

Volatile Preise
und
Preisänderungen

ZVVB

Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Schwerpunkt

Volatile Preise und Preisänderungen

Kurze Angebotsbindefristen und volatile Preise

Ulrike Sehrsön, Gabriela Maria Kaiser und Chloé Louise Olipitz

Der Preis ist heiß!

Lisa Rebisant, Armin Weickert

Objektive Preisänderungen im Vergaberecht

Maximilian Kallinger

Risikoverteilung von Preissteigerungen bei Werkverträgen

Felix Artner

Beitrag

Die mangelhafte Bauleistung

Serie: Das erfolgreiche Bauprojekt Teil 4

Detlef Heck, Markus Allram, Lukas Andrieu und Francisca Andic

Rechtsprechung

OGH: Folgen der Warnpflichtverletzung durch mehrere Auftragnehmer

Philipp Springer

Der Preis ist heiß!

Nachträgliche Preis Anpassungen aufgrund externer Umstände im Lichte des § 365 BVergG 2018

Der Beitrag schnell gelesen

Bei Verträgen, die nach Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2018 abgeschlossen wurden, dürfen nachträgliche Preis Anpassungen nicht ohne Weiteres vorgenommen werden. Der Beitrag beleuchtet, unter welchen vergaberechtlichen Voraussetzungen nachträgliche Preis Anpassungen zulässig sind.

Vergaberecht

§ 365 BVergG 2018

VwGH 19. 6. 2020, Ra 2017/04/0125; EuGH 19. 6. 2018, C-454/08, *presstext Nachrichtenagentur GmbH*

ZVB 2023/114



Dr.ⁱⁿ LISA REBISANT ist Rechtsanwältin bei Schiefer Rechtsanwälte GmbH. Mag. ARMIN WEICKERT, LL.B., ist Rechtsanwalt bei Schiefer Rechtsanwälte GmbH.

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangssituation
- B. Vergaberechtliche Grundlagen
 1. Prüfschema des § 365 BVergG 2018
- C. Zulässigkeit von nachträglichen Preis Anpassungen nach § 365 BVergG 2018
 1. Schritt 1: Vorhandensein einer Vertragsänderungsklausel (§ 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018)?
 2. Schritt 2: An sich unwesentliche Änderung?
 - a) Änderungen im geringen Ausmaß – „de minimis-Änderungen“ (§ 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018)?
 - b) Änderungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände (§ 365 Abs 3 Z 6 BVergG 2018)
 - c) Abwägung des wirtschaftlichen Gleichgewichts bei Prüfung der Stufe 2?
 3. Bekanntgabepflicht
 4. Rechtsschutz für Mitbewerber – Absicherung durch Bekanntmachung?
 5. Sonderkonstellation – Anwendbarkeit auf „alte“ Verträge?
- D. Fazit

A. Ausgangssituation

Die insb seit Beginn der COVID-19-Pandemie und in weiterer Folge des Ukraine-Kriegs eingetretenen außergewöhnlichen Krisensituationen haben zu einer massiven Inflationslage und damit einhergehenden Preissteigerungen in beinahe allen Wirtschaftsbereichen geführt. Dieser Umstand hat in juristischen Kreisen zu einer intensiven Diskussion über die Auswirkungen dieser Krisen auf bestehende Verträge geführt. Schwierigkeiten treten dabei va bei Dauerschuldverhältnissen auf, bei denen die Auswirkungen von Preissteigerungen besonders stark ins Gewicht fallen.¹

Bei Verträgen, die von öff AG nach Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2018 abgeschlossen wurden, sind neben der (zivilrechtlichen) Frage, welche Vertragspartei das Risiko von außergewöhnlichen Preissteigerungen zu tragen hat,² auch die vergaberechtlichen Bestimmungen zu beachten.

In der Praxis traten im Laufe des vergangenen Jahres häufig AN an öff AG mit dem Ersuchen heran, eine Preis Anpassungsmöglichkeit für bestehende Verträge vorzusehen oder eine in bestehenden Verträgen enthaltene Wertsicherungsklausel zu modifizieren (weil zB bereits vereinbarten Indizes die tatsächlichen Preissteigerungen nicht abdecken). Dieses Vertragsanpassungsbegehren wird von Seiten der AN regelmäßig mit der massiven Inflationslage sowie damit begründet, dass bei Nichtanpassung der bisher vereinbarten Preise eine „wirtschaftliche Unmöglichkeit“ drohe, welche die AN zur außerordentlichen Aufkündigung der Verträge berechtigen würde.

