsergebnis erzielen könnte.⁵¹² Die Lösung ist va deshalb sachgerecht, weil alle Bieter die Möglichkeit hatten, Alternativangebote abzugeben. Es besteht **Chancengleichheit**. Aus Sicht des Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes bestehen keine Bedenken. Mögliche Wettbewerbsverzerrungen sind daher in Kauf zu nehmen.

Verboten ist das sog „**Rosinenpicken**“. Darunter wird eine nachträgliche Kombination einzelner Teile des Haupt- und eines Alternativangebots verstanden.⁵¹³ Demgegenüber soll die Kombination mehrerer Alternativen zulässig sein, wenn das ein Bieter in seinem Angebot erlaubt.⁵¹⁴ Zulässig ist es nach hL auch, wenn mehrere Alternativen angeboten werden, die sich jeweils auf verschiedene Leistungsteile beziehen, und die Alternativen jeweils in Verbindung mit dem Hauptangebot bzw mit anderen Alternativen herangezogen werden können.⁵¹⁵ Diese Ansicht steht allerdings in Konflikt mit § 106 Abs 4, der für jedes Alternativangebot, auch wenn es sich nur auf Teile der Leistung bezieht, die Angabe eines „Gesamt-Alternativangebotspreises“ verlangt.

⁵⁰⁷ Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 77 mwN; Vavrovsky in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 80 (II. Exkurs) Rz 2.

⁵⁰⁸ Vgl zu dieser Funktion: Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 80 Rz 72 u 73 mwN.

⁵⁰⁹ Offen ist idZ die Frage, welche Konsequenzen das Fehlen derartiger Zuschlagskriterien hat. Nach Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 78 u 79 mwN begründet das einen fakultativen Widerrufsgrund.

⁵¹⁰ Vgl § 81 Abs 2 bzw Art 24 Abs 3 VergabeRL.

⁵¹¹ Hackl, Mindestanforderungen an Alternativangebote und Präklusion, ZVB 2006/69.

⁵¹² Vgl zu der dahinter stehenden Interessensabwägung, Aicher in Korinek/Rill, Reform 389, 390.

⁵¹³ Schramm/Aicher, Überblick über die Judikatur zu Alternativangeboten (Teil I), ZVB 2002, 131 unter Verweis auf BVA 28.04.1995, F-1/95-14; zust Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 319; Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 25. Das BVA begründet die Unzulässigkeit zutr darüber hinaus damit, dass dadurch ein v AG u nicht v Bieter erstelltes Angebot entstehen würde.

⁵¹⁴ Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 23 mwN.

⁵¹⁵ VfGH 11.12.1995, B 2300/95 zum idZ identen BVergG 1993; Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 23 mwN.

2.5.2 Alternativangebote

2.5.2.1 Definition

Alternativangebote sind gem § 2 Z 2 vom ausgeschriebenen Vertragsinhalt abweichende Angebote⁵¹⁶ über **alternative Leistungsvorschläge** der Bieter.

Alternative Leistungsvorschläge dürfen sich auf die gesamte Leistung, auf Teile der Leistung (alternative Leistungen) und/oder auf die technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen⁵¹⁷ Leistungsbedingungen beziehen⁵¹⁸ (alternative Leistungsbedingungen). Ein Alternativangebot liegt somit nicht nur vor, wenn die **angebotene Leistung** eine andere ist, als in der Ausschreibung festgelegt, sondern auch, wenn die Leistung dieselbe, **die Art der Leistungserbringung aber eine andere ist.**⁵¹⁹

2.5.2.2 Voraussetzungen

Wie oben ausgeführt, sind Alternativangeboten Grenzen gesetzt. Zusammengefasst sind sie unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Der öff Auftrag muss nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.⁵²⁰ *E contrario* sind sie bei Auftragsvergaben nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschlossen.⁵²¹

Ein objektiver⁵²² und fairer⁵²³ Vergleich zwischen Alternativ- und ausschreibungsgemäßen Angeboten ist nämlich idR bei Billigstbietervergaben ausgeschlossen. Damit das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis ermittelt werden kann, sind idR zusätzliche Kriterien zum Preis notwendig.⁵²⁴

Ausschreibungsgemäße Angebote und Alternativangebote werden nach denselben Zuschlagskriterien bewertet.⁵²⁵ Erfolgt eine Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip,

⁵¹⁶ EB zu § 2.

⁵¹⁷ ZB durch das Angebot alternativer Zahlungsmodalitäten, wie etwa Ratenzahlung, EB zu § 2, eines Pauschalpreises anstelle des ausgeschriebenen Einheitspreises, VwGH 13.06.2005, 2005/04/0001 u BVA 26.01.2007, N/0105-BVA/07/2006-42, oder sonstiger Konditionen, wie etwa Leistungs- oder Gewährleistungsfristen, EB zu § 2.

⁵¹⁸ § 106 Abs 4.

⁵¹⁹ Vgl BVA 11.06.2001, N-61/01-10.

⁵²⁰ § 81 Abs 1 u Art 24 Abs 1 VergabeRL.

⁵²¹ Vgl EB zu § 81.

⁵²² *Kommission*, Leitfaden Dienstleistungsaufträge 52.

⁵²³ *Kommission*, Leitfaden Bauaufträge 53 u Leitfaden Lieferaufträge 48.

⁵²⁴ IdS *Elsner*, Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionaler Leistungsbeschreibung, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP (2004) 53 (53); *Schwartz*, Bundesvergabegesetz § 69 Rz 2; nunmehr auch *Kropik*, Alternativangebote BVergG 2006, ZVB 2006/31; aA noch zum BVergG 2002, das keine Abänderungsangebote kannte, *Kropik*, Alternativangebote im Lichte des BVergG 2002, ZVB 2003/48 u *Pock* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 322.

⁵²⁵ Vgl *Elsner* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP 59 mwN.

drücken die unterschiedlichen Angebotspreise das jeweilige Preis-Leistungs-Verhältnis eines Angebots aus. Entsprechen alle Angebote den Ausschreibungsbestimmungen, können sie anhand der Angebotspreise **objektiv** verglichen werden. Anders ist die Situation, wenn nicht alle Angebote den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen. IdF **bezieht sich** die in den Angebotspreisen ausgedrückte **Relation zwischen Preis und Leistung** nämlich auf **jeweils unterschiedliche Leistungen**. Ein objektiver Vergleich zwischen den Angeboten ausschließlich anhand der Angebotspreise ist daher idR⁵²⁶ unmöglich. Besonders deutlich wird dies, wenn zB mit dem Angebot eines den Angebotspreis senkenden, „billigeren“ Materials erhöhte Folgekosten oder allg höhere Risiken für die AG⁵²⁷ verbunden sind. Alternative Leistungsvorschläge, die die Art, Güte oder den Umfang der ausgeschriebenen Leistung ändern, können daher nur mittels zusätzlicher Kriterien vergleichbar gemacht werden.⁵²⁸

In der Lit wird IdZ zurecht betont, dass bei geringfügigen technischen Abweichungen, die zB nur die Herstellungsart der Leistung⁵²⁹ bei gleich bleibendem Endprodukt oder Abweichungen, die nur die Methoden der Leistungserbringung bei „nachweislich“ gleich bleibendem technischen Ergebnis⁵³⁰ betreffen, ein objektiver Vergleich ausschließlich anhand des Preises möglich ist.

- AG müssen Alternativangebote in der Ausschreibung ausdrücklich **zulassen**.⁵³¹

Wurden keine Angaben über die Zulässigkeit gemacht, dürfen keine Alternativangebote gelegt werden. AG können auch nur bestimmte Typen von Alternativen (wirtschaftliche, rechtliche oder technische Alternativen) zulassen.⁵³²

Nicht zugelassene Alternativangebote müssen ausgeschieden werden.⁵³³

- Alternativangebote sind grds nur **gemeinsam mit** einem **ausschreibungsgemäßen** Angebot zulässig.⁵³⁴ Öff AG sollen auf diese Weise „*kalkulatorische Relationen*“

⁵²⁶ Vgl zu Konstellationen, in denen bei entsprechend festgelegten Mindestanforderungen ein objektiver Angebotsvergleich auch beim Billigstbieterprinzips möglich ist, Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 321.

⁵²⁷ Bzw Risikoüberwälzungen auf sie. Vgl zu diesem Aspekt insb Vavrovsky in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 80 (II. Exkurs) Rz 75, 76 u 77.

⁵²⁸ Kropik, Alternativangebote BVergG 2002, ZVB 2003/48.

⁵²⁹ Kropik, Alternativangebote BVergG 2002, ZVB 2003/48.

⁵³⁰ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 321.

⁵³¹ § 81 Abs 1; Art 24 Abs 1 VergabeRL.

⁵³² EB zu § 81. Gem § 81 Abs 1 müssen AG festlegen, „welche Art“ v Alternativangeboten sie zulassen.

⁵³³ § 129 Abs 1 Z 7: „Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden“.

⁵³⁴ § 81 Abs 1.

zwischen Alternativ- und ausschreibungsgemäßen Angeboten aufstellen können.⁵³⁵ AG können aber auch festlegen, dass Alternativangebote alleine abgegeben werden dürfen.

- Alternativangebote sind ausdrücklich als solche zu **bezeichnen** und in einer eigenen Ausarbeitung, mit einem eigenen Alternativangebotspreis abzugeben.⁵³⁶
- Alternativangebote müssen die **Mindestanforderungen** erfüllen.

Wie oben erwähnt, müssen öff AG in den Ausschreibungsunterlagen Mindestanforderungen festlegen und „*erläutern*“, die die Alternativangebote „*im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung*“ erfüllen müssen.⁵³⁷

Der Begriff „Mindestanforderungen“ ist weder in der VergabeRL noch im BVergG definiert. Ihre **Funktion** ist aber eindeutig: Öff AG sollen mit den Mindestanforderungen **objektiv nachprüfbar** festlegen, welche alternativen Leistungsvorschläge im Vergabeverfahren teilnehmen dürfen. Umgekehrt sollen sie festlegen, welche Lösungsvorschläge sie nicht (mehr) akzeptieren. IdS sollen die Mindestanforderungen auch die objektive Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen.⁵³⁸

Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, müssen ausgeschieden werden.⁵³⁹ Wurden **keine Mindestanforderungen festgelegt** oder ermöglichen die festgelegten Mindestanforderungen keinen objektiven Vergleich mit den ausschreibungsgemäßen Angeboten,⁵⁴⁰ dürfen Alternativangebote nicht berücksichtigt werden.⁵⁴¹ Das ist eine Folge des Gleichbehandlungs- und

⁵³⁵ Aicher in Korinek/Rill, Reform 391.

⁵³⁶ § 106 Abs 4.

⁵³⁷ § 81 Abs 2; ähnlich Art 24 Abs 3 VergabeRL.

⁵³⁸ Casati, *ecolex* 1999, 580; Elsner in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP 58.

⁵³⁹ § 129 Abs 1 Z 7: „Abänderungs- und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen“.

⁵⁴⁰ IdS tritt hier keine Präklusion der Mindestanforderungen ein: Vgl nur BVA 21.01.2005, 17N-133/04-16.

⁵⁴¹ EB zu § 81 unter Verweis auf SA GA Alber 10.04.2003, Rs C-421/01, Traunfellner, Rn 62 u 65. IdS EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01, Traunfellner, Rn 27-30 u 33; BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36; BVA 10.08.2007, N/0067-BVA/02/2007-038 unter Verweis auf: BVA 22.07.2004, N-13/98-30; BVA 22.07.2004, N-13/98-30; BVA 10.09.2004, 13N-71/04-38; BVA 21.01.2005, 17N-133/04-16.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Ausschreibung idF zwingend zu widerrufen ist: Nach BVA 22.07.2004, N-13/98-30 darf „[e]in Vergabeverfahren, das in der Ausschreibung nicht näher bestimmt, anhand welcher konkreten Vergleichsparameter die Gleichwertigkeit überprüft wird, [...] nicht durch die Vergabe des Auftrags zu Ende geführt werden“ u ist daher zwingend zu widerrufen. AA zB BVA 05.01.2004, 05N-110/03-49, nachdem die Ausschreibung präkludiert u daher nicht zu widerrufen ist; idS BVA 10.09.2004, 13N-71/04-38 u Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 55 u 56 mwN.

Transparenzgebots, da die Entscheidung über die Berücksichtigung eines Alternativangebots idF nicht objektiv nachprüfbar wäre.

Keinen Vergleich ermöglichen zB Mindestanforderungen, die alleine durch die Beschreibung der Leistung durch Nennung eines Leitprodukts iSd § 98 Abs 8 festgelegt sind, denn die „*Grenzen der Vergleichbarkeit* [Anm: iSd § 81] *sind weiter zu ziehen.*“⁵⁴² Enthält eine Ausschreibung unter dem Titel Mindestanforderungen für Alternativangebote „*lediglich eine konstruktive Beschreibung der als Hauptangebot anzubietenden Leistung, fehlen - anders als bei einer funktionalen Beschreibung der Leistung - Kriterien für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten. Es bleibt kein Raum für andere technische Lösungen als der ausgeschriebenen. Derartige Festlegungen sind nicht geeignet, ein Alternativangebot daran zu messen.*“ Allg Vorgaben für „*Materialien und Montage, verschiedene Nebenleistungen wie Dokumentation und Schulung sowie die Modalitäten der Abwicklung des Bauvorhabens bis zur Inbetriebnahme und Wartung*“ sind keine geeigneten Vergleichskriterien.⁵⁴³

Mindestanforderungen betreffen somit „*Eigenschaften oder Ergebnisse, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen hat*“,⁵⁴⁴ bzw konkretisieren sie die Erwartungen der AG an die ausgeschriebene Leistung.⁵⁴⁵ Mindestanforderungen sind technische, rechtliche oder wirtschaftliche Spezifikationen,⁵⁴⁶ mit denen AG die subjektive⁵⁴⁷ Gleichwertigkeit möglicher Leistungsalternativen sicherstellen.

Öff AG dürfen den Auftragsgegenstand selbst bestimmen. Damit korrespondierend sind sie auch bei der Beschreibung der ausgeschriebenen Leistungen im Wesentlichen **frei**.⁵⁴⁸ Da die Mindestanforderungen letztlich ebenfalls der Bestimmung des Auftragsgegenstands dienen⁵⁴⁹, bestehen konsequenterweise keine gesetzlichen Vorgaben für ihren Inhalt. Öff AG verfügen bei ihrer Festlegung über einen großen Ermessensspielraum, der ausschließlich durch die Grundsätze des Vergaberechts

⁵⁴² BVA 21.01.2005, 17N-133/04-16 zum gleichlautenden § 75 Abs 9 BVergG 2002.

⁵⁴³ BVA 10.08.2007, N/0067-BVA/02/2007-038.

⁵⁴⁴ SA GA Alber, 10.04.2003, Rs C-421/01, Traunfellner, Rn 62; zust EB zu § 81.

⁵⁴⁵ EB zu § 81.

⁵⁴⁶ IdS Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 8f.

⁵⁴⁷ Casati, ecolex 1999, 580.

⁵⁴⁸ Unstr, siehe nur Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch² 274.

⁵⁴⁹ IdS Casati, ecolex 1999, 580.

begrenzt wird.⁵⁵⁰ Wie „*streng*“⁵⁵¹ bzw detailliert öff AG ihre Mindestanforderungen festlegen, bleibt ihnen überlassen. Sie können mögliche Lösungsvorschläge mehr oder weniger stark begrenzen, indem sie bspw ein bestimmtes System zwingend festlegen, von dem auch im Wege eines Alternativangebots nicht abgewichen werden darf⁵⁵² oder technische Werte, wie die Tragfähigkeit einer Brücke oder die Belastbarkeit und Lebensdauer eines Straßenbelags⁵⁵³ usw. Zulässig ist auch die Festlegung von Rahmenbedingungen iSv zu erfüllenden Mindestanforderungen und nicht zu überschreitenden Maximalforderungen,⁵⁵⁴ die mögliche Lösungsvorschläge begrenzen.⁵⁵⁵

Aufgrund ihrer Funktion und der Ausscheidenssanktion des § 129 Abs 1 Z 7 verlangen Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz die Konkretisierung bzw „*Erläuterung*“ der Mindestanforderungen. Die Entscheidung, welche alternativen Leistungsvorschläge am Vergabeverfahren teilnehmen dürfen, muss nachvollziehbar und objektiv überprüfbar sein.⁵⁵⁶

Aus den Ausschreibungsunterlagen muss hervorgehen, „*welchen Mindestanforderungen die Alternativangebote entsprechen müssen.*“⁵⁵⁷ Nur durch die die Gleichbehandlung gewährleistende Transparenz kann sichergestellt werden, dass alle Bieter „*in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen [haben], die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können.*“⁵⁵⁸ Die Bieter müssen in einer „*transparenten Weise in die Lage versetzt [werden], zu erkennen, welche Anforderungen ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat.*“ IdS haben AG „*in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, zu erläutern.*“⁵⁵⁹ Entscheidend ist, ob die Mindestanforderungen „*für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei*

⁵⁵⁰ Casati, ecotex 1999, 580; zust Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 60f mwN; BVA 22.05.2006, N/0022-BVA/15/2006-25; VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149: „Grundsätzlich ist es Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen.“ „Diese Freiheit des Auftraggebers findet dort ihre Grenze, wo die Anforderungen an das zu beschaffende Produkt unsachlich und unüblich sind.“

⁵⁵¹ Hackl, ZVB 2006/69.

⁵⁵² Öff AG dürfen den Auftragsgegenstand u damit verbunden auch das System frei festlegen. Sie sind dabei nur an die Grundsätze u das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung iSd § 96 gebunden. AG müssen sich keine andere (technische) Systemlösung „aufzwingen lassen“, st Rsp u hL: BVA 13.11.1997, F-12/97-11; VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149; BVA 22.05.2006, N/0022-BVA/15/2006-25; Schramm/Aicher, Überblick über die Judikatur zu Alternativangeboten (Teil II), ZVB 2002/1 mwN; Casati, ecotex 1999, 580; Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 60f mwN.

⁵⁵³ SA GA Alber, 10.04.2003, Rs C-421/01, Traunfellner, Rn 62; zust Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 322.

⁵⁵⁴ Siehe dazu Schramm/Öhler/Hartlieb in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 69 Rz 43.

⁵⁵⁵ IdS BVA 12.10.1998, N-26/98-18.

⁵⁵⁶ EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01, Traunfellner, Rn 29 u 32; unter vielen jüngst BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35.

⁵⁵⁷ VfGH 11.12.1995, B2300/95 zur idZ identen Rechtslage des BVergG 1993.

⁵⁵⁸ EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01, Traunfellner, Rn 29: „Es geht dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz [...]“

Anwendung der üblichen Sorgfalt“ erkennbar festgelegt wurden.⁵⁶⁰ Es reicht nicht aus, wenn die Mindestanforderungen interpretativ aus Sinn und Zweck der ausgeschriebenen Leistung bzw den gesamten Ausschreibungsunterlagen gewonnen werden.⁵⁶¹ Unzulässig ist daher auch der bloße Verweis auf eine ms Rechtsvorschrift, in der lediglich zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Alternativangebot die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sicherstellen muss.⁵⁶²

Nicht ausreichend ist es weiters, wenn ein AG „*lediglich die Erfüllung des sich aus der Ausschreibung ergebenden Ziels und Zwecks der ausgeschriebenen Leistung*“ als Mindestanforderung festlegt und es ihm nur darauf ankommt, eine wirtschaftlich möglichst günstige Lösung zu erhalten. „*Auch die allgemeinen Vorgaben betreffend Materialien, Montage, Modalitäten zur Abwicklung des Bauvorhabens bis zur Inbetriebnahme etc. sind [Anm: alleine] nicht geeignet, Kriterien für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten zu enthalten.*“⁵⁶³

Genauso wie bei den Zuschlagskriterien (siehe Pkt 2.4) **verletzt** auch ein **nachträgliches Abgehen** von den Mindestanforderungen oder deren nachträgliche „*Vervollständigung*“⁵⁶⁴ zugunsten eines Bieters den **Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz**.

- Während die VergabeRL lediglich das Erfüllen der Mindestanforderungen fordert, verlangt das **BVergG zusätzlich** das Vorliegen einer „*gleichwertigen Leistung*“.

Kann der Nachweis der Gleichwertigkeit nicht erbracht werden, müssen die Angebote als „*nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote*“ ausgeschieden werden.⁵⁶⁵

⁵⁵⁹ BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35.

⁵⁶⁰ VwGH 21.12.2004, 2004/04/0161 unter Verweis auf EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01, *Traunfellner*, Rn 27, 29 u 33; BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35.

⁵⁶¹ VwGH 21.12.2004, 2004/04/0161: „*Entgegen dieser Ansicht kann jedoch im bloßen Umstand, dass aus den Ausschreibungsunterlagen der Zweck der ausgeschriebenen Leistung ersichtlich ist - was regelmäßig der Fall ist -, noch keine Festlegung von Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten gesehen werden, die die Bieter in der vom EuGH geforderten transparenten Weise in die Lage versetzt zu erkennen, welche Anforderungen ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat.*“

So auch BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35, nachdem der „*in der Praxis weit verbreiteten Ansicht, die Erfüllung des sich aus der Ausschreibung ergebenden Zwecks und Ziels sei für die Vergleichbarkeit eines Alternativangebotes ausreichend, weil die Mindestanforderungen aus den Ausschreibungsunterlagen "herausgelesen" werden können bzw. diesen zu entnehmen seien, eine klare Absage erteilt.*“ AA Hackl, ZVB 2006/69

⁵⁶² EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01, *Traunfellner*, Rn 30.

⁵⁶³ BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35.

⁵⁶⁴ Hackl, ZVB 2006/69.

⁵⁶⁵ § 129 Abs 1 Z 7.

Der Begriff „Gleichwertigkeit“ ist im BVergG nicht definiert. Aus dem Wortlaut des § 106 Abs 4 (arg: „und“) und dem Bestehen zweier unterschiedlicher Ausscheidenstatbestände, „*Abänderungs- und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen*“ und „*nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote*“, folgt, dass zwischen der „Gleichwertigkeit“ und den Mindestanforderungen unterschieden werden muss. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Kriterien, die unabhängig voneinander erfüllt werden müssen.⁵⁶⁶

Unklar ist der **Inhalt** des Gleichwertigkeitskriteriums.⁵⁶⁷ Dementsprechend zurückhaltend ist die Lit idZ. Es wurde auch in der jüngeren Rsp des BVA nicht mehr aufgegriffen. Das „*entscheidende Instrument*“ der Gleichwertigkeitsprüfung sind die Mindestanforderungen.⁵⁶⁸ Wenn aber GA Alber ausführt, „*[d]ie Gleichwertigkeit stellt für sich allein keinen Prüfungsmaßstab dar, sondern beschreibt nur das vom Änderungsvorschlag zu erreichende Niveau*“, nimmt er damit dem Kriterium der Gleichwertigkeit seinen Anwendungsbereich.

Ein Anknüpfungspunkt für den Inhalt der „Gleichwertigkeit“ ist die Formulierung in den Materialien, nach der die „*Abgrenzung zum nicht genehmigungsfähigen aliud [...] nur im Einzelfall an Hand der konkreten Festlegungen des Auftraggebers [...] getroffen werden*“ kann. MaW kommt es also nicht alleine auf das Erfüllen der Mindestanforderungen an. Auch nach hL liegt kein zulässiges Alternativangebot mehr vor, wenn die angebotene Alternative eine „*völlig andere Leistung*“ als die ausgeschriebene darstellt. Ausschlaggebend soll dabei sein, ob ein nicht genehmigungsfähiges *aliud* iSd § 378 UGB vorliegt.⁵⁶⁹

Nach wohl zutr Ansicht handelt es sich daher beim Kriterium der Gleichwertigkeit um eine Art „*Auffangtatbestand*“, der „*allenfalls*“ neben den Mindestanforderungen zur Anwendung gelangt.⁵⁷⁰ Mit dem Gleichwertigkeitskriterium kann verhindert werden, dass öff AG gezwungen sind, völlig andere als die ausgeschriebenen Leistungen zu

⁵⁶⁶ IdS hat GA Alber zu § 42 Abs 4 BVergG 1993, der idZ § 106 Abs 4 entspricht, ausgeführt, dass das Kriterium der Gleichwertigkeit keine Mindestanforderung ist u sich „*nicht auf die Eigenschaften oder das Ergebnis, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen*“ bezieht. „*Vielmehr geht es um die Bewertung der angebotenen Leistung im Verhältnis zur ausgeschriebenen Leistung.*“ „*Sie [Anm: die Gleichwertigkeit] ist vielmehr das Ergebnis, das ein Änderungsvorschlag erreichen muss. Ob dieses Ergebnis erreicht wird, ist anhand der Mindestanforderungen zu ermitteln, mit denen der Auftraggeber seine Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung gekennzeichnet hat. Die Gleichwertigkeit stellt für sich allein keinen Prüfungsmaßstab dar, sondern beschreibt nur das vom Änderungsvorschlag zu erreichende Niveau.*“ SA GA Alber, 10.04.2003, Rs C-421/01, Traunfellner, Rn 69.

⁵⁶⁷ IdS Kropik, Alternativangebote BVergG 2006, ZVB 2006/31.

⁵⁶⁸ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 321.

⁵⁶⁹ Vgl Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 13 u 14 u Kropik, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006, ZVB 2006/31 beide unter Verweis auf BVA 21.04.1998, N-13/98-6, das idZ als Abgrenzungskriterium das nicht genehmigungsfähige *aliud* des Handelskaufs gem § 378 HGB (= § 378 UGB) heranzog.

beziehen. Gleichzeitig wird Wettbewerbsverzerrungen vorgebeugt. Wollen AG eine angebotene, völlig andere Leistung beziehen, sollen sie das aufgrund einer neuen Ausschreibung tun. Sehr weit gefasste Mindestanforderungen könnten sonst dazu führen, dass einem Angebot der Zuschlag erteilt werden müsste, das zwar die Mindestanforderungen erfüllt, gemessen an den Ausschreibungsunterlagen aber nicht gleichwertig ist. Das Kriterium der Gleichwertigkeit kann idF als zusätzliches „Sieb“ dienen. AG können aber durch umfangreiche und detaillierte Mindestanforderungen die Gleichwertigkeit bereits auf diese Weise sicherstellen.

Nur mit dem Kriterium der Gleichwertigkeit lassen sich jene Konstellationen in den Griff bekommen, in denen nicht bloß Alternativen, sondern ein „Plus“ angeboten werden, was nach Rsp⁵⁷¹ u hL⁵⁷² unzulässig ist.

Das Kriterium der Gleichwertigkeit verlangt nicht das Erfüllen der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten technischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Spezifikationen, das Angebot muss ihnen nur „gleichwertig“ sein.⁵⁷³ Wenig überraschend ist die Rsp zur Gleichwertigkeit einzelfallbezogen.⁵⁷⁴ Ob eine angebotene Alternative gleichwertig ist, kann – so das BVA – nur **unter Abwägung aller Umstände des Falles** beurteilt werden *„und nicht etwa nur danach, ob eine Alternative (voraussichtlich) den gleichen oder womöglich gar nur einen ähnlichen Effekt haben wird wie die ausgeschriebene Leistung“*.⁵⁷⁵ Da sich das Beschaffungsziel bzw der Leistungszweck insb in der Leistungsbeschreibung und den Zuschlagskriterien manifestiert, kommt diesen bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit besonders große Bedeutung zu.⁵⁷⁶

Ist bspw die Abtragung einer bestehenden Stützmauer samt Neuerrichtung ausgeschrieben, ist ein auf bloße Reparatur lautendes Alternativangebot dann nicht gleichwertig, wenn ein technisch relevanter Unterschied zwischen Neubau und

⁵⁷⁰ IdS noch Schramm/Öhler/Hartlieb in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 69 Rz 30; während Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 diesen Gedanken nicht mehr aufgreifen.

⁵⁷¹ Vgl BVA 20.06.2000, N-21/00-19 u B-VKK 10.04.2000, S-28/00-11, nach der das Angebot der nicht ausgeschriebenen örtlichen Bauaufsicht *„Leistungen enthält, welche deutlich über jene hinausgehen, die der Auftraggeber ausgeschrieben hat“* u daher keine zulässige Alternative ist.

⁵⁷² Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 322; Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 81 Rz 29.

⁵⁷³ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch² 322.

⁵⁷⁴ Die auch in der Lit zit Rsp zur Gleichwertigkeit ist mit Vorsicht zu genießen, da sie vor der Rs Traunfellner ergangen ist u ihr ein differenziertes Verständnis der Mindestanforderungen zugrunde liegt. IdS wird in den E die mangelnde Gleichwertigkeit auch dann eingehend begründet, wenn die Mindestanforderungen nicht erfüllt sind. In der jüngeren Rsp wird auf die Gleichwertig als eigenes Kriterium – soweit ersichtlich – nicht mehr abgestellt.

⁵⁷⁵ BVA 13.11.1997, F-12/97-11 zit in Schramm/Aicher, Alternativangebote (Teil II), ZVB 2002/1.

⁵⁷⁶ Vgl die Mat, nach denen die Abgrenzung *„zum nicht genehmigungsfähigen aliud“* nur im Einzelfall anhand der konkreten Festlegungen des AG getroffen werden kann; ähnlich Elsner in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP 57 mwN.

Reparatur besteht.⁵⁷⁷ IdS ist es auch nicht ausreichend, „*dass die alternativ angebotene Leistung gleichartig verwendet werden kann*“, wie dies etwa im Angebot eines Damms statt der ausgeschriebenen Brücke der Fall wäre.⁵⁷⁸

Allerdings wurden von der Rsp auch nicht in der Ausschreibung ausdrücklich genannte, jedoch stillschweigend vorausgesetzte Effekte eines ausgeschriebenen Systems zur Beurteilung herangezogen.⁵⁷⁹

Schramm/Aicher haben herausgearbeitet, dass die Rsp zur Gleichwertigkeit mit jeweils unterschiedlicher Akzentuierung auf die **qualitative, technische** (bzw funktionelle) oder **quantitative Gleichwertigkeit**, aber auch auf die Auswirkungen der Lösungsvorschläge auf die Gesamtleistung abstellt, wenn etwa andere, nicht vom Alternativangebot erfasste, Leistungsteile geändert werden müssten oder Verzögerungen eintreten würden.⁵⁸⁰

- Alternativangebote dürfen zu einem **Wechsel der Auftragsart** führen, wenn es sich um einen Wechsel zwischen Liefer- und Dienstleistungsauftrag bzw umgekehrt zwischen Dienstleistungs- und Lieferauftrag handelt.⁵⁸¹

Keine Austauschbarkeit besteht hinsichtlich Bauaufträgen. Grund dieser Ausnahme sind die unterschiedlich hohen Schwellenwerte.⁵⁸²

2.5.3 Abänderungsangebote

Ein Abänderungsangebot ist ein Angebot, „*das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht.*“⁵⁸³

Wie bei Alternativangeboten steht es öff AG frei, Abänderungsangebote zuzulassen oder nicht. Gem § 82 Abs 1 sind Abänderungsangebote zulässig, sofern sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurden. Abänderungsangebote können auch nur hinsichtlich einzelner

⁵⁷⁷ BVA 12.10.1998, N-26/98-18.

⁵⁷⁸ BVA 21.04.1998, N-13/98-6.

⁵⁷⁹ BVA 13.11.1997, F-12/97-11 zit in *Schramm/Aicher*, Alternativangebote (Teil II), ZVB 2002/1.

⁵⁸⁰ *Schramm/Aicher*, Alternativangebote (Teil II), ZVB 2002/1.

⁵⁸¹ § 81 Abs 3 u Art 24 Abs 4 VergabeRL.

⁵⁸² *Schramm/Feuchtmüller* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 19 Rz 30.

⁵⁸³ § 2 Z 1.

Positionen zugelassen werden. Darüber hinaus dürfen auch Mindestanforderungen für Abänderungsangebote festgelegt werden.⁵⁸⁴

Abänderungsangebote sind mit dem Ziel in das BVergG 2006 eingeführt worden, das „*in der Praxis bestehende Problem*“ zu beheben, wie bei Vergaben nach dem Billigstbieterprinzip, bei denen ja Alternativangebote ausgeschlossen sind, mit Angeboten umzugehen ist, die von der ausgeschriebenen Leistung „*in technischer Hinsicht*“ nur in „*sehr geringem Ausmaß abweichen*“.⁵⁸⁵ Hintergrund ist die Tatsache, dass es Konstellationen gibt, in denen Angebote mit geringfügig abweichendem technischen Leistungsinhalt ausschließlich anhand des Kriteriums des billigsten Preises vergleichbar sind (siehe Pkt V.2.5.2.2).

Das Ausscheiden solcher Angebote hält der Gesetzgeber für „*unzweckmäßig*“, wenn angebotene und ausgeschriebene Leistung „*völlig gleichwertig*“ sind.⁵⁸⁶ IdF stünden den AG weniger Angebote zur Verfügung. Abänderungsangebote sollen eine gewisse Flexibilität erlauben und die Chance auf Angebotslegung erhöhen. MaW sollen Abänderungsangebote bei Vergaben nach dem **Billigstbieterprinzip** den **Wettbewerb beleben** und „*unwirtschaftliche*“ Ergebnisse⁵⁸⁷ verhindern.

Im Unterschied zu Alternativangeboten dürfen sich Abänderungsangebote **ausschließlich** auf **technische Aspekte von Teilen der Leistung** beziehen. Abweichungen wirtschaftlicher oder rechtlicher Art sind – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – als Alternativangebote zu qualifizieren⁵⁸⁸ und daher bei Vergaben nach dem Billigstbieterprinzip weiterhin unzulässig.

