

Art. 38 VE-BöB Änderung der Anforderungen an die Leistung und der Beurteilungskriterien

¹ Die Beschaffungsstelle kann die Anforderungen an die Leistung und die Beurteilungskriterien ändern, soweit die Änderung nicht wesentlich ist.

² Eine Änderung ist jedenfalls dann wesentlich, wenn:

- a. anzunehmen ist, dass in Kenntnis dieser Änderung weitere Angebote eingereicht worden wären; oder
- b. aufgrund dieser Änderung bereits ausgeschiedene Anbieterinnen oder Angebote berücksichtigt werden müssten, dies im laufenden Verfahren jedoch nicht mehr möglich ist.

³ Sie teilt die unwesentliche Änderung allen Verfahrensteilnehmerinnen mit und eröffnet ihnen die Möglichkeit, innerhalb angemessener Frist ein überarbeitetes Angebot einzureichen.

Art. 38 AP-LMP Modification des exigences relatives à la prestation et des critères d'évaluation

¹ L'adjudicateur peut apporter des modifications aux exigences relatives à la prestation ou aux critères d'évaluation, pour autant qu'elles ne soient pas essentielles.

² Une modification est notamment essentielle :

- a. lorsqu'on peut supposer que d'autres offres auraient été remises si cette modification avait été faite ;
- b. lorsque des soumissionnaires ou des offres non retenus auraient dû être pris en considération si cette modification avait été faite mais ne peuvent plus l'être pour la procédure en cours.

³ L'adjudicateur communique les modifications non essentielles à tous les participants à la procédure et leur donne la possibilité de présenter une offre remaniée dans un délai approprié.

Art. 38 VE-BöB: Änderungen der Anforderungen an die Leistung und der Beurteilungskriterien

Prof. Hubert Stöckli, Professor an der Universität Freiburg, Direktor des Instituts für Baurecht

1. Der Inhalt des Art. 38 VE-BöB. Die Bestimmung greift ein Problem auf, das bislang gesetzlich nicht geregelt war: Wann dürfen während laufendem Verfahren Leistungsmerkmale und Beurteilungskriterien verändert werden? Dieses Bedürfnis ergibt sich in der Vergabepaxis immer wieder, und zwar durchaus auch in Fällen, in denen das Vergabeverfahren *lege artis* vorbereitet und eingeleitet wurde. Denn die Verhältnisse können sich im Laufe der Zeit in einer Weise verändern, dass die ursprünglich geplante Beschaffung in der vorgesehenen Form nicht mehr sinnvoll ist. Als dann stellt sich der Vergabestelle die Frage, ob sie bei laufendem Verfahren die notwendigen Änderungen einführen dürfe oder aber das Verfahren abbrechen müsse. Die Änderungen, welche die Bestimmung aufnimmt, betreffen zum einen die Modifikation der nachgefragten Leistung, zum andern die Eignungs- und die Zuschlagskriterien. Es gibt damit keine Punkte, die nicht Gegenstand dieser Änderungsbestimmung sein könnten.

Entscheidend ist nach Art. 38 VE-BöB darauf abzustellen, ob die Änderung wesentlich oder unwesentlich sei.

- Ist die Änderung *unwesentlich*, dann darf die Änderung vorgenommen werden. Immerhin hat die Vergabestelle in diesem Fall dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung zu tragen und allen Verfahrensteilnehmerinnen die Möglichkeit zu geben, «innerhalb angemessener Frist ein überarbeitetes Angebot einzureichen» (Art. 38 Abs. 3 VE-BöB).
- Ist die Änderung *wesentlich*, hat die Vergabestelle nur die folgende Wahl: Entweder sie führt das laufende Verfahren ohne Änderungen zu Ende. Oder aber sie bricht das laufende Verfahren ab und schreibt den modifizierten Auftrag neu aus, wozu sie nach Art. 57 VE-BöB ohne Weiteres berechtigt ist.