Der Beitrag beleuchtet die vergaberechtlichen Aspekte, die iZm (außergewöhnlichen) Preissteigerungen und dem damit in der Praxis häufig einhergehenden Wunsch einer Vertragspartei nach einer nachträglichen Preiseinpassung bei bestehenden Verträgen zu beachten sind.

B. Vergaberechtliche Grundlagen

Verträge, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2018 abgeschlossen wurden, sind nach Abschluss des Vergabeverfahrens grds nach den allgemeinen Normen des Zivilrechts zu behandeln.

Allerdings wirken bestimmte Normen des BVergG 2018 auch nach Abschluss eines Vergabeverfahrens weiter und haben insofern Auswirkung auf den jeweils abgeschlossenen Vertrag. Nach der Bestimmung des § 365 BVergG 2018 gilt dies für nachträgliche Vertragsänderungen, deren Zulässigkeit somit nicht nach rein zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist. Während zivilrechtliche Verträge nach den Grundsätzen der Privatautonomie auch nachträglich (jedenfalls im beidseitigen Einverständnis) nahezu beliebig abgeändert werden können, ist dies aus vergaberechtlicher Sicht nur eingeschränkt möglich. Zusammengefasst ist dies dann der Fall, wenn es sich um eine **unwesentliche Vertragsänderung** iSd § 365 BVergG 2018 handelt.

¹ Siehe *Stabentheiner*, Das Zivilrecht in der Krise – Gedanken zu seiner Funktionsfähigkeit im Krisenfall, JBL 2022, 409 (417).

² Siehe den Beitrag „Die Risikoverteilung von Preissteigerungen bei Werkverträgen“ von *Felix Artner*, ZVB 2023/116 dieser Ausgabe der ZVB Seite 368.

Die Bestimmung des § 365 BVergG 2018 beruht auf einer europarechtlichen Grundlage und der Rsp des EuGH und verfolgt den Zweck, die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen.³

Wesentliche Vertragsänderungen stellen hingegen eine Neuvergabe des Auftrags dar, da sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Auftrags erkennen lassen und erfordern daher die **Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens**.⁴

1. Prüfschema des § 365 BVergG 2018

Die Wesentlichkeit einer nachträglichen Vertragsänderung ist gem § 365 Abs 1 BVergG 2018 jedenfalls dann gegeben, wenn die Leistungsänderung dazu führt, dass sich die Leistungsvereinbarung erheblich von der ursprünglichen Leistungsvereinbarung unterscheidet. Dies ist dann nicht der Fall, wenn sich die Leistungsvereinbarung lediglich „unwesentlich“ ändert. Die Beurteilung, wann eine Änderung „unwesentlich“ ist, ist dabei in der Praxis komplex.

Die Beurteilung, wann eine Änderung „unwesentlich“ ist, ist in der Praxis komplex.

In § 365 Abs 2 BVergG 2018 werden vier Tatbestände einer wesentlichen Änderung aufgezählt. Diese Zuordnungen als „wesentliche“ Änderung(en) gelten subsidiär zum Katalog der unwesentlichen Änderung(en) gemäß der einleitenden Wortfolge „*unbeschadet des Abs 3 [...]*“. Eine Pflicht zur Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens besteht somit nur, wenn der öff AG nicht (berechtigt) eine der Ausnahmebestimmungen gem § 365 Abs 3 BVergG 2018 in Anspruch nehmen kann.

Abs 3 des § 365 BVergG 2018 enthält abschließend jene Änderungen, die als „unwesentliche Änderungen“ von Verträgen oder Rahmenvereinbarungen auch ohne Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens zulässig sind.⁵

Bei der Frage, ob eine Vertragsänderung „unwesentlich“ iSd § 365 BVergG 2018 ist, ist zusammengefasst nach folgenden **Prüfschritten** vorzugehen:⁶