Die abgeänderte Leistung muss mit der ausgeschriebenen **technisch gleichwertig** sein. Nicht gefordert sind die Festlegung und das Erfüllen von Mindestvoraussetzungen.⁵⁸⁹ Nach den Materialien bedeutet „*gleichwertig*“, „*dass das Abänderungsangebot in technischer Hinsicht zumindest die gleichen (Leistungs-) Anforderungen erfüllt wie die ausgeschriebene Leistung*“.⁵⁹⁰ Zulässig ist daher auch ein Übererfüllen der Leistungsanforderungen.⁵⁹¹ Da die technischen Abweichungen nicht in einem solchen Ausmaß wie bei Alternativangeboten erfolgen dürfen, „*ist für die Prüfung, ob es sich bei einem konkreten Angebot noch um ein Abänderungsangebot handelt, ein strenger Maßstab anzulegen*“.⁵⁹²

⁵⁸⁴ Gem § 82 Abs 1.

⁵⁸⁵ EB zu § 2 u zu § 82.

⁵⁸⁶ EB zu § 82.

⁵⁸⁷ Kropik, ZVB 2006/31.

⁵⁸⁸ EB zu § 2.

⁵⁸⁹ Gem § 82 Abs 2 „*kann*“ ein AG Mindestanforderungen festlegen. IdS fordert auch 106 Abs 5 nur die Gleichwertigkeit der Abänderungsangebote u nicht auch die Erfüllung der Mindestanforderungen.

⁵⁹⁰ EB zu § 2.

⁵⁹¹ ZB „*eine höhere Korrosionsbeständigkeit aufgrund eines anderen Materials bei gleicher Verformungsfestigkeit*“, EB zu § 2.

⁵⁹² EB zu § 2.

Va aber der Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz verlangen eine enge Auslegung der Gleichwertigkeit. Denn es sind **weder Mindestanforderungen** festzulegen, **noch** werden besondere **Zuschlagskriterien** gefordert, die die Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Lösungsvorschläge herstellen können. Nach der Systematik des Gesetzes muss sich die Gleichwertigkeit eines Abänderungsangebots unzweifelhaft aus diesem selbst ergeben. Abänderungsangebote dürfen daher nicht so weit von der Ausschreibung abweichen, dass die Angebote nicht mehr objektiv vergleichbar sind. Die Gleichwertigkeit der (Leistungs-) Anforderungen wird daher iSe nahezu völligen Übereinstimmung zu verstehen sein. Lediglich im Wege der Erfüllung dieser Anforderungen können Abweichungen zulässig sein.

Die Prüfung der Gleichwertigkeit hat nach den Materialien anhand einer Einzelfallbetrachtung zu erfolgen, „wobei in die Bewertung qualitative und quantitative Kriterien einzufließen haben.“⁵⁹³ Maßgeblich sind jedenfalls die technischen Spezifikationen der ausgeschriebenen Leistung. Abänderungsangebote dürfen nicht dazu führen, dass AG zu Änderungen in der Planung, zB bei Anschlüssen, gezwungen werden.⁵⁹⁴ IdS betreffen Abänderungsangebote „typischerweise nur einzelne Positionen (zB runde statt eckige Schächte für die Kabelführung, andere Rohrformen, andere Materialwahl z.B. bei Aufhängungen)“.⁵⁹⁵ Mit *Kropik*⁵⁹⁶ wird man darüber hinaus fordern müssen, dass Abänderungsangebote keine erhöhten (Preis-, Herstellungs- und/oder Folgekosten-) Risiken, etwa durch den Einsatz neuer oder ungenügend erprobter Bauweisen und -stoffe, für die AG begründen dürfen, die Nutzung oder Nutzungsart, die Erweiterungs- und Wartungsmöglichkeiten oder die Dauerhaftigkeit nicht eingeschränkt und die gestalterischen und ästhetischen Vorgaben nicht geändert werden.

2.6 Leistungsänderungen im Verhandlungsverfahren

2.6.1 Einleitung

Was die Zulässigkeit von Leistungsänderungen während des Vergabeverfahrens betrifft, unterscheidet sich das Regime der Verhandlungsverfahren maßgeblich von jenem der offenen und nicht-offenen Verfahren. Angebotsänderungen, von der Ausschreibung abweichende Angebote und Änderungen der Ausschreibung sind hier grds zulässig. Im

⁵⁹³ Quantitative Kriterien sind zB die Anzahl der betroffenen Positionen, quantitative Kriterien, ob das Abänderungsangebot ein anderes technisches Lösungskonzept vorsieht, EB zu § 2.

⁵⁹⁴ EB zu § 2.

⁵⁹⁵ EB zu § 2.

Verhandlungsverfahren besteht **kein Verhandlungsverbot**. Die **Änderungsmöglichkeiten** und die Zulässigkeit des **Verhandelns** machen gerade das **Wesen der Verhandlungsverfahren** aus.⁵⁹⁷ Nach Ablauf der Angebotsfrist bzw nach Angebotsöffnung ist hingegen die Situation dieselbe wie in offenen und nicht-offenen Verfahren. Angebotsänderungen sind ab diesem Zeitpunkt grds nicht mehr zulässig.

Im Verhandlungsverfahren „*kann*“⁵⁹⁸ bzw „*hat*“⁵⁹⁹ der AG mit den Bietern „*über den gesamten Leistungsinhalt*“ verhandeln bzw zu verhandeln, „*um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln.*“ Das BVergG verzichtet dabei über weite Strecken auf zwingende Vorgaben für den Verfahrensablauf, um den AG „*einen gewissen Spielraum*“⁶⁰⁰ zu geben. IdS ist va die **Zulässigkeit von Leistungsänderungen** während des Vergabeverfahrens maßgeblich **von den Festlegungen der AG abhängig**. Aufgrund des weitgehenden Verzichts auf eine „*Formalisierung*“ dieses Verfahrenstyps⁶⁰¹ kommt den Grundsätzen des Vergaberechts eine besonders große Bedeutung zu.⁶⁰²

Das BVergG sieht unterschiedliche Regeln für Verhandlungsverfahren vor. Die jeweils anzuwenden Bestimmungen sind insb davon abhängig, ob es sich um Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorheriger Bekanntmachung handelt und/oder ob es sich um Vergaben im USB oder OSB handelt. Darüber hinaus bestehen Ausnahmetatbestände, die VVoB mit nur einem Bieter erlauben (siehe Pkt V.4.4). Die folgende Darstellung orientiert sich an den Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im OSB.

2.6.2 Ablauf der Verhandlungsverfahren

Verhandlungsverfahren sind sog zweistufige Verfahren. Die **erste Stufe** ist ein reines **Auswahlverfahren**, in dem die Unternehmen ausgewählt werden, die in der zweiten Stufe zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden. Nach Prüfung der Eignung erfolgt die Auswahl der Unternehmen aufgrund objektiver und nicht diskriminierender Auswahlkriterien. Auswahlkriterien sind auf den Leistungsinhalt abgestimmte, unternehmensbezogene Kriterien, mit denen die Qualität der Unternehmen, nicht des Angebots, bewertet wird,⁶⁰³ zB Referenzen oder Qualifikationen des Personals. AG können auch die Zahl der Unternehmen

⁵⁹⁶ Kropik, Alternativangebote BVergG 2006, ZVB 2006/31.

⁵⁹⁷ BVA 22.03.1999, F-1/99-13.

⁵⁹⁸ § 25.

⁵⁹⁹ § 105 Abs 1.

⁶⁰⁰ EB zu den §§ 101 bis 105.

⁶⁰¹ EB zu den §§ 101 bis 105.

⁶⁰² BVA 02.10.2003, 16N-74/03-21.

festlegen, die sie in die zweite Stufe zulassen wollen. Es müssen jedoch so viele Unternehmen teilnehmen, dass ein echter Wettbewerb sichergestellt ist. Die Anzahl soll daher grds nicht unter drei liegen.⁶⁰⁴ Auswahlkriterien und die Mindest- bzw Höchstzahl der Bewerber müssen in der Bekanntmachung angegeben werden.

Weder in der VergabeRL noch im BVergG ist ausdrücklich festgelegt, ob und in welcher Form der Auftragsgegenstand zu diesem Zeitpunkt bereits beschrieben sein muss. Aus dem Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz folgt jedoch, dass der Auftragsgegenstand und -umfang bereits in der ersten Stufe soweit konkretisiert sein muss, dass Unternehmen anhand der Bekanntmachung und der Teilnahmeunterlagen ihr grds Interesse am Auftrag beurteilen können.⁶⁰⁵ Der gesetzlich festgelegte Mindestinhalt der Bekanntmachung eines Verhandlungsverfahrens⁶⁰⁶ umfasst insb Angaben über Art und Umfang des Auftrags, Ausführungsort, Hinweise auf Optionen, bei Dienstleistungsaufträgen darüber hinaus die Kategorie der Dienstleistung samt CPV-Code und die Zuschlagskriterien „niedrigster Preis“ oder „technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot“.

Im Bereich des BVergG sind die §§ 95 bis 98, die die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung regeln, ihrem Wortlaut nach auch auf Verhandlungsverfahren anzuwenden. Daraus folgt, dass spätestens mit Beginn der zweiten Stufe öff AG eine „hinreichend genaue“ Leistungsbeschreibung festlegen müssen.⁶⁰⁷ Anderes gilt gem § 30 Abs 1 Z 3 ausschließlich dann, wenn bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags die vertraglichen Spezifikationen *ex ante* nicht so genau festgelegt werden können, dass eine Bestbieterermittlung durch bloß objektives Vergleichen der Angebote ohne Verhandlungen zwischen AG und Bietern möglich ist.⁶⁰⁸ Auch die VergabeRL kennt in den Bestimmungen über die technischen Spezifikationen⁶⁰⁹ keine Ausnahme für Verhandlungsverfahren. AA sind *Fink/Heid*,⁶¹⁰ nach denen am Beginn der Verhandlungen die Ausschreibungsunterlagen allg noch nicht jene Detailliertheit wie in offenen oder nicht-offenen Verfahren haben müssen.

Letztlich werden öff AG aber dadurch zu einer genauen Leistungsbeschreibung gezwungen, dass sie auch im Verhandlungsverfahren zu vergleichbaren Angeboten kommen müssen.

⁶⁰³ § 2 Z 20 lit a.

⁶⁰⁴ § 103 Abs 6.

⁶⁰⁵ IdS BVA 11.12.2007, N/0104-BVA/09/2007-042: Da den Bewerbungsunterlagen nicht zu entnehmen war, ob der AG Leistungen erwerben oder entwickeln lassen wollte, konnten die Bewerber „gar nicht erkennen, was der Auftraggeber erwartet“. Ähnlich *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 206 mwN.

⁶⁰⁶ Gem Anh VII Teil A der VergabeRL bzw Anh VIII Teil A BVergG.

⁶⁰⁷ *Aicher*, Seminarunterlage business circle - „Das Verhandlungsverfahren“, der sich darüber hinaus auch auf die Definition des Angebots in § 2 Z 2 „eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen“; idS auch *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 23 Rz 92.

⁶⁰⁸ Wie zB bei der Vergabe geistig-schöpferischer Dienstleistungen.

⁶⁰⁹ Art 23 VergabeRL.

Nach dem BVA sind die Angebote vergleichbar, wenn sie „*im Wesentlichen nach Art und Umfang*“ gleichartig sind⁶¹¹ und/oder „*Vergleichsparameter zur Bewertung der Unterschiede*“ zwischen den Angeboten (dh Zuschlagskriterien) bestehen.⁶¹²

In der **zweiten Stufe** sind die ausgewählten Bewerber „*gleichzeitig schriftlich zur Angebotsabgabe aufzufordern*“.⁶¹³ Spätestens in der Aufforderung sind die gewichteten Zuschlagskriterien, „*falls sie nicht in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind*“, bekannt zu geben.⁶¹⁴

Nach der Angebotsöffnung können bzw müssen über die Angebote **Verhandlungen** geführt werden. In den Verhandlungen können und dürfen die Bieter ihre **Angebote ändern**. Die Verhandlungen enden idR durch den Aufruf zum „last and best offer“, maW durch Aufruf zur Abgabe eines Letztangebots. Anschließend wird der Bestbieter auf Grund der Zuschlagskriterien ermittelt.⁶¹⁵

AG können auch ein sog „shortlisting“ festlegen. IdF wird das Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt und dabei jeweils die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der Zuschlagskriterien verringert.⁶¹⁶

Die **letzte Verhandlungsrunde** bzw der Aufruf zum „last and best offer“ ist, sofern sie nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt ist, den Bietern als solche vorab bekannt zu geben.⁶¹⁷ Nach Abgabe des „**last and best offers**“ unterscheidet sich die Situation nicht mehr von jener in offenen und nicht-offenen Verfahren. Ab diesem Zeitpunkt sind nur mehr Aufklärungsgespräche iSd § 126 zulässig. Verhandlungen über Angebotsänderungen bzw weitere Verhandlungsrunden dürfen nur noch dann durchgeführt werden, wenn sich die AG das vorbehalten haben⁶¹⁸ oder besondere Gründe⁶¹⁹ dafür bestehen. Die weiteren Verhandlungen dürfen insb nicht gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz

⁶¹⁰ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch² 206 unter Verweis auf Breitenfeld Anm zu BVA 13.02.2004, RPA 2004, 108.

⁶¹¹ BVA 13.02.2004, 03N-140/03-24.

⁶¹² BVA 12.04.2002, N-128/01-72.

⁶¹³ § 103 Abs 9.

⁶¹⁴ § 103 Abs 9.

⁶¹⁵ Vgl BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38.

⁶¹⁶ Nach Art 30 Abs 4 VergabeRL ist diese Möglichkeit in der Bek oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, gem § 105 Abs 2 in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen.

⁶¹⁷ § 105 Abs 3. Uzw entweder dadurch, dass eine Verhandlungsrunde als letzte bekannt gegeben wird oder dass die Bieter zur letztmaligen Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.

⁶¹⁸ IdS BVA 02.01.2007, N/0093-BVA/05/2006-57; vgl dazu Müller, Zur Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme von Verhandlungen, RPA 2007, 116 (116).

⁶¹⁹ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 34 mwN verlangen dafür eine besondere sachliche Rechtfertigung, wie etwa einen *ex-aequo* Stand der Letztangebote, zust BVA 02.01.2007, N/0093-BVA/05/2006-57; ähnlich Müller, RPA 2007, 117. Ob das auch iF der Unvergleichbarkeit der Angebote; widersprechender Ausschreibungsbedingungen und „unpassender“ Zuschlagskriterien zutr, ist zu bezweifeln.

verstoßen.⁶²⁰ Darüber hinaus darf nicht gegen die Bestimmungen über den zwingenden Widerruf verstoßen werden.⁶²¹

Im Vergleich zu offenen und nicht-offenen Verfahren ist die Situation hier insofern „entschärft“, als in Verhandlungsverfahren gem § 118 Abs 2 keine formalisierte Angebotsöffnung erforderlich ist, die Bieter an der Angebotsöffnung nicht teilnehmen dürfen und das **Ergebnis geheim zu halten** ist. Jene negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb, die das Verhandlungsverbot in offenen und nicht-offenen Verfahren verhindern soll (siehe Pkt V.2.2.2), werden hier durch die Geheimhaltung der Angebotsmerkmale der Konkurrenten verhindert.

2.6.3 Änderungen des Auftragsinhalts

In den Verhandlungen darf über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.⁶²² Darunter ist der Auftragsgegenstand „*samt allen damit verbundenen Bedingungen der Leistungserbringung*“ zu verstehen.⁶²³ Die Bieter müssen sich daher **bei der Erstellung ihrer Angebote** in Bezug auf den Leistungsinhalt **nicht streng an die Ausschreibung halten**. Insofern dürfen die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen grds geändert werden.⁶²⁴ Der zulässige **Umfang des Verhandlbaren** hängt dabei maßgeblich von den Festlegungen der AG ab. MaW müssen öff AG den Verhandlungsgegenstand festlegen.⁶²⁵ Sollte ein AG keine entsprechenden Festlegungen getroffen haben, darf über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden.⁶²⁶ Umgekehrt dürfen AG aber auch die gesamten Ausschreibungsunterlagen als „*verhandlungsfest*“ festlegen,⁶²⁷ und damit eine Situation wie in offenen und nicht-offenen Verfahren schaffen.

Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz verlangen aber auch in Verhandlungsverfahren, dass die Ermittlung des Bestbieters auf einem objektiven und nicht

⁶²⁰ Nach einer älteren E, BVA 26.08.2002, N-31/02-28, können weitere Verhandlungsrunden zulässig sein, wenn alle Bieter gleichmäßig betroffen sind. Ohne eine sachliche Rechtfertigung zu prüfen, qualifizierte das BVA die Änderung der Mindestanwesenheitspflichten eines Projektleiters durch den AG nach Abgabe des „last and best offer“ mit der lapidaren Begründung deshalb als zulässig, da die Änderung alle Bewerber betroffen hat u alle Bieter ihre Kalkulation korrigieren mussten.

⁶²¹ Müller, RPA 2007, 118.

⁶²² § 15 u 105 Abs 1.

⁶²³ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 54 u 58. Wie zB über die technischen u rechtlichen Leistungsbedingungen oder den Preis. Im BVergG 2006 ist das Verbot „*bloßer Preisverhandlungen*“ weggefallen, EB zu den §§ 101 bis 105.

⁶²⁴ § 106 Abs 1 *e contrario*; EB zu den §§ 106 bis 111.

⁶²⁵ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch² 208; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 49.

⁶²⁶ IdS Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch² 208.

⁶²⁷ BVA 07.07.2006, N/0039-BVA/05/2006-60; IdS Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 49.

diskriminierenden **Vergleich der Angebote** beruht.⁶²⁸ Dazu müssen die Angebote vergleichbar sein. Aus diesem Grund darf auch in Verhandlungsverfahren der Zuschlag nur auf ausschreibungskonforme Angebote erteilt werden. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind auch hier gem § 129 Abs 1 Z 7 auszuschneiden. Das bedeutet Folgendes: Legen AG in den Ausschreibungsunterlagen einen „*verhandlungsfesten Kern*“ fest, dürfen die Bieter davon nicht abgehen.⁶²⁹ Auch „*wenn der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Verhandlungsverfahrens über einen Verhandlungsspielraum verfügt, so muss er gleichwohl dafür Sorge tragen, dass die Bedingungen der Verdingungsunterlagen, die er aus freien Stücken als zwingend eingestuft hat, eingehalten werden.*“⁶³⁰ IdS hat auch der EuGH festgestellt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass „*alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist.*“⁶³¹ Unzulässig ist es, „*wenn die Bieter von den grundlegenden Vorschriften der Verdingungsunterlagen durch Vorbehalte abweichen könnten, soweit diese Vorschriften ihnen nicht ausdrücklich diese Möglichkeit einräumen.*“⁶³² Ist daher bspw nach den Ausschreibungsunterlagen eine dreijährige Verfügbarkeit der Gesamtanlage zu garantieren, so kann ein Bieter die geforderte Garantiezusage nicht durch Abschluss eines Instandhaltungsvertrags ersetzen.⁶³³

Umgekehrt dürfen AG während der Verhandlungen auch den **Verhandlungsgegenstand**, dh den Inhalt und die Bedingungen der nachgefragten Leistung, **ändern**. Ändert ein AG den Auftragsinhalt oder die Auftragsbedingungen während der Verhandlungen, verpflichtet ihn der Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz zur Bekanntgabe der Änderung an die übrigen Bieter.⁶³⁴ Der **Verhandlungsgegenstand muss für alle Bieter gleich sein**,⁶³⁵ auch wenn die einzelnen Verhandlungen voneinander abweichen.⁶³⁶

Wie weit sich Auftragsinhalt und Auftragsbedingungen im Rahmen zulässiger Verhandlungen von dem ursprgl ausgeschriebenen entfernen dürfen, ist weder in der VergabeRL noch im BVergG ausdrücklich geregelt. Nach der Rsp des BVA begründen Änderungen „*solange keine Rechtswidrigkeit als der Kern der Leistung mit dem in den ursprünglichen*

⁶²⁸ Vgl nur BVA 02.01.2007, N/0093-BVA/05/2006-57; BVA 07.05.2007, N/0006-BVA/14/2007-85.

⁶²⁹ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 49; Vgl BVA 07.07.2006, N/0039-BVA/05/2006-60: „*Ein Angebot darf in einem Verhandlungsverfahren nicht deswegen ausgeschieden werden, wenn der Auftraggeber in einem Punkt Verhandlungsbereitschaft signalisiert und ein Bieter im Vertrauen darauf ein entsprechendes – von der Ausschreibung in diesem Punkt abweichendes – Angebot legt.*“

⁶³⁰ EuG 28.11.2002, RS T-40/01, *Scan Office Design*, Rn 76; BVA 07.09.2004, 11N-65/04-12.

⁶³¹ EuGH 22.06.1996, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Rn 37f (bzgl eines Verhandlungsverfahrens).

⁶³² EuGH 22.06.1996, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Rn 40.

⁶³³ VwGH 28.05.2008, 2007/04/0233 (zum Sektorenbereich).

⁶³⁴ BVA 02.10.2003, 16N-74/03-21.

⁶³⁵ BVA 29.04.1998, F-26/97-22.

⁶³⁶ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 68 mwN.

Verhandlungsunterlagen enthaltenen Leistungsgegenstand identisch ist.“ Zulässig ist idS etwa eine erst nachträgliche festgelegte Auflage iZm bestimmten Nebenleistungspflichten, wie eine zusätzliche Versicherungspflicht.⁶³⁷ **Entscheidend** ist die **Wettbewerbsrelevanz der Änderung**. Angebotsänderungen sind in Verhandlungsverfahren daher *„insoweit als zulässig anzusehen, als dadurch der Hauptgegenstand des Angebotes nicht derart verändert wird, dass - wäre dies vorher bekannt gewesen - wesentlich andere Angebote oder ein stark veränderter Bewerber- oder Bieterkreis zu erwarten wären.“*⁶³⁸

In einer älteren, zu dieser Frage grundlegenden E, der Rs *Kommission/Frankreich*, hat der EuGH darauf abgestellt, ob **„wesentliche“ Vertragsbestimmungen** geändert wurden (siehe dazu auch Pkt VI.1.1)⁶³⁹. Konkret musste der EuGH beurteilen, ob sich der Auftragsinhalt in einem über mehrere Jahre dauernden Verhandlungsverfahren soweit geändert hatte, dass schon ein neuer öff Auftrag vorlag und damit verbunden von der Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens ausgegangen werden musste.⁶⁴⁰ Auftragsgegenstand war das Stadtbahnvorhaben des Stadtverbands Rennes. Im Zuge der Verhandlungen hat der spätere Zuschlagsempfänger zwei Angebote abgegeben, die sich sowohl im Hinblick auf die angebotene Technologie als auch im Preis unterschieden. Insb hatten die Angebote zwei unterschiedliche Systeme („VAL 206“ und „VAL 208“) zum Gegenstand. Der EuGH sah darin *„keinen Anhaltspunkt für die Neuverhandlung einer wesentlichen Vertragsbestimmung“*, der für die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens gesprochen hätte. Insb da die *„Änderung der Angebotsbedingungen auf die Entwicklung des Materials zwischen 1993 und 1996 zurückzuführen“* war, und es sich bloß *„um eine geringfügige Änderung der Abmessungen der Fahrzeuge (2 cm Breite)“* handelte. *„Außerdem lässt es sich bei einem Verhandlungsverfahren, das sich seinem Wesen nach über einen längeren Zeitraum hinziehen kann, nicht ausschließen, dass die Parteien im Laufe der Verhandlungen eintretende neue technologische Entwicklungen berücksichtigen, ohne dass darin jedes Mal eine Neuverhandlung wesentlicher Vertragsbestimmungen gesehen werden könnte [...]“*. Auch der Preisunterschied zwischen den beiden Angeboten begründeten für den EuGH, *„selbst wenn er über der Gesamtinflation für den genannten Zeitraum liegen sollte“* keine Neuverhandlung einer wesentlichen Vertragsbestimmung, da er aus der Anwendung einer

⁶³⁷ BVA 23.03.1998, F-13/97-29.

⁶³⁸ BVA 22.03.1999, F-1/99-13. Da sich die angebotenen Diesellokomotiven *„ihre Zahl, sowie die wesentlichen Bedingungen der Leistungserbringung [...] in dem von der Ausschreibung und ihren zahlreichen Varianten gesteckten Rahmen“* bewegten, wurde idF keine Änderung des Hauptgegenstands angenommen.

⁶³⁹ EuGH 05.10.2000, Rs C-337/98, *Kommission/Frankreich* Rn 44f.

⁶⁴⁰ Hintergrund war der Umstand, dass die formlosen Verhandlungen zwar vor Ablauf der Umsetzungsfrist der SKRL begonnen wurden, die Auftragsvergabe jedoch in ihrem Anwendungsbereich erfolgte. Der EuGH stellte idZ fest (Rn 40), dass es für die Begründung des zeitlichen Anwendungsbereichs der SKRL auf das Datum der Auftragsvergabe ankommt und nicht auf den Beginn der Verhandlungen.

Preisanpassungsformel des ursprgl Vertragsentwurfs folgten. Zusammengefasst stellte der EuGH auf die **inhaltliche Änderung des Auftrags** und **nicht auf die Wettbewerbsrelevanz** ab, was vor dem Hintergrund der E gerechtfertigt ist, im Übrigen aber überholt sein dürfte.

In der Lit wird tw vertreten, dass **geringfügige Änderungen** des Leistungsgegenstands und -umfangs irrelevant sein sollen. IdS soll eine Änderung des Leistungsumfangs iHv **20 %** zulässig sein.⁶⁴¹ Nach hL dürfen Änderungen nicht zu einem „*vergaberechtlichen aliud*“ führen.⁶⁴²

Zutr ist idZ jedenfalls die Ansicht, nach der der **Verhandlungsgegenstand durch** die Festlegungen in der **Bekanntmachung begrenzt** ist.⁶⁴³ Das folgt aus dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz und entspricht dem Gedanken der Wettbewerbsrelevanz. Stimmt nämlich die Beschreibung des Auftragsgegenstands in der Bekanntmachung nicht mehr mit dem Verhandlungsgegenstand überein, könnten potenzielle Bewerber von der Teilnahme am Verhandlungsverfahren abgehalten werden. Die Bekanntmachungsvorschriften wären ihrer Funktion beraubt und würden leer laufen. IdS können sich **Begrenzungen auch aus den festgelegten bzw bekannt gemachten Eignungs-, Auswahl- oder Zuschlagskriterien** ergeben. Insb wenn der geänderte Leistungsinhalt einen im Verhältnis zu den Eignungs- und Auswahlkriterien „falschen“ Bieterkreis ansprechen würde bzw nicht geeignete Bieter den Zuschlag erhalten würden.⁶⁴⁴

Weitere Grenzen ergeben sich aus den **Tatbeständen**, die die Durchführung eines **Verhandlungsverfahrens** rechtfertigen:⁶⁴⁵ Hervorzuheben ist idZ jener Tatbestand, der zwar im Falle des Einlangens ungeeigneter Angebote die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens erlaubt, dabei aber eine „*grundlegende Änderung*“ der ursprgl Auftragsbedingungen verbietet.⁶⁴⁶ Die an strenge Voraussetzungen geknüpfte Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens soll durch ihren speziellen Zweck begrenzt werden, und nicht dadurch umgangen werden, dass nachträglich ganz andere Leistungen vergeben werden. Nach Ansicht der Kommission sind idS folgende Änderungen „*grundlegend*“: Änderungen der Finanzbestimmungen, der Ausführungsfrist, der technischen

⁶⁴¹ Vgl Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch² 207.

⁶⁴² Vgl Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch² 207 u Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 54 beide unter Verweis auf Haunold/Hechtner, Wiener Landesvergabegesetz-Kommentar (2000) § 20 Anm 2. Ausschließlich den Aspekt des „*aliud*“ betonend: Pesendorfer/Hornbanger, RPA 2008, 10.

⁶⁴³ IdS Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 55.

⁶⁴⁴ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 56. Diese Ansicht ist nunmehr v den Mat gedeckt: Obwohl die Eignung gem § 69 „*spätestens*“ zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe u damit zwangsläufig bezogen auf den zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Leistungsgegenstand, der ja später geändert werden darf, vorliegen muss, sind AG nach den Mat verpflichtet, das Bestehen der Eignung auch zu einem späteren Zeitpunkt zu verifizieren, „*sofern konkrete Anhaltspunkte für den Verlust eines Eignungselements bestehen*“, EB zu § 69.

⁶⁴⁵ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 59.

Spezifikationen, der Bestimmungen über die Abnahme der Arbeiten, der Bautechnik usw.⁶⁴⁷ Im Bezug auf die spiegelbildliche Vorschrift der SKRL, die sogar die Durchführung von VVoB rechtfertigt, stellte der EuGH fest, „*dass analog zu dem, was der Gerichtshof zum Thema der Neuverhandlung bereits erteilter Aufträge entschieden hat [Anm: in der Rs presstext], die Änderung einer ursprünglichen Bedingung eines Auftrags insbesondere dann als wesentlich im Sinne von Art. 20 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 93/38 angesehen werden kann, wenn aufgrund der geänderten Bedingung, so sie denn Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wäre, die im Rahmen des Verfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb eingereichten Angebote als geeignet hätten betrachtet werden können oder andere Bieter als die, die an dem ursprünglichen Verfahren teilgenommen hatten, Angebote hätten einreichen können.*“⁶⁴⁸

Auch die unter Pkt V.4.4 dargestellten **Ausnahmetatbestände für VVoB** verlangen eine besondere Begrenzung des Verhandlungsgegenstands. Die Begrenzungen folgen ebenfalls aus dem Grundsatz, dass Ausnahmetatbestände strengen, restriktiv auszulegenden Voraussetzungen unterliegen (siehe Pkt II.5 „sachlicher Anwendungsbereich“).

2.6.4 Änderungen der übrigen Festlegungen

Bzgl der übrigen, nicht den „*Leistungsinhalt*“ betreffenden Festlegungen, sind öff AG genauso, wie in offenen oder nicht-offenen Verfahren, an ihre Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gebunden.⁶⁴⁹ Bis zur Angebotsöffnung können öff AG die Ausschreibung gem § 90 ändern (siehe Pkt V.2.4).⁶⁵⁰

Umgekehrt müssen sich auch die Bieter bei der Erstellung ihrer Angebote an die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen halten.⁶⁵¹

Verhandelbar ist nur der Inhalt der nachgefragten **Leistung**.⁶⁵² Das folgt einerseits aus dem Wortlaut der §§ 105 Abs 1 und 25 Abs 5 und 6 („*Auftragsinhalt*“), andererseits gebietet das der Gleichbehandlungsgrundsatz.⁶⁵³ Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, Änderungsmöglichkeiten insb der Verfahrensfestlegungen gewollt zu haben, wären doch die

⁶⁴⁶ Gem §§ 28 Abs 1 Z 1, 29 Abs 1 Z 1 u 30 Abs 1 Z 1 bzw Art 30 Abs 1 lit a u Art 31 Abs 1 lit a VergabeRL.

⁶⁴⁷ *Kommission*, Leitfaden Dienstleistungsaufträge 22, Lieferaufträge 23 u Bauaufträge 23.

⁶⁴⁸ EuGH 04.06.2009, Rs C-250/07, *Kommission/Griechenland*, Rn 52.

⁶⁴⁹ Vgl BVA 13.01.2005, 03N-113/04-10 bzgl der festgelegten Eignungskriterien.

⁶⁵⁰ § 90 („*Berichtigung der Ausschreibung*“) ist seinem Wortlaut nach auch auf Verhandlungsverfahren anwendbar.

⁶⁵¹ BVA 07.09.2004, 11N-65/04-12 unter Verweis auf VwGH 30.06.2004, 2000/04/0046 u EuG 28.11.2002, RS T-40/01, *Scan Office Design*, bzgl geforderter Referenzen.

⁶⁵² Zutr *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2006 § 105 Rz 58.

⁶⁵³ Das verkennen *Pesendorfer/Hornbanger*, RPA 2008, 10, wenn sie BVA 07.09.2004, 11N-65/04-12 unter Berufung auf die grds Zulässig des Abweichens v den Ausschreibungsunterlagen kritisieren.

Bieter idF zB nicht verpflichtet, Fristen einzuhalten.⁶⁵⁴ § 106 Abs 1, der die Bindung an die Ausschreibungsunterlagen nur für das offene und nicht-offene Verfahren anordnet, ist daher, ebenso wie die Mat zu dieser Bestimmung, ungenau formuliert.⁶⁵⁵ Da die Tatbestände des § 129 auch für Verhandlungsverfahren gelten,⁶⁵⁶ sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote gem § 129 Abs 1 Z 7 auszuschneiden bzw fehlerhafte Angebote nach den allg Regeln über die Behebbarkeit von Angebotsmängeln zu behandeln.

Auch die Zuschlagskriterien dürfen in Verhandlungsverfahren nicht nachträglich geändert werden.⁶⁵⁷ Werden zB nachträglich zusätzliche (Sub-) Zuschlagskriterien zur Bewertung der Angebote herangezogen, verstößt das gegen den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz.⁶⁵⁸ Gem § 105 Abs 5 dürfen AG die Zuschlagskriterien in Verhandlungsverfahren jedoch dann ändern, wenn sie sich diese Möglichkeit in der Ausschreibung vorbehalten haben. Auch dabei ist der Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz zu beachten. Nach den Mat müssen *„allfällige Änderungen in der Anwendung der Zuschlagskriterien vorab fixiert und allen Teilnehmern am Verhandlungsverfahren bekannt gegeben [werden].“* *„Zu den so vorgesehenen Zuschlagskriterien darf weder ein Zuschlagskriterium hinzugefügt noch eines weggelassen werden. Auch die einmal fixierte Gewichtung muss beibehalten werden.“*⁶⁵⁹

2.7 § 101 BVergG 2002

Ein Argument für die Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen bot der Wortlaut von § 101 BVergG 2002: *„[...] weicht der Auftrag vom Angebot ab, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt.“*

Der Anwendungsbereich der Bestimmung blieb unklar, da es die von ihr erfassten Konstellationen vergaberechtlich gar nicht geben dürfte.⁶⁶⁰ Weichen Angebot und Ausschreibung voneinander ab, sind zwei Konstellationen denkbar: Entweder kommt der Auftrag mit dem Inhalt des ausschreibungswidrigen Angebots zustande. In diesem Fall wird

⁶⁵⁴ So noch Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 23 Rz 94.