Angesichts dieser Unterscheidung stellt sich sofort die Frage, nach welchen Kriterien zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen zu unterscheiden ist. Dies wird in Art. 38 VE-BöB nicht abschliessend geregelt. Ein wichtiges Unterscheidungskriterium aber stellt die Bestimmung auf, indem sie in Abs. 2 auf den *Einfluss auf den Anbieterkreis* abstellt, den eine Änderung voraussichtlich haben wird: Bleibt die Änderung ohne Einfluss, ist sie unwesentlich und damit zulässig. Wären angesichts der Änderung weitere Angebote zu erwarten gewesen, ist sie wesentlich.

Wesentlich ist sie aber auch dann, wenn bereits ausgeschiedene Anbieter und ihre Angebote wieder in die Wertung einbezogen werden müssten, dies aber nicht mehr möglich ist. Zum Letzteren: Damit ist auch klar, dass eine Änderung unwesentlich und also zulässig ist, wenn es möglich ist, bereits ausgeschiedene Anbieter und ihre Angebote wieder in die Wertung einzubeziehen. Dies setzt – so meine ich – voraus, dass diese Anbieter auch tatsächlich die Möglichkeit haben, das Rennen um den Auftrag noch einmal aufzunehmen. Dass die Möglichkeit, auf den Ausschluss zurückzukommen, bloss in rechtlicher Hinsicht besteht, reicht nicht aus.

2. Anmerkungen zu Art. 38 VE-BöB. Die Bestimmung ist ein Versuch, einem praktischen Bedürfnis Rechnung zu tragen und gleichzeitig für Rechtssicherheit zu sorgen, indem das Änderungsrecht von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht wird. Zu diesem Versuch, den ich begrüsse, einige Anmerkungen:

Muss die Änderung in Form einer Verfügung erfolgen? In der Liste der anfechtbaren Entscheide (Art. 69 VE-BöB) wird eine solche Verfügung jedenfalls nicht erwähnt. Eine planmässige Lücke? Fest steht, dass der Änderungsentscheid für einen potenziellen Anbieter, der die Änderung für wesentlich hält, anfechtbar sein muss.

Wie steht es um die Zulässigkeit einer Änderung, wenn der Anbieterkreis sich in der Weise verändert, dass ein Anbieter angesichts der Änderung nicht mehr mithalten kann und deshalb vom Verfahren ausgeschlossen werden muss? Art. 38 VE-BöB nimmt diesen Fall nicht zum Anlass, die Änderung als wesentlich (und damit als unzulässig) zu bezeichnen. Zu Recht, wie mir scheint. Doch ist daran zu denken, dass die Änderung in einem solchen Fall zu Ansprüchen aus Verletzung der vorvertraglichen Treuepflicht führen kann, wenn die Änderung deshalb erforderlich wurde, weil die Ausschreibung unsorgfältig vorbereitet worden war (*culpa in contrahendo*).

Über den Anlass, der zur Abänderung führte, schweigt Art. 38 VE-BöB sich aus. Soeben war davon die Rede, dass sich eine Änderung aufdrängen kann, weil die Ausschreibung nicht mit ausreichender Sorgfalt vorbereitet wurde. Wäre diese Unsorgfalt ein Grund, die Abänderung als wesentlich (und damit als unzulässig) zu qualifizieren? Kaum, wenn man daran denkt, dass die Vergabestelle dann zwar verpflichtet wäre, das Verfahren bis zum Zuschlag durchzuführen, den Vertrag aber nicht abzuschliessen bräuchte. Eine Kontrahierungspflicht trifft sie nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, der beizutreten ist, gerade nicht.

Wie steht es um Änderungen nach dem Zuschlag? Sie sind im Grundsatz zulässig. Denn es wäre nicht einzusehen, weshalb Änderungen nur vor dem Zuschlag möglich sein sollten. Doch ist nach Art. 38 VE-BöB zu prüfen, wie sich die geplante Änderung auf den Anbieterkreis ausgewirkt hätte. Besondere Bedeutung er-

langt hier Art. 38 Abs. 2 lit. b VE-BöB: An sich können die übrigen Anbieter nach dem Zuschlag nicht mehr berücksichtigt werden. Verändert die geplante Änderung aber die Rangfolge, kann diesem Umstand dadurch Rechnung getragen werden, dass der Zuschlag widerrufen und die Angebote neu gewertet werden, sofern den Anbietern zunächst die Möglichkeit eingeräumt wurde, «ein überarbeitetes Angebot einzureichen» (Art. 38 Abs. 3 VE-BöB). Im Übrigen spielt hier Art. 43a VE-BöB hinein, der die Vertragsnichtigkeit auch in Fällen will, in denen «in wesentlichen Punkten vom Inhalt des Zuschlags» abgewichen wird.