- ▶ **Schritt 1:** Liegt eine geeignete Vertragsänderungsklausel gem § 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018 vor? Wenn ja, ist kein erneutes Vergabeverfahren erforderlich. Zu beachten ist jedoch, dass durch die Änderung keine Änderung des Gesamtcharakters des ursprünglichen Vertrags vorliegen darf.
- ▶ **Schritt 2:** Liegt eine (an sich) unwesentliche Änderung gem § 365 Abs 3 Z 1, Z 3, Z 5 oder Z 6 BVergG 2018 vor? Wenn ja, ist die Änderung ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig. Zu beachten ist jedoch, dass durch die Änderung auch hier keine Änderung des Gesamtcharakters des ursprünglichen Vertrags vorliegen darf.
- ▶ **Schritt 3:** Wenn aber weder die Fragestellung in Schritt 1 noch in Schritt 2 bejaht werden kann, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob einer der Tatbestände der wesentlichen Änderungen von Abs 2 vorliegt.
- ▶ **Schritt 4:** Ist auch dies zu verneinen, ist zu prüfen, ob eine wesentliche Änderung gemäß der Generalklausel in Abs 1 vorliegt.
- ▶ **Schritt 5:** Erst wenn auch diese Frage zu verneinen ist, kann von einer zulässigen, weil unwesentlichen Änderung gemäß der Auffangregelung des Abs 3 Z 4 ausgegangen werden.

C. Zulässigkeit von nachträglichen Preisanpassungen nach § 365 BVergG 2018

In jenen Fällen, in denen AN bei bestehenden Verträgen an AG mit dem Ersuchen um nachträgliche Preisanpassung herantreten, sind in der Praxis die folgenden beiden Fälle zu unterscheiden:

- ▶ Der bestehende Vertrag enthält keine Wertsicherungsklausel.
- ▶ Der bestehende Vertrag enthält zwar eine Wertsicherungsklausel, diese deckt aber nach Ansicht des AN die tatsächliche Inflation nicht ausreichend ab.

Die folgende Darstellung geht – jeweils praxisnah – auf beide Varianten ein.

1. Schritt 1: Vorhandensein einer Vertragsänderungsklausel (§ 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018)?

Eine nachträgliche Vertragsänderung ist dann nach § 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018 als unwesentlich zu beurteilen, wenn sie auf Basis einer „in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln“ erfolgt. Enthält ein bestehender Vertrag also einer Wertsicherungsklausel und wird eine Preisanpassung auf Grundlage und im Einklang mit dieser Wertsicherungsklausel vorgenommen, ist daher in der Regel von einer „unwesentlichen“ Vertragsänderung auszugehen, die vergaberechtlich als unbedenklich zu qualifizieren ist.

Anderes gilt aber grds für alle anderen nachträglich vereinbarten Arten der Preisanpassung, da diese gerade nicht vordefiniert waren, insb auch für jene Fälle, in denen ein AN den AG um (eivernehmliche) Anpassung einer bestehenden Wertsicherungsklausel ersucht. Erfolgt eine solche Anpassung der in einem Vertrag enthaltenen Wertsicherungsklausel bzw wird bei Verträgen, in denen überhaupt keine Wertsicherungsklausel enthalten ist, eine solche nachträglich aufgenommen, bewegt man sich nicht mehr innerhalb einer bestehenden Vertragsänderungsklausel iSd Abs 3 Z 2. In diesem Fall ist die Prüfung somit auf der nächsten Ebene des Prüfschemas fortzusetzen.

2. Schritt 2: An sich unwesentliche Änderung?

Auf dieser Ebene der Prüfung kommen insb die folgenden Tatbestände in Betracht:

a) Änderungen im geringen Ausmaß – „de minimis-Änderungen“ (§ 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018)?

Eine unwesentliche Änderung iSd § 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018 liegt vor, wenn die Änderung der Auftragssumme 10% des ursprünglichen Auftragswerts bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw 15% des ursprünglichen Auftragswerts bei Bauaufträgen nicht übersteigt und der isoliert betrachtete Wert der Änderung unter den jeweils einschlägigen Schwellenwerten gem § 12 BVergG 2018 liegt. Darüber hinaus darf die Änderung zu keiner Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags führen.

Bei der Beurteilung nach dieser – auch als „safe-haven-Klausel“ bezeichneten – Bestimmung ist zwischen jenen Fällen zu unterscheiden, in denen keine Wertsicherungsklausel im Vertrag enthalten ist (und nachträglich eingefügt werden soll), und jenen

³ Siehe grundlegend EuGH 19. 6. 2018, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*.

⁴ EuGH 26. 3. 2020, C-496/18 und C-497/18, *Hungeod Közlekedesfejlesztési*.

⁵ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 219.