⁶⁵⁵ EB zu den §§ 106 bis 111: *„Der Grundsatz des § 106 Abs. 1, wonach der Bieter sich bei der Erstellung des Angebotes strikt an die Ausschreibungsunterlagen zu halten hat, gilt im Verhandlungsverfahren nicht, da bei dieser Verfahrensart über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden darf und daher auch die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen verändert werden können.“*

⁶⁵⁶ Vgl ua Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 105 Rz 78 mwN.

⁶⁵⁷ § 105 Abs 5. Vgl BVA 23.03.1998, F-13/97-29: *„genießen Zuschlagskriterien auch im Verhandlungsverfahren einen erhöhten Bestandschutz“*.

⁶⁵⁸ BVA 03.09.2003, 04N-65/03-21.

⁶⁵⁹ EB zu den §§ 101 bis 105.

⁶⁶⁰ Auch nicht im Verhandlungsverfahren. Ein v Letztangebot abweichender Zuschlag ist auch hier vergaberechtswidrig, wie Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 101 Rz 34 aE zutr betont.

eine Leistung vergeben, die so nicht ausgeschrieben war. Das verstößt gegen die Grundsätze des Vergaberechts. Oder der Vertrag kommt zu den ursprüngl. Auftragsbedingungen zustande, obwohl ein ausschreibungswidriges und damit nicht verbesserbares Angebot abgegeben wurde. Auch das verstößt gegen die Grundsätze, darüber hinaus gegen die Pflicht, ausschreibungswidrige Angebote auszuschneiden⁶⁶¹ und (in offenen und nicht-offenen Verfahren) gegen das Verhandlungsverbot.⁶⁶²

Vor diesem Hintergrund wurde daher vertreten, dass § 101 BVergG 2002 ausschließlich das zivilrechtliche Zustandekommen vergaberechtswidriger Verträge regle.⁶⁶³ Der unmissverständliche Gesetzeswortlaut sprach jedenfalls dafür, dass der Gesetzgeber von der Zulässigkeit einer **Abweichung zwischen Auftrag und Angebot** ausgegangen ist.⁶⁶⁴ Wollte man der Bestimmung daher einen gewissen Anwendungsbereich belassen, war eine „*restriktive Sichtweise*“⁶⁶⁵ geboten.

Nach Ansicht *Aichers* durfte es durch die Abweichung zu keiner Ausschaltung „*gebotenen Wettbewerbs*“ kommen. MaW durfte eine Abweichung nicht dazu führen, dass – unter Zugrundelegung des neuen Auftragsinhalts – von einem **potenziell anderen, uzw erweiterten, Bieterkreis** auszugehen wäre oder der „*abgeänderte Leistungsinhalt einen anderen Bestbieter ergeben könnte*.“ Entscheidend sei somit, ob durch die Abweichung „*das Wettbewerbsergebnis [...] verfälscht werden könnte*.“⁶⁶⁶ Nach Ansicht *Kropiks* waren nur „*unerhebliche Änderungen*“, die die Angebotssumme um höchstens 2 % änderten, zulässig.⁶⁶⁷

Aufgrund der vergleichbaren Konstellation wurde von der Lit aus § 101 ein Argument für die grds. Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen gewonnen.⁶⁶⁸ Diese bzw. eine vergleichbare Bestimmung gibt es im BVergG 2006 nicht mehr.⁶⁶⁹ Da die Mat jedoch keinen Hinweis über die Gründe der Gesetzesänderung geben, lässt sich daraus alleine nicht ableiten, ob das BVergG 2006 eine restriktivere Haltung gegenüber Leistungsänderungen hat oder nicht.

⁶⁶¹ § 98 Z 8 BVergG 2002 entspricht § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006.

⁶⁶² *Rummell/Lux in Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht 54 u 55; zust. *Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 101 Rz 35 mwN; ähnlich *Madl/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch² 443.

⁶⁶³ *Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 101 Rz 32 aE.

⁶⁶⁴ Ein weiteres Argument dafür lieferte § 102 Abs 1 BVergG 2002, der, für den Fall, dass „*sich der Inhalt des Vertrages außer aus dem Angebot auch aus anderen Schriftstücken, die Zusatzvereinbarungen enthalten, ergibt*“, eine besondere Dokumentationspflicht anordnete.

⁶⁶⁵ *Madl/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch² 443 mwN; *Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 101 Rz 35 mwN.

⁶⁶⁶ *Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 101 Rz 35; ähnlich, aber bezogen auf die Phase nach der Zuschlagserteilung: *Madl/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch² 443 aE.

⁶⁶⁷ Unter analoger Anwendung der 2%-Grenze bei der Verbesserung rechnerisch fehlerhafter Angebote (vgl § 126 Abs 4), *Kropik, Mängel*² 110f.

⁶⁶⁸ IdS *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch² 174 Fn 824.

⁶⁶⁹ Vgl die Nachfolgebestimmung des § 133.

2.8 Leistungsänderungen im wettbewerblichen Dialog

2.8.1 Einleitung

Der wettbewerbliche Dialog ist ein neuer Verfahrenstyp, der erst mit der VergabeRL bzw dem BVergG 2006 eingeführt wurde.

Was die **Zulässigkeit von Leistungsänderungen** während des Vergabeverfahrens betrifft, bietet das Regime des wettbewerblichen Dialogs öff AG und Bietern den **größten Freiraum**. Wettbewerbliche Dialoge unterscheiden sich maßgeblich von offenen und nicht-offenen Verfahren und gehen auch weit über die Änderungsmöglichkeiten in Verhandlungsverfahren hinaus.

Im wettbewerblichen Dialog besteht **kein Verhandlungsverbot**. Wesensmerkmal dieses Verfahrenstyps ist der **Dialog**, den AG und Unternehmen mit dem Ziel führen, Lösung(en) zu ermitteln, mit der (oder mit denen) die „*Bedürfnisse und Anforderungen*“ des AG am besten erfüllt werden können.⁶⁷⁰ Beim Dialog dürfen die AG „*alle Aspekte*“ des Auftrags, dh des Leistungsgegenstands und der Auftragsbedingungen,⁶⁷¹ mit den Bietern erörtern.⁶⁷² MaW darf der Dialog alle technischen, wirtschaftlichen (zB Preise, Kosten und Einkünfte) und/oder rechtlichen Aspekte (zB Risikoverteilung und -begrenzung, Garantien, mögliche Gründung von Projektgesellschaften) umfassen.⁶⁷³ AG und Bieter dürfen so lange verhandeln, bis eine Lösung gefunden wird.

Damit korrespondierend dürfen die AG die Beschreibung ihrer Bedürfnisse und Anforderungen – den Ergebnissen der Erörterungen entsprechend – ändern. Im Kern erlauben wettbewerbliche Dialoge AG, „*die Aufgabe der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen*“ auf die Verfahrensteilnehmer abzuwälzen.⁶⁷⁴ Wesensmerkmal ist somit etwas, was bei den übrigen Verfahrenstypen gem § 20 Abs 5 („Vorarbeitenproblematik“) zum Ausschluss führen kann.

VergabeRL und BVergG verzichten weitestgehend auf zwingende Vorgaben für den Verfahrensablauf. Va die Ausgestaltung der – nicht weiter reglementierten – Dialogphase obliegt den AG. Es gelten nur § 161 bzw Art 29 VergabeRL und die Grundsätze des

⁶⁷⁰ § 161 Abs 1 entspricht Art 29 Abs 3 VergabeRL.

⁶⁷¹ *Holoubek/Fuchs in Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I² 864.

⁶⁷² § 161 Abs 1 entspricht Art 29 Abs 3 VergabeRL.

⁶⁷³ *Kommission*, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 7.

⁶⁷⁴ Vgl EB zu § 34.

Vergaberechts.⁶⁷⁵ Aufgrund des weitgehenden Verzichts auf eine „*Formalisierung*“ dieses Verfahrenstyps kommt den allg Grundsätzen auch hier eine besonders große Bedeutung zu. IdS verpflichtet Art 29 Abs 3 VergabeRL die AG, alle Bieter gleich zu behandeln.⁶⁷⁶ Die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist bei inhaltlich getrennten Verhandlungen aber wohl kaum nachprüfbar.⁶⁷⁷

Der wettbewerbliche Dialog ist ein Ausnahmeverfahren.⁶⁷⁸ **Voraussetzung** für die Anwendung des wettbewerblichen Dialogs ist, dass ein öff Auftrag „*besonders komplex*“ und die Vergabe im offenen oder nicht-offenen Verfahren nach Ansicht des AG nicht möglich ist. Besonders komplex sind Aufträge, wenn AG objektiv nicht in der Lage sind, die technischen, rechtlichen oder finanziellen Auftragsbedingungen festzulegen.⁶⁷⁹ ZB wenn ein AG nicht einmal eine konstruktive Leistungsbeschreibung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen⁶⁸⁰ erstellen kann oder wenn der mit der Festlegung der technischen, rechtlichen oder finanziellen Auftragsbedingungen verbundene Aufwand (wirtschaftlich) unvertretbar wäre.⁶⁸¹ Wie zB bei integrierten Verkehrsinfrastrukturprojekten, großen Computernetzwerken oder Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung, „*deren finanzielle und rechtliche Konstruktion nicht im Voraus*“ festgelegt werden kann.⁶⁸²

Komplex kann ein Auftrag auch dann sein, wenn ein AG nicht in der Lage ist „*zu bestimmen, welche der zahlreichen in Frage kommenden Lösungen seinen Bedürfnissen am besten gerecht wird.*“⁶⁸³ Will zB ein öff AG die Ufer eines Flusses verbinden, kann es sein, dass er nicht in der Lage ist zu bestimmen, „*ob die beste Lösung in einer Brücke oder einem Tunnel besteht, selbst wenn er die technischen Spezifikationen für die Brücke (Hängebrücke, aus Metall, aus vorgespanntem Beton usw.) oder den Tunnel (eine oder mehrere Röhren, unter oder auf dem Flussbett usw.) festlegen könnte.*“⁶⁸⁴

Sinn und Zweck dieses Verfahrenstyps ist es, für solche Fälle „*flexible*“ (bzw „*möglichst formfreie*“⁶⁸⁵) **Verfahren** zur Verfügung zu stellen, die dennoch einen Wettbewerb zwischen interessierten Unternehmen sicherstellen und „*dem Erfordernis gerecht [werden], dass der*

⁶⁷⁵ EB zu den §§ 159 bis 162.

⁶⁷⁶ Das BVergG enthält keine solche Anordnung.

⁶⁷⁷ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 201.

⁶⁷⁸ SA GA Mazak, 22.09.2009, Rs C-299/08, *Kommission/Frankreich* Rn 16; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 201.

⁶⁷⁹ § 34 bzw Art 1 Abs 11 VergabeRL.

⁶⁸⁰ Gem § 98 Abs 2 Z 1.

⁶⁸¹ EB zu § 34.

⁶⁸² 31. Erwägungsgrund der VergabeRL.

⁶⁸³ *Kommission*, Erläuterungen – wettbewerblicher Dialog – klassische Richtlinie, v 05.10.2005, Dokument CC/2005/04 rev 1, 2.

⁶⁸⁴ *Kommission*, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 3.

⁶⁸⁵ EB zu den §§ 159 bis 162.

öffentliche Auftraggeber alle Aspekte des Auftrags mit jedem Bewerber erörtern kann.“⁶⁸⁶ Im 31. Erwägungsgrund der VergabeRL wird dazu klargestellt, dass das **Verfahren nicht so angewandt werden darf, dass** dadurch „*der Wettbewerb eingeschränkt oder verzerrt wird, insbesondere indem grundlegende Elemente geändert oder dem ausgewählten Bieter neue wesentliche Elemente auferlegt werden oder indem andere Bieter als derjenige, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat, einbezogen werden.*“

2.8.2 Ablauf des wettbewerblichen Dialogs

Wettbewerbliche Dialoge sind **dreistufige** Verfahren. Nach der Bekanntmachung, in der eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öff aufgefördert wird, Teilnahmeanträge zu stellen, werden in der ersten Stufe die Unternehmen ausgewählt, mit denen in der zweiten Stufe Dialoge geführt werden.

Die **erste Stufe** ist ein **Auswahlverfahren**. Die Auswahl der Unternehmen erfolgt aufgrund objektiver und nicht diskriminierender Auswahlkriterien.⁶⁸⁷ Auswahlkriterien und die Mindest- und/oder Höchstzahl der Bewerber, die zum Dialog zugelassen werden, müssen in der Bekanntmachung angegeben werden.⁶⁸⁸ Die erste Stufe beginnt damit, dass AG ihre Bedürfnisse und Anforderungen in der sog „Beschreibung“ festlegen und bekannt machen.⁶⁸⁹ Da den AG während des Dialogs ein „*maximaler Spielraum*“ eingeräumt werden soll, dürfen die Bedürfnisse „*in allgemeiner Art und Weise festgelegt*“ werden.⁶⁹⁰ In die Bekanntmachung sind nur die Informationen aufzunehmen, die es Unternehmen ermöglichen, ihr grds Interesse beurteilen zu können. „*Änderungen in der Problemstellung*“, die sich während des Dialogs ergeben, sollen aufgegriffen werden können, ohne gleich die Bekanntmachung berichtigen zu müssen.⁶⁹¹ Eine **detaillierte Beschreibung der Leistung** wird dann gemeinsam mit den Unternehmen **in der Dialogphase** erarbeitet. Die inhaltlichen Anforderungen an die Bekanntmachung ergeben sich wie bei allen anderen Verfahrenstypen aus Anh VII Teil A VergabeRL. Insb Art und Umfang der Leistung sind auch beim wettbewerblichen Dialog in der Bekanntmachung anzugeben.

Eine konkrete Beschreibung der Leistung ist (erst) mit der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog bekannt zu geben. Während des Dialogs wird die Leistung weiter konkretisiert. Der

⁶⁸⁶ 31. Erwägungsgrund der VergabeRL.

⁶⁸⁷ § 160 Abs 2 Z 2. Öff AG können auch die Zahl der Unternehmen festlegen, die sie zum Dialog zulassen wollen. Gem § 160 Abs 6 müssen so viele Unternehmen teilnehmen, dass ein echter Wettbewerb sichergestellt ist, dh es sollen grds mindestens drei sein.

⁶⁸⁸ § 160 Abs 2.

⁶⁸⁹ Die „Beschreibung“ entspricht den herkömmlichen Ausschreibungsunterlagen. Mit dem Begriff soll verdeutlicht werden, dass die Beschreibung „*weniger detailliert und/oder weniger präskriptiv sein kann*“, *Kommission*, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 4.

⁶⁹⁰ EB zu den §§ 159 bis 162.

Dialog endet mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Hier muss die Beschreibung detailliert festgelegt sein.⁶⁹²

In der Dialogphase sollen Lösungen erarbeitet werden, mit denen die Bedürfnisse und Anforderungen der AG am besten erfüllt werden können. Ziel ist es, die technischen, rechtlichen oder finanziellen Auftragsbedingungen zu finden, auf deren Grundlage die Bewerber in der dritten Stufe ihre Angebote abgeben können. Während des Dialogs haben die AG die Möglichkeit, die Beschreibung anzupassen. Alle Änderungen der Beschreibung müssen den Teilnehmern am Dialog bekannt gegeben werden.

Der Dialog muss gem 161 Abs 3 mit jedem Bewerber einzeln geführt werden. Stimmen alle Unternehmen zu, kann aber auch ein gemeinsamer Dialog geführt werden.⁶⁹³ Grds ist der Inhalt jedes Dialogs mit der Lösung des jeweiligen Bieters begrenzt.⁶⁹⁴ Damit soll verhindert werden, „*dass die Teilnehmer untereinander Vorschläge oder Lösungen „abgucken“*“.⁶⁹⁵ Innerhalb dieser Grenze darf der Dialog „*über alle Aspekte des Auftrags*“ geführt werden.⁶⁹⁶

Auf Grundlage ihrer Lösung werden die Unternehmen in der **dritten Stufe** zur **Abgabe von Angeboten** aufgefordert, die anschließend anhand der Zuschlagskriterien bewertet werden. Jeder Teilnehmer kann nur zu „seiner“ Lösung ein Angebot legen. **Im Unterschied zu allen anderen Vergabeverfahren basieren die Angebote hier nicht auf den gleichen Unterlagen.**⁶⁹⁷ Die Angebote müssen alle zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Einzelheiten enthalten,⁶⁹⁸ dh vollständig⁶⁹⁹ sein. Der Abschluss der Dialogphase und die Grundzüge der ausgewählten Lösung(en) müssen allen Teilnehmern bekannt gegeben werden.⁷⁰⁰

2.8.3 Änderungen des Auftragsinhalts

Aufgrund seiner konzeptionellen Besonderheit kennt der wettbewerbliche Dialog die weitestreichenden Möglichkeiten für Leistungsänderungen.

⁶⁹¹ EB zu den §§ 159 bis 162.

⁶⁹² IdS EB zu den §§ 159 bis 162; § 162 Abs 1.

⁶⁹³ Egger, Europäisches Vergaberecht 238 Rz 967; Kommission, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 7.

⁶⁹⁴ Kommission, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 7, EB zu den §§ 159 bis 162.

⁶⁹⁵ Kommission, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 7.

⁶⁹⁶ § 25 Abs 9.

⁶⁹⁷ Egger, Europäisches Vergaberecht 240 Rz 974.

⁶⁹⁸ § 162 Abs 2 u Art 29 Abs 6 VergabeRL.

⁶⁹⁹ Kommission, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 7.

⁷⁰⁰ „Der Grund für die Bekanntgabe der ausgewählten Lösung oder Lösungen an alle [...] Teilnehmer des Dialoges liegt darin, dass diesen bekannt gegeben werden soll, welche Lösung ausgewählt wurde. Falls nämlich der Auftraggeber nach Nichtberücksichtigung einer Lösung aufgrund des Dialoges sich in weiterer Folge doch der (zuvor noch) nicht berücksichtigten Lösung annähert, sollen die davon betroffenen Unternehmer die Möglichkeit haben, diese Entscheidung zu bekämpfen.“, EB zu den §§ 159 bis 162.

Im Unterschied zu offenen, nicht-offenen oder Verhandlungsverfahren haben AG im Zuge der Aufforderung zur Angebotsabgabe hier grds die Möglichkeit, gem §§ 161 Abs 1 und 162 Abs 1, die (ursprgl nicht detaillierte) Beschreibung „entsprechend den Ergebnissen der Erörterungen“ während der Dialogphase zu ändern. Die Änderungen müssen anschließend allen Teilnehmern am Dialog bekannt gegeben werden.⁷⁰¹

Auch nach Angebotsöffnung unterscheidet sich das Regime grundlegend von jenem der übrigen Vergabeverfahrenstypen. IdZ wird in den Materialien festgehalten, „*dass der wettbewerbliche Dialog ein **Verfahren sui generis** darstellt [...]. Daraus folgt, dass der wettbewerbliche Dialog – auch in der Phase der Angebotsabgabe und der Vergabe des Auftrages – nicht den Regeln über den Ablauf eines offenen, eines nicht offenen oder eines Verhandlungsverfahrens folgt.*“

Voraussetzung für die **Änderung der Beschreibung** während des Dialogs ist gem § 162 Abs 1, dass **keine Änderung** der „*grundlegenden Elemente*“⁷⁰² von Bekanntmachung und Beschreibung erfolgt, die „*den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte.*“ Unzulässig wäre es idS, wenn im Zuge der Aufforderung zur Angebotsabgabe Bedingungen in der Beschreibung festgelegt werden, „*die in der Dialogphase nicht erörtert worden sind, oder Abänderungen in Richtung einer Lösung vorzunehmen, die bereits ausgeschieden wurde.*“ Änderungen sind weiters dann unzulässig, „*wenn die abgeänderte Beschreibung dazu führen würde, dass einzelne Lösungen, die im Zuge der Dialogphase nicht weiter berücksichtigt worden sind, nunmehr als bestgeeignet anzusehen wären.*“⁷⁰³ Grundlegende Änderungen sind nach Ansicht der Kommission: die nachträgliche Unterteilung eines Auftrags in Lose, die nachträglich festgelegte Möglichkeit, Lose an Subunternehmer vergeben zu dürfen und nachträglich festgelegte Optionen, wie „*beispielsweise bei einem Auftrag über die Einrichtung eines Verkehrssystems in einem bestimmten Gebiet die Möglichkeit, den Auftrag auf ein größeres Gebiet auszudehnen*“ oder die nachträgliche Zulassung von Alternativangeboten.⁷⁰⁴

Ähnliches gilt für die **Änderung der Zuschlagskriterien**. Grds müssen die Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung oder der Beschreibung festgelegt sein, ihre Reihung und Gewichtung in der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog.⁷⁰⁵ Dennoch dürfen

⁷⁰¹ Gem § 161 Abs 2 u Art 29 Abs 3 VergabeRL sind diskriminierende Informationsweitergaben verboten, durch die bestimmte Teilnehmer begünstigt werden.

⁷⁰² § 162 Abs 1.

⁷⁰³ EB zu den §§ 159 bis 162.

⁷⁰⁴ *Kommission*, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 6.

⁷⁰⁵ § 160 Abs 1 Z 5 u Abs 9 Z 5 bzw Art 40 Abs 5 lit e VergabeRL.

die Zuschlagskriterien im Zuge der Aufforderung zur Angebotsabgabe gem § 162 Abs 1 „ **vervollständigt**“ und „ **angepasst**“ werden. Voraussetzung dafür ist wiederum, dass die „ *grundlegenden Elemente*“ von Bekanntmachung und Beschreibung nicht geändert werden und die Änderungen nicht „ *den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte[n]*.“ Darüber hinaus muss die Präzisierung auf Grundlage der Ergebnisse der Erörterungen erfolgen. Nach den Materialien sollen dabei sogar Änderungen in der Reihung und/oder Gewichtung zulässig sein.⁷⁰⁶ AA ist die Kommission, nach der die Zuschlagskriterien und ihre Reihung „ *spätestens*“ nach Aufforderungen zur Teilnahme am Dialog nicht mehr geändert werden dürfen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlange, dass öff AG die Zuschlagskriterien dann nicht mehr ändern dürfen, wenn sie Kenntnis von Lösungsverschlügen haben könnten. „ *Die Möglichkeiten, das Verfahren im Sinne des einen oder anderen zu steuern, sind nur allzu offensichtlich, umso mehr in den Fällen, in denen eben diese Zuschlagskriterien dazu dienen, die Zahl der zu erörternden Lösungen schrittweise zu verringern.*“⁷⁰⁷ Diese Ansicht ist vom Wortlaut der VergabeRL insofern gedeckt, als sie die Möglichkeit zur nachträglichen Änderung der Zuschlagskriterien nicht ausdrücklich vorsieht.

Zulässig sind auch **Aufklärungsgespräche** und **Angebotsänderungen**: Auf Verlangen eines AG kann der Bestbieter „ *bestimmte Aspekte seines Angebots näher erläutern oder darin enthaltene Zusagen bestätigen*“. Darüber hinaus können Bieter auf Verlangen des AG ihre Angebote „ *klarstellen, präzisieren, fein abstimmen und ergänzen*“. **Voraussetzung** ist jeweils, dass **keine Änderung „wesentlicher Aspekte“**⁷⁰⁸ bzw „ **grundlegender Elemente**“⁷⁰⁹ des Angebots oder der Beschreibung erfolgt, „ *die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte[n]*.“

Die Kommission betont idZ – unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung und die Anlehnung ihres Wortlauts an die Erklärung von Rat und Kommission zum Verhandlungsverbot (siehe Pkt V.2.2.3) –, dass bewusst keine Verhandlungen mit dem Bestbieter erlaubt wurden.^{710,711} Zulässig seien lediglich Erläuterungen oder Bestätigungen „ *von Zusagen, die bereits im endgültigen Angebot enthalten sind.*“ Die Möglichkeit, Zusagen zu bestätigen, sei aufgenommen worden, „ *um der Zurückhaltung der Finanzinstitute*

⁷⁰⁶ EB zu den §§ 159 bis 162.

⁷⁰⁷ Kommission, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 7.

⁷⁰⁸ § 162 Abs 5.

⁷⁰⁹ Art 29 Abs 6 VergabeRL.

⁷¹⁰ „ *Regelungen, die solche Verhandlungen ermöglichen sollten, wurden zwar vorgeschlagen, aber vom Gemeinschaftsgesetzgeber abgelehnt*“, Kommission, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 10.

⁷¹¹ Im Ergebnis zust: Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 204 u Egger, Europäisches Vergaberecht 241 Rz 979.

*Rechnung zu tragen, die in einer früheren Phase des Verfahrens keine verbindlichen Zusagen machen wollen.*⁷¹² Darunter fallen ebenfalls behördliche Genehmigungen und Detailplanungen.⁷¹³ Im Übrigen verweist die Kommission auf den 31. Erwägungsgrund der VergabeRL (siehe Pkt V.2.8.1).

3. ZWISCHENERGEBNIS IV

„Übersetzt“ man nachträgliche Leistungsänderungen in die Institute des Vergabeverfahrensrechts, ergibt sich folgendes Bild: Nachträgliche Leistungsänderungen sind entweder Angebotsänderungen (jedenfalls bei funktionalen Leistungsbeschreibungen) oder eine Verbindung zwischen Ausschreibungsänderungen und Angebotsänderungen (sowohl bei funktionalen als auch bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen).

Während der EuGH bei nachträglichen Leistungsänderungen auf deren Wettbewerbsrelevanz abstellt, ergeben die Zulässigkeitsgrenzen von Leistungsänderungen in der Phase vor der Zuschlagserteilung ein uneinheitliches Bild:

In **offenen** und **nicht-offenen Verfahren** gilt nach der Angebotsöffnung das Verhandlungsverbot als abstraktes Verbot. Es wird nicht auf die Wettbewerbsrelevanz abgestellt. Inhaltliche Angebotsänderungen sind generell unzulässig. Einzige Ausnahme ist die Verbesserung behebbarer Angebotsmängel, deren Zulässigkeitsgrenze sich danach bestimmt, ob die Verbesserung zu einer **Änderung der Wettbewerbsstellung** führt. Unklar ist, wann das der Fall ist: Bei Änderungen des Werts der Leistung, in der Bewertung des Angebots unter den Zuschlagskriterien, oder wenn es durch die Verbesserung zu einem Bietersturz kommt.

In allen Vergabeverfahrenstypen gilt der Grundsatz, dass sich die Bieter bei der Erstellung ihrer Angebote an die Ausschreibung halten müssen. Der Zuschlag darf nur auf ausschreibungskonforme Angebote erteilt werden. Umgekehrt müssen den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote ausgeschieden werden. Die Pflicht gilt für alle Vergabeverfahrenstypen. Ein **inhaltliches Abweichen** von der Ausschreibung ist unzulässig. Ausschreibungswidrige Angebote, dh Angebote, die vom Auftragsinhalt oder von den technischen, wirtschaftlichen und/oder rechtlichen Auftragsbedingungen abweichen, dürfen nicht verbessert werden. Auch das ist eine abstrakte Pflicht, die unabhängig von der Wettbewerbsrelevanz der nachträglichen Angebotsänderung besteht.

⁷¹² *Kommission*, Erläuterungen wettbewerblicher Dialog 10.

Damit korrespondierend ist die Möglichkeit zur Abgabe von **Alternativ- und Abänderungsangeboten** beschränkt. Alternativangebote müssen die **Erbringung einer gleichwertigen Leistung** sicherstellen und den festgelegten **Mindestanforderungen** entsprechen. Abänderungsangebote müssen gleichwertig sein und dürfen nur geringfügige technische Änderungen enthalten. Alternativ- und Abänderungsangebote, die die Voraussetzungen nicht erfüllen, müssen ausgeschieden werden. Ist in der Ausschreibung bzw der Bekanntmachung festgelegt, dass solche Angebote nicht zugelassen sind, müssen dennoch eingereichte Alternativ- und Abänderungsangebote ausgeschieden werden. Die Pflicht zum Ausscheiden besteht unabhängig davon, welchen Einfluss die Teilnahme solcher Angebote auf den Wettbewerb hätte. Umgekehrt nimmt der Gesetzgeber innerhalb des durch die Gleichwertigkeit und die Mindestanforderungen gesteckten Rahmens sogar mögliche Wettbewerbsverzerrungen insofern in Kauf, als eine neuerliche Ausschreibung auf Grundlage des alternativen Lösungsvorschlags uU ein anderes Wettbewerbsergebnis erzielen könnte.

In **Verhandlungsverfahren** darf zwar grds über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden. Der Umfang des Verhandelbaren hängt aber einerseits von den Festlegungen des AG ab, andererseits dürfen Auftragsinhalt und -bedingungen nicht so weit geändert werden, dass der Wettbewerb verzerrt wird. Der Verhandlungsgegenstand ist iSd Wettbewerbsrelevanz durch die Festlegungen in der Bekanntmachung begrenzt. Im Übrigen müssen die Angebote inhaltlich der Ausschreibung entsprechen und ausschreibungswidrige Angebote ausgeschieden werden.

Nach dem **Wettbewerbskonzept aller Vergabeverfahrenstypen** ist eine **Änderung der Ausschreibung** nach Ablauf der Angebotsfrist bzw nach Angebotsöffnung grds unzulässig. Nur unter ganz engen Voraussetzungen ist etwa eine Vervollständigung der Gewichtung bereits festgelegter Subkriterien zulässig.

Völlig anders ist die Lage beim **wettbewerblichen Dialog**. Voraussetzung für Angebotsänderungen und/oder Änderungen der Beschreibung ist ihre **Wettbewerbsrelevanz**. Entscheidend ist hier, dass keine Änderung wesentlicher Aspekte bzw grundlegender Elemente des Angebots oder der Beschreibung erfolgt, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte.

Vergleicht man die Zulässigkeitsgrenzen für Leistungsänderungen vor und nach der Zuschlagserteilung, führt das zum überraschenden Befund, dass ein Verhalten, das vor

⁷¹³ Egger, Europäisches Vergaberecht 241 Rz 977 mwN.

Zuschlagserteilung noch unzulässig ist, – uU sogar unmittelbar – danach zulässig sein kann. Das Ergebnis wird allerdings dadurch entschärft, als die drei Kriterien zur Beurteilung der Wettbewerbsrelevanz ein enges Netz bilden, das Ergebnisse ausschließt, die gegen Ziele und Grundsätze des Vergaberechts verstoßen.

4. LEISTUNGSÄNDERUNGEN NACH ZUSCHLAGSERTEILUNG

4.1 Überblick

Ein Teilbereich nachträglicher Leistungsänderungen ist in VergabeRL und BVergG ausdrücklich geregelt. Einerseits bestehen mehrere Bestimmungen, die **vertraglich vorbehaltene Leistungsänderungsrechte** bzw **Optionen** betreffen. Andererseits gibt es für ursprgl nicht ausgeschriebene zusätzliche Leistungen **Sondertatbestände**, die die Beauftragung des bisherigen AN im Wege von **VVoB** erlauben.

Im folgenden Kapitel werden die Bestimmungen über nachträgliche Leistungsänderungen dargestellt und erläutert. Die Darstellung folgt der Zweiteilung in vertraglich vorbehaltene Leistungsänderungsrechte (**Pkt V.4.2**) und in die Sondertatbestände der VVoB (**Pkt V.4.4**).

4.2 Vorbehaltene Leistungsänderungsrechte

Zu den vorbehaltenen Leistungsänderungsrechten ist einleitend festzuhalten, dass in Vergabeverfahren Bau-, Dienst- oder Lieferleistungsverträge vergeben werden.⁷¹⁴ Diesem Konzept entsprechend sind auch die künftigen Vertragsbedingungen und -bestimmungen Bestandteil der Ausschreibung. IdS ordnet § 99 Abs 1 an, dass diese als eigener Bestandteil in die Ausschreibung aufgenommen werden müssen, wenn sie sich nicht bereits aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

Die Vertragsbestimmungen müssen gem § 99 Abs 2 „so eindeutig und so umfassend“ festgelegt werden, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann. Zivilrechtlich reicht es für das gültige Zustandekommen des Leistungsvertrags aus, wenn die Ausschreibung die *essentialia negotii* des Vertrags enthalten, die erforderlichenfalls durch ABGB, UGB oder andere Gesetze ergänzt werden. Da öff AG aber ihre Ausschreibungen so gestalten müssen, dass die Angebote objektiv miteinander verglichen werden können, die Angebotspreise ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken und bei konstruktiven

⁷¹⁴ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 1 Rz 6.

Leistungsbeschreibungen ohne umfangreiche Vorarbeiten ermittelt werden können,⁷¹⁵ ist im Vergaberecht idR eine umfassende Festlegung der Vertragsbestimmungen notwendig. IdS enthält § 99 eine demonstrative⁷¹⁶ „Checkliste“⁷¹⁷ möglicher Vertragsbestimmungen. Ausdrücklich genannt werden Bestimmungen über **veränderliche Preise (Pkt V.4.2.1)** und **Mehr- oder Minderleistungen (Pkt V.4.2.2)**.

§ 99 ordnet darüber hinaus an, dass öff AG die Vertragsbestimmungen nicht selbstständig festlegen dürfen, sondern „geeignete Leitlinien“ wie **ÖNORMen** oder standardisierte Leistungsbeschreibungen verwenden sollen. Insb die ÖNORMen enthalten Bestimmungen über weitreichende Leistungsänderungsrechte (**Pkt V.4.2.3**).

Unabhängig von diesen Besonderheiten des BVergG kennt auch die VergabeRL vorbehaltene Leistungsänderungsrechte. Aus unterschiedlichen RL-Bestimmungen lässt sich va ableiten, dass die VergabeRL die Zulässigkeit von **Optionen und Vertragsverlängerungen (Pkt V.4.2.4)** voraussetzt.

4.2.1 Veränderliche Preise

Gem § 99 sind „erforderlichenfalls“ Bestimmungen über die **Arten der Preise** (Z 4 leg cit) in den Leistungsvertrag bzw die Ausschreibung aufzunehmen.