Art. 43 VE-BöB Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

¹ Die Beschaffungsstelle darf den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin erst abschliessen, wenn der Zuschlag eröffnet wurde und:

- a. der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt; oder
- b. der Zuschlag formell rechtskräftig ist.

² Hat die Beschaffungsstelle einer allfälligen Beschwerde gegen den Zuschlag die aufschiebende Wirkung entzogen, so darf sie den Vertrag erst abschliessen, wenn:

- a. innerhalb der Beschwerdefrist kein Gesuch auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gestellt wurde; oder
- b. im Falle eines Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung
 - 1. die zuständige Beschwerdeinstanz nach Ablauf von 30 Tagen nach Beschwerdeerhebung über dieses Gesuch noch nicht entschieden hat; oder
 - 2. die zuständige Beschwerdeinstanz dieses Gesuch rechtskräftig abgewiesen hat.

Variante (zusätzlicher Artikel 43a):

Art. 43a VE-BöB Unwirksamer Vertrag

¹ Der Vertrag ist nichtig, wenn er:

- a. entgegen Artikel 43 abgeschlossen worden ist; oder
- b. in wesentlichen Punkten vom Inhalt des Zuschlags abweicht.

² Mit dem rechtskräftigen Widerruf eines Zuschlags fällt die Bindung der Parteien an den Vertrag dahin.

Nachdem sich die Bestimmung im Kapitel findet, in dem es um Verfahren mit Ausschreibung geht: Wie steht es mit ihrer Anwendbarkeit auf Einladungs- und auf Freihandverfahren? Hier ist die Eigentümlichkeit des Entwurfes zu beachten, dass Bundesrat und Kantone jeweils für ihren Zuständigkeitsbereich bestimmen können, dass die Bestimmung auch für diese Verfahren gelten soll (siehe Art. 59 Abs. 2 und 67 Abs. 2 VE-BöB). Eine entsprechende Vorschrift ist in Bezug auf Einladungsverfahren zweckmässig, während sie für Freihandverfahren ohne Sinn bliebe.

Art. 43 AP-LMP Moment de la conclusion du contrat

¹ L'adjudicateur ne peut conclure le contrat avec le soumissionnaire retenu qu'après la notification de l'adjudication et dans un des cas suivants:

- a. le recours n'a pas d'effet suspensif en vertu de la loi ;
- b. l'adjudication est formellement définitive.

² S'il a retiré l'effet suspensif d'un recours contre l'adjudication, il ne peut conclure le contrat que dans un des cas suivants :

- a. la restitution de l'effet suspensif n'a pas été demandée pendant le délai de recours ;
- b. en cas de demande de restitution de l'effet suspensif :
 - 1. l'autorité de recours ne s'est pas prononcée sur la demande dans les 30 jours suivant le dépôt du recours ;
 - 2. l'autorité de recours a définitivement rejeté la demande.

Variante (art. 43a supplémentaire):

Art. 43a AP-LMP Contrat sans effet

¹ Le contrat est nul dans un des cas suivants :

- a. il a été conclu contrairement aux dispositions de l'art. 43 ;
- b. il s'écarte substantiellement du contenu de l'adjudication.

² La révocation définitive de l'adjudication délie les parties du contrat.

Art. 43 und 43a VE-BöB: Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nichtigkeitsfolge bei unzulässigem Vertragsschluss

Prof. Hubert Stöckli, Professor an der Universität Freiburg, Direktor des Instituts für Baurecht

1. Der Inhalt des Art. 43 VE-BöB. Die Bestimmung regelt, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen werden darf. Die formelle Trennung zwischen öffentlich-rechtlicher