⁶ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 222.

Fällen, in denen eine bestehende Wertsicherungsklausel nachträglich angepasst werden soll, etwa durch Umstieg auf einen anderen Index oder eine sog. „open-book-Kalkulation“ (bei welcher der AN dem AG seine Kalkulationsgrundlagen laufend offenlegt und die Preise mit Zu- und Abschlägen errechnet werden).

In der Praxis ist eine Berechnung des Ausmaßes der Vertragsänderung schwierig bis unmöglich.

In der Praxis stellt sich bei der Frage nach der Anwendbarkeit dieser Ziffer insb im zweiten Fall die faktische Problematik, dass eine Berechnung des Ausmaßes der Vertragsänderung schwierig bis unmöglich ist: Um eine genaue Berechnung durchzuführen, ob die jeweils relevante %-Schwelle eingehalten wird, müsste man nämlich eine detaillierte Gegenüberstellung vornehmen, wie viel Entgelt der AN auf Basis der bisherigen Preisanpassungsklausel über die gesamte Vertragslaufzeit zur Abrechnung bringen dürfte und damit vergleichen, wie dies auf Basis der angepassten Wertsicherungsklausel der Fall wäre. Nachdem die Entwicklung der jeweiligen Indizes im Vorhinein nicht vorhersehbar ist, ist eine konkrete Berechnung des Änderungsvolumens über die gesamte Vertragslaufzeit betrachtet rechnerisch in vielen Fällen schlichtweg nicht verlässlich möglich (je länger die Laufzeit des Vertrags ist, desto schwieriger wird die Berechnung). Dies gilt (abgeschwächt) im Übrigen auch für jene Fälle, in denen im ursprünglichen Vertrag keine Wertsicherungsklausel enthalten ist und eine solche eingefügt werden soll. Auch hier ist die Entwicklung des zu vereinbarenden Index nicht vorhersehbar und somit eine genaue Ermittlung des Änderungsbetrags meist nicht möglich.

Allerdings kann in Einzelfällen zB aufgrund der eher kurzen Restlaufzeit des Vertrags und eines relativ geringen rechnerischen Unterschieds zwischen den beachtlichen Wertsicherungsmodellen naheliegender sein, dass die prozentuellen Schwellen des § 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018 eingehalten werden würden.

In diesen Fällen ist für die Anwendbarkeit des § 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018 noch zu prüfen, dass es nicht zu einer Änderung des Gesamtcharakters des Vertrags kommt.

Eine solche läge etwa vor, wenn sich die Auftragsart (Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag) ändert. So dürfte etwa ein Lieferauftrag nicht durch Hinzufügen von Dienstleistungen zu einem Dienstleistungsauftrag werden. Weiter darf die zu beschaffende Leistung nicht durch eine andersartige Leistung ersetzt werden oder sich die Art der Beschaffung grundlegend ändern.⁷

Für die Änderung bestehender und das „Einziehen“ neuer Wertsicherungsklauseln wird uE idR von keiner Änderung des Gesamtcharakters des Vertrags auszugehen sein. Diese wären daher zulässig, soweit die „de-minimis“-Grenzen eingehalten werden.

b) Änderungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände (§ 365 Abs 3 Z 6 BVergG 2018)

§ 365 Abs 3 Z 6 BVergG 2018 definiert weitere Änderungen dann als unwesentlich, wenn „die Änderung [...] aufgrund von Umständen erforderlich [wurde], die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender AG nicht vorhersehen konnte“ und sich der Gesamtcharakter des Auftrags aufgrund der Änderung nicht verändert (zum Gesamtcharakter s unter C. Z 2 lit a). Außerdem darf diese Ausweitung des Auftragsvolumens gem § 365 Abs 3 BVergG 2018 grds die Grenze von 50% des ursprünglichen Auftragsvolumens nicht überschreiten, jedenfalls soweit die initiale

Auftragsvergabe nach den Regeln des „klassischen“ Bereichs erfolgte. Bei Ausschreibungen, welche initial nach den Regeln des Sektorenbereichs erfolgten, gilt diese Grenze hingegen nicht. Hinzuweisen ist idZ darauf, dass es uE nach dem Gesetzeswortlaut nicht darauf ankommt, ob die ursprüngliche Vergabe auch zurecht im Sektorenbereich erfolgte.