Da die VergabeRL keine vergleichbare Regelung kennt, wird im Folgenden die Rechtslage nach dem BVergG dargestellt. Das BVergG unterscheidet in § 2 Z 26 zwischen Fest- und veränderlichen Preisen. **Festpreise** verändern sich gem § 2 Z 26 lit c während des im Leistungsvertrag festgelegten Zeitraums nicht. Uzw auch dann nicht, wenn Änderungen in den Preisgrundlagen eintreten. Die Geltungsdauer einer Festpreisregelung soll grds⁷¹⁸ zwölf Monate nicht übersteigen. Der Zeitraum beginnt – nach Ansicht des BKA – mit Ende der Angebotsfrist und nicht mit dem in der Ausschreibung vorgesehenen oder dem tatsächlichen Beginn der Erbringung der vertragsgemäßen Leistung.⁷¹⁹

Wurde hingegen ein **veränderlicher Preis** festgelegt, dann darf der Preis **bei Änderung seiner** in der Ausschreibung festgelegten **Grundlagen nachträglich geändert werden**. Ein veränderlicher Preis liegt insb vor, wenn Wertsicherungsklauseln bzw Indexierungen

⁷¹⁵ § 79.

⁷¹⁶ Vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 99 Rz 12.

⁷¹⁷ EB zu § 99.

⁷¹⁸ „Durch die Textierung ist aber auch klargestellt, dass in Ausnahmefällen mit besonderer sachlicher Rechtfertigung der Zeitraum für die Geltung fester Preise durchaus auch zwölf Monate übersteigen kann (arg. „grundsätzlich“).“: EB zu § 24.

⁷¹⁹ BKA, Rundschreiben BKA-600.883/0047-V/8/2008, Ausschreibung zu Festpreisen oder zu veränderlichen Preisen gemäß § 24 Abs 7 BVergG 2006, 3.

festgelegt sind. Veränderliche Preisgrundlagen können aber auch Kollektivvertragslöhne, Materialpreise oder die Kosten sozialer Aufwendungen sein.⁷²⁰

Bei langfristigen Verträgen, oder wenn preisbestimmende Kostenanteile starken Schwankungen unterworfen sind und dadurch für AG oder AN⁷²¹ „*unzumutbare Unsicherheiten*“ entstehen, muss gem § 24 Abs 7 zu veränderlichen Preisen ausgeschrieben werden. Nach Ansicht des BKA liegen unzumutbare Unsicherheiten dann vor, wenn die Kostenanteile kalkulatorische Risiken aufweisen, die über das normale unternehmerische Risiko hinausgehen.⁷²² Der Gesetzgeber „*präferiert*“ zwar feste Preise, aber „*insbesondere bei börsennotierten Rohstoffen oder Rohstoffen, deren Preis weltmarktbedingt stark schwankt (zB Erdöl, Stahl)*“, soll „*aus Gründen des fairen Wettbewerbes*“ die Kostenberechnung auf Basis veränderlicher Preise vorgenommen werden.⁷²³ Darüber hinaus dienen veränderliche Preise auch der **Vergleichbarkeit** der Angebote.⁷²⁴

Bei veränderlichen Preisen sind die Regeln und Voraussetzung für Preisänderungen gem § 99 Abs 1 Z 4 in Ausschreibung und Leistungsvertrag festzulegen⁷²⁵ bzw gem § 108 Abs 1 Z 4 zwingend in die Angebote aufzunehmen, um die Angebote vergleichbar zu machen.⁷²⁶ Im Falle einer Indexierung der Preise oder von Preisbestandteilen reicht die Bekanntgabe des Index aus.⁷²⁷

Auch nach der Rsp des EuGH sind veränderliche Preise bzw nachträgliche Preisänderungen, die auf genauen im ursprgl Verfahren transparent festgelegten Regeln beruhen, zulässig.⁷²⁸ Ist keine Umrechnungsregel festgelegt, ist eine nachträgliche Preisänderung idR unzulässig. Die dahinter stehende Problematik wird in Pkt V.4.2.4 erörtert.

4.2.2 Mehr- oder Minderleistungen

Gem § 99 Z 5 sind „*erforderlichenfalls*“ auch Bestimmungen über Mehr- oder Minderleistungen in den Leistungsvertrag bzw in die Ausschreibung aufzunehmen. Das BVergG schweigt über die vergaberechtlichen Anforderungen an solche Vertragsbestimmungen. Da es weder im ABGB noch im UGB Bestimmungen gibt, die den

⁷²⁰ § 2 Z 26 lit c.

⁷²¹ BKA, Rundschreiben 3.

⁷²² BKA, Rundschreiben 3.

⁷²³ EB zu § 24.

⁷²⁴ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 99 Rz 41 mwN.

⁷²⁵ Eine eigenständige Festlegung v Umrechnungsregeln soll nach dem unklaren Wortlaut des § 99 Abs 1 Z 4 nur dann erfolgen, wenn entsprechende ÖNORMen „*nicht vorhanden und für anwendbar erklärt worden sind*“.

⁷²⁶ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 99 Rz 41 Fn 38.

⁷²⁷ EB zu den §§ 106 bis 111.

Themenbereich der Mehr- oder Minderleistungen unmittelbar bzw ausdrücklich regeln, ist davon auszugehen, dass das BVergG die entsprechenden Bestimmungen der Werkvertrags-ÖNORMen (siehe Pkt V.4.2.3) im Auge hat. Dafür spricht auch, dass die Bestimmung erst mit dem BVergG 2002 eingeführt wurde. Das BVergG 1993 und das BVergG 1997 hatten keine vergleichbare Bestimmung, sie verwiesen idZ direkt auf die ÖNORM A 2050 (Ausgabe 01.01.1993),⁷²⁹ die wiederum auf die Werkvertrags-ÖNORMen verwies.

4.2.3 Leistungsänderungsrechte der ÖNORMen

Im Vergleich zu privaten AG dürfen öff AG „ihre“ Vertragsbestimmungen nicht frei festlegen. Sind für den Leistungsvertrag „geeignete Leitlinien“ wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden, müssen die Leitlinien gem § 99 Abs 2 grds verwendet werden.^{730,731} Öff AG dürfen lediglich „in einzelnen Punkten“ von den Leitlinien abweichen.⁷³² Eine sachliche Rechtfertigung für das Abweichen wird allerdings nicht verlangt.⁷³³

Von herausragender praktischer Bedeutung sind idZ va die **Werkvertragsnormen**: die **ÖNORM B 2110** Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen⁷³⁴, die von ihr abgeleiteten ÖNORMen für bestimmte Werkleistungen der ÖNORM-Serien B 22xx und H 22xx, die **ÖNORM B 2118** Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten⁷³⁵ und die Vertragsnorm **ÖNORM A 2060**, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Leistungen⁷³⁶.

Die Werkvertragsnormen räumen AG **weitreichende einseitige Vertragsänderungsrechte** ein. Die ÖNORMen B 2110, B 2117 und A 2060 berechtigen AG jeweils in Pkt 7.1 Leistungsänderungen anzuordnen:

„Der AG ist berechtigt, den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist.

[...]

⁷²⁸ Das lässt sich aus den Rs *Kommission/CAS* (Pkt IV.2), *presstext* (Pkt IV.3) und *Kommission/Frankreich* (Pkt VI.1.1) zweifelsfrei ableiten.

⁷²⁹ § 24 Abs 3 BVergG 1993; § 27 Abs 3 BVergG 1997.

⁷³⁰ „Die genannten Bestimmungen beschreiben somit die Grenzen ihrer Vertragsfreiheit“, VfGH 09.03.2007, G 174/06.

⁷³¹ Eine gleichlautende Anordnung enthält § 97 Abs 2 für die Erstellung der Leistungsbeschreibung.

⁷³² § 99 Abs 2.

⁷³³ EB zu § 99.

⁷³⁴ Ausgabe 01.01.2009.

⁷³⁵ Ausgabe 01.01.2009.

⁷³⁶ Ausgabe 01.07.2009.

Die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z. B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen.“⁷³⁷

Die entsprechende Bestimmung der „alten“ ÖNORM B 2110, die zurzeit des Inkrafttretens des BVergG 2006 maßgeblich war, hatte demgegenüber noch einen anderen Wortlaut:⁷³⁸

„Der AG ist berechtigt, Art und Umfang der vereinbarten Leistungen oder die Umstände der Leistungserbringung zu ändern oder zusätzliche Leistungen zu verlangen, die im Vertrag nicht vorgesehen, aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind, sofern solche Änderungen und/oder zusätzliche Leistungen dem AN zumutbar sind.“

Trotz der unterschiedlichen Formulierungen der beiden Fassungen besteht nach hL kein Unterschied im Umfang des Leistungsänderungsrechts.⁷³⁹ Die Rechtslage ist gleich geblieben.

AG sind gem Pkt 7.1 berechtigt, den Leistungsumfang zu ändern. Gem Pkt 3.8 bedeutet der Begriff „Leistungsumfang“ alle Leistungen der AN, „*die durch den Vertrag, z. B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden*“. Unter Leistungsumfang iSd ÖNORM B 2110 ist somit im Wesentlichen der Leistungsgegenstand zu verstehen.⁷⁴⁰ IdS können öff AG auch weiterhin Art und Umfang der Leistung oder die Umstände der Leistungserbringung ändern oder zusätzliche Leistungen beauftragen.

Vorraussetzung für die Ausübung des Änderungsrechts ist die Zumutbarkeit und Notwendigkeit der nachträglichen Änderung. Die **Zumutbarkeit** richtet sich „nach den Umständen des Einzelfalls.“⁷⁴¹ Nach Karasek sind Änderungen idR unzumutbar, wenn sie „grundlegend“ sind und einer „Neuplanung“ nahekommen; der Auftragswert „deutlich erhöht“, aber die vereinbarten Sicherheiten nicht angepasst werden; dem AN das „technische Know-how“ für die geänderte Leistung fehlt und/oder der AN „keine entsprechenden Kapazitäten zur Verfügung hat“.⁷⁴² **Notwendig** sind Leistungsänderungen, die zur Erreichung des „Leistungsziels“ erforderlich sind. Gem Pkt 3.9 ÖNORM B 2110 ist das Leistungsziel „der aus dem Vertrag objektiv ableitbare vom Auftraggeber (AG) angestrebte Erfolg der Leistungen des Auftragnehmers (AN).“ Die Rechtslage ist idZ unklar. Die ÖNORM

⁷³⁷ Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁷³⁸ Pkt 5.24.1 ÖNORM B 2110 (Ausgabe vom 01.03.2002). Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁷³⁹ Wenusch, ÖNORM B 2110 - Kommentar (2009) 287 Rz 31 u 32; Karasek, ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmung für Bauleistungen - Werkvertragsnorm² (2009) 579 Rz 1245f.

⁷⁴⁰ Karasek, ÖNORM B 2110², 580 Rz 1246.

⁷⁴¹ Wenusch, ÖNORM B 2110, 287 Rz 34 mwN aus der Rsp; Karasek, ÖNORM B 2110² 578 Rz 1243 mwN.

⁷⁴² Karasek, ÖNORM B 2110², 578 Rz 1243; ähnlich Wenusch, ÖNORM B 2110, 287 Rz 35 u 36.

unterscheidet aber offenbar zwischen dem in der Ausschreibung beschriebenen und vertraglich geschuldeten Erfolg und dem Leistungsziel, das auch bzw erst durch Auslegung der Ausschreibung zu ermitteln ist.⁷⁴³ IdS ordnet auch Pkt 7.1 an: Mit „*dem vereinbarten Entgelt ist der Leistungsumfang, nicht jedoch das Erreichen des Leistungszieles abgegolten.*“ Das Leistungsziel umfasst insb technische, rechtliche, ökonomische Aspekte oder es betrifft die Brauchbarkeit des Werks.⁷⁴⁴ Wird zB die Errichtung einer Schallschutzmauer ausgeschrieben, ist das Leistungsziel „*nicht die Errichtung einer Schallschutzmauer mit einer bestimmten Höhe, sondern die Errichtung einer Schallschutzmauer, die ein bestimmtes Gebiet vor Schall schützt.*“⁷⁴⁵ Voraussetzung dafür ist, dass diese Funktion für den AN objektiv erkennbar war.

Als **Ausgleich**⁷⁴⁶ für das einseitige Änderungsrecht der AG, haben AN Anspruch auf **Anpassung der Leistungsfrist** und/oder des **Entgelts**. AN müssen ihre Forderungen auf Vertragsanpassung beim AG anmelden und gleichzeitig die Auswirkungen der Leistungsänderung „*nachvollziehbar*“ darlegen.⁷⁴⁷ Verursacht eine Leistungsänderung eine Verzögerung oder Beschleunigung der Leistungserbringung, muss die Leistungsfrist entsprechend angepasst werden. Bei der Anpassung sind auch „*Folgen*“ (zB Ausfall-, und Folgezeiten) und „*jahreszeitliche Umstände*“ zu berücksichtigen. Die Ermittlung neuer Preise hat auf Preisbasis des Vertrags und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (dh der Preisgrundlagen des Angebots) sowie von Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrags zu erfolgen.⁷⁴⁸

Nicht unter das Leistungsänderungsrecht iSd Pkt 7.1 fallen **Mengenänderungen** beim **Einheitspreisvertrag**.⁷⁴⁹ Gem Pkt 7.4.4 ÖNORM B 2110 („*Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung*“) ist bei Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge einer Position mit Einheitspreis um mehr als 20 % über Verlangen eines Vertragspartners ein neuer Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren, „*wenn dies kalkulationsmäßig auf bloße Mengenänderung (unzutreffende Mengenangaben ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung)*“ zurückzuführen ist. Hier geht es um „**reine**“ **Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung**. Eine Mengenänderung iSd Pkt 7.4.4 liegt

⁷⁴³ Was *Karasek*, ÖNORM B 2110², 578 Rz 1245, heftig kritisiert: Die Bestimmung ergebe „*überhaupt keinen Sinn*“ u sei daher unbeachtlich. Er bleibt seiner Linie aber nicht ganz treu, wenn er in Rz 1247 bei zusätzlichen Leistungen deren Notwendigkeit zur Erreichung des Leistungsziels verlangt.

⁷⁴⁴ *Wenusch*, ÖNORM B 2110, 288 Rz 38.

⁷⁴⁵ *Wenusch*, ÖNORM B 2110, 288 Rz 39.

⁷⁴⁶ *Karasek*, Leistungsänderungen beim Bauwerkvertrag, in FS *Krejci* (2001) II 1440 (1465).

⁷⁴⁷ Pkt 7.4.1 ÖNORM B 2110.

⁷⁴⁸ Pkt 7.4.2 ÖNORM B 2110.

vor, wenn sich beim Einheitspreisvertrag die Vordersätze ändern. Der Leistungsinhalt bleibt gleich, es werden nur andere Mengen aufgewendet.⁷⁵⁰ „Reine“ Mengenänderungen werden häufig durch nachträgliche „*Plandetaillierungen*“ oder Fehler in der Planung der Ausschreibung verursacht. ZB wenn zur Errichtung eines Fundaments – ohne Änderung des zugrundeliegenden Plans – mehr Beton benötigt wird als ursprgl geplant. Soll aber eine ursprgl ausgeschriebene fünf Meter hohe Mauer, nachträglich sechs Meter hoch gebaut werden, liegt eine Leistungs- und keine Mengenänderung vor.⁷⁵¹

Sinn und Zweck des Leistungsänderungsrechts ist es, **AN zu Leistungsänderungen verpflichtet zu können**. Der Grund dafür wird einerseits in „*praktischen Bedürfnissen*“ bei der Bauabwicklung gesehen,⁷⁵² wenn zB die Baubehörde oder neue Statikerkenntnisse nachträgliche Planänderungen veranlassen,⁷⁵³ andererseits darin, dass nach der ÖNORM B 2110 kein tatsächlicher Erfolg, sondern das in der Leistungsbeschreibung beschriebene Werk geschuldet sein soll. Der tatsächliche Erfolg bzw das „*Leistungsziel*“ soll dann durch das Leistungsänderungsrecht des AG erreicht werden können.⁷⁵⁴ Zusammengefasst wird AG die Möglichkeit gegeben, auf geänderte Umstände zu reagieren. Die **Begrenzung des Leistungsänderungsrechts** ist das Ergebnis einer Abwägung der Interessen des AG und des AN⁷⁵⁵ und hat im Wesentlichen den **Schutz der AN** im Auge. Sie sollen nur dann verpflichtet sein, die geänderte Leistung zu erfüllen, wenn sie ihnen zumutbar und notwendig ist.

Pkt 7.1 berechtigt öff AG zu weitreichenden Leistungsänderungen. Es stellt sich daher die Frage nach der **vergaberechtlichen Zulässigkeit**. Die VergabeRL kennt keine vergleichbaren Bestimmungen. Wegen der in § 99 festgelegten Pflicht zur Anwendung der ÖNORMen kann man dem Gesetzgeber unterstellen, dass er die Leistungsänderungsrechte der ÖNORMen kennt und zumindest grds für **vergaberechtskonform** erachtet. Die Rechtslage in Deutschland ist im Wesentlichen gleich. VOB/B⁷⁵⁶ und VOL/B⁷⁵⁷ kennen ähnliche Vertragsanpassungsmechanismen. Aus § 99 bzw der Ansicht des Gesetzgebers lässt sich aber nichts für die Richtlinienkonformität der Leistungsänderungsrechte gewinnen.

⁷⁴⁹ Karasek in FS Krejci II 1450f mit einer Darstellung des Meinungsstands.

⁷⁵⁰ Karasek in FS Krejci II 1450f u 1465 mwN.

⁷⁵¹ Karasek in FS Krejci II 1452 unter Verweis auf *Krejci*, Baugrundrisiko, 74.

⁷⁵² Karasek, ÖNORM B 2110², 575 Rz 1236.

⁷⁵³ Karasek, ÖNORM B 2110², 577 Rz 1241 u 1242.

⁷⁵⁴ Wenusch, ÖNORM B 2110, 286 Rz 25 u 26, aA Karasek, ÖNORM B 2110², 578 Rz 1244.

⁷⁵⁵ IdS Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 736 zur Rechtslage nach der VOB/B mwN aus der dLit.

⁷⁵⁶ § 1 Nr 3 u 4 VOB/B.

⁷⁵⁷ § 2 Nr 1 VOL/B.

Dem Gesetzgeber kann andererseits nicht unterstellt werden, dass er mit den über den Umweg des § 99 anwendbaren Leistungsänderungsrechten **zusätzliche Ausnahmetatbestände** schaffen wollte. Dafür finden sich keine Anhaltspunkte. Das wäre zudem unzulässig, denn die Ausnahmetatbestände sind in der VergabeRL abschließend aufgezählt und eng auszulegen (siehe Pkt V.4.4.1). Aus diesem Grund und aus systematischen Überlegungen sind **Überschneidungen mit den Sondertatbeständen der VVoB unzulässig**. Die Ausnahmetatbestände erfassen inhaltlich ähnliche Konstellationen, insb „zusätzliche“ Leistungen, die wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung des ursprgl Auftrags erforderlich sind. Die **Abgrenzung** wird im Zuge der **Darstellung der Sondertatbestände** in **Pkt V.4.4** behandelt.

Eng verwandt mit den Leistungsänderungsrechten der ÖNORMen und ähnlicher Bestimmungen in „*geeigneten Leitlinien*“ sind **Optionen und Vertragsverlängerungen**. Wegen ihrer Ähnlichkeit werden die Grenzen der **Zulässigkeit** der Ausübung vorbehaltener Änderungsrechte gemeinsam mit Optionen und Vertragsverlängerungen in **Pkt V.4.2.4** erörtert.

4.2.4 Optionen und Vertragsverlängerungen

VergabeRL und BVergG erwähnen zwar Optionen und Vertragsverlängerungen in mehreren Stellen. Es gibt jedoch weder eine Definition der Option, noch bestehen Bestimmungen über ihre Voraussetzungen und Zulässigkeitsgrenzen.

Nach hL ist – unter Anlehnung an den zivilrechtlichen Optionsbegriff – eine Option ein einseitiges, vertraglich vereinbartes Gestaltungsrecht, das öff AG berechtigt, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen.⁷⁵⁸ Der Begriff „Option“ wird weit ausgelegt.⁷⁵⁹

In den folgenden Bestimmungen werden Optionen und Vertragsverlängerungen genannt:

- Art 9 Abs 1 VergabeRL bestimmt, dass bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts *„der geschätzte Gesamtwert einschließlich aller Optionen und der etwaigen Verlängerungen des Vertrags zu berücksichtigen [sind].“*⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch² 81; Fössl, Vertragsrechtliche Aspekte bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen, Rahmenverträgen und Optionen, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 235; Prietz, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 113 u Marx, NZBau 2002, 312.

⁷⁵⁹ Darunter fallen auch sog „Bedarfsoptionen“ und „Eventualpositionen“, Fössl in Sachs, Schwerpunkte 242 mwN.

⁷⁶⁰ Fast gleichlautend ordnet § 13 Abs 1 an, dass *„der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen“* bei der Auftragswerberechnung berücksichtigt werden muss.

- Gem Anh VII Teil A der VergabeRL bzw Anh VIII Teil A BVergG, in dem die „Angaben, die in den Bekanntmachungen für öffentliche Aufträge enthalten sein müssen“, festgelegt sind, müssen Bekanntmachungen folgende Informationen enthalten:⁷⁶¹

„Insbesondere Hinweis auf Optionen bezüglich zusätzlicher Aufträge und, sofern bekannt, auf den vorläufigen Zeitplan für die Inanspruchnahme dieser Optionen sowie gegebenenfalls auf die Anzahl der Verlängerungen.“⁷⁶²

- Dementsprechend sieht das Standardformular 2 für die Bekanntmachung eines öff Auftrags in Anh II der StandardformularVO ein eigenes Feld für Informationen über Optionen vor:

„II.2.2) **Optionen** (falls zutreffend): Ja Nein
Wenn ja, Beschreibung der Optionen: _____

 Falls bekannt: voraussichtlicher Zeitplan für den Rückgriff auf diese Optionen:
 in Monaten oder Tagen (ab Auftragsvergabe)

 Zahl der möglichen Verlängerungen (falls zutreffend): oder Spanne: von bis

Falls bekannt: voraussichtlicher Zeiträumen für Folgeverträge bei verlängerbaren Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen:
 in Monaten oder Tagen (ab Auftragsvergabe)“

Aus og Bestimmungen folgt, dass der **Gesetzgeber die Zulässigkeit von Optionen und Vertragsverlängerungen voraussetzt**.⁷⁶³ Dementsprechend ist nach hL⁷⁶⁴ und Rsp⁷⁶⁵ die Vergabe von Optionen zulässig. Ihre Vergabe unterliegt den allg Regeln.⁷⁶⁶ Hingegen ist die „Ausübung von Optionsrechten [...] grundsätzlich nicht als selbstständiges Vergabeverfahren anzusehen“⁷⁶⁷ und begründet keinen neuen entgeltlichen Vertrag iSd VergabeRL.⁷⁶⁸ Aus der Zulässigkeit von Optionen schließt die hL auf die **grds Zulässigkeit von vorbehaltenen Leistungsänderungsrechten**, die Bestandteil der ursprgl Ausschreibung sind.⁷⁶⁹

⁷⁶¹ Gem Anh VII VergabeRL Teil A Pkt 6 lit a (Baufaufträge), 6 lit b (Lieferaufträge) u 6 lit c (Dienstleistungsaufträge).

⁷⁶² Hier: Anh VII der VergabeRL Teil A Pkt 6 lit c. Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁷⁶³ IdS bereits BVA 26.11.1999, N-44/99-9 zur insofern identen Rechtslage nach LKRL u BVergG 1997.

⁷⁶⁴ Vgl nur *Fössl* in *Sachs*, Schwerpunkte 236 mwN u für die dhL: *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 114 mwN; *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 49 u *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), *GWb - Kommentar zum Kartellgesetz*³ (2001) § 99 Rz 12f.

⁷⁶⁵ Vgl *Schramm/Aicher*, Darstellung der Judikatur zu Optionen in Leitsatzform, ZVB 2002/13 mwN.

⁷⁶⁶ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 114; zust *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 82.

⁷⁶⁷ BVA 01.02.2000, N-3/00-14 (siehe Pkt VI.2.1.4).

⁷⁶⁸ *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 49; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 114; *Marx*, NZBau 2002, 312; aA *Scharen*, Vertragslaufzeit und Vertragsverlängerung als Vergaberechtliche Herausforderung, NZBau 2009, 679, (684).

⁷⁶⁹ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 174; ders, RPA 2003, 318 (326f) spricht idZ v einer „derivativen Vertragsanpassung“; zust: *Fössl* in *Sachs*, Schwerpunkte 244f; *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* § 101 Rz 35; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 113 bzgl Verlängerungsmöglichkeiten u die dhL (Pkt VI.4.3.2 u VI.4.3.3); *Kommission*, Grünbuch zu öffentlich-

Die Begründung dafür ist einleuchtend. Aus der zwingenden Berücksichtigung von Optionen bei der Berechnung des Auftragswerts und in der Bekanntmachung folgt, dass **Optionen Bestandteil des ursprgl Auftrags** sind.⁷⁷⁰ Dafür spricht auch das Abstellen auf einen Vertrag in Art 1 Abs 2 lit a VergabeRL (siehe Pkt II.5). Entscheidend ist aber, dass Optionen deshalb keinen Bedenken im Hinblick auf den Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz begegnen, weil sie dem **Wettbewerb unterworfen** sind. Sie müssen und können von allen Bietern bei der Erstellung ihrer Angebote und der Kalkulation der Angebotspreise berücksichtigt werden. Die Bieter werden gleich behandelt. Nach zutr Ansicht gilt das umso mehr, je konkreter die Bedingungen für die Ausübung einer Option oder einer Vertragsverlängerung in der Ausschreibung festgelegt sind, und die Möglichkeit einer späteren Leistungsänderung im Auftragswert Berücksichtigung findet.⁷⁷¹

Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz im Allgemeinen (siehe Pkt III.3.2) und § 79 Abs 3 im Besonderen verlangen, dass alle Angebote objektiv miteinander verglichen werden können. Eine **Zulässigkeitsgrenze** bei der Vergabe von Optionen liegt daher in ihrer Kalkulierbarkeit.⁷⁷² Haben optionale Leistungsteile, deren Ziehung ungewiss ist, im Verhältnis zu den fixen Leistungsteilen ein „*großes oder gar größeres Gewicht*“, können die Angebotspreise nicht kalkuliert und somit keine vergleichbaren Angebote abgegeben werden.⁷⁷³ Tw wird die Grenze bei 10 % des Auftragswerts gesehen.⁷⁷⁴

Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz geben weitere Grenzen vor. Leistungsänderungsrechte müssen **transparent** festgelegt sein. Will sich ein öff AG – so der EuGH in der **Rs Kommission/CAS** – die Möglichkeit vorbehalten, „*aus bestimmten Gründen einige Ausschreibungsbedingungen nach Zuschlagserteilung*“ abändern zu können, dann „*muss er eine solche Änderungsmöglichkeit ebenso wie die Modalitäten ihrer Durchführung in der Ausschreibungsbekanntmachung [...] ausdrücklich vorsehen.*“ Nur idF ist sichergestellt, „*dass sämtliche am Auftrag interessierten Unternehmen hiervon von Anfang an Kenntnis haben und daher bei der Abfassung ihres Angebots gleichgestellt sind*“.⁷⁷⁵

privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg 16 Rn 47.

⁷⁷⁰ Ähnlich Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 114.

⁷⁷¹ IdS Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 113 mwN.

⁷⁷² Vgl Fössl in Sachs, Schwerpunkte 241 mwN.

⁷⁷³ Vgl das in Schramm/Aicher, Optionen, ZVB 2002/13 zit OLG Saarbrücken, 22.10.1999, 5 Verg 4/99, NZBau 2000,158.

⁷⁷⁴ Krohn, Vertragsänderungen und Vergaberecht - Wann besteht eine Pflicht zur Neuausschreibung?, NZBau 2008, 619 (625) mwN aus der dRsp u Lit.

⁷⁷⁵ Pkt IV.2.

Fraglich ist daher die **Zulässigkeit** von Änderungsrechten, die sich ausschließlich aus Vertragsbestimmungen oder subsidiär anwendbaren Bestimmungen des ABGB oder des UGB ergeben wie zB aus den **Leistungsänderungsrechten der ÖNORMen** (siehe Pkt V.4.2.3) oder aus gesetzlichen Bestimmungen über die ergänzende Vertragsauslegung oder dem **Irrtumsrecht** und nicht in der Bekanntmachung veröffentlicht wurden und/oder bei der Berechnung des Auftragswerts berücksichtigt wurden.

Bei diesen Änderungsrechten ist *ex ante* nicht klar, ob sie überhaupt ausgeübt werden, und zu welchen Leistungsänderungen sie konkret führen. Insb die Leistungsänderungsrechte der ÖNORMen, die ergänzende Vertragsauslegung und das Irrtumsrecht des ABGB können zu erheblich anderen Leistungen führen, ohne – und das ist entscheidend – dass diese Änderungsmöglichkeiten konkreten Niederschlag im Vergabeverfahren gefunden hätten. Diese Änderungsmöglichkeiten werden idR weder bei der Berechnung des Auftragswerts noch bei der Kalkulation der Angebotspreise konkret berücksichtigt. Ihre nachträgliche Ausübung kann daher den **Wettbewerb verzerren**. Je nachdem auf welcher Seite der Irrtum besteht, wäre zB entweder ein anderes Angebot oder eine andere Ausschreibung erstellt worden. Dasselbe gilt für die nicht vorhergesehene Situation, die den Anpassungsbedarf iSd Leistungsänderungsrechts der ÖNORMen auslöst. Nur bei **inhaltlich bestimmten Leistungsänderungsrechten** bzw Optionen ist die **Gleichbehandlung der Bieter** sichergestellt. Maßgeblich muss daher auch idF die **Wettbewerbsrelevanz** der nachträglichen Änderung iSd in der Rs *pressetext* aufgestellten Kriterien sein.⁷⁷⁶

Weitere Einschränkungen für die Zulässigkeit nachträglicher Änderungsrechte können sich aus anderen Grundsätzen ergeben. Problematisch sind Änderungsrechte, mit denen das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung nachträglich umgangen werden kann. Vgl dazu die E des OLG Rostock in Pkt VI.4.2.4.

In **Deutschland** kreist die Diskussion iZm den Änderungsrechten der **VOB/B** und der **VOL/B** um dieselben Fragen. Der Meinungsstand ist unter Pkt VI.4.3.3 „Vorbehaltene Leistungsänderungsrechte“ dargestellt.

⁷⁷⁶ IdS *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009), §§ 28-30 Rz 65; aA *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil 2), ZVB 2005, 166 (167f) u *Gölles*, „Zusätzliche Bauleistungen“ – aus vergabe- und bauvertragsrechtlicher Sicht, ZVB 2007, 70 (71 u 75), der aber auf diese Problematik nicht ausdrücklich eingeht. Nach seiner Ansicht sind die Änderungsrechte als Bestandteil der ursprgl Ausschreibung von dieser jedenfalls gedeckt. Ihre spätere Ausübung begründe daher keinen öff Auftrag. Voraussetzung sei lediglich, dass die „neuen“ Preise für den geänderten Auftrag eindeutig bestimmbar sind. Vgl auch Pkt V.4.4.2.

4.3 Zwischenergebnis V

Die **Ausübung vertraglich vorbehaltenener Leistungsänderungsrechte** bzw von Optionen ist grds **zulässig**, weil sie **Bestandteil des ursprgl Auftrags** sind.

Vorraussetzung für die Zulässigkeit ihrer Ausübung ist, dass **alle Bieter gleich behandelt** werden und bei der Erstellung ihres Angebots die gleichen Chancen haben. Die Änderungsrechte müssen daher von den Bietern **bei der Erstellung der Angebote** und der **Kalkulation der Angebotspreise berücksichtigt werden können**. Voraussetzung ist somit, dass alle am Auftrag interessierten Unternehmen von Anfang an Kenntnis über die Änderungsrechte haben.

Daher müssen öff AG die **Änderungsmöglichkeiten** und die **Modalitäten ihrer Durchführung** ausdrücklich festlegen. Werden diese vom AG bei der Berechnung des Auftragswerts und in der Bekanntmachung des ursprgl Vergabeverfahrens berücksichtigt, begegnen sie im Hinblick auf den Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz keinen Bedenken. Die Voraussetzungen erfüllen nur inhaltlich bestimmte Leistungsänderungsrechte.

Fraglich ist daher die **Zulässigkeit** von Leistungsänderungsrechten, die sich aus Vertragsbestimmungen, wie den **Leistungsänderungsrechten der ÖNORMen**, oder aus gesetzlichen Bestimmungen wie denen über die ergänzende **Vertragsauslegung** oder dem **Irrtumsrecht des ABGB**, ergeben. Bei solchen Änderungsrechten ist idR *ex ante* nicht klar, zu welchen Leistungsänderungen sie nachträglich konkret führen. Sie können daher weder bei der Berechnung des Auftragswerts noch bei der Kalkulation der Angebotspreise konkret berücksichtigt werden. Bilden solche Änderungsrechte die rechtliche Grundlage für eine nachträgliche Leistungsänderung, kann der Wettbewerb verzerrt werden. Es sprechen daher gute Gründe dafür, idF die Wettbewerbsrelevanz dieser nachträglichen Änderung ebenfalls an Hand der in der Rs *pressetext* aufgestellten Kriterien zu prüfen.

Gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz kann es aber auch verstoßen, wenn das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung nachträglich durch die Ausübung eines Änderungsrechts umgangen wird.

4.4 Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit dem AN

4.4.1 Einleitung

Die Besonderheit der im Folgenden dargestellten Tatbestände besteht darin, dass sie eine **Teilmenge nachträglicher Leistungsänderungen ausdrücklich regeln**.

Die Ausnahmetatbestände berechtigen öff AG zur Durchführung eines VVoB mit ihrem bisherigen AN. Auf diese Weise dürfen unter bestimmten Voraussetzungen „zusätzliche“ Bau- und Dienstleistungen (Pkt V.4.4.2), „zusätzliche“ Lieferleistungen (Pkt V.4.4.3) und „gleichartige“ Bau- und Dienstleistungen (Pkt V.4.4.4) direkt vom bisherigen AN bezogen werden. Erfasst werden „zusätzliche“ und „gleichartige“ Leistungen, die nicht Bestandteil des Leistungsvertrags sind.

In diesen VVoB besteht keine Pflicht, andere Unternehmen zur Teilnahme am Vergabeverfahren aufzufordern.⁷⁷⁷ Der Mechanismus der Verfahren entspricht im Grunde einem „gewöhnlichen“ zivilrechtlichen Vertragsabschluss. Es gelten zwar auch hier zahlreiche Verfahrensbestimmungen des BVergG, zB die Pflicht zur Erstellung einer detaillierten Leistungsbeschreibung, aber va die Transparenzpflichten sind erheblich reduziert. Insb müssen die Verfahren nicht bekannt gemacht werden. Darüber hinaus fallen die Verpflichtungen weg, die auf der Gleichbehandlung der am Verfahren beteiligten Mitbewerber beruhen.

Nach hL und Rsp sind die **Tatbestände**, die ein VVoB rechtfertigen, in VergabeRL und BVergG **taxativ aufgezählt**⁷⁷⁸ und als Ausnahmevorschriften **eng auszulegen**.⁷⁷⁹ Die MS können daher weder neue Tatbestände für Verhandlungsverfahren schaffen, noch die *„ausdrücklich geregelten Tatbestände um neue Bestimmungen ergänzen, die den Rückgriff*

⁷⁷⁷ Klarstellend die EB zu den §§ 28 bis 30 aE: „Ferner ist klarzustellen, dass in einigen Fällen das Gebot des § 102 Abs. 3 – Minimalteilnehmeranzahl drei – nicht zum Tragen kommen kann. So ergibt sich bereits aus den Tatbeständen etwa der §§ 28 Abs. 2 Z 2, 4 und 5, 29 Abs. 2 Z 2 und 5, sowie 30 Abs. 2 Z 2, 4 und 5, dass nur ein bestimmter Leistungserbringer in Frage kommen kann.“ u EB zu den §§ 101 bis 105.

⁷⁷⁸ Unter vielen: EuGH 08.08.2008, Rs C-337/05, *Kommission/Italien*, Rn 56; EuGH 14.09.2004, Rs C-385/02, *Kommission/Italien*, Rn 14; EuGH 13.01.2005, Rs C-84/03, *Kommission/Spanien*, Rn 47; EB zu den §§ 28 bis 30 mwN; der idZ eindeutige Wortlaut v Art 7 Abs 4 BKRL: „In allen anderen Fällen vergibt der öffentliche Auftraggeber seine Bauaufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren.“ Aber auch der Wortlaut v Art 28 ist eindeutig: „In den Fällen und unter den Umständen, die in den Artikeln 30 und 31 ausdrücklich genannt sind, können sie [Anm: die AG] auf ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung zurückgreifen.“

⁷⁷⁹ Unter vielen: EuGH 18.05.1995, Rs C-57/94, *Kommission/Italien* Rn 23 mwN; EuGH 14.09.2004, Rs C-385/02, *Kommission/Italien*, Rn 19; EuGH, 03.05.1994, Rs C-328/92, *Kommission/Spanien*, Rn 17; EuGH 13.01.2005, Rs C-84/03, *Kommission/Spanien*, Rn 48 mwN; *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 219; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, BVergG 2006 § 28-30 Rz 3 u 4; *Egger*, Europäisches Vergaberecht 252 Rz 1027 u die EB zu den §§ 28 bis 30 jeweils mwN.

auf das Verhandlungsverfahren erleichtern, da sie sonst die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie beseitigen würden.“⁷⁸⁰

4.4.2 Zusätzliche Bau- und Dienstleistungen

Art 31 Z 2 lit b, Z 4 lit a und b der VergabeRL bzw §§ 28 Abs 2 Z 4, 30 Abs 2 Z 4 erlauben öff AG die Vergabe „zusätzlicher Leistungen“ an den bisherigen AN.

Zusätzliche Dienstleistungs- oder Bauaufträge dürfen in VVoB vergeben werden, wenn:

- die zusätzlich(en) Leistung(en) **nicht** in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf oder im ursprgl Auftrag **vorgesehen** sind,
- die zusätzlichen Leistungen wegen eines **unvorhergesehenen Ereignisses** zur Ausführung des ursprgl Auftrags **erforderlich** sind,
- der neue Auftrag an den **bisherigen AN** vergeben wird,
- der Gesamtwert der zusätzlichen Leistung(en) **50 % des Werts** des ursprgl Auftrags nicht überschreitet, und
- entweder eine **Trennung** der zusätzlichen Leistungen vom ursprgl Auftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den AG möglich ist,

oder eine Trennung zwar möglich wäre, die zusätzlichen Leistungen aber für die Vollendung des ursprgl Auftrags **unbedingt erforderlich** sind.

Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestands ist die **Unzweckmäßigkeit** oder **Unzumutbarkeit** einer **gesonderten Ausschreibung** zusätzlicher Leistungen, die in einem engen Zusammenhang zum ursprgl Auftrag stehen.⁷⁸¹ Die zusätzlichen Leistungen könnten zwar grds Gegenstand eines neuen Vergabeverfahrens sein. Eine eigenständige Vergabe wäre jedoch in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht mit wesentlichen Nachteilen für die AG verbunden, zB wenn ein AG nur schwer vereinbare technische Systeme aufeinander abstimmen müsste, oder die Vollendung des ursprgl Auftrags verhindert würde.⁷⁸²

⁷⁸⁰ EuGH 13.01.2005, Rs C-84/03, *Kommission/Spanien*, Rn 47f u EuGH 08.08.2008, Rs C-337/05, *Kommission/Italien*, Rn 56f mwN.

⁷⁸¹ *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen (Teil 2), ZVB 2005, 167.

⁷⁸² *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 28-30 Rz 67 u 68 mwN; *Boesen*, Vergaberecht § 101 Rz 115.

Hintergrund der Ausnahmebestimmungen waren offensichtlich Effizienzgedanken, die das Wettbewerbsprinzip – allerdings nur bis zur 50 % Grenze – verdrängen.

Das Tatbestandselement des „*unvorhergesehenen*“ Ereignisses ist seinem Wortlaut nach erfüllt, wenn ein AG ein Ereignis objektiv nicht vorhergesehen hat. Irrelevant ist es daher, ob das Ereignis schwer vorhersehbar oder unvorhersehbar war.⁷⁸³ Sowohl VergabeRL⁷⁸⁴ als auch BVergG⁷⁸⁵ kennen – im Unterschied zu „*unvorhergesehenen*“ – nämlich auch Ereignisse, die öff AG „*nicht voraussehen konnten*“ und somit „*unvorhersehbar*“ waren.⁷⁸⁶ Dementsprechend ist das Vorliegen eines **unvorhergesehenen Ereignisses** eine reine Tatfrage, für die die AG beweispflichtig sind.⁷⁸⁷ Im Unterschied dazu ist die **Unvorhersehbarkeit** Rechtsfrage. *Gamerith/Hagen* reduzieren das Tatbestandsmerkmal demgegenüber auf unvorhergesehene Ereignisse, die bei „*verständiger Würdigung hätten vorhergesehen werden können*“.⁷⁸⁸ Dahinter steht die Befürchtung, dass das Erfüllen der Voraussetzung andernfalls alleine vom Willen der AG abhängig wäre.⁷⁸⁹

Unvorhergesehene Ereignisse sind nach hL neben Naturkatastrophen bzw Elementarereignissen auch von AG zu verantwortende Umstände,⁷⁹⁰ wie Ausschreibungs- bzw Planungsfehler, Angebotsfehler, unerwartete nachträgliche öff rechtliche Verpflichtungen oder wesentliche Änderungen des Stands der Technik.⁷⁹¹

Gefordert sind **zusätzliche Leistungen**, die **im ursprgl Auftrag nicht vorhergesehen** waren. Nach hL sind das Leistungen, die nicht Bestandteil der ursprgl Ausschreibung bzw des Leistungsvertrags sind. Vertragspflichten, die sich aus der ergänzenden Vertragsauslegung,⁷⁹² dem allg Leistungsstörungsrecht oder einer Garantiezusage ergeben,⁷⁹³ sind nach dieser Ansicht ebenso wie auf **Pkt 7.1 ÖNOMRM B 2110** gestützte Leistungsänderungen⁷⁹⁴ keine zusätzlichen Leistungen. Gegen diese Auffassung bestehen erhebliche Zweifel, die in

⁷⁸³ *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 225; *Egger*, Europäisches Vergaberecht 255 Rz 1041 Fn 2235.

⁷⁸⁴ Vgl Art 31 Z 1 lit c VergabeRL.

⁷⁸⁵ Vgl §§ 28 Abs 2 Z 3, 29 Abs 2 Z 3 u 30 Abs 2 Z 3.

⁷⁸⁶ Nach *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2006 § 28-30 Rz 66 sollen nur schützenswerte AG in den Genuss des Tatbestands kommen. Entscheidend sei „*die Sorgfalt eines ordentlich arbeitenden öff AG iS der EuGH-Jud*“.

⁷⁸⁷ Vgl *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 219 mwN aus der Rsp des EuGH, nach der die AG für das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe beweispflichtig sind.

⁷⁸⁸ *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen (Teil 2), ZVB 2005, 167 mwN unter Verweis auf *Müller-Wrede* in *Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede* (Hrsg), VOB¹⁴ Teil A und B - Kommentar (2000), § 3a VOB/A, Rz 16a.

⁷⁸⁹ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2006 § 28-30 Rz 66 ebenfalls unter Verweis auf *Müller-Wrede* in *Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede*, VOB¹⁴ § 3a VOB/A, Rz 16a.

⁷⁹⁰ *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen (Teil 2), ZVB 2005, 167; *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 224.

⁷⁹¹ *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen (Teil 2), ZVB 2005, 167.

⁷⁹² *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen (Teil 2), ZVB 2005, 171.

⁷⁹³ *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 224.

⁷⁹⁴ *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen (Teil 2), ZVB 2005, 168; *Gölles*, „Zusätzliche Bauleistungen“, ZVB 2007, 74f; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2006 § 28-30 Rz 65; zur vergleichbaren Rechtslage nach der VOB/B, *Kulartz/Duikers*, VergabeR 2008, 736 mwN aus der idZ uneinheitlichen dLit.

Pkt V.4.2.4 „Optionen und Vertragsverlängerungen“ und in Pkt V.4.3 „Zwischenergebnis V“ erörtert werden.

Wie *Gamerith/Hagen* unter Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut der Bestimmung zu feststellen, dienen die „zusätzlichen“ Leistungen der Herstellung des konstruktiven oder funktionalen Leistungsziels. Die **Leistungen gehen also nicht über das ursprgl Leistungsziel hinaus**.⁷⁹⁵ Änderungen, die ausschließlich die **Umstände der Leistungserbringung** betreffen, zB die nachträgliche Änderung von Liefer- und Ausführungsfristen, sind ebenfalls **keine zusätzlichen Leistungen**. UU fallen aber Vertragsverlängerungen darunter.

4.4.3 Zusätzliche Lieferleistungen

Etwas abweichend sind die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von VVoB bei der Vergabe zusätzlicher Lieferleistungen geregelt.

Gem Art 31 Zit 2 lit b VergabeRL bzw § 29 Abs 2 Z 5 können **zusätzliche Lieferaufträge** in VVoB vergeben werden, wenn:

- für frühere Lieferungen des bisherigen AN zusätzliche Lieferungen **notwendig** werden, die
- entweder zur **tw Erneuerung** von gelieferten marktüblichen Waren oder Einrichtungen
oder zur **Erweiterung** von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind,
- der neue Auftrag an den **bisherigen AN** vergeben wird,
- ein Wechsel des AN dazu führen würde, dass der AG Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde, und
- die Laufzeit der neuen Aufträge sowie der Daueraufträge „*in der Regel*“ nicht länger als drei Jahre beträgt.

⁷⁹⁵ *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil 1), ZVB 2005, 134 (140).

Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestands ist auch hier die Unzweckmäßigkeit einer gesonderten Ausschreibung zusätzlicher Lieferungen, die in einem engen Zusammenhang mit dem ursprgl Auftrag stehen. Öff AG sollen nicht gezwungen sein, Vergabeverfahren durchzuführen, die zu technischen Unvereinbarkeiten oder unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten führen.

Im Gegensatz zu zusätzlichen Bau- und Dienstleistungen (siehe Pkt V.4.4.2) muss **kein unvorhergesehenes Ereignis** vorliegen und der Wert der zusätzlichen Leistungen ist unerheblich. Darüber hinaus werden hier auch „echte“ **zusätzliche Leistungen** erfasst, die über das ursprgl Leistungsziel mengenmäßig hinausgehen („Erweiterung“) oder mit der Verwirklichung des ursprgl Leistungsziels nichts zu tun haben („Erneuerung“). Änderungen der Umstände der Leistungserbringung werden aber auch hier nicht erfasst.

4.4.4 Wiederholung gleichartiger Leistungen

Es gibt noch eine weitere Möglichkeit, Zusatzaufträge an den bisherigen AN zu vergeben, die in einem engen Zusammenhang zum ursprgl Auftrag stehen. Gem Art 31 Z 4 lit b bzw §§ 28 Abs 2 Z 5 und 30 Abs 2 Z 5 dürfen **Bau- oder Dienstleistungsaufträge** in VVoB vergeben werden, wenn:

- die neuen Leistungen in der **Wiederholung gleichartiger Leistungen** bestehen,
- der neue Auftrag an den **bisherigen AN** vergeben wird,
- der **ursprgl Auftrag im offenen oder nicht-offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung** vergeben wurde (die Voraussetzung ist daher nicht erfüllt, wenn bereits der ursprgl Auftrag in einem Verhandlungsverfahren vergeben wurde⁷⁹⁶),
- die neuen Leistungen einem **Grundentwurf** entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ursprgl Auftrags war,
- die Möglichkeit der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens schon **in der ursprgl Ausschreibung vorgesehen** war,
- die Vergabe der neuen Leistungen **innerhalb von drei Jahren** nach Abschluss des ursprgl Auftrags, dh innerhalb von drei Jahren nach Zuschlagserteilung,⁷⁹⁷ erfolgt, und

⁷⁹⁶ *Kommission*, Leitfaden Dienstleistungsaufträge 26.

⁷⁹⁷ Klargestellt in EuGH 14.09.2004, Rs C-385/02, *Kommission/Italien* Rn 33-39; EB zu den §§ 28 bis 30.

- der Auftragswert für die Fortsetzung der Bau- bzw Dienstleistungen bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts enthalten war.

Der Hintergrund der Bestimmung ist unklar. Von der Funktion her ist der Ausnahmetatbestand einer Option sehr ähnlich. Allerdings fehlt eine entsprechende Bestimmung für Lieferleistungen, während in diesem Bereich Optionen zulässig sind.⁷⁹⁸

Aus der Gesetzessystematik bzw dem Wortlaut folgt, dass gleichartige Leistungen etwas anderes als zusätzliche Leistungen sind. Mangels Rsp bleibt der Inhalt des Tatbestands im Dunkeln.

4.4.5 Leistungsänderungen als Ausübung eines ausschließlichen Rechts

Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge dürfen gem Art 31 Z1 lit b VergabeRL bzw §§ 28 Abs 2 Z 2, 29 Abs 2 Z 2 und 30 Abs 2 Z 2 in VVoB vergeben werden, wenn der Auftrag *„auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann.“*

Wie die anderen Tatbestände, die die Durchführung von VVoB rechtfertigen, ist auch dieser Ausnahmetatbestand restriktiv auszulegen (siehe Pkt V.4.4.1).⁷⁹⁹ Sinn und Zweck der Ausnahme ist, dass der Auftrag „tatsächlich“ nur von einem Unternehmen erbracht werden kann⁸⁰⁰ und eine Bekanntmachung daher sinnlos wäre. In Betracht kommen insb Fälle, in denen Unternehmen ausschließliche Verfügungs- und/oder Nutzungsrechte über die nachgefragte Leistung haben,⁸⁰¹ wie bspw Patent-, Urheber-, Marken- und Musterschutzrechte.⁸⁰² Es genügt aber nicht, dass die Leistungen durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind. Es *„ist auch erforderlich, daß sie nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden können.“* Das ist nur bei Leistungen der Fall, *„für die es auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt“*.⁸⁰³ Die geforderte Ausschließlichkeit liegt auch dann nicht mehr vor, *„wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung dieses ausschließlichen Rechts verfügen oder derartige Lizenzen in angemessener Weise erlangen können.“*⁸⁰⁴ Nach zutr Ansicht des BVA ist daher die *„ausschließliche*

⁷⁹⁸ Die Zulässigkeit v Lieferoptionen ergibt sich eindeutig aus Anh VII Teil A der VergabeRL bzw Anh VIII Teil A BVergG über die Angaben in den Auftragsbekanntmachungen.

⁷⁹⁹ Zu ausschließlichen Rechten: EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92, *Kommission/Spanien*, Rn 15.

⁸⁰⁰ *Kommission*, Leitfaden Dienstleistungsaufträge 24; EuGH, 03.05.1994, Rs C-328/92, *Kommission/Spanien*, Rn 17; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 3 28-30 Rz 40 mwN.

⁸⁰¹ EB zu den §§ 28 bis 30.

⁸⁰² *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 222 mwN.

⁸⁰³ EuGH, 03.05.1994, Rs C-328/92, *Kommission/Spanien*, Rn 17.

⁸⁰⁴ *Kommission*, Leitfaden Dienstleistungsaufträge 24.

Erfüllungsmöglichkeit“ eines Unternehmens entscheidend. Auf die Alleinstellung als Hersteller eines Produkts kommt es – für sich genommen – nicht an, weil ein Wettbewerb um die Lieferung der Produkte bei verschiedenen Lieferanten möglich ist.⁸⁰⁵ Zusammengefasst darf der Ausnahmetatbestand nur dann angewendet werden, wenn die Ausschließlichkeitsrechte „*es unbedingt erforderlich machen, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben.*“⁸⁰⁶

IZm nachträglichen Leistungsänderungen stellt sich die **Frage, ob der bisherige AN als Vertragspartner eines öff AG über ein ausschließliches Recht auf die Ausführung des vergebenen und nachträglich geänderten Auftrags verfügt**. IdF könnten nachträgliche Änderungen des Leistungsvertrags in VVoB vergeben werden. *Rummel/Lux* vertreten die Auffassung, dass der Zuschlagsempfänger aufgrund seiner vertraglichen Rechte „*insofern [...] tatsächlich ausschließlich berechtigt*“ ist.⁸⁰⁷ Die vertraglichen Rechte des AN kämen den zur Rechtfertigung eines Verhandlungsverfahrens geforderten Ausschließlichkeitsrechten so nahe, dass eine „*Analogiebasis gegeben scheint*“. Bedenken dagegen könnten sich nur bei „*dadurch bewirkter Ausschaltung gebotenen Wettbewerbs*“, nicht jedoch bei einer Reduzierung des Leistungsumfangs aufdrängen.⁸⁰⁸

Diese Auffassung ist falsch. Richtigerweise begründet die vertragliche Position des AN für sich genommen kein ausschließliches Recht. Alleine aus der Rechtsposition des Zuschlagsempfängers als zur Ausführung des Auftrags allein berechtigter Vertragspartner eines öff AG lässt sich nicht ableiten, dass der Auftrag ausschließlich von diesem Unternehmer erbracht werden kann. Gegen eine analoge Anwendung spricht darüber hinaus das methodische Argument, dass VVoB, als das am wenigsten transparente Vergabeverfahren,⁸⁰⁹ besonders strengen und engen Voraussetzungen unterliegen, die nicht erweitert werden dürfen.

5. ZWISCHENERGEBNIS V

Für die Frage der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen ergeben sich aus den Tatbeständen der VVoB für die Vergabe zusätzlicher oder gleichartiger Aufträge unterschiedliche Schlussfolgerungen.

⁸⁰⁵ BVA 17.03.2009, N/0078-BVA/08/2008-347.

⁸⁰⁶ VfGH 05.12.2008, G 113/08 mwN.

⁸⁰⁷ *Rummel/Lux* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht 55; zu Recht zwfl *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 101 Rz 35 Fn 53.

⁸⁰⁸ *Rummel/Lux* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht 55.

⁸⁰⁹ *Egger*, Europäisches Vergaberecht 251 Rz 1027.

Erstens: Die Tatbestände bestätigen das Ergebnis, dass nachträgliche Leistungsänderungen grds den **Tatbestand „öff Auftrag“** erfüllen können. Dieser Aspekt wurde bereits in Pkt II.5 angesprochen.⁸¹⁰ Die „**zusätzlichen**“ oder „**gleichartigen**“ Leistungen sind nachträgliche Leistungsänderungen. Aus dem Bestehen der Ausnahmetatbestände folgt, dass diese Leistungen **als öff Auftrag zu qualifizieren** sind.⁸¹¹ Andernfalls müsste kein Vergabeverfahren durchgeführt werden. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, müssen die „zusätzlichen“ oder „gleichartigen“ Leistungen in offenen oder nicht-offenen Verfahren vergeben werden.⁸¹²

Zweitens: Die Tatbestände betreffen **besondere Situationen**, in denen aus Zweckmäßigkeitüberlegungen von der Durchführung eines „gewöhnlichen“ Vergabeverfahrens abgesehen wird und der bisherige AN beauftragt werden darf. Für die Zulässigkeit anderer nachträglicher Leistungsänderungen kann es daher *„nicht auf das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes ankommen.“*⁸¹³

Drittens: Mit den Tatbeständen erfolgte keine abschließende Regelung über nachträgliche Leistungsänderungen. Aus der Rsp des EuGH folgt, dass die **Tatbestände nur eine Teilmenge nachträglicher Leistungsänderungen erfassen**. Die Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen ist (größtenteils) an Hand anderer Kriterien zu prüfen.

Da aber die Tatbestände, die die Durchführung von VVoB rechtfertigen, taxativ aufgezählt und eng auszulegen sind und daher weder neue Tatbestände geschaffen noch die bestehenden ergänzt werden dürfen, **müssen** nachträgliche **Änderungen**, die unter die Sondertatbestände der VVoB fallen, von den übrigen **abgegrenzt werden**. Andernfalls hätten die Sondertatbestände keinen eigenen Anwendungsbereich mehr.

Der EuGH dürfte diese Ansicht teilen. In der Rs *pressetext* deutet er das jedenfalls in RN 36 an. Wesentlich kann eine Änderung ua dann sein, wenn sie *„den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert“*. Der EuGH begründet sein Ergebnis mit den Sondertatbeständen des VVoB, bei denen *„Einschränkungen bezüglich des Umfangs vorgesehen sind.“*

⁸¹⁰ Ziekow, VergabeR 2004, 433; Egger, Europäisches Vergaberecht 304 Rz 1288; zust Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 733.

⁸¹¹ Boesen, Vergaberecht § 99 Rz 47.

⁸¹² Boesen, Vergaberecht § 99 Rz 47.

⁸¹³ Zutr Ziekow, VergabeR 2004, 433.

Angesichts des weiten Wortlauts der Tatbestände und des Fehlens konkreter Hinweise über ihren genauen Umfang ist eine exakte Abgrenzung praktisch kaum durchführbar. Rsp gibt es auch noch keine zu dieser Frage.

VI. RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR

Im folgenden Kapitel werden die **Leitentscheidungen** und die **Lit** zu nachträglichen Leistungsänderungen dargestellt.

Zum größten Teil stammen die Lösungsansätze aus der Zeit vor der Rs *pressetext* (die Rs *Kommission/CAS* hat in der Lit bemerkenswerterweise kaum Niederschlag gefunden). Manche Ansätze sind daher überholt. Andere Autoren haben schon vor der E auf die Wettbewerbsrelevanz abgestellt. Die Darstellung dient daher auch als Nachschlagemöglichkeit für häufig zit E und Meinungen und als Diskussionsgrundlage.

Jedenfalls lassen sich aus Rsp und Lit Problemstellungen gewinnen, die der EuGH (noch) nicht behandelt hat. Darüber hinaus belegen die jüngere dRsp und Lit, dass es neben den Abgrenzungskriterien des EuGH noch weitere geben kann. Hervorzuheben sind hier va der Ansatz, nach dem es maßgeblich ist, ob der „*absolute Wert der Vertragsänderung den maßgeblichen Schwellenwert*“ überschreitet und die für die Beurteilung der Zulässigkeit von Vertragsverlängerungen herangezogene Differenzierung zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnissen.

Die Darstellung ist untergliedert in **europäische Rsp (Pkt VI.1)**, **österr Rsp und Lit (Pkt VI.2)** und die Rsp und Lit in **Deutschland (Pkt VI.4)**, die wegen ihrer idZ vergleichbaren Rechtslage umfassend dargestellt wird. Darüber hinaus ist die Ansicht der **Kommission** dargestellt (**Pkt VI.3**).

1. EUROPÄISCHE RECHTSPRECHUNG

1.1 EuGH 05.10.2000, Rs C-337/98, *Kommission/Frankreich*

In der Rs *Stadtbahnvorhaben des Stadtverbandes Rennes* musste der EuGH beurteilen, ob sich der Auftragsgegenstand in einem Verhandlungsverfahren soweit geändert hatte, dass schon ein neuer öff Auftrag vorlag und damit verbunden von der Einleitung eines neuen

Vergabeverfahrens ausgegangen werden musste. Der Sachverhalt und die Hintergründe der E sind in Pkt V.2.6.3 dargestellt.

Entscheidend ist die Feststellung des EuGH, dass geprüft werden muss, ob die *„Verhandlungen wesentlich andere Merkmale auswiesen, als die zuvor geführten und damit den Willen der Partei zu Neuverhandlung wesentlicher Vertragsbestimmungen erkennen ließen.“* Nur **wesentliche Änderungen des Auftragsgegenstands** sind somit entscheidend. Umgekehrt begründen unwesentliche Änderungen keinen neuen Auftragsgegenstand. Zusammengefasst stellte der EuGH auf die **inhaltliche Änderung des Auftrags** und nicht auf die Wettbewerbsrelevanz ab, was vor dem Hintergrund der E gerechtfertigt ist, im Übrigen aber überholt sein dürfte.

Die E bestätigt auch die Zulässigkeit von vorbehaltenen Leistungsänderungsrechten. Der EuGH entschied idZ in Rn 53, dass die vorgenommenen Preisänderungen unwesentlich waren, weil sie *„aus der getreuen Anwendung der Preisanpassungsformel“* des ursprgl Vertrags resultierten.

1.2 EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*

Siehe Pkt IV.2.

1.3 EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*

Siehe Pkt IV.3.

1.4 EFTA Gerichtshof 12.05.1999, E-5/98, *Fagtun ehf*

In der Rs *Fagtun* hatte der EFTA Gerichtshof eine Vertragsbestimmung eines öff Bauauftrags zu prüfen, die den Zuschlagsempfänger verpflichtete, bestimmte Leistungsteile in Island produzieren zu lassen. Die diskriminierende Bestimmung wurde erst nach Ermittlung des Bestbieters in den Leistungsvertrag aufgenommen.

Der Gerichtshof stellte idZ fest, dass die **BKRL auf die nachträgliche Vertragsänderung anwendbar** ist:⁸¹⁴ *„The contract was concluded after a tender procedure under the Directive*

⁸¹⁴ Gem Pkt 2 Anh XVI des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum v 03.01.1994 ABI L 1994/01, 3 war die BKRL anzuwenden.

*had been carried out. The contract is so closely linked to the preceding procedure that the principles underlying the Directive and the provisions of Article 11 EEA must apply to it.*⁸¹⁵

Die E bestätigt die Anwendbarkeit der VergabeRL auf Leistungsänderungen nach Beendigung des Vergabeverfahrens.

2. ÖSTERR RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR

2.1 Rechtsprechung

2.1.1 BVA 31.10.1995, N-10/95-6

In der E hatte das BVA die Zulässigkeit eines Widerrufs zu prüfen. IdZ musste es **grds Aussagen** über nachträgliche Leistungsänderungen treffen.

Ausgeschrieben war die Einhausung eines Teilabschnitts der Südautobahn. Bestimmte „Konstruktions- und Ausstattungsmerkmale“ waren dabei in den Ausschreibungsunterlagen zwingend festgelegt. Konkret wurden ein runder Brillenquerschnitt und die Einhaltung der vom AG festgelegten „*Bauwerkslängen*“ verlangt.

Der präsumtive Bestbieter hat jedoch anstelle des runden Brillenquerschnitts einen eckigen und eine gegenüber der Ausschreibung verkürzte Bauwerkslänge angeboten. Nach Feststellung der B-VKK⁸¹⁶ war sein Angebot daher nicht ausschreibungskonform und daher auszuschneiden. Der AG widerrief daraufhin die Ausschreibung mit der Begründung, dass das ausschreibungswidrige Angebot deutliche Einsparungsmöglichkeiten aufgezeigt hätte, die er andernfalls nicht nützen könne. Ohne Widerruf hätte er *„anstelle einer neuerlichen Ausschreibung zunächst scheinbar eine "korrekte Zuschlagserteilung", also unter Einhaltung der besonderen Bedingung in den Ausschreibungsunterlagen“* vornehmen müssen, *„jedoch bereits zu diesem Zeitpunkt mit dem Auftragnehmer Änderungen in der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung“* vereinbaren müssen.

Das BVA stellte idZ fest, dass *„nach erfolgtem Zuschlag eine **Abänderung einer wesentlichen Ausschreibungsbedingung** vorzunehmen“*, dem Wettbewerbsprinzip widerspricht. Nach diesem Lösungsansatz verstößt die Abänderung einer **wesentlichen Ausschreibungsbedingung** nach Zuschlagserteilung gegen das **Wettbewerbsprinzip** und ist

⁸¹⁵ EFTA Gerichtshof 12.05.1999, E-5/98, *Fagun ehf*, Rn 31-33.

⁸¹⁶ B-VKK 23.10.1995, S-18/95-11.

daher unzulässig.⁸¹⁷ Als wesentlich wurden hier – ohne nähere Begründung – bestimmte „Konstruktions- und Ausstattungsmerkmale“ qualifiziert.

2.1.2 BVA 06.11.1998, N-8/96-27; F-2/97-26

Bezogen auf die Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen, hatte das BVA **Änderungen von Preislisten** für Rettungs- und Krankentransportdienstleistungen in einem vor dem Beitritt Österreichs zur EU vergebenen Rahmenvertrag zu prüfen. Eine Preisanpassungsklausel war nicht Vertragsbestandteil.

Da *„die Dienstleistungsverträge in mehr oder weniger regelmäßigen Zeitabständen „angepasst“ werden, worunter eine Änderung der von der Antragsgegnerin [...] gewährten Vergütung zu verstehen ist“*, liege – so das BVA – eine Novation gem § 1376 ABGB vor. Es stellte fest, dass *„jegliche Neubegründung einer vertraglichen Vereinbarung – und damit auch jede Novation – die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 BVergG [Anm: BVergG 1997] erfüllt.“*⁸¹⁸

Nach dem Wortlaut der Begründung löst **„jegliche Neubegründung einer vertraglichen Vereinbarung“** die Ausschreibungspflicht aus, unabhängig davon, ob eine Novation oder eine Schuldänderung vorliegt. Nach dem hier gewählten Lösungsansatz richtet sich die Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen danach, ob **zivilrechtlich noch derselbe Auftrag besteht** oder nicht. Entscheidend sind zivilrechtliche Kriterien.

Die Auffassung wurde tw als zu restriktiv kritisiert und vertreten, dass ein neuer Auftrag erst durch das Erfüllen des Tatbestands der Novation begründet werde.⁸¹⁹ Diese Auffassung wird in Pkt VI.2.3.1 „Novation als Abgrenzungskriterium“ noch näher dargestellt.

2.1.3 BVA 16.11.1999, N-22/98-22, F-16/98-10

Das BVA prüfte hier eine **Ausschreibungsbestimmung**, die die Bieter verpflichtete, **nach Angebotsöffnung erfolgte Preisreduktionen ihrer Subunternehmer** an den AG **„durchzustellen“**.

Das BVA entschied: *„Die vom Gesetz geforderte Gleichbehandlung der Bieter kann [...] nur dadurch sichergestellt werden, dass der Zuschlag auf ein Angebot zu jenem Preis erteilt wird,*

⁸¹⁷ BVA 31.10.1995, N-10/95-6 der Empfehlung der B-VKK 23.10.1995, S-18/95-11 folgend.

⁸¹⁸ § 3 Abs 1 BVergG 1997 regelte die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Dienstleistungsaufträge.

⁸¹⁹ Heid, RPA 2003, 323; ders in Heid/Preslmayr, Handbuch² 173, 174; zust Fössl in Sachs, Schwerpunkte 245.

der bei der Angebotsöffnung verlesen wurde.“ [...] „Zulässig sind Änderungen oder Ergänzungen eines Angebotes nur während der Angebotsfrist [...]. Das Bundesvergabegesetz läßt lediglich bei Alternativangeboten geringfügige Änderungen der Preise, die sich aus unumgänglichen technischen Änderungen geringen Umfanges ergeben, im Wege von Erörterungen zwischen Bieter und Auftraggeber und unter Wahrung der Grundsätze des § 16 BVergG zu [...].“

Die Ausschreibungsbestimmung *„wirkt sich insbesondere deshalb gravierend aus, da potentielle Bieter erkannt haben könnten, dass in diesem Vergabeverfahren ein nachträgliches Verhandeln über Angebotspreise vorgesehen ist, auch wenn dieses Verhandeln zunächst zwischen Bieter und Hersteller stattfindet, und deshalb möglicherweise überhaupt nicht am Vergabeverfahren teilgenommen haben. Besteht jedoch aufgrund der Rechtswidrigkeit einer Ausschreibungsbestimmung die Möglichkeit, dass potentielle Bieter nicht am Vergabeverfahren teilgenommen haben, ist das gesamte Vergabeverfahren von vornherein rechtswidrig. Ein in einem solchen Verfahren ermittelter "Bestbieter" ist somit keinesfalls einer solcher im Sinne des Bundesvergabegesetzes.“* Die E bestätigt ua, dass das Verhandlungsverbot nicht umgangen werden darf.