IZm Rahmenvereinbarungen ist bei der prozentuellen Grenze auf die jeweiligen Einzelabrufe abzustellen.

IZm der „Erforderlichkeit“ deuten die Mat darauf hin, dass diese wohl tatsächlich bereits als „Zweckmäßigkeit“ zu verstehen ist und daher bspw auch Änderungen umfasst, die zu einer besseren Wirtschaftlichkeit führen.⁸

In der Praxis sind die von AN aktuell gestellten Begehren nach einer im bestehenden Vertrag nicht in der gewünschten Form vorgesehenen Preisanpassung auf die allgemeine hohe Inflationslage zurückzuführen. Diese beruht wiederum zusammengefasst auf einer allgemein prekären Situation in diversen Sektoren des Energie- und Rohstoffmarkts und auf Lieferkettenstörungen. Grds ist davon auszugehen, dass in vielen Fällen also von einer „Unvorhersehbarkeit“ durch den AG auszugehen ist, dabei kann es jedoch auf die Umstände des Einzelfalls ankommen, wie insb auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und die in diesem herrschenden Marktverhältnissen, sowie generell auf die Branche, welcher der konkrete Vertrag bzw der konkrete AN zuzurechnen ist (zumal nicht alle Wirtschaftsbranchen gleich stark von Preissteigerungen betroffen sind).

Praxistipp

Wenngleich sich aus der derzeit vorliegenden höchstgerichtlichen Judikatur zwar ergibt, dass es sich zB bei der COVID-19-Pandemie um ein unvorhergesehenes Ereignis handelt(e),⁹ könnte man zwischenzeitig aufgrund der nun bereits länger bekannten Umstände, die im Ergebnis Preissteigerungen zur Folge haben, möglicherweise zu einem anderen Ergebnis kommen. Bei Vergabeverfahren, die aktuell neu eingeleitet werden, ist die Frage nach der „Unvorhersehbarkeit“ von Preissteigerungen daher kritischer zu beurteilen!

Darüber hinaus wird eine Preisanpassung im Sinne der Wiederherstellung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zwischen AG und AN jedenfalls „zweckmäßig“ sein, sollte sich der AN andernfalls zur außerordentlichen Kündigung des Vertrags gezwungen sehen.

Nach den Erwägungsgründen zu der dem BVergG 2018 zugrundeliegenden RL 2014/24/EU ist „ein gewisses Maß an Flexibilität“ des AG erforderlich, wenn dieser mit „externen Umständen“ konfrontiert wird, die „bei der Zuschlagserteilung“ nicht absehbar waren, um den „Auftrag an diese Gegebenheiten anzupassen“, dies „insbesondere, wenn sich die Ausführung des Auftrags über einen längeren Zeitraum erstreckt“.¹⁰

Es ist daher darauf abzustellen, ob der AG bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen die notwendige Sorgfalt hat walten lassen, also keine Änderungen vorgenommen werden, die „ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender AG“ berücksichtigt

⁷ Kurz in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 § 365 Rz 9; Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 365 Rz 79; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 221.

⁸ Kurz in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 § 365 Rz 6; Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 365 Rz 45; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 219.

⁹ Siehe OGH 21. 12. 2022, 6 Ob 136/22 a, sowie VwGH 16. 12. 2022, Ro 2021/04/0028 (zur Zulässigkeit von Notbeschaffungen).

¹⁰ ErwGr 109 RL 2024/24/EU.

hätte.¹¹ Diese Sorgfaltspflicht umfasst dabei insb die Vorbereitung des Vergabeverfahrens.¹²

Praxistipp

Öff AG ist jedenfalls zu empfehlen, bei Heranziehen des § 365 Abs 3 Z 6 BVerG 2018 alle Umstände und Entscheidungsgründe entsprechend detailliert zu dokumentieren und zB festzuhalten, aus welchen Vertrags- oder Gesetzesbestimmungen sich ein allfälliges außerordentliches Kündigungsrecht des AN im Fall der Nichtanpassung der bestehenden Preise ergibt und inwiefern die aktuelle Situation unvorhersehbar war.

Die Änderung bestehender und das „Einziehen“ neuer – angemessener – Wertsicherungsklauseln wird uE daher (soweit die prozentuellen Grenzen eingehalten werden) im Falle tatsächlicher und unverschuldeter Unvorhersehbarkeit externer Umstände in der Regel zulässig sein.

c) Abwägung des wirtschaftlichen Gleichgewichts bei Prüfung der Stufe 2?