2.1.4 BVA 01.02.2000, N-3/00-14

Das BVA musste die Zulässigkeit der **Verlängerung der Geltungsdauer einer Option** für die Beschaffung von LKW beurteilen.⁸²⁰ In der Ausschreibung war eine „Nachbestelloption“ festgelegt, die „längstens bis 31. Dezember 1999“ geltend gemacht werden musste. Drei Monate nach Zuschlagserteilung teilte der AN dem AG mit, *„den mit 31. Dezember 1999 vorgesehenen Fristablauf für Nachbestellungen auf den 30. April 2000 zu erstrecken.“* Der AG beschloss daraufhin, die nachträglich verlängerte „Nachbestelloption“ wahrzunehmen.

Das BVA stellte zunächst fest, dass die Ausübung von Optionsrechten grds nicht als selbständiges Vergabeverfahren anzusehen ist: *„Unter Berücksichtigung des vergaberechtlichen Publizitätsgrundsatzes, der sich aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber und des fairen und lautereren Wettbewerbs gemäß §16 Abs1 BVergG ergibt, kann dies jedoch nur dann gelten, wenn die Ausübung der Optionsrechte aufgrund jener Optionsvereinbarung erfolgt, die aufgrund des ursprünglichen*

⁸²⁰ Die vor dem VfGH (10.10.2001, B 546/00, B 609/00) bekämpfte E des BVA ist nicht im RIS veröffentlicht. Der Sachverhalt ist dem VfGH Erkenntnis entnommen.

Vergabeverfahrens geschlossen wurde. Denn nur insoweit der wesentliche Inhalt der Optionsvereinbarung in die Ausschreibungsunterlage aufgenommen wurde, wurde dem vergaberechtlichen Publizitätsgedanken Genüge getan“.

Anderes gelte – so das BVA –, wenn „wesentliche Teile“ der Optionsvereinbarung nachträglich geändert werden. IdF liege ein neues Vergabeverfahren vor. Ob eine „wesentliche Änderung“ des Optionsvertrags vorliegt, sei unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze sowie der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu entscheiden.⁸²¹

IdS begründete das BVA die Unzulässigkeit der Verlängerung der Geltungsdauer der Option mit der **Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes**. Die Verlängerung bewirkte nämlich aufgrund der Koppelung von Bestellung und Liefertermin in der Ausschreibung, dass der Liefertermin für die von der Option erfassten LKW zurück verschoben wurde. Durch diese Erstreckung des Liefertermins sei der AN gegenüber den anderen Bietern begünstigt worden. Der AN könne nämlich seine „Produktionskapazitäten zwischenzeitig anders nützen.“ Darüber hinaus hätte der AG gem den Bekanntmachungsvorschriften nach Möglichkeit den voraussichtlichen Zeitpunkt, bis zu dem die Option wahrgenommen werden können, in der Bek angeben müssen. Aufgrund dieser „gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe“ sei davon auszugehen, dass „die **Geltungsdauer einer Optionsvereinbarung zu den wesentlichen Bestandteilen des Optionsvertrages zu rechnen ist.**“ Da die ursprgl Option entgegen den Bekanntmachungsvorschriften nicht bekanntgemacht wurde, sei ihre Ausübung auch aus diesem Grund unzulässig.

Das BVA kam daher zum Ergebnis, dass es sich bei der Entscheidung des AG, die Option auszuüben, nicht um eine von der ursprgl Ausschreibung gedeckte Beschaffung, sondern um ein neues Vergabeverfahren handelte.

2.1.5 UVS Kärnten 09.12.2004, KUVS-1260/13/2004

Soweit sich dies aus der knappen Begründung des UVS herauslesen lässt, ging es um die Zulässigkeit nachträglicher Vertragsänderungen (bzw Verhandlungen darüber), die die Ausführung von Glasfüllungen betrafen, die zwar im zugrundeliegenden Architektenwettbewerb vorgesehen waren, letztlich jedoch nicht ausgeschrieben wurden.

⁸²¹ Die v AG als Rechtfertigung vorgebrachte Verzögerung der Vergabe u der daraus resultierenden Unmöglichkeit einer ausreichenden Erprobung der Fahrzeuge innerhalb der ursprgl Optionsfrist waren für das BVA irrelevant, da „diese Fragen in keiner objektiv erkennbaren Art in die Textierung der Ausschreibungsunterlage eingeflossen sind und im Hinblick auf den klaren Wortlaut der Befristung der Optionsrechtsausübung im Vertrag kein Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung bleibt“.

Der UVS stellte fest, dass „*Verhandlungen darüber nach Zuschlagserteilung mit der Zuschlagsempfängerin wegen des Grundsatzes eines fairen Wettbewerbs rechtswidrig*“ sind. Denn die „*Vorgehensweise nimmt den anderen an der Ausschreibung beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, sich dem Wettbewerb zu gleichen Bedingungen zu unterziehen.*“ Eine „*prozentuelle Feststellung der Abweichungen der tatsächlichen Ausführung von der Ausschreibung*“ war für den UVS Kärnten idZ nicht erheblich.

Der UVS Kärnten stellte auf die **Beeinträchtigung des Wettbewerbs** ab. Leistungsänderungen sind nach dieser Begründung unzulässig, wenn sie den anderen am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen die **Möglichkeit nehmen, sich am Wettbewerb zu gleichen Bedingungen zu beteiligen**.

2.2 Zusammenfassung

In der älteren österr Rsp finden sich **zwei grds Lösungsansätze**: Einerseits wird gefragt, ob inhaltlich noch derselbe Auftrag besteht oder bereits ein neuer Auftrag vorliegt. Das BVA stellte idZ auf zivilrechtliche Kriterien ab. Andererseits wird auf die Grundsätze des Vergaberechts, insb auf mögliche Verletzungen des Wettbewerbsgrundsatzes, abgestellt.

2.3 Literatur

In der **Lit** vor der RS *pressetext* finden sich ebenfalls die zwei **Lösungsansätze** für die Zulässigkeitsgrenzen nachträglicher Leistungsänderungen. Einerseits wird auf die Änderung des Inhalts, andererseits auf die Wettbewerbsrelevanz abgestellt.

Die spätere Lit⁸²² rezipiert im Wesentlichen die E des EuGH.

2.3.1 Novation als Abgrenzungskriterium

In Anlehnung an den Lösungsansatz des BVA (siehe Pkt VI.2.1.2) und die Rs *Kommission/Frankreich* (siehe Pkt VI.1.1) wurde in der Lit auf das Vorliegen einer **Novation** iSd § 1376 ABGB abgestellt.⁸²³ Entscheidend sei, ob „*der bestehende Vertrag in wesentlichen Punkten geändert wird.*“⁸²⁴ Nach diesem Lösungsansatz bestehe nur dann eine Ausschreibungspflicht, wenn eine nachträgliche Vertragsänderung „*in ihrer Intensität*“ dem

⁸²² Vgl B. Müller, Neue Regeln für komplexe Verträge, RPA 2008, 182 u. *Grasböck*, EuGH: Leiturtteil zum Begriff der Vergabe iZm nachmaligen Vertragsänderungen, ZVB 2008, 249-

⁸²³ *Heid*, RPA 2003, 326; ders in *Heid/Preslmayr*, Handbuch² 173 u. 174; zust *Fössl* in *Sachs*, Schwerpunkte 245 u. *BKA*, Stellungnahme der Rep Österreich, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, zum Grünbuch ÖPP.

⁸²⁴ *BKA*, Stellungnahme der Rep Österreich, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, zum Grünbuch ÖPP 17.

Abschluss eines neuen Vertrags entspricht. Das sei im Wesentlichen dann der Fall, wenn die *essentialia negotii* des Leistungsvertrags geändert werden und **zivilrechtlich ein neuer Vertrag** vorliegt.

Andere unwesentliche Leistungsänderungen, die unterhalb dieser Schwelle liegen, seien deshalb vergaberechtlich irrelevant – so der pragmatische Ansatz –, „weil sie bei (fast) jeder langfristigen Vertragsabwicklung zur Anpassung an geänderte (gesetzte) Rahmenbedingung oder praktische Parteienbedürfnisse erforderlich sind“.⁸²⁵

Die Auffassung stütze sich auch auf die Formulierung des § 101 BVergG, dessen Wortlaut ein Argument für die grds Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen lieferte (siehe Pkt V.2.7 „§ 101 BVergG 2002“).

Zu diesem Lösungsansatz ist Folgendes festzuhalten: Die **Novation** ist ein Institut des Zivilrechts. Sie bezeichnet die vertragliche Änderung des Rechtsgrunds oder des Hauptgegenstands eines Vertrags. Durch eine Novation wird ein bestehendes Vertragsverhältnis aufgelöst und ein neues begründet. Keine Novation liegt daher vor, wenn durch eine Vertragsänderung die Identität des Vertragsverhältnisses gewahrt bleibt. Das ist der Fall, wenn nicht der **Hauptgegenstand des Vertrags**, sondern **bloße Nebenabreden geändert** werden.⁸²⁶ Solche Vertragsänderungen werden **Schuldänderung** bezeichnet. Nach hL und Rsp sind als Schuldänderung zu qualifizieren: Die bloße Vermehrung oder Verminderung der Leistung, die Beisetzung einer Bedingung oder Befristung, die Änderung der vereinbarten Verzinsung oder der Zahlungsfrist; die Änderung der Leistungszeit, des Leistungsorts oder die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts.⁸²⁷ Ob wesentliche Elemente der Leistung betroffen sind und damit eine Novation vorliegt, kann nur im Einzelfall bestimmt werden. Dabei ist insb darauf abzustellen, ob eine Änderung „*wirtschaftliche Bedeutung*“ hat oder nicht.⁸²⁸ Im Zweifel ist eine Schuldänderung und keine Novation anzunehmen.⁸²⁹ Gem § 1378 ABGB erlöschen die mit der Hauptverbindlichkeit „*verknüpften Bürgschafts-, Pfand und anderen Rechte*“ durch eine Novation, wenn nichts Anderes vereinbart wurde. Die zivilrechtliche **Abgrenzung** zwischen **Schuldänderung und Novation** ist daher ua vor dem Hintergrund des unterschiedlichen rechtlichen Schicksals der für die Hauptforderung bestellten **Sicherheiten** und sonstigen **Nebenrechte** zu sehen.

⁸²⁵ Heid, RPA 2003, 326; ders in Heid/Preslmayr, Handbuch² 174.

⁸²⁶ Heidinger in Schwimann (Hrsg), ABGB VI³ (2006) § 1376Rz 2f; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 111.

⁸²⁷ Heidinger in Schwimann, ABGB VI³ § 1376 Rz 10 mwN; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 112.

⁸²⁸ Heidinger in Schwimann, ABGB VI³ § 1376 Rz 2f.

⁸²⁹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 112.

Bezogen auf nachträgliche Leistungsänderungen ist das **Abstellen auf** den Tatbestand der **Novation** aus folgenden Gründen **abzulehnen**: Einerseits geht es, bei der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen um die Frage, ob ein neuer Vertrag iSd VergabeRL vorliegt oder nicht. Entscheidend ist idZ die Begründung des sachlichen Anwendungsbereichs der VergabeRL bzw des BVergG. Der **Vertragsbegriff** des **ABGB** und der Vertragsbegriff der **VergabeRL** überschneiden sich zwar tw, sind aber konzeptionell völlig verschieden. Sie beruhen auf völlig anderen gesetzgeberischen Wertungen und Zielen. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Novation und die Abgrenzung zwischen Novation und Schuldänderung beruhen auf rein zivilrechtlichen Gesichtspunkten. Der Vertragsbegriff der VergabeRL, der im Übrigen autonom und gemeinschaftskonform auszulegen ist, beruht demgegenüber auf gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzungen. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 1376f kann schon aus diesen Gründen nicht die Frage beantworten, ob eine nachträgliche Änderung als Beschaffung eines öff AG zu beurteilen ist. IdS verstößt das Abstellen auf das Vorliegen einer Novation gegen den Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung der VergabeRL. Siehe zu diesem Aspekt Pkt II.5 „Sachlicher Anwendungsbereich“.

2.3.2 Wettbewerbsrelevanz

Der zweite in der Lit vertretene Lösungsansatz stellte auf die **mögliche Verfälschung des Wettbewerbsergebnisses** ab. Nach diesem Lösungsansatz liegt ein neuer Auftrag dann vor, wenn die nachträgliche Änderung des Leistungsvertrags „*wesentliche Elemente der geschuldeten Leistung betrifft*“. Wann das der Fall ist, müsse „*im Einzelfall abwägend danach bestimmt [werden], ob das **Wettbewerbsergebnis durch die Änderung verfälscht werden könnte***.“⁸³⁰ Eine Wettbewerbsverfälschung liege vor, wenn bei Zugrundelegung der geänderten Vertragsbestimmungen im ursprgl Vergabeverfahren ein anderer (erweiterter) Bieterkreis angesprochen worden wäre und/oder nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein anderer Bestbieter ermittelt hätte werden können.⁸³¹

Das Abstellen auf die Wettbewerbsrelevanz entspricht den Grundsätzen und Zielen des Vergaberechts und der E in der Rs *pressetext*.

⁸³⁰ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 101 Rz 35.

⁸³¹ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 101 Rz 35.

2.3.3 Zwischenlösung

Zwischen den obigen Positionen liegt die Ansicht *Eggers*, nach der die Wesentlichkeit nach mehreren Kriterien – insbesondere **beweglichen Systems** – zu beurteilen ist.⁸³²

Maßgeblich sei der **Wert der Änderung**. Dabei könne einerseits auf den absoluten Wert der Änderung, andererseits auf den Wert der Änderung im Verhältnis zum Gesamtwert des Auftrags abgestellt werden. In Anlehnung an das OLG Rostock (siehe Pkt VI.4.2.4) begründe die **Überschreitung des betreffenden Schwellenwerts** jedenfalls einen neuen Auftrag. Entscheidend sei weiters, **ob eine nachträgliche Änderung von den Spezifikationen der ursprüngl Ausschreibung „gedeckt“ ist**, ob die *essentialia negotii* geändert werden und, ob es zu einem **Bietersturz** kommt.

2.3.4 Vorbehaltene Leistungsänderungsrechte

Bereits vor der E in der RS *presstext*, war es einhellige Meinung, dass die Ausübung von Optionen bzw von in der Ausschreibung vorbehaltenen Leistungsänderungsrechten, wie zB Vertragsverlängerungen, keinen neuen öff Auftrag begründen.⁸³³

3. KOMMISSION

3.1 Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen

In ihrer Mitteilung geht die Kommission⁸³⁴ zwar auf die Frage nachträglicher Leistungsänderungen nicht ein, stellt aber iZm nachträglichen Verlängerungen bestehender Konzessionen – ohne nähere Begründung – Folgendes fest:

„Kommt es nach Beendigung der Laufzeit einer Konzession zu einer Verlängerung, so ist diese der Erteilung einer neuen Konzession gleichzustellen [...].“

⁸³² *Egger*, Europäisches Vergaberecht 306 Rz 1294 u 1295.

⁸³³ *Heid*, RPA 2003, 326 („*derivative Vertragsanpassung*“); in Bezug auf Vertragsverlängerungen: *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 1 Rz 20 mwN; dhL (Pkt VI.4.3.3); *Kommission*, Grünbuch öffentlich-private Partnerschaften (Pkt VI.3.2) u *BKA*, Stellungnahme der Rep Österreich, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, zum Grünbuch ÖPP 17f.

⁸³⁴ *Kommission*, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl C 2000/121, 2 (5).

3.2 Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften

In ihrem Grünbuch zu öff-privaten Partnerschaften⁸³⁵ legt die Kommission ihre Ansicht über die Voraussetzungen nachträglicher Leistungsänderungen bei PPP-Projekten ausführlicher dar:

„42 Das abgeleitete Recht für öffentliche Aufträge und Konzessionen behandelt hauptsächlich die Phase der Auftragsvergabe. Für die Zeit nach der Auswahl eines privaten Partners hingegen bietet das abgeleitete Recht keine globale Grundlage. Die sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verbieten jedoch allgemein jegliche Intervention des öffentlichen Partners nach Auswahl eines privaten Partners, denn ein solches Eingreifen könnte die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer erneut in Frage stellen.

47 Da es sich um eine im Zeitverlauf erbrachte Leistung handelt, müssen sich die ÖPP-Beziehungen weiterentwickeln, um sich an Veränderungen des makroökonomischen oder technischen Umfelds sowie an das öffentliche Interesse anzupassen. Allgemein steht das Gemeinschaftsrecht für öffentliche Aufträge der Möglichkeit nicht entgegen, diese Entwicklungen zu berücksichtigen, sofern dies unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz geschieht. So können in die Vergabeunterlagen, die den Bietern oder Bewerbern im Auswahlverfahren übermittelt werden, Klauseln für die automatische Anpassung, etwa zur Preisindexierung, oder Vorkehrungen für eine Neufestlegung der erhobenen Gebühren aufgenommen werden. Außerdem können Revisionsklauseln vorgesehen werden; darin müssen die Umstände und Bedingungen, unter denen die Vertragsbeziehungen angepasst werden können, präzise dargelegt sein. Allerdings müssen diese Klauseln immer so klar formuliert sein, dass die Wirtschaftsteilnehmer sie in der Phase der Partnerauswahl gleich auslegen.

48 Bei bestimmten Operationen behalten sich die Finanzinstitute das Recht vor, das Projektmanagement zu übernehmen oder einen neuen Projektmanager zu ernennen, wenn der Cash-Flow aus dem Projekt unterhalb ein bestimmtes Niveau fällt. Die Anwendung dieser so genannten Interventionsklauseln kann dazu führen, dass der private Partner ohne erneuten Wettbewerb ausgetauscht wird. Es muss daher besonders geprüft werden, ob ein derartiger Vorgang mit dem Gemeinschaftsrecht für öffentliche Aufträge und Konzessionen vereinbar ist.

49 Ganz allgemein stellen im Verlauf einer ÖPP vorgenommene Änderungen, die nicht von den Vertragsunterlagen gedeckt sind, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer in Frage.⁴² Diese nicht gedeckten Änderungen sind nur dann annehmbar, wenn sie durch ein unvorhersehbares Ereignis erforderlich werden oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.⁴³ Zudem ist jede inhaltliche Änderung in Bezug auf den Vertragsgegenstand selbst dem Abschluss eines neuen Vertrags gleichzusetzen, was einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb impliziert.^{44, 836}

⁸³⁵ Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg.

⁸³⁶ Hervorhebungen durch den Verfasser.

Was die Zulässigkeit vorbehaltener Leistungsänderungsrechte betrifft, entspricht die Auffassung der Kommission der Rsp des EuGH.

Im Übrigen vertritt die Kommission eine **strenge Auffassung**, nach der nachträgliche Leistungsänderungen als Eingriff in die Grundfreiheiten nur dann zulässig sind, wenn **Rechtfertigungsgründe** für einen solchen Eingriff bestehen (siehe Pkt III.2.4) oder ein **unvorhersehbares Ereignis** vorliegt.

4. DEUTSCHE RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR

4.1 Überblick

Bei idZ gleicher Rechtslage hat sich die dRsp und Lit lange vor der Rs *presstext* mit der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen auseinandergesetzt.

In der dRsp ist die **Zulässigkeit** nachträglicher Leistungsänderungen **seit langem anerkannt**. Die Begründung dafür unterscheidet sich von Gericht zu Gericht. Auch in der dLit besteht seit langem Einigkeit darüber, dass nachträgliche Leistungsänderungen entweder vertraglich vorbehalten sein müssen, oder unterhalb einer bestimmten „*Relevanzschwelle*“⁸³⁷ liegen müssen. IdZ wird auch hier zwischen **wesentlichen** und **unwesentlichen Änderungen** unterschieden. Über die Kriterien für diese Unterscheidung herrscht allerdings keine Einigkeit. Im Wesentlichen bestehen auch hier **zwei Konzepte**: Während va in der älteren Lit darauf abgestellt wird, welche **Vertragsbestimmungen** geändert werden, wird in jüngerer Zeit die **Wettbewerbsrelevanz** nachträglicher Änderungen herangezogen.

Im Folgenden werden die Leitentscheidungen der **dRsp (Pkt VI.4.2)**, anschließend die **dhL (Pkt VI.4.3)** dargestellt:

4.2 Deutsche Rechtsprechung

4.2.1 OLG Düsseldorf 14.02.2001, Verg 13/00

Gegenstand des Verfahrens war die Änderung und Verlängerung eines 1977 geschlossenen Dienstleistungsvertrags über die Abfallbeseitigung, der sich im Falle der Nichtkündigung automatisch verlängerte.⁸³⁸

⁸³⁷ Marx, NZBau 2002, 313.

⁸³⁸ VergabeR 2001, 210 = NZBau 2002, 54.

Konkret wurde im sog „2. Änderungsvertrag“ ua eine **Reduzierung des Auftragsumfangs** und damit verbunden eine entsprechende **Reduzierung des Entgelts** vereinbart. Konkret sollten Abfallverwertungsleistungen (Biomüll-, Kühlgeräte-, Elektroschrott- und die Problemabfallverwertung) ab 30.06.2002 nicht mehr Vertragsbestandteil sein. Entscheidend war, dass der AG nur unter der Bedingung des Abschlusses des „2. Änderungsvertrags“ bereit war, den ursprgl Vertrag „zu verlängern“ und nicht von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen.

In seiner Begründung stellte das OLG Düsseldorf zunächst fest, dass jedenfalls **eine mehrjährige Verlängerung eines Dienstleistungsauftrags** „*in ihren rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen dem Neuabschluss eines entsprechenden Dienstleistungsvertrages*“ entspricht und aus diesem Grund als entgeltlicher Vertrag iSd Vergaberechts zu qualifizieren sei.⁸³⁹ Dies gelte „*um so mehr*“, wenn auch der **Auftragsinhalt in wesentlichen Punkten bzw in „erheblicher Weise“** geändert werde.

Indem der AG von seinem Kündigungsrecht nur unter der Bedingung des Abschlusses des „2. Änderungsvertrags“ keinen Gebrauch machte, wurde – so das OLG Düsseldorf – die vertraglich vorgesehene Verlängerungsmöglichkeit „*einvernehmlich außer kraft gesetzt*“. Da durch die im „2. Änderungsvertrag“ vereinbarte Reduzierung des Leistungsinhalts und des Entgelts auch der „*Auftragsgegenstand in erheblicher Weise, namentlich im Umfang der übertragenen Dienstleistungen und hinsichtlich der Höhe der zu zahlenden Entgelte*“ geändert wurde, qualifizierte das OLG den gesamten Vorgang als ausschreibungspflichtige Vergabe eines öff Auftrags.⁸⁴⁰

4.2.2 OLG Düsseldorf 20.06.2001, Verg 3/01

Gegenstand des Verfahrens war der Abschluss eines Vertrags, der sog Eckpunktevereinbarung (im Folgenden: „EckPV“), mit dem die durch einen Rahmenvertrag geregelten Einzelverträge über bestimmte abfallwirtschaftliche Dienstleistungen geändert wurden.⁸⁴¹

Der Rahmenvertrag regelte die Grundlagen für die Durchführung der Einzelverträge und für „*die Übertragung künftiger neuer Aufgaben*“, „*sofern*“ diese auf den AN übertragen werden. *In concreto* handelte es sich um folgende einzelvertraglich geregelte Leistungen:

⁸³⁹ So das OLG unter Berufung auf *Prieß* in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß* (Hrsg), Das Recht der Auftragsvergabe (1999) 50.

⁸⁴⁰ Das übersieht *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Vergaberecht² § 99 Rz 451, wenn er die E für die Unzulässigkeit vorbehaltener Verlängerungsmöglichkeiten ins Treffen führt.

⁸⁴¹ VergabeR 2001, 329.

a) Einrichtung, Betrieb, Rekultivierung und Nachsorge der Deponie „H“, b) Rekultivierung und Nachsorge der Deponien „I“ und „S“, c) getrennte Erfassung und Entsorgung von Abfällen außerhalb der Deponie „H“, zB von Schadstoffen aus Haushaltungen, Kühlgeräten, Altreifen, Altpapier, d) Errichtung und Betrieb einer Mechanisch-Biologischen Restmüllbehandlungsanlage (im Folgenden: „MBRA“) und e) Errichtung und Betrieb einer Kompostierungsanlage.

Das OLG Düsseldorf stellte dazu fest, dass die **EckPV „erhebliche Änderungen, Leistungserweiterungen und Vertragszeitverlängerungen“** des bisherigen Vertrags zwischen AG und AN vorsehe. Weiters sei die EckPV, als vom AG entwickeltes, als wirtschaftliche Einheit konzipiertes „Gesamtkonzept“ in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Eine vergaberechtliche Einzelbeurteilung bestimmter Teilregelungen komme daher nicht in Betracht.

Zur grds Zulässigkeit von Leistungsänderungen stellte das OLG fest:

„Ein öffentlicher Auftraggeber und ein Auftragnehmer, die durch ein über längere Zeit hinweg zu erfüllendes Auftrags-, Verhältnis (im Sinne des § 99 GWB) [Anm: § 99 GWB definiert den Begriff „öff Auftrag“ und entspricht idZ Art 1 Abs 2 VergabeRL] schon miteinander verbunden sind, können die vom Auftraggeber vorzunehmende Beschaffung weiterer (im bestehenden Vertrag so noch nicht vorgesehener) Leistungen dem Vergaberecht nicht allein mit der Methode entziehen, daß sie bei der Vereinbarung der weiteren Leistungen an den bereits bestehenden Vertrag anknüpfen, diesen Vertrag also an den gewandelten Bedarf "anpassen" oder ihn - offen ausgedrückt - abändern. Wäre das möglich, so hätte es ein öffentlicher Auftraggeber in der Hand, ein einmal mit einer längerdauernden Leistung betrautes, ihm genehmes Unternehmen im Rahmen von dessen Leistungsfähigkeit immer wieder - am Wettbewerb vorbei - mit weiteren Leistungen zu beauftragen. Ein solches Ergebnis widerspräche, was nicht weiter begründet zu werden braucht, offensichtlich dem Zweck des Vergaberechts [...], wonach öffentliche Auftraggeber sich die von anderen Unternehmen zu erwerbenden Waren, Bau- und Dienstleistungen nur im Wettbewerb und mittels transparenter, das Gleichbehandlungsgebot wahrender Vergabeverfahren beschaffen sollen. Bei sogenannten Anpassungen oder Abänderungen schon bestehender Vertragsbeziehungen (im Sinne des § 99 GWB) ist daher zu beurteilen, ob die die "Anpassung" oder Abänderung ausmachenden vertraglichen Regelungen in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen bei wertender Betrachtung einer Neuvergabe gleichkommen. Bei einem solchen Beurteilungsergebnis fällt die Vertragsänderung (oder die sog. Vertragsanpassung) in den Anwendungsbereich des Vergaberechts.“⁸⁴²

Da im Rahmenvertrag auch „die Grundlagen [...] für die Übertragung künftiger neuer Aufgaben“ geregelt wurden, prüfte das OLG zunächst, ob die EckPV nicht „den Rahmen der

⁸⁴² Hervorhebungen durch den Verfasser.

bestehenden Verträge aus[fülle]“. Das OLG verneinte dies mit der Begründung, dass sich der AG im Rahmenvertrag nicht verpflichtet habe, neue Aufgaben der Abfallentsorgung an den AN zu vergeben (arg: *„künftige Aufgaben, sofern sie“* auf den AN übertragen werden). Aus diesem Grund unterliege die Übertragung neuer Aufgaben jedenfalls dem Vergaberecht.

Anschließend prüfte das OLG die einzelnen Leistungsänderungen (lit aa bis dd):

aa) Gemäß der EckPV wurde der AN verpflichtet, auf der Deponie „H“ *„so viel Fremdmüll anzuliefern und einzubauen, daß [...] bis zum 31.05.2005 die notwendige Rekultivierungshöhe erreicht ist.“* Nach dem ursprgl Einzelvertrag war der AN lediglich verpflichtet, bestimmten Abfall auf der Deponie „H“ anzunehmen und einzubauen. Zur Fremdmüllanlieferungen war der AN zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet. Auch die Verpflichtung zur Erreichung einer bestimmten Rekultivierungshöhe war im Einzelvertrag nicht vorgesehen. Das OLG erblickte darin eine *„erhebliche Leistungserweiterung“* gegenüber dem ursprgl Vertrag.

bb) Auch durch die in der EckPV vereinbarte *„thermische Behandlung“* wurde nach Ansicht des OLG *„das Leistungsspektrum der bisherigen Verträge“* erheblich erweitert bzw geändert. Als zusätzliche, bisher nicht geregelte Leistung, sollte der AN bis zum 31.05.2005 eine Gesamtabfallmenge von 60.000 t zur Müllverbrennungsanlage „W“ transportieren und Finanzierungsdienstleistungen hinsichtlich der Verbrennungskosten übernehmen. Zwischen 01.06.2005 und 31.12.2010 sollte der AN die Vorbehandlung (MBRA) und Verbrennung kommunaler Abfallmengen aus dem Kreis D in „W“ übernehmen. Damit verbunden wurde *„eine ganz erhebliche Laufzeitverlängerung des Vertrags über den Betrieb der MBRA von mindestens 7 % Jahren“* vorgesehen. Im Vergleich dazu sollte der ursprgl Vertrag *„acht Jahre nach Inbetriebnahme der MBRA“* enden. Weiters wurde der AN zur Verbrennung anstelle der ursprgl vorgesehenen Deponierung nicht verwertbarer Restabfälle verpflichtet. Im ursprgl Vertrag war die thermische Behandlung von Restabfallmengen überhaupt nicht vorgesehen.

cc) Die Änderungen bzgl der Leistung *„Kompostierung und Verwertung von Grün- und Bioabfällen“* wurden ebenfalls als *„erhebliche Abänderung der bisherigen Vertragslage“* qualifiziert. Gemäß dem Einzelvertrag *„über Errichtung und Betrieb einer Kompostierungsanlage“* war der AN verpflichtet, Grün- und Bioabfälle in einer zu errichtenden Anlage anzunehmen und weiterzuverarbeiten. In der EckPV wurde auf den Bau der Kompostierungsanlage *„verzichtet“*. Da der AN jedoch auch weiterhin zur Kompostierung

und Verwertung der Grün- und Bioabfälle verpflichtet war, wurde auch das für diese Leistung vorgesehene Entgelt geändert.

dd) Der von der EckPV umfasste „*Vertrag über die Verwertung von Elektro- und Elektronikschrott*“ war ursprgl nicht an den AN, sondern an einen Dritten vergeben worden. In der EckPV wurde auch diese Leistung auf den AN übertragen, wobei der AN verpflichtet wurde, sich des bisherigen Vertragspartners des AG als Erfüllungsgehilfen zu bedienen. Dieser Vorgang stelle – so das OLG Düsseldorf – eine „*Leistungserweiterung*“ dar.

Die unter aa) bis dd) festgestellten Leistungsänderungen qualifizierte das OLG Düsseldorf wenig überraschend als vergaberechtlich relevante „*erhebliche Abänderungen, Leistungserweiterungen und Laufzeitverlängerungen*“ des zwischen AG und AN bestehenden Vertrags.

4.2.3 OLG Celle 04.05.2001, 13 Verg 5/00

Das OLG Celle musste die Zulässigkeit einer **Vertragsklausel** prüfen, nach der sich **Dienstleistungsaufträge** über Schülerbeförderungen mit einjähriger Laufzeit **automatisch** um ein weiteres Jahr **verlängern, wenn sie nicht gekündigt werden**.⁸⁴³

Das OLG Celle entschied: „*In dem Gebrauchmachen von einer Option durch den Auftraggeber oder dem Unterlassen einer Kündigung liegt kein neuer Vertragsabschluss. Der ursprüngliche auf Grund zweier Willenserklärungen zu Stande gekommene Vertrag wird fortgesetzt.*“

4.2.4 OLG Rostock 05.02.2003, 17 Verg 14/02

Auch das OLG Rosstock hatte die **Zulässigkeit vertraglich vorbehaltener Leistungsänderungen** zu beurteilen: Gegenstand der ursprgl Ausschreibung war der Bau und die betriebsfertige Lieferung eines eisrandfähigen Forschungsschiffs.⁸⁴⁴ Auftragsbestandteil war dabei ua der Einbau eines sog „*hydroakustischen Systems/Echolot*“. Die Bieter hatten idZ eine „*bewährte Anlage*“ anzubieten, deren wichtigste Daten bzw technische Spezifikationen „*in einer Liste als Grundposition*“ anzugeben. Andere Anlagen konnten als Wahlposition angeboten werden.

⁸⁴³ NZBau 2002, 53.

⁸⁴⁴ VergabeR 2003, 321 mit Anm v Müller-Wrede = NZBau 2003, 457.

Der spätere AN hatte ursprgl das System „X“ angeboten. Aufgrund eines Aufklärungsgesprächs mit dem AG änderte er sein Angebot nachträglich auf das System „Y“. Auf das Angebot mit dem System „Y“ wurde der Zuschlag erteilt. Gem § 2 VOL/B, der ausschreibungsgemäß Vertragsbestandteil wurde, war der AG berechtigt, nachträgliche, im Verhältnis zum Gesamtauftrag geringfügige, Änderungen der Beschaffenheit des Leistungsgegenstands zu fordern. Unter Zustimmung des AN machte der AG **zwei Monate nach Zuschlagserteilung** von seinem Recht Gebrauch, indem er vom AN den **Einbau des Systems „Z“** verlangte.

Da der AG *„lediglich von der vertraglichen – in §2 VOL/B vorgesehenen – Möglichkeit Gebrauch“* machte, sei in der gewählten Vorgehensweise grds **keine unzulässige Umgehung** des Vergaberechts zu erblicken. Insb sollte – so das OLG weiter – die Durchführung einer Ausschreibung nicht vermieden werden.⁸⁴⁵ An diesem Ergebnis ändere auch nicht, dass die Lieferung des Echolotsystems für die Forschungszwecke eine *„wesentliche Bedeutung habe“*, *„da es insoweit auf eine wirtschaftliche Betrachtung ankommen muss.“*

Dennoch hatte das OLG Rostock aus einem **anderen Grund Bedenken** gegen die Zulässigkeit der nachträglichen Leistungsänderung. Der Auftragswert der von der Vertragsänderung betroffenen **Teilleistung** lag nämlich über dem für die Anwendung der VergabeRL maßgeblichen **Schwellenwert**. Der vor diesem Hintergrund *„denkbare Missbrauch der Vertragsänderung“* bewog das OLG, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:⁸⁴⁶

„Handelt es sich bei einer Vereinbarung eines geschlossenen öffentlichen Lieferauftrages (Beschaffung anderer als der ursprünglichen vorgesehenen Güter) um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Lieferauftrag [Anm: iSd LKRL], wenn der Wert der von der Änderungsvereinbarung betroffenen Güter den Schwellenwert [Anm: der LKRL] überschreitet und 2. für die von der Änderungsvereinbarung betroffenen Güter ein Lieferantenwechsel erfolgt und zugleich die Spezifikation für diese Güter maßgeblich geändert wird?“

Ob die Bedenken des OLG Rosstock zu Recht bestehen, ist fraglich. Hintergrund ist aber offenbar der Gedanke, dass **mit dem Überschreiten der Schwellenwerte der Anwendungsbereich** der VergabeRL begründet wird.

⁸⁴⁵ IdS *Müller-Wrede*, VergabeR 2003, 329, nach dem in der nachträglichen Änderung ua deshalb keine Umgehung des Vergaberechts zu sehen sei, da die Leistung bereits Gegenstand eines Vergabeverfahrens war.

Allerdings ist die Zulässigkeit der nachträglichen Änderung aus einem anderen Grund überprüfenswert. Ein ganz anderer Aspekt des Falls offenbart nämlich ein evidenten Missbrauchspotenzial. In der Ausschreibung war kein bestimmtes hydroakustisches System gefordert. Die in der Ausschreibung vorgesehene Änderungsklausel des § 2 VOL/B berechnete den öff AG allerdings **nachträglich, ein von ihm gewünschtes System eines namentlich genannten Unternehmens(!) zu fordern**. Im Rahmen der Ausschreibung wäre dem AG eine derartige Vorgehensweise aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes verwehrt gewesen. Insb hätte der AG das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung einzuhalten⁸⁴⁷ bzw das Verbot einer produktspezifischen Leistungsbeschreibung zu beachten gehabt. Durch die Ausübung seines Änderungsrechts konnte der AG nachträglich diese Grundsätze umgehen.

4.2.5 OLG Jena 14.10.2003, 6 Verg 5/03

Gegenstand des Verfahrens war die **Verlängerung** eines vom 01.01.2002 bis 31.12.2002 **befristeten Dienstleistungsauftrags** über Betrieb, Überwachung, Wartung und Instandhaltung diverser Anlagen der Trinkwasserversorgung und Abwasserbehandlung einschließlich eines entsprechenden Leitungsnetzes in einem Industrie- und Gewerbepark.⁸⁴⁸

Da eine Verlängerung des Leistungszeitraums – in Form einer Klausel, die die automatische Verlängerung für den Fall der Nichtkündigung vorsah – weder im Vertrag noch der Ausschreibung vorgesehen war, prüfte das OLG, ob dadurch „*ein wesentliches Element der geschuldeten Leistung*“ geändert wurde.

Das OLG stellte fest: „*Sehen beispielsweise die Ausschreibungsbedingungen für die Errichtung eines Bauwerks eine zeitliche Befristung vor, mag es vorkommen, dass sich die Ausführung aus projektspezifischen Gründen verzögert. Verständigen sich die Parteien in solch einem Fall darauf, den Vertrag den Umständen anzupassen und den Leistungszeitraum nachträglich zu verlängern*“, handelt es sich „*nicht automatisch*“ um einen **neuen Auftrag**. „*Ein solcher Fall ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die geschuldete Leistung ihrer Natur nach von vornherein zeitlich begrenzt ist, wie etwa die Herstellung oder Lieferung einer Sache; dann stellt der Zeitpunkt der Fertigstellung eine bloße Modalität der Leistung dar.*“

⁸⁴⁶ Das Vorabentscheidungsverfahren, Rs C-50/03, *Simrad GmbH* wurde noch vor der E des EuGH zurückgezogen. Streichung im ABI C 2005/45, 19. Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁸⁴⁷ Vgl *Öhler in Aicher/Schramm*, Vergaberecht und PPP 25 mwN.

⁸⁴⁸ VergabeR 2004, 113. Abrufbar in der Rsp-Datenbank des OLG Jena: <http://www.thueringen.de/olg/urteil/infothek10.html>.

Anders gelte jedoch bei einem **Dauerschuldverhältnis**, „*in dem eine ihrer Natur nach zeitlich nicht begrenzte Tätigkeit geschuldet ist, wie etwa der Betrieb und die Instandhaltung einer Anlage. In diesem Fall stellt das Zeitmoment nicht nur eine untergeordnete Modalität der Leistung dar, sondern ist selbst wesentliches Element der geschuldeten Leistung im Sinne einer 'Leistung auf Zeit'*.“

Das OLG kam daher zum Schluss, dass im vorliegenden Fall ein befristetes Dauerschuldverhältnis im oben beschriebenen Sinn durch die Vereinbarung der Verlängerungsklausel in ein unbefristetes umgewandelt wurde, und daher ein ausschreibungspflichtiger öff Auftrag vorliegt. Bemerkenswert an der E ist die **Abgrenzung zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnissen**, die von der neueren dLit (siehe Pkt VI.4.3.2) zust aufgegriffen wurde.

4.2.6 OLG Hamburg 25.01.2007, 1 Verg 5/06

Das OLG Hamburg musste ua – soweit sich das aus der knappen Begründung herauslesen lässt – **Änderungen der Preise und tw der Leistungsbeschreibungen**, darüber hinaus nicht näher beschriebener „Sonderabsprachen“ eines im Jahr 2003 vergeben öff Auftrags prüfen.⁸⁴⁹ Auftragsgegenstand waren organisatorische Dienstleistungen für Messen und Kongresse, die der öff AG veranstaltete. Im Jahr 2006 vereinbarten AG und AN einen neuen Vertrag über diese Leistungen „*mit zahlreichen Modifikationen insbesondere bezüglich der Vergütung und der Sonderabsprachen*“, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Das OLG prüfte zunächst, ob die „*Neufassung in dem alten Vertrag vom 3. Dezember 2006 angelegt gewesen*“ war. Da das nicht der Fall war, stellte es auf die Wesentlichkeit der Änderungen ab. Das OLG entschied, ohne das im Einzelnen zu begründen, dass die Änderungen wesentlich waren. Darüber hinaus seien AG und AN „*selbst von einem 'neuen' Vertrag ausgegangen, da sie in § 13 Nr. 5 des Vertrages vom 10. Januar 2006 vereinbart haben, dass das 'bisherige Vertragsverhältnis durch diesen Vertrag ersetzt wird'*.“

4.2.7 OLG Celle 29.10.2009, 13 Verg 8/09

Gegenstand des Verfahrens vor dem OLG Celle war die **Änderung eines Auftrags über die Müll- und Wertstoffabfuhr** durch die **nachträgliche Einführung der sog „blauen Tonne“**

⁸⁴⁹ VergabeR 2007, 358. Abrufbar in der Rsp-Datenbank des OLG Hamburg: http://lrha.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/ha_frameset.py?GerichtName=Hanseatisches+Oberlandesgericht+Hamburg&GerichtAuswahl=OLG+Hamburg.

für Pappe, Papier und Kartonagenabfälle (im Folgenden: „PPK-Abfall“).⁸⁵⁰ Die blaue Tonne war ein sog Hohlsystem: Die blauen Tonnen sollten vom AN jedem Grundstückseigentümer auf sein Grundstück gestellt und regelmäßig geleert werden.

Das Sammeln von PPK-Abfall iSd blauen Tonne war im ursprgl Auftrag, in dem die Leistungen des AN detailliert festgelegt waren, nicht vorgesehen, uzw auch nicht optional. Erst nachträglich, während der Auftragsdurchführung, wurde der Auftrag um diese Leistung erweitert. Ursprgl Auftragsgegenstand im Bereich des PPK-Abfalls war die Abfuhr von Altpapier im Rahmen einer monatlichen Straßensammlung (sog Bündelsammlung) und das Aufstellen und Entleeren von 120 Depotcontainern für die Erfassung von Altpapier. Darüber hinaus bestand ein Hohlsystem lediglich für PPK-Abfall aus „Gewerbe, Handel, Heime, Mehrfamilienhausbebauung und Freizeiteinrichtungen“, das aus dort aufgestellten Behältern bestand.

Die Vergütung des AN richtete sich im Wesentlichen nach der „abgefahrenen“ Menge der Abfälle. In Verbindung mit der Einführung der blauen Tonne wurde zwischen AG und AN auch eine **Änderung der Vergütung** vereinbart. Insgesamt kam es zu einer Erhöhung des Entgelts um ca € 190.000,- netto pro Jahr. Darüber hinaus wurde die vertragliche „Vergütungsstruktur“ geändert. Einerseits wurden die Einheitspreise für die Leistung „Abfuhr Straßensammlung“ fast verdoppelt, andererseits wurde für die Leistung „Gestellung und Abholung von Depotcontainer“ die Abrechnung vom Einheits- auf einen Pauschalpreis geändert.

Im ursprgl Leistungsvertrag bestand für Vertrags- und Preisanpassungen folgende Regelung: *„Bei anderen wesentlichen Änderungen der Leistung, etwa aufgrund von geänderten rechtlichen Bestimmungen oder aufgrund von Satzungsänderungen oder anderer Beschlüsse des Landkreises L., gelten bezüglich Vertragsanpassungen/Preisanpassungen die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere § 2 VOL/B und die §§ 313, 314 BGB, soweit in diesem Vertrag nichts abweichendes geregelt ist.“*

Das OLG löste die Frage anhand der vom EuGH in der Rs *pressetext* (siehe Pkt IV.3) aufgestellten Abgrenzungskriterien. Es entschied, dass die nachträgliche Einführung der „blauen Tonne“ eine **wesentliche Änderung** des ursprgl Auftrags sei, *„weil damit Bedingungen eingeführt werden, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen*

⁸⁵⁰ Abrufbar in der Rsp-Datenbank des OLG Celle: <http://app.olg-ol.niedersachsen.de/efundus/index.php4>.

Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglich Vergabeverfahrens gewesen wären.“

Das OLG stellte dabei auf die **Möglichkeit der Wettbewerbsverzerrung** ab. *„Unstreitig ist für die Umsetzung dieses Systems [Anm: der blauen Tonne] eine andere technische Ausrichtung der bisher entsprechend dem Entsorgungsvertrag ausgestatteten und eingesetzten Sammelfahrzeuge sowie die Aufstockung des Fuhrparks um ein Fahrzeug mit Personal erforderlich. Dass aufgrund dieser anderen technischen und organisatorischen Voraussetzungen für ein Holsystem in Form der blauen Tonne, das mehr auf den Bedarf des privaten Grundstückseigentümers abstellt, bei einer entsprechenden Ausschreibung des ursprünglichen Entsorgungsvertrages **die Annahme eines anderen Angebots als das der Beigeladenen möglich gewesen wäre, ist nicht ausgeschlossen.**“*

Begründend führte es aus, dass im Leistungsvertrag detailliert geregelt war, *„welche konkreten Leistungen Gegenstand des vertraglich vereinbarten Leistungsumfangs sein sollten.“* Vereinbart war neben der Straßensammlung zwar auch ein Holsystem in Form der Depotcontainer. *„Diese sollten aber nur in dem Bereich Gewerbe, Handel, Heime, Mehrfamilienhausbebauung und Freizeiteinrichtungen eingesetzt werden. Ein Holsystem in Form von auf Wunsch bereit gestellten blauen Tonnen, durch die das Einsammeln von PPK bei jedem Grundstückseigentümer vor Ort erfolgen sollte, wird dagegen in den detailliert beschriebenen vertraglichen Leistungspflichten an keiner Stelle erwähnt.“* Allein das spreche für die Annahme *„einer **substanziell anderen Leistung**“*, so das OLG. Es handle sich nicht bloß um eine *„andere Sammelvorrichtung“*.⁸⁵¹ *„Zudem erfordert dieses Holsystem [...] verschiedene technische Anpassungen, eine Aufstockung des Fuhrparks und weiteres Personal, was ebenfalls für einen anderen Leistungsgegenstand spricht.“*

Das OLG qualifizierte weiters die nachträgliche Änderung der *„Vergütungsstruktur und der daraus resultierenden **Erhöhung des Entgelts** um ca. 190.000 € netto jährlich“* zu Gunsten des AN als wesentliche Änderung. *„Denn der Preis ist eine wesentliche Bedingung eines öffentlichen Auftrags“*, so das OLG unter Verweis auf die Rs *pressetext* (siehe Pkt IV.3). IdZ stellte das OLG unter Anlehnung an das OLG Rostock (siehe Pkt VI.4.2.4) und *Kulartz/Duikers*⁸⁵² darauf ab, ob der *„absolute Wert der Vertragsänderung den maßgeblichen Schwellenwert“* überschreitet. IdF sei der Anwendungsbereich des Vergaberechts grds eröffnet. Der – *„isoliert betrachtete“* – *„absolute Wert der*

⁸⁵¹ Unter Verweis auf die VK Brandenburg 17.06.2008, VK 13/08.

⁸⁵² *Kulartz/Duikers*, VergabeR 2008, 728 u 734.

*Vertragsänderung umgerechnet auf die gesamte Vertragslaufzeit“ betrug über € 1,500.000,-- und lag somit über dem Schwellenwert. Darüber hinaus stelle „eine jährliche Entgelterhöhung in Höhe von ca. 12 % des gesamten Entgeltbetrages eine Größenordnung dar, bei der regelmäßig eine **Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts** des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers anzunehmen ist“.*

Zuletzt prüfte das OLG, ob die Preisänderung von der **Änderungsklausel** gedeckt war. Das OLG stellte fest, dass die „wesentlichen Änderungen der Leistung“, auf die in der Klausel Bezug genommen wurde, „begriffsnotwendig eine vergaberechtlich relevante Änderung“ und „*folglich als Neuvergabe von Leistungen anzusehen*“ seien. Darüber hinaus sei gem § 2 Nr 3 VOL/B⁸⁵³ ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren, wenn durch Änderungen in der Beschaffenheit der Leistungen die Preisgrundlagen geändert werden. „*Änderungen von Art und Umfang der Leistungen*“, wie die Einführung der blauen Tonne, fielen nicht darunter, so das OLG. § 2 Nr 3 VOL/B sei ausschließlich anwendbar auf „*qualitative Änderungen in der Sache selbst, wie z. B. ein anderer Ausführungsstermin, ein anderer Ort der Leistungserbringung oder eine Veränderung der im Zusammenhang stehenden Rechte sowie alle nach der Verkehrssitte branchenüblichen Nebenleistungen*“.⁸⁵⁴

4.3 Deutsche Literatur

In der dLit wird bei der Frage der Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen zwischen ursprgl nicht vorgesehen **inhaltlichen Vertragsänderungen (Pkt VI.4.3.1)** und **Vertragsverlängerungen (Pkt VI.4.3.2)** auf der einen Seite, und Vertragsänderungen und Vertragsverlängerungen, die auf **vorbehaltenen Änderungsrechten** beruhen (**Pkt VI.4.3.3**), auf der anderen Seite unterschieden.

4.3.1 Leistungsänderungen

In der älteren Lit wurde die Frage nachträglicher Leistungsänderung ausschließlich vor dem Hintergrund der Sondertatbestände der VVoB diskutiert: *Boesen*, der sich ausschließlich auf **Auftragserweiterungen** bezieht – diese lägen vor, wenn ein Auftrag „*nachträglich einen größeren Umfang*“ bekommen soll –, betont, dass bestimmte Auftragserweiterungen von den

⁸⁵³ § 2 Nr 3 VOL/B lautet: „*Werden durch Änderung in der Beschaffenheit der Leistung die Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren.*“

⁸⁵⁴ Unter Verweis auf *Müller in Daub/Eberstein* (Hrsg), Kommentar zur VOL/B³ § 2 Rz 20 ff.

Ausnahmetatbeständen der VVoB erfasst werden. Liegen ihre Voraussetzungen nicht vor, seien Auftragserweiterungen nach den allg Regeln zu beurteilen und damit grds ausschreibungspflichtig.⁸⁵⁵ Dieser systematisch zutr Ansatz ist mittlerweile überholt.

Nach der dhL ist der Kreis zulässiger Leistungsänderungen nicht von den Ausnahmetatbeständen der Verhandlungsverfahren beschränkt. Systematische Überlegungen haben idZ kaum Bedeutung. Die Diskussion kreist vielmehr um die **Kriterien zur Unterscheidung** zwischen zulässigen und unzulässigen Leistungsänderungen:

Während nach *Dreher* entscheidend ist, ob eine Leistungsänderung „*ihrem Umfang und ihrer Wirkung nach dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichsteht*“ – idF liege „*die Annahme einer Umgehung*“ des Vergaberechts nahe – ,⁸⁵⁶ kommt es für *Stickler*⁸⁵⁷ darauf an, ob die Änderung funktional „*einer Kündigung des bestehenden Vertrages, verbunden mit einem Neuabschluss gleichkommt, was der Fall sein dürfte, wenn die Vertragänderung nicht völlig unbedeutend ist.*“

MaW wird zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen unterschieden. Entscheidend sei idZ „*die Überschreitung einer Relevanzschwelle*“, die nur einzelfallbezogen bestimmt werden könne, wie *Marx* betont. Es sei zwischen „*noch zulässigen reinen Vertragsmodifizierungen*“ und ausschreibungspflichtigen Vertragsänderungen zu unterscheiden. Inhaltliche Änderung seien zwar neue vertragliche Bindungen und damit grds als öff Auftrag zu qualifizieren, dennoch seien sie zulässig, denn „*[f]ür eine solch strenge Auslegung des Vergaberechts gibt es indessen keinen vernünftigen Grund.*“ Keine Neuausschreibungspflicht bestehe darüber hinaus beim Erfüllen eines **Ausnahmetatbestands**, oder „*wenn der Inhalt der Erweiterung so eng mit dem ursprünglichen Vertrag verbunden ist, dass eine selbstständige Vergabe von der Sache her nicht möglich ist.*“⁸⁵⁸

Andere Autoren bieten **konkrete Abgrenzungskriterien** an. Nach *Zeiss*⁸⁵⁹ sind unter „*wesentlichen Vertragsbestandteilen*“ jene Bestandteile eines Vertrags zu verstehen, die **zivilrechtlich zum gültigen Zustandekommen eines Vertrags erforderlich** sind, wie Regelungen über die Vertragsparteien, den Leistungsinhalt („*Welche Kategorien von Müll*

⁸⁵⁵ *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 46f.

⁸⁵⁶ *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 99 Rz 15 u 16; *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz* (Hrsg), Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006) § 99 Rz 69.

⁸⁵⁷ *Stickler* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht² § 99 Rz 4b, unter Verweis auf *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 99 Rz 15f.

⁸⁵⁸ *Marx*, NZBau 2002, 313.

⁸⁵⁹ *Zeiss* in *Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß* (Hrsg), Praxiskommentar Vergaberecht (2005) § 99 Rz 55f.

und Abfall müssen aus welchen Behältnissen in welchen Zeitabständen abtransportiert werden?“), das Entgelt, die Laufzeit und Kündigungsmöglichkeiten. Werden solche Bestimmungen geändert, liege stets ein neuer Auftrag vor.

*Eschenbruch*⁸⁶⁰ unterscheidet bei Vertragsänderungen zwischen **Auftragserweiterungen**, wo der Leistungsumfang erweitert wird, und **inhaltlichen Auftragsänderungen**, die durch eine Änderung des Auftragsinhalts gekennzeichnet sind. Bei Auftragserweiterungen komme es darauf an, ob die zusätzlichen bzw zu ergänzenden Leistungen überhaupt selbstständig vergeben werden können. *Eschenbruch* hat hier die Sondertatbestände des VVoB vor Augen. Kein neuer Auftrag liege – entsprechend seiner Ansicht zu Vertragsverlängerungen (siehe Pkt VI.4.3.2) – dann vor, wenn unerwartete „zusätzliche oder geänderte Leistungen“ zur Erfüllung des „Projektzieles“ erforderlich seien. Bei Änderungen des Auftragsinhalts, sei eine Einzelfallbetrachtung notwendig. „**Abwicklungsorientierte Änderungen**“, wie die Änderung der Rahmenbedingungen des Arbeitseinsatzes oder der Abwicklung des Zahlungsverkehrs, seien nicht als neuer Auftrag zu qualifizieren. Umgekehrt liege ein neuer Auftrag bei **Änderungen des „wirtschaftlichen Gesamtgefüges“** des Vertrags, wie insb bei Änderungen der Hauptleistungspflichten, vor. Ob eine inhaltliche Auftragsänderung aufgrund „vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage durchsetzungsfähig wäre“, sei nicht ausschlaggebend, da der öff AG nicht gezwungen sei, von seinem Änderungsrecht Gebrauch zu machen.

IdS geht auch *Prieß* davon aus: „[D]ass immer dann von einem neuen Auftrag und somit von dem Bedarf eines neuen Vergabeverfahrens auszugehen ist, wenn die Vertragsverlängerung oder -umgestaltung nur durch eine **beiderseitige Willenserklärung** zustande kommen kann.“⁸⁶¹ Obwohl das auf alle Leistungsänderungen zutrifft, die nicht auf einem vertraglichen oder gesetzlichen Änderungsrecht beruhen, geht *Prieß* davon aus, dass „das beiderseitige Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien nämlich nur dann erforderlich [sein] wird“, wenn die Vertragsverlängerungen keine „unbedeutende Erweiterung“ des bisherigen Vertrags darstellt, sondern „wirtschaftlich dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichkommt“. Jedenfalls begründe die **Änderung der essentialia negotii** eines öff Auftrags („wenn etwa die beschafften Gegenstände oder Dienstleistungen der Sache oder dem Umfang nach sowie die Preise maßgeblich verändert werden“) einen neuen Auftrag.

⁸⁶⁰ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, GWB-Vergaberecht § 99 Rz 78f.

⁸⁶¹ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 112 mwN.

Einen differenzierten Ansatz vertritt *Hailbronner*.⁸⁶² Nach seiner Auffassung kommt es auf die **Wettbewerbsrelevanz** der nachträglichen Änderung an. Entscheidend sei nicht der Inhalt der geänderten Vertragsbedingungen. Die Zulässigkeit von Leistungsänderung sei vielmehr anhand ihrer **Auswirkungen auf den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz** zu messen: „Ausgehend vom Sinn des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts, den freien Wettbewerb und die Chancengleichheit zu gewährleisten, erscheint die Neuausschreibung dann als geboten, wenn aufgrund der Änderungen der Vertragsbedingungen zu erwarten ist, dass wesentlich andere bzw. viele Bieter am Vergabeverfahren teilnehmen würden.“ Das Erscheinen neuer Bieter am Markt reiche für sich genommen jedoch nicht zur Begründung einer Neuausschreibungsverpflichtung aus.

Im Anschluss an die Rs presstext wird in der neueren dLit versucht, die dort aufgestellten Kriterien (siehe Pkt IV.3.3) weiter zu konkretisieren. Obwohl der Lösungsansatz, der darauf abstellt, ob sich ein Auftrag inhaltlich so weit geändert hat, dass ein neuer Auftrag begründet wird, überholt ist, halten *Kulartz/Duikers* daran fest. **Wesentlich** seien nachträgliche Änderungen, wenn die *essentialia negotii* des Leistungsvertrags so weit geändert werden, dass sich die „Identität des Auftragsgegenstands“ ändert; bei Auftragserweiterungen die Voraussetzungen eines VVoB nicht vorliegen,⁸⁶³ oder wenn der absolute **Wert der Änderung isoliert betrachtet den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet**.⁸⁶⁴ **Unwesentlich** sollen Änderungen sein, wenn lediglich abwicklungsorientierte Vertragsbedingungen geändert werden.⁸⁶⁵ Ist eine eindeutige Zuordnung nicht möglich, soll geprüft werden, „inwieweit“ die *essentialia negotii* geändert werden; ob die Änderung bezogen auf das ursprgl Verfahren einen Bietersturz verursacht hätte, oder ob der AG schon während der ursprgl Ausschreibung vom Änderungsbedarf wusste, was auf eine „bewusste Umgehung“ hindeute. Darüber hinaus könne auf den Wert der Vertragsänderung abgestellt werden.

4.3.2 Vertragsverlängerungen

Nach dhL sind Vertragsverlängerungen dann zulässig, wenn sie im ursprgl Auftrag vorgesehen waren. Bei nicht vorbehaltenen Vertragsverlängerungen unterscheidet die neuere Lit – dem OLG Jena folgend (siehe Pkt VI.4.2.5) – zwischen **Ziel- und Dauerschuldverhältnissen**.

⁸⁶² *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Vergaberecht² § 99 Rz 449f.

⁸⁶³ Das haben *Kulartz/Duikers*, VergabeR 2008, 734 wohl vor Augen? Die Formulierung ist unklar.

⁸⁶⁴ Zu diesem Kriterium unter Verweis auf *Egger*, Europäisches Vergaberecht 118 Rz 1295.

⁸⁶⁵ *Kulartz/Duikers*, VergabeR 2008, 734 mwN.

Ist die Vertragsverlängerung vertraglich vorgesehen, wurde sie in der Ausschreibung bekannt gemacht und beim Zuschlag berücksichtigt, bilde sie zusammen mit dem übrigen Auftragsbestandteilen einen einheitlichen Auftrag.⁸⁶⁶ Es müsse daher geprüft werden, ob der „alte“ Vertrag fortgesetzt werde oder eine neue vertragliche Bindung entstehe.⁸⁶⁷ Umgekehrt liegt nach *Dreher* eine Umgehung des Vergaberechts vor, wenn die Vertragsverlängerung nicht in der Ausschreibung vorgesehen und „ihrem Inhalt und Umfang nach“ einen neuen Vertrag darstellt.⁸⁶⁸ Nach aA stellen nicht vorbehaltenen Vertragsverlängerungen alleine „ihrem Inhalt und Umfang nach“ eine ausschreibungspflichtige Neuvergabe dar.⁸⁶⁹

Einigkeit besteht auch darüber, dass die Nichtausübung eines Kündigungsrechts vergaberechtlich irrelevant ist, wenn die Nichtausübung des Kündigungsrechts automatisch zur Vertragsverlängerung führt.⁸⁷⁰ Denn hier sei, genauso wie bei einer Verlängerungsoption, von vornherein klar, dass der Vertrag verlängert werden kann. Die Ausübung einer Verlängerungsoption und die Nichtausübung eines Kündigungsrechts haben idF dieselbe Wirkung.⁸⁷¹

Nach *Prieß* ist bei der Ausübung vertraglich vorgesehener Verlängerungsmöglichkeiten sowohl der **Wettbewerbs-** als auch der **Transparenzgrundsatz** zu beachten, könne es doch sonst zu wiederholten Vertragsverlängerungen „unter Ausschluss des Wettbewerbes kommen“. Die Transparenz sei dann gewahrt, wenn in der Ausschreibung die Bedingungen der Vertragsverlängerung detailliert geregelt sind, und die Verlängerung bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts berücksichtigt wurde.⁸⁷² IdS stellt auch *Hailbronner* auf die „**wettbewerbskonforme Ausgestaltung der Verlängerungsoption**“ ab. Diese liege vor, wenn die durch die Vertragsverlängerung erreichte Vertragsdauer und die Verlängerungsmöglichkeit an sich „durch die jeweilige Auftragsart gerechtfertigt“ seien.⁸⁷³ Insb müsse die Begründung und Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden.⁸⁷⁴

⁸⁶⁶ *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 99 Rz 15 u *Stickler* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht² § 99 Rz 4b; IdS *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Vergaberecht² § 99 Rz 449f.

⁸⁶⁷ Marx, NZBau 2002, 311. Nur dann, wenn „wenn der Inhalt der Erweiterung so eng mit dem ursprünglichen Vertrag verbunden ist, dass eine selbstständige Vergabe von der Sache her nicht möglich ist“ entstehe kein neuer Auftrag, was aber „nur beim Hinzutreten ganz besonderer Umstände“ denkbar sei.

⁸⁶⁸ *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 99 Rz 15f.

⁸⁶⁹ *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Vergaberecht² § 99 Rz 450; *Knauff*, Vertragsverlängerungen und Vergaberecht, NZBau 2007, 347 (349) mwN.

⁸⁷⁰ Marx, NZBau 2002, 312; *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Vergaberecht² § 99 Rz 449f mwN; *Stickler* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht² § 99 Rz 4c mwN.

⁸⁷¹ *Knauff*, NZBau 2007, 349 mwN.

⁸⁷² *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 112 u 113.

⁸⁷³ IdS *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 48 unter Verweis auf *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement (1996) 120, 122 u *Prieß* in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Auftragsvergabe 50, nachdem die Verlängerung nicht zu einer den Wettbewerb einschränkenden Vertragsdauer führen darf.

⁸⁷⁴ *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Vergaberecht² § 99 Rz 452.

Die neue Lit⁸⁷⁵ vertritt – dem OLG Jena (siehe Pkt VI.4.2.5) folgend – ein grds anderes Konzept. Nach diesem Ansatz ist im Wesentlichen zwischen Leistungsänderungen bei **Ziel- und Dauerschuldverhältnissen** zu unterscheiden. Die Zulässigkeit von **Vertragsverlängerungen** richte sich nach dem ursprgl **Vergabeziel**: *„Handelt es sich [...] um eine einmalige, von vornherein aufgrund einer Objektbindung in zeitlicher Hinsicht begrenzte Aufgabe, wie die Errichtung eines Bauwerks, dann stellen solche Maßnahmen, die lediglich dazu dienen, das einmal definierte Projektziel, wenn auch unter geänderten Umständen (gleichgültig von wem verursacht) zu erreichen, lediglich (ungewollte) Leistungsabweichungen dar, die vom ursprünglichen Vergabeziel noch gedeckt sind.“* Solche Änderungen, wie zB die nachträglich vereinbarte Änderung der Bauzeit *„aufgrund eingetretener Störungen/Behinderungen“*, seien wirtschaftlich nicht als Neuvergabe zu qualifizieren. Umgekehrt stellten bspw Verlängerungen langfristiger Dienstleistungsaufträge einen neuen öff Auftrag dar.⁸⁷⁶ Anderes gelte, wenn der Leistungszeitpunkt nicht bloß eine *„Modalität“*, sondern wesentliches Element der Leistung ist. Das sei bei Dauerschuldverhältnissen der Fall.⁸⁷⁷

Entgegen der hL, die von der vergaberechtlichen Zulässigkeit unbefristeter Verträge ausgeht,⁸⁷⁸ vertritt *Eschenbruch*, dass eine über einen *„angemessenen Zeitraum“* hinausgehende Auftragsdauer, unabhängig von ihrer rechtlichen Grundlage, einen ausschreibungspflichtigen öff Auftrag darstellen kann.⁸⁷⁹ Eine ähnliche Ansicht vertritt die Kommission.⁸⁸⁰ Die Grenze sei daher insb auch bei Verlängerungsklauseln, die eine automatische Vertragsverlängerung für den Fall der Nichtkündigung vorsehen, einzuhalten. *Eschenbruch* leitet das insb aus der in Art 32 Abs 2 VergabeRL normierten **vierjährigen Höchstdauer** von Rahmenvereinbarungen ab. Eine längere Vertragsdauer könne jedoch (unter analoger Anwendung der Bestimmungen über Rahmenverträge) aufgrund des Auftragsgegenstands gerechtfertigt sein. Die Ansicht ist überholt. Der **EuGH** hat in der Rs *pressetext* klargestellt, dass der Abschluss von **unbefristeten öff Aufträgen zulässig** ist.⁸⁸¹

⁸⁷⁵ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, *GWB-Vergaberecht* § 99 Rz 67f mwN; *Ziekow*, *VergabeR* 2004, 433 mwN; *Pünder* in *Müller-Wrede*, *Kompendium des Vergaberechts* 144 Rz 43; *Kulartz/Duikers*, *VergabeR* 2008, 729 u 738.

⁸⁷⁶ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, *GWB-Vergaberecht* § 99 Rz 67f mwN.

⁸⁷⁷ *Ziekow*, *VergabeR* 2004, 433 mwN.

⁸⁷⁸ Vgl nur *Prieß*, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*³ 110; *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*³ § 99 Rz 15 sofern dies *„nicht gezielt zur Umgehung des Vergaberechts eingesetzt wird.“* u *Heid* in *Heid/Preslmayr*, *Handbuch*² 171. Die hL beruft sich dabei auf Art 9 Abs 6 u 8 VergabeRL (bzw ihre Vorgängerbestimmungen), der die Berechnung des geschätzten Auftragswerts bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit regelt. Offen lassend SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 40, nach der aber ein Kündungsverzicht bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis unzulässig sein soll, Rn 74.

⁸⁷⁹ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, *GWB-Vergaberecht* § 99 Rz 76; zust *Pünder* in *Müller-Wrede*, *Kompendium des Vergaberechts* 144 Rz 43.

⁸⁸⁰ *Kommission*, *Grünbuch öffentlich-private Partnerschaften* 16. Die Vertragsdauer sei *„so festzulegen, dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen.“*

⁸⁸¹ *EuGH* 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 74.