In der Lit wird vereinzelt zur Prüfungsabfolge der unwesentlichen Änderungen in § 365 Abs 3 BVerG 2018 (Stufe 2) die Ansicht vertreten, dass im Rahmen der Prüfung der Änderung des Gesamtcharakters die konkrete Änderung auch dahingehend zu prüfen sei, ob es trotz Vorliegens des Ausnahmetatbestandes zu einer nachträglichen Wettbewerbsverzerrung kommt und das Vergabeverfahren unter ursprünglicher Berücksichtigung der Änderung ein anderes Ergebnis hervorgebracht hätte.¹³ IdS wären bei der Prüfung der Ausnahmetatbestände der Stufe 2 der Prüfreihefolge tw auch bereits die Prüfung gemäß Stufe 3 der Prüfreihefolge zu berücksichtigen.

Nachdem sich die Modifikation von Wertsicherungsklauseln idR über die dargestellten Arten (Abs 3 Z 1 und 6 leg cit) abbilden lassen wird, wird nachfolgend nur zur Prüfung der in der angeführten Literaturmeinung angeschnittenen „Wettbewerbsverzerrung“ iZm Wertsicherungsklauseln ausgeführt (ohne auf die sonstigen Details der dritten und vierten Stufe der Prüfreihefolge einzugehen).

Der VwGH¹⁴ hält zu der nachträglichen Implementierung einer Wertsicherungsklausel „in Anlehnung an den Verbraucherpreisindex“ in einen Vertrag, in dem eine solche nicht vorhanden war, fest, dass „[i]m Fall einer Preisanpassung, die lediglich der allgemeinen Preisentwicklung Rechnung trägt und damit der Wertsicherung dient, [...] nicht anzunehmen [ist], dass die Änderung zu einer Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den potenziellen Interessenten und zu einer Bevorzugung des AN gegenüber anderen Unternehmern führt“. Aufgrund dieser Formulierung ist daher uE davon auszugehen, dass die dort vorgenommene nachträgliche Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel als nicht wettbewerbsverzerrend und sohin auch als unwesentliche Vertragsänderung anzusehen ist.

Die Ergebnisse dieser Entscheidung können nach uA auch auf jene Fälle umgelegt werden, in denen ein bestehender Vertrag bereits eine Wertsicherungsklausel enthält und diese angepasst wird, da in diesen Fällen die Umsetzung einer „Preisanpassung, die lediglich der allgemeinen Preisentwicklung Rechnung trägt und damit der Wertsicherung dient“ vorgenommen werden soll.

Beachtlich ist jedoch, dass die Preisanpassung nach Ansicht des VwGH nicht „zu einer Verfälschung des Wettbewerbs zwischen

den potenziellen Interessenten und zu einer Bevorzugung des AN gegenüber anderen Unternehmern“ führen darf.¹⁵

Kann der Vertrag vom Vertragspartner faktisch nicht mehr erfüllt werden, ist nicht von einer Bevorzugung des AN auszugehen.

Aufgrund des Umstands, dass die momentane Marktsituation in der Regel alle Unternehmen aus der im jeweiligen Fall relevanten Branche gleich betrifft, ist eine tatsächlich angemessene Anpassung meist wohl als wirtschaftlich gerechtfertigt zu betrachten (jedenfalls dann, wenn ansonsten ein Fall von „wirtschaftlicher Unmöglichkeit“ vorliegt). Kann der Vertrag vom Vertragspartner sonst faktisch schlicht nicht mehr erfüllt werden, ist insofern auch nicht von einer Bevorzugung des AN auszugehen: Die Anpassung wäre nämlich in dieser Situation bei jedem potentiellen Vertragspartner vorzunehmen, um eine Neuausschreibung zu vermeiden, der ebenfalls das „neue“ Preisniveau zugrundeliegen würde.

3. Bekanntgabepflicht

Der AG hat eine auf § 365 Abs 3 Z 5 oder 6 BVerG 2018 gestützte Änderung eines Vertrags oder einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich gem §§ 61 und 62 BVerG 2018 bekannt zu geben (§ 365 Abs 5 BVerG 2018). Der Gesetzeswortlaut und die Mat lassen dabei offen, ob für die Beurteilung, ob die Änderung „im Oberschwellenbereich“ stattfindet, auf den ursprünglichen oder durch die Veränderung ausgedehnten Auftragswert abzustellen ist.