4.3.3 Vorbehaltene Leistungsänderungsrechte

Die grds Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen, die auf der Ausübung von Optionen und anderen in der Ausschreibung vorbehaltenen Änderungsrechten beruhen, ist in der dLit unbestritten.⁸⁸² Die iZm Vertragsverlängerungen tw verlangte Beachtung des Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatzes wird auch hier gefordert.⁸⁸³ Die Bedingungen der Leistungsänderung sollen bekannt gemacht und bei der Berechnung des Auftragswerts berücksichtigt werden. Tw wird gefordert, dass sich der „wesentliche Inhalt“ der Änderung aus dem ursprgl Vertrag ergeben muss.⁸⁸⁴

*Stickler*⁸⁸⁵ bezieht nicht nur vertraglich vorbehaltene **Vertragsänderungen**, sondern generell auch **Änderungen**, die auf einer **gesetzlichen Grundlage beruhen**, in den Kreis zulässiger Leistungsänderungen mit ein. IdS wären bspw Vertragsanpassungen zulässig, die auf der Störung der Geschäftsgrundlage, dem Irrtums- oder Gewährleistungsrecht beruhen. Dem dürfte der Gedanke zugrunde liegen, dass idF keine beabsichtigte Umgehung des Vergaberechts vorliegt.⁸⁸⁶ Das greift aber angesichts der gebotenen funktionalen Betrachtungsweise zu kurz. Zu Recht verweist *Hailbronner* idZ darauf, dass öff AG das Recht zur Vertragsanpassung ja nicht „in Anspruch nehmen müssen.“⁸⁸⁷

Fraglich ist auch, ob die **Leistungsänderungsrechte der VOB/B, der VOL/B** oder ähnlicher **unbestimmter Änderungsklauseln** nachträgliche Änderungen rechtfertigen können.⁸⁸⁸ Insb angesichts der Mechanik solcher Änderungen, die den AG nicht nur ein Änderungsrecht sondern den AN ein damit korrespondierendes Recht auf Preisanpassung einräumen und damit zwangsläufig zu Verhandlungen über die gewünschten Änderungen führen, wird dies in der jüngeren Lit abgelehnt.⁸⁸⁹ Im Unterschied zu Optionen sind die Voraussetzungen, Inhalt und Umfang der Leistungsänderung *ex ante* nicht so bestimmt festgelegt, dass der AG die geänderte Leistung nur noch abzurufen braucht.⁸⁹⁰ Die Zulässigkeitsgrenzen für die Ausübung solcher vertraglicher Änderungsrechte sind daher nach den allg Kriterien zu beurteilen.⁸⁹¹

⁸⁸² *Boesen*, Vergaberecht § 99 Rz 46f; *Marx*, NZBau 2002, 312; *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 99 Rz 12 u 13 mwN.

⁸⁸³ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ 113.

⁸⁸⁴ *Krohn*, NZBau 2008, 626.

⁸⁸⁵ *Stickler* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht² §99 Rz 4b.

⁸⁸⁶ *Kulartz/Duikers*, VergabeR 2008, 731.

⁸⁸⁷ *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Vergaberecht² § 99 Rz 80.

⁸⁸⁸ Vgl dazu *Krohn*, NZBau 2008, 625f; *Kulartz/Duikers*, VergabeR 2008, 737; ähnlich *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, GWB-Vergaberecht (2006) § 99 Rz 78 u 80.

⁸⁸⁹ *Krohn*, NZBau 2008, 626.

⁸⁹⁰ IdS *Krohn*, NZBau 2008, 626.

⁸⁹¹ *Kulartz/Duikers*, VergabeR 2008, 737.

VII. ZUSAMMENFASSUNG

Will oder kann ein öff AG nach Zuschlagserteilung – im Vergleich zur Ausschreibung – eine andere Leistung oder dieselbe Leistung zu anderen Bedingungen beschaffen, muss er mit seinem bisherigen Vertragspartner den Leistungsvertrag nachträglich ändern. IdF stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der nachträglichen Änderung.

Aus einer am Ziel und Zweck des Vergaberechts orientierten Sichtweise ergibt sich zunächst, dass nachträgliche Leistungsänderungen grds dazu in Betracht kommen, den Tatbestand eines öff Auftrags zu erfüllen. **Entscheidend** ist nun, ob die nachträgliche Änderung **funktional als neuer öff Auftrag** zu werten ist oder nicht.

Dabei ist zunächst zwischen Leistungsänderungen ohne Grundlage in Ausschreibung oder Leistungsvertrag und Änderungen aufgrund vorbehaltener Änderungsrechte bzw Optionen zu unterscheiden. Nur dann, wenn sich ein öff AG die Möglichkeit nachträglicher Änderungen vorbehalten hat, war auch die „neue“ Leistung Bestandteil des ursprgl Vergabeverfahrens und somit dem Wettbewerb nicht entzogen.

Übersetzt in die **Institute des Vergabeverfahrens** sind nachträgliche Leistungsänderungen entweder nachträgliche Änderungen der Ausschreibung, nachträgliche Angebotsänderungen oder eine Kombination aus beiden. Nach st Rsp sind solche Änderungen in der Phase vor der Zuschlagserteilung unzulässig, weil sie gegen den Gleichbehandlungs- und/oder gegen den Transparenzgrundsatz verstoßen.

Es stellt sich daher die Frage, ob etwas, das vor Zuschlagserteilung noch grds verboten ist, danach zulässig sein kann. Auch nach der Zuschlagserteilung besteht die Gefahr, dass der **Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz verletzt** wird. Die im ursprgl Vergabeverfahren unterlegenen Bieter haben nämlich keine Möglichkeit, sich um den „neuen“ Auftrag zu bewerben. Das betrifft aber nicht nur die Bieter des ursprgl Vergabeverfahrens, sondern auch jene Unternehmen, die am ursprgl Vergabeverfahren nicht teilgenommen haben, unter Zugrundelegung der geänderten Leistung jedoch ein Angebot abgegeben hätten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt daher, dass die Auftragsbedingungen nicht nur im Vergabeverfahren, sondern auch in der Phase der Auftragsdurchführung eingehalten werden.

Aus diesen Gründen lässt der EuGH nachträgliche Leistungsänderungen nur unter der Voraussetzung zu, dass die Grundsätze des Vergaberechts nicht verletzt werden. Zulässigkeitsgrenze zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen ist die **Wettbewerbsrelevanz**. Wesentlich ist idS eine Änderung, die Bedingungen einführt, die im ursprgl Vergabeverfahren die **Beteiligung anderer Bieter** oder ein **anderes Wettbewerbsergebnis erlaubt** hätten oder das **wirtschaftliche Gleichgewicht** des Vertrags **zugunsten des AN** ändern. Darüber hinaus dürfen die nachträglichen Änderungen nicht zu erheblichen Auftragserweiterungen führen und nicht unter die Tatbestände der VVoB für die Vergabe zusätzlicher oder gleichartiger Leistungen fallen.

Das Kriterium der **Wettbewerbsrelevanz** ist **Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes**. Nur solche Änderungen, die konkret geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und den AN gegenüber anderen Unternehmen zu bevorzugen, sind unzulässig. MaW sind solche Ungleichbehandlungen verboten, die den Wettbewerb verzerren. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist in der Phase der Auftragsdurchführung nicht schon dadurch verletzt, dass ein AG nur dem bisherigen AN die Möglichkeit zur Angebotsänderung gibt und/oder seine Festlegungen nur zugunsten des AN ändert. Andererseits reicht die Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung aus.

Die Abgrenzungskriterien „Beteiligung anderer Bieter“ und „anderes Wettbewerbsergebnis“ betreffen Änderungen, die in der ursprgl Ausschreibung keine Deckung finden, maW nachträgliche **Änderungen der Ausschreibung** sind. Nachträgliche Änderungen, die im ursprgl Vergabeverfahren angeboten hätten werden können, sind anhand des **Kriteriums der Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts** zu prüfen. Das betrifft va nachträgliche Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebote.

Anders ist die Situation bei **vorbehaltenen Leistungsänderungsrechten**. Unter folgenden Voraussetzungen ist ihre Ausübung zulässig: Die **Änderungsmöglichkeit** und die **Modalitäten ihrer Durchführung** müssen ausdrücklich festgelegt, bekannt gemacht und bei der Berechnung des Auftragswerts berücksichtigt worden sein. Da sie bei der Erstellung der Angebote und der Kalkulation der Angebotspreise berücksichtigt werden konnten, besteht Chancengleichheit. Alle interessierten Unternehmen konnten am Wettbewerb um die nachträglich geänderte Leistung teilnehmen.

Eine **Teilmenge nachträglicher Leistungsänderungen ist gesetzlich geregelt**. Dabei handelt es sich um die Tatbestände der **VVoB**, die eine weitgehend formfreie Beauftragung

des bisherigen AN mit **zusätzlichen oder gleichartigen Leistungen** erlauben. Da die Tatbestände taxativ aufgezählt und eng auszulegen sind, und weder neue Tatbestände geschaffen, noch die bestehenden ergänzt werden dürfen, **müssen** die nachträglichen **Änderungen**, die unter diese Sondertatbestände fallen, von den übrigen **abgegrenzt werden**. Andernfalls hätten die Sondertatbestände keinen eigenen Anwendungsbereich mehr.

Die Abgrenzungskriterien gelten gleichermaßen für **Auftragsvergaben im**, als auch **außerhalb des Anwendungsbereichs der VergabeRL**. Dennoch bestehen Unterschiede. Va ist nur außerhalb des Anwendungsbereichs der VergabeRL eine Rechtfertigung für die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens durch „zwingende Erfordernisse“ zulässig. Im Anwendungsbereich der VergabeRL sind die Rechtfertigungsgründe für die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens durch die Ausnahmetatbestände der VergabeRL beschränkt.

Während der EuGH bei nachträglichen Leistungsänderungen auf deren Wettbewerbsrelevanz abstellt, ergeben die **Zulässigkeitsgrenzen von Leistungsänderungen vor der Zuschlagserteilung** ein uneinheitliches Bild. Hier bestehen zT abstrakte Verbote, die Leistungsänderungen unabhängig von ihrem Einfluss auf das Vergabeverfahren verbieten, zT wird auf die Wettbewerbsrelevanz abgestellt. Nachträgliche **inhaltliche Angebotsänderungen** sind aber grds in allen Vergabeverfahrenstypen verboten. Darüber hinaus gilt in allen Vergabeverfahrenstypen der Grundsatz, dass sich Bieter bei der Erstellung ihrer Angebote an die Ausschreibung halten müssen und der Zuschlag nur auf ausschreibungskonforme Angebote erteilt werden darf. Ein **inhaltliches Abweichen** von den Ausschreibungsunterlagen ist unzulässig. Darüber hinaus sind bei allen Vergabeverfahrenstypen nachträgliche **Änderungen der Ausschreibung** grds unzulässig. Es kann daher dazu kommen, dass ein Verhalten, das vor Zuschlagserteilung noch unzulässig ist, – uU sogar unmittelbar – danach zulässig sein kann. Die Situation wird aber dadurch entschärft, dass das Kriterium der Wettbewerbsrelevanz Ergebnisse ausschließt, die gegen Ziele und Grundsätze des Vergaberechts verstoßen.

LITERATURVERZEICHNIS

Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in *Korinek/Rill* (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 111

Aicher, Schlussbericht des Forschungsprojekts „Vergabe von Bauleistungen“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, in *Korinek/Rill* (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 195

Aicher, Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerb, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts: Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008) 273

Boesen, Vergaberecht - Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000)

Burgi, Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, 29

BKA, Rundschreiben BKA-600.883/0047-V/8/2008, Ausschreibung zu Festpreisen oder zu veränderlichen Preisen gemäß § 24 Abs 7 BVergG 2006

BKA, Stellungnahme der Republik Österreich, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, zum Grünbuch ÖPP

Byok/Jaeger (Hrsg), Kommentar zum Vergaberecht² (2005)

Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/EGV³ (2007)

Casati, Alternativangebote, ecolex 1999, 112

Casati, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/18

Egger, Europäisches Vergaberecht (2008)

Elsner, Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionaler Leistungsbeschreibung, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP (2004) 53

Fössl, Vertragsrechtliche Aspekte bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen, Rahmenverträgen und Optionen, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 225

Frenz, Handbuch Europarecht III, Beihilfe und Vergaberecht (2007)

Fruhmann, Das Vergaberegime des EG-Vertrags, ZVB 2006, 261

Fruhmann, Der gemeinschaftsrechtliche Vertragsbegriff, In-House und das Transparenzprinzip, ZVB 2008, 73

Gamerith/Hagen, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil 1), ZVB 2005, 134

Gamerith/Hagen, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil 2), ZVB 2005, 166

Gutknecht, Aspekte des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes, in FS Krejci (2001) II 1405

Grasböck, EuGH: Leiturtel zum Begriff der Vergabe iZm nachmaligen Vertragsänderungen, ZVB 2008, 249

Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004)

Gölles, „Zusätzliche Bauleistungen“ – aus vergabe- und bauvertragsrechtlicher Sicht, ZVB 2007, 70

Hackl, Mindestanforderungen an Alternativangebote und Präklusion, ZVB 2006/69

Heid, Eingriff in Altverträge mit komplexen Leistungsbild, RPA 2003, 318

Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² (2005)

Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß (Hrsg), Praxiskommentar Vergaberecht (2005)

Holoubek/Fuchs, Der sachliche Anwendungsbereich des BVergG 2002, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 64

Holoubek/Fuchs in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I² (2007)

Holoubek/Fuchs/Weinhandl, Vergaberecht (2005)

Hornbanger/Pesendorfer, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren, RPA 2008, 6

Immenga/Mestmäcker (Hrsg), GWB - Kommentar zum Kartellgesetz³ (2001)

Karasek, Leistungsänderungen beim Bauwerkvertrag, in FS Krejci (2001) II 1440

Karasek, ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmung für Bauleistungen - Werkvertragsnorm² (2009)

Knauff, Vertragsverlängerungen und Vergaberecht, NZBau 2007, 347

Kommission, Weißbuch der Kommission an den europäischen Rat, Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 endg

Kommission, Grünbuch, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (96) 583 endg

Kommission, Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge 21

Kommission, Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe öffentlicher Lieferaufträge 21

Kommission, Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge 21

Kommission, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl C 2000/121, 2

Kommission, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl C 2006/179, 2

Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg

Kommission, Erläuterungen – wettbewerblicher Dialog – klassische Richtlinie, vom 05.10.2005, Dokument CC/2005/04 rev 1

Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex* 1999, 523

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007)

Krejci, Zum Vergaberechtlichen Verhandlungsverbot, *WBl* 1991, 341

Krohn, Vertragsänderungen und Vergaberecht – Wann besteht eine Pflicht zur Neuausschreibung?, *NZBau* 2008, 619

Kropik, Alternativangebote im Lichte des BVergG 2002, *ZVB* 2003/48

Kropik, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006, *ZVB* 2006/31

Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit² (2001)

Kropik, Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional, *ZVB* 2006, 296

Kulartz/Duikers, Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen, *VergabeR* 2008, 728

Kulartz/Kus/Portz (Hrsg), Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006)

Lenz/Borchardt (Hrsg), EU- und EG-Vertrag⁶ (2006)

Müller, Zur Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme von Verhandlungen, *RPA* 2007, 116

B. Müller, Neue Regeln für komplexe Verträge, *RPA* 2008, 182

Marx, Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht, *NZBau* 2002, 311

Öhler, Zum Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung, in *Aicher/Schramm* (Hrsg), Vergaberecht und PPP (2004) 9

Pesendorfer/Hornbanger, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren, *RPA* 2008, 6

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 113

Pünder, Öffentlicher Auftrag, in *Müller-Wrede* (Hrsg), Kompendium des Vergaberechts: systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008) 113

Reidt/Stickler/Glahs (Hrsg), Vergaberecht Kommentar² (2003)

Reisner, Kontradiktorisches Verfahren vor dem BVA, in *Bundesvergabeamt* (Hrsg), Standpunkte zum Vergaberecht (2003) 143

Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1

Rummel/Lux, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des europäischen Vergaberechts, in *Koppensteiner* (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/3: Vergaberecht (2003)

Scharen, Vertragslaufzeit und Vertragsverlängerung als Vergaberechtliche Herausforderung, NZBau 2009, 679

Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP (2004) 35

Schramm, Zur Behebbarkeit von Angebotsmängeln, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP II (2005) 71

Schramm/Aicher, Darstellung der Judikatur zu Optionen in Leitsatzform, ZVB 2002/13

Schramm/Aicher, Überblick über die Judikatur zu Alternativangeboten (Teil I), ZVB 2001/52

Schramm/Aicher, Überblick über die Judikatur zu Alternativangeboten (Teil II), ZVB 2002/1

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar (2005)

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar (2009)

Schwartz, Bundesvergabegesetz - Kurzkomentar (2003)

Schwimann (Hrsg), ABGB VI³ (2006)

Wenusch, ÖNORM B 2110 - Kommentar (2009)

Ziekow, Ausschreibungspflicht bei Auftragnehmerwechsel, VergabeR 2004, 430

Ziekow, Die vergaberechtlich zulässige Vertragslaufzeit bei komplexen PPP-Modellen,
VergabeR 2006, 702

RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS

EuGH

EuGH 11.07.1974, Rs 8/74, *Dassonville*

EuGH 20.02.1979, Rs 120/78, *Rewe-Zentral AG*

EuGH 08.10.1980, Rs 810/79, *Überschär*

EuGH 18.06.1998, Rs C-266/96, *Corsica Ferries France*

EuGH 10.03.1987, Rs 199/85, *Kommission/Italien*

EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes*

EuGH 05.12.1989, Rs C-3/88, *Kommission/Italien*

EuGH 28.01.1992, Rs C-332/90, *Volker Steens (I)*

EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*

EuGH 24.11.1993, verb Rs C-267/91, C-268/91, *Keck u Mithouard*

EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92, *Kommission/Spanien*

EuGH 16.06.1994, Rs C-132/93, *Volker Steens (II)*

EuGH 10.05.1995, Rs C-384/93, *Alpine Investments*

EuGH 18.05.1995, Rs C-57/94, *Kommission/Italien*

EuGH 15.12.1995, Rs C-415/93, *Jean-Marc Bosman*

EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*

EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96, *Mannesmann*

EuGH 28.04.1998, Rs C-120/95, *Nicolas Decker*

EuGH 28.04.1998, Rs C-158/96, *Raymond Kohll*

EuGH 24.09.1998, Rs C-76/97, *Tögel*

EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*

EuGH 17.12.1998, Rs C-353/96, *Kommission/Irland*

EuGH 09.09.1999, Rs C-108/98, *RI.SAN. Srl*

EuGH 16.09.1999, Rs C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA*

EuGH 08.11.1999, Rs C-107/98, *Teckal*

EuGH 18.11.1999, Rs C-275/98, *Unitron Scandinavia*

EuGH 19.09.2000, Rs C-287/98, *Linster*

EuGH 26.09.2000, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich*

EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*

EuGH 05.10.2000, Rs C-16/98, *Kommission/Frankreich*

EuGH 05.10.2000, Rs C-337/98, *Kommission/Frankreich*

EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*

EuGH, 07.12.2000, Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*

EuGH 01.02.2001, Rs C-237/99, *Kommission/Frankreich*

EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98, *Ordine degli Architetti*

EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*

EuGH 27.11.2001, verb Rs C-285/99, C-286/99, *Impresa Lombardini*

EuGH 03.12.2001, Rs C-59/00, *Vestergaard*

SA GA *Mischo*, 13.12.2001, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*

EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*

EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*

SA GA *Alber*, 24.10.2002, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*

EuGH 14.11.2002, Rs C-411/00, *Felix Swoboda*

EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*

EuGH 23.01.2003, Rs C-57/01, *Makedoniko Metro und Michaniki AE*

EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*

SA GA *Alber*, 10.04.2003, Rs C-421/01, *Traunfellner*

EuGH 15.05.2003, Rs C 214/00, *Kommission/Spanien*

EuGH 19.06.2003, Rs C-315/01, *GAT*

EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00, *Kommission/Spanien*

EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01, *Traunfellner*

EuGH 04.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*

EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA*

EuGH 14.09.2004, Rs C-385/02, *Kommission/Italien*

EuGH 07.10.2004, Rs C-247/02, *Sintesi SpA*

EuGH 14.10.2004, Rs C-340/02, *Kommission/Frankreich*

EuGH 14.12.2004, Rs C-309/02, *Radlberger*

EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*

EuGH 03.03.2005, verb Rs C-21/03, C-34/03, *Fabricom SA*

SA GA *Stix-Hackl*, 12.05.2005, Rs C-231/03, *Coname*

SA GA *Jacobs*, 02.06.2005, Rs C-525/03, *Kommission/Italien*

EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*

EuGH 08.09.2005, Rs C-129/04, *Espace Trianon und Sofibail*

EuGH 13.01.2005, Rs C-84/03, *Kommission/Spanien*

EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*

EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, *Contse SA*

EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*

EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04, *ANAV*

EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04, *Carbotermo*

SA GA *Stix-Hackl*, 14.09.2006, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*

EuGH 20.10.2006, Rs C-264/03, *Kommission/Frankreich*

EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05, *Jean Auroux*

EuGH 19.04.2007, Rs C-295/05, *Asemfo/Tragsa*

EuGH 14.06.2007, Rs C-6/05, *Mepipac-Kazanidis*

EuGH 13.09.2007, Rs C-260/04, *Kommission/Italien*

EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03, *Kommission/Irland*

EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*

EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*

EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06, *Lianakis*

EuGH 14.02.2008, Rs C-450/06, *Varec*

EuGH 21.02.2008, Rs C-412/04, *Kommission/Italien*

SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*

EuGH 10.04.2008, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*

SA GA *Maduro*, 24.04.2008, Rs C-347/06, *ASM Brescia*

EuGH 15.05.2008, verb Rs C-147/06, C-148/06, *SECAP SpA*

EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*

EuGH 17.07.2008, Rs C-347/06, *ASM Brescia*

EuGH 08.08.2008, Rs C-337/05, *Kommission/Italien*

EuGH 13.11.2008, Rs C-24/07, *Coditel Brabant SA*

EuGH 04.06.2009, Rs C-250/07, *Kommission/Griechenland*

SA GA *Sharpston*, 09.07.2009, Rs C-199/07, *Kommission/Griechenland*

SA GA *Mazak*, 03.09.2009, Rs C-305/08, *CoNISMa*

SA GA *Mazak*, 22.09.2009, Rs C-299/08, *Kommission/Frankreich*

EuGH 15.10.2009, Rs C-138/08, *Hochtief AG*

EuGH 27.10.2009, Rs C-115/08, *Land Oberösterreich/ČEZ*

EuGH 12.11.2009, Rs C-199/07, *Kommission/Griechenland*

EuGH 13.04.2010, Rs C-91/08, *Wall AG*

EuGH 29.04.2010, Rs C-160/08, *Kommission/Deutschland*

EuG

EuG 28.11.2002, RS T-40/01, *Scan Office Design*

EuG 26.02.2002, Rs T-169/00, *Esedra SPRL/Kommission*

EuG 25.02.2003, Rs T-4/01, *Renco Spa/Rat*,

EFTA Gerichtshof

EFTA Gerichtshof 12.05.1999, E-5/98, *Fagtun ehf*

VfGH

VfGH 11.12.1995, B2300/95

VfGH 20.06.2001, B1560/00

VfGH 10.10.2001, B 546/00, B 609/00

VfGH 25.02.2002, B 357/00

VfGH 09.03.2007, G 174/06

VfGH 05.12.2008, G 113/08

VwGH

VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050

VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023

VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181

VwGH 26.02.2003, 2001/04/0037

VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186

VwGH 30.06.2004, 2000/04/0046

VwGH 21.12.2004, 2004/04/0161

VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030

VwGH 13.06.2005, 2005/04/0001

VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024

VwGH 29.06.2005, 2002/04/0180

VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149

VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078

VwGH 30.04.2008, 2007/04/0060

VwGH 28.05.2008, 2007/04/0233

BVA

BVA 28.04.1995, F-1/95-14
BVA 31.10.1995, N-10/95-6
BVA 08.10.1996, F-8/96-16
BVA 21.11.1997, N-26/97-6
BVA 21.11.1997, N-33/97-7
BVA 23.01.1998, F-23/97-13
BVA 23.03.1998, F-13/97-29
BVA 01.04.1998, N-7/98-10, N-9/98-5
BVA 01.04.1998, N-10/98-11
BVA 21.04.1998, N-13/98-6
BVA 29.04.1998, F-26/97-22
BVA 18.06.1998, F-3/98-12
BVA 29.06.1998, N-14/98-13
BVA 05.08.1998, N-23/98-6
BVA 12.10.1998, N-26/98-18
BVA 19.10.1998, N-32/98-6
BVA 30.11.1998, N-33/98-17
BVA 09.02.1999, N-3/99-12
BVA 22.03.1999, F-1/99-13
BVA 12.05.1999, N-20/99-2
BVA 30.06.1999, N-25/99-16, N-28/99-4
BVA 01.10.1999, N-39/99-18
BVA 16.11.1999 N-22/98-22
BVA 26.11.1999, N-44/99-9
BVA 01.02.2000, N-3/00-14
BVA 20.03.2000, N-2/00-18
BVA 07.04.2000, N-45/99-74, N-46/99-59, N-5/00-44

BVA 20.06.2000, N-21/00-19
BVA 25.07.2000, F-8/99-25
BVA 10.01.2001, N-59/00-14
BVA 18.02.2001, N-34/99-41
BVA 11.06.2001, N-61/01-10
BVA 12.09.2001, F-1/01-19
BVA 02.10.2001, N-80/01-19
BVA 05.10.2001, N-73/01-36
BVA 26.11.2001, N-101/01-33
BVA 19.02.2002, N-139/01-21
BVA 12.04.2002, N-128/01-72
BVA 20.04.2002, N-136/01-41
BVA 01.08.2002, N-18/02-39
BVA 03.02.2003, 12N-58/02-38
BVA 20.03.2003, 12N-10/03-11
BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34
BVA 23.06.2003, 06N-41/03-15
BVA 30.06.2003, 14N-53/03-12
BVA 18.08.2003, 10N-60/03-26
BVA 03.09.2003, 04N-65/03-21
BVA 02.10.2003, 17N-80/03-37
BVA 02.10.2003, 16N-74/03-21
BVA 08.10.2003, N-19/01-44
BVA 07.11.2003, 14N-91/03-29
BVA 07.11.2003, 14N-89/03-42
BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10
BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38

BVA 23.12.2003, 17N-129/03-21
BVA 05.01.2004, 05N-110/03-49
BVA 23.02.2004, 10N-145/03-19
BVA 26.04.2004, 12N-2/04-55
BVA 01.07.2004, 06N-52/04-20
BVA 22.07.2004, N-13/98-30
BVA 25.08.2004, 16N-64/04-39
BVA 09.07.2004, 08N-54/04-84
BVA 01.07.2004, 06N-52/04-20
BVA 07.09.2004, 11N-65/04-12
BVA 22.07.2004, N-13/98-30
BVA 10.09.2004, 13N-71/04-38
BVA 13.02.2004, 03N-140/03-24
BVA 15.12.2004, 17N-106/04-19
BVA 13.01.2005, 03N-113/04-10
BVA 21.01.2005, 17N-133/04-16
BVA 21.01.2005, 17N-116/04-32
BVA 25.05.2005, 15N-26/05-32
BVA 05.07.2005, 17N-54/05-47
BVA 13.07.2005, 13N-61/05-13
BVA 20.07.2005, 04N-1/05-28
BVA 05.08.2005, 17N-64/05-24
BVA 26.08.2005, 16N-74/05-41
BVA 22.12.2005, 07N-112/05-28
BVA 30.01.2006, 13N-130/05-21
BVA 22.05.2006, N/0022-BVA/15/2006-25
BVA 07.07.2006, N/0039-BVA/05/2006-60

BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23
BVA 26.01.2007, N/0105-BVA/07/2006-42
BVA 02.01.2007, N/0093-BVA/05/2006-57
BVA 07.05.2007, N/0006-BVA/14/2007-85
BVA 10.08.2007, N/0067-BVA/02/2007-038
BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36
BVA 11.12.2007, N/0104-BVA/09/2007-042
BVA 23.01.2008; N/0125-BVA/10/2007-026
BVA 17.02.2009, N/0152-BVA/02/2008-31
BVA 17.03.2009, N/0078-BVA/08/2008-347
BVA 09.06.2009, N/0040-BVA/14/2009-31
BVA 30.06.2009, N/0051-BVA/10/2009-42
BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35
BVA 13.08.2009, N/0059-BVA/02/2009-19

B-VKK

B-VKK 23.10.1995, S-18/95-11
B-VKK 01.10.1998, S-58/98-13
B-VKK 29.01.1999, S-5/99-9
B-VKK 25.03.1999, S-33/99-10
B-VKK 10.04.2000, S-28/00-11
B-VKK 03.07.2000, S-62/00-10

Deutschland

OLG Düsseldorf 14.02.2001, Verg 13/00
OLG Düsseldorf 20.06.2001, Verg 3/01
OLG Celle 04.05.2001, 13 Verg 5/00
OLG Rostock 05.02.2003, 17 Verg 14/02

OLG Jena 14.10.2003, 6 Verg 5/03

OLG Hamburg 25.01.2007, 1 Verg 5/06

OLG Celle 29.10.2009, 13 Verg 8/09

ABSTRACT

Ziel der Arbeit ist es, die Zulässigkeitsgrenzen nachträglicher Leistungsänderungen zu untersuchen. Der Begriff „nachträgliche Leistungsänderung“ wird darin weit verstanden. Er umfasst alle Änderungen des ursprüngl. Auftrags, dh Änderungen des Auftragsgegenstands und -inhalts, des Auftragsumfangs und/oder der technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Auftragsbedingungen. Die Untersuchung orientiert sich dabei einerseits an den Zielen und Grundsätzen des Vergaberechts andererseits an der Systematik von VergabeRL und BVergG, die sowohl Leistungsänderungen vor als auch kleine Teilbereiche von Leistungsänderungen nach der Zuschlagserteilung ausdrücklich regeln.

Im gesetzlich unregulierten Bereich lässt sich die Zulässigkeit nachträglicher Leistungsänderungen vor allem nach den Zielen und Grundsätzen des Vergaberechts bestimmen, die gleichzeitig maßgeblich für die Begründung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts sind. Die Ziele und Grundsätze des Vergaberechts werden daher eingehend untersucht und erläutert.

Vor diesem Hintergrund werden auch Unterschiede zwischen dem Bereich des Vergaberechts, der nur vom AEUV erfasst wird, und dem Bereich, der der VergabeRL unterliegt, herausgearbeitet. Unterschiede bestehen nur im Hinblick auf die Möglichkeit, die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens rechtfertigen zu können. Im Anwendungsbereich der VergabeRL sind die Rechtfertigungsgründe hingegen durch deren Ausnahmetatbestände beschränkt.

Ausführlich dargestellt wird die Rsp zu Leistungsänderungen, uzw auf nationaler (Österreich und Deutschland) sowie auf europäischer Ebene. Eingehend untersucht werden in diesem Zusammenhang insbesondere die beiden Leitentscheidungen des EuGH zu nachträglichen Leistungsänderungen, und zwar die Rechtssache *Kommission/CAS* und die Rechtssache *pressetext*. In diesen Entscheidungen stellt der EuGH im Wesentlichen darauf ab, ob die nachträglichen Änderungen konkreten Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis des ursprünglichen Vergabeverfahrens haben. In diesem Zusammenhang wird das vom EuGH herangezogene Abgrenzungskriterium der Wettbewerbsrelevanz im Licht der Grundsätze des Vergaberechts erläutert und überprüft.

Darüber hinaus wird in der Arbeit ein systematischer Vergleich zwischen dem gesetzlich geregelten Bereich der Leistungsänderungen vor Zuschlagserteilung und dem ungeregelten Bereich nachträglicher Leistungsänderungen durchgeführt. Die Zulässigkeit von Änderungen in der Phase vor der Zuschlagserteilung hängt zwar in erster Linie vom gewählten Vergabeverfahrenstyp ab, unterliegt aber insgesamt strengeren Beschränkungen als nachträgliche Änderungen.

Im gesetzlich geregelten Bereich werden die Zulässigkeitsgrenzen ebenfalls maßgeblich durch die Ziele und Grundsätze des Vergaberechts bestimmt. Das betrifft vor allem die Ausübung von Optionen und anderen vorbehaltenen Leistungsänderungsrechten, die transparent festgelegt werden müssen. Darüber hinaus spielen hier auch systematische Überlegungen eine Rolle. Das betrifft die Ausnahmetatbestände der Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, die eine weitgehend formfreie Beauftragung des bisherigen Auftragnehmers mit zusätzlichen oder gleichartigen Leistungen erlauben.

LEBENS LAUF

Schulbildung

- 1987 - 1995 BG Perchtoldsdorf, Matura.
- 1983 - 1987 Volksschule Roseggergasse in Perchtoldsdorf.

Studium

- seit 2006 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.
- 1995 - 2004 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.

Gerichtspraxis

- 2005 - 2006 LG für Strafsachen Wien; BG Innere Stadt Wien, LG Korneuburg und Staatsanwaltschaft Wien.

Berufserfahrung

- 2010 Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, juristischer Sachbearbeiter, Rechtsanwaltsanwärter
- 2007 - 2009 Ebert Huber Liebmann Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwaltsanwärter.
- 2004 - 2007 Schramm-Öhler Rechtsanwälte OG, Rechtsanwaltsanwärter: 2006 - 2007, geringfügige Beschäftigung: 2006, Projektmitarbeit: 2004.
- 2001, 2002, 2003 Österreichischer Genossenschaftsverband (ÖGV): Praktika in der Rechtsabteilung.
- 2000 Außenhandelsstelle der Bundeswirtschaftskammer in New York, USA: Praktikum.

Publikationen

Zwischen 2006 und 2010 monatliche Beiträge in der Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht (ZVB) in der Rubrik „ZVB-Aktuell“.

Entscheidungsanmerkung zu VKS Wien 05.12.2006, 1798/06, Zur Kalkulierbarkeit von Angeboten, ZVB 2007, 154.