Eine allfällige nachträgliche Vertragsänderung, die sich auf § 365 Abs 3 Z 6 BVerG 2018 stützt, müsste daher in Form eines eigenen Formulars EU-weit und national bekannt gemacht werden. Für Änderungen, die sich auf § 365 Abs 3 Z 1 BVerG 2018 stützen, gilt diese Bekanntgabepflicht hingegen nicht.

4. Rechtsschutz für Mitbewerber – Absicherung durch Bekanntmachung?¹⁶

Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem BVerG 2018 unterliegenden Vertrags hatte, kann gem § 353 Abs 1 Z 2 BVerG 2018 die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öff Auftragswesens oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war (sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht). Dies gilt auch für eine – aus Sicht des Unternehmers – unzulässige nachträgliche Vertragsänderung, in der eine Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zu erblicken wäre. Als Konsequenz einer derart festgestellt

¹¹ Gölles in Gölles, BVerG 2018 § 365 Rz 79; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 221.

¹² Kurz in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVerG 2018 § 365 Rz 10.

¹³ Siehe zB Kurz in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVerG 2018 § 365 Rz 6 (iZm Abs 3 Z 1).

¹⁴ VwGH 19. 6. 2020, Ra 2017/04/0125, noch zum BVerG 2006 mHA EuGH 19. 6. 2018, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH, und EuGH 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne.

¹⁵ VwGH 19. 6. 2020, Ra 2017/04/0125.

¹⁶ Die Ausführungen in diesem Punkt beziehen sich auf die Regelungen des BVerG 2018 für Bundesauftraggeber. Der Rechtsschutz ist in den spezifischen Vergaberechtsschutzgesetzen der Bundesländer im Ergebnis meist ident, kann aber uU auch abweichen.

ten Rechtswidrigkeit drohen die Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung des Vertrags sowie Geldbußen.

Anträge gem § 353 BVergG 2018 sind nach § 354 Abs 2 BVergG 2018 binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem die Antragstellerin bzw der Antragsteller vom Zuschlag bzw vom Widerruf (in concreto: der Vertragsanpassung) Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können.

Eine deutliche zeitliche Einschränkung gilt allerdings für die Folgen eines solchen Feststellungsantrags. Denn abweichend von der Möglichkeit, die Feststellung der Rechtswidrigkeit samt den genannten Rechtsfolgen binnen sechs Monaten ab potentieller Kenntnis zu erwirken, kann das BVwG gem § 356 Abs 7 Z 2 BVergG 2018 dann, wenn es sich bei der Antragstellerin oder dem Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt, die Folgen der Nichtigkeit und Aufhebung nicht aussprechen, wenn der Feststellungsantrag nicht binnen 30 Tagen ab der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntgabe eingebracht wurde.

Wird ein Feststellungsantrag hingegen nach diesen jeweils 30 Tagen – bis maximal sechs Monate nach erstmaliger Verfügbarkeit der Bekanntmachung, da diese auch den Zeitpunkt der erstmöglichen Kenntniserlangung darstellt – eingebracht, könnte vergaberechtlich allenfalls die Rechtswidrigkeit festgestellt und eine Geldbuße verhängt, der Vertrag (die Vertragsänderung) aber nicht vergaberechtlich beseitigt werden. Die festgestellte Rechtswidrigkeit kann allerdings wiederum Grundlage für zivil(verfahrens)rechtliche Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche und wettbewerbsrechtlicher Ansprüche bilden.

IZM Rahmenvereinbarungen ist allerdings darauf hinzuweisen, dass nach der Rsp des BVwG eine Bekämpfung des Abschlusses oder der Verlängerung einer Rahmenvereinbarung nicht gesondert möglich ist, sondern lediglich die Rechtswidrigkeit der jeweiligen Einzelabrufe bekämpft werden kann.¹⁷ Die allfällige Rechtswidrigkeit des Abschlusses oder der Verlängerung einer Rahmenvereinbarung könnte hingegen erst mit der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit (bzw Rechtmäßigkeit) des Einzelabrufs mitentschieden werden.¹⁸ Nichts anderes kann für sonstige Änderungen von Rahmenvereinbarungen gelten. Würde daher ein Mitbewerber vermeinen, es hätte eine wesentliche Vertragsanpassung stattgefunden und eine öff Ausschreibung wäre unzulässigerweise unterblieben, so könnte er sich dagegen mittels Feststellungsantrag an das BVwG nicht direkt zur Wehr setzen und müsste (und könnte) folglich auch auf eine allfällige Bekanntmachung der Änderung der Rahmenvereinbarung nicht mit einem Feststellungsantrag „reagieren“. Vielmehr könnte der Mitbewerber erst die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines konkreten Einzelabrufs erwirken. Aufgrund der möglichen Anfechtung der jeweiligen Einzelabrufe besteht im Falle der Änderung von Rahmenvereinbarungen daher durchwegs das latente Risiko eines Feststellungsverfahrens (betreffend einen Einzelabruf), dies jedenfalls solange, bis in einem tatsächlich eingeleiteten Feststellungsverfahren erstmalig die Rechtswidrigkeit bzw Rechtmäßigkeit der Änderung der Rahmenvereinbarungen mitentschieden und (abschließend) geklärt werden kann.

Praxistipp

Eine – auch freiwillige – Bekanntmachung von Vertragsänderungen sollte daher evaluiert werden.

5. Sonderkonstellation – Anwendbarkeit auf „alte“ Verträge?

Ein Sonderfall liegt vor, wenn Verträge auf Basis von Vergabeverfahren vergeben wurden, welche noch nicht auf der Grundlage des BVergG 2018 durchgeführt wurden. Gerade solche langfristigen Verträge sind in der Praxis besonders häufig von „zahnlos gewordenen“ Wertsicherungsklauseln betroffen.

Die Frage der Zulässigkeit nachträglicher Vertragsänderungen war bis zum BVergG 2018 nicht explizit gesetzlich geregelt, wenngleich Einigkeit darüber bestand, dass nicht alle nachträglichen Änderungen ausschreibungspflichtig sind.

Mit der Totalrevision des BVergG 2018 wurden in § 365 BVergG 2018 erstmals die bereits vorab vom EuGH in den Rs *pressetext*¹⁹ und *CAS Succhi di Frutta SpA*²⁰ entwickelten Grundsätze kodifiziert, wann eine nachträgliche Vertragsänderung ohne Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens zulässig ist bzw ab welcher Schwelle die Änderung mittels förmlichem Verfahren nach dem BVergG 2018 vergeben werden muss.

Aus der Zusammenschau von § 376 Abs 4 BVergG 2018 (Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsbestimmungen) und den Mat zu § 9 Abs 1 Z 26 BVergG 2018 lässt sich schließen, dass Änderungen bereits laufender „alter“ (also noch vor dem BVergG 2018 geschlossener) Verträge als neue Vergabeverfahren zu betrachten sind und damit § 365 BVergG 2018 anwendbar ist.

D. Fazit

Eine nachträgliche Preisanpassung von BVergG-Verträgen, die aufgrund von externen Umständen (wie zB einer hohen Inflation) durchgeführt werden, kann auf Basis unterschiedlicher Tatbestände des § 365 BVergG 2018 möglich sein.

Insb die „de-minimis“-Änderungen des § 365 Abs 3 Z 1 BVergG sowie die Änderungen aufgrund unvorhergesehener Umstände des § 365 Abs 3 Z 6 BVergG werden dabei in den meisten Fällen anwendbar sein. Vorsicht ist jedoch bei neu eingeleiteten Vergabeverfahren geboten: Die aktuell bestehende (und somit bereits bekannte) krisenbedingte Inflation ist möglicherweise in Zukunft nicht mehr als „unvorhersehbarer“ Umstand zu qualifizieren!

Auch wenn eine Bekanntgabe einer auf Basis von § 365 BVergG 2018 vorgenommenen nachträglichen Vertragsänderung im Einzelfall nicht zwingend sein sollte, ist sie regelmäßig – aus Gründen der Rechtssicherheit – zu empfehlen.

Plus

ÜBER DIE AUTORIN UND DEN AUTOR

Kontaktadresse: Rooseveltplatz 4–5/5, 1090 Wien
Tel.: +43 (0)1 402 68 28
E-Mail: office@schiefer.at

¹⁷ BVwG 2. 12. 2020, W134 2235201-1.

¹⁸ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 § 312 BVergG.

¹⁹ EuGH 19. 6. 2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*.

²⁰ EuGH 29. 4. 2004, C-496/99P, *CAS Succhi di Frutta SpA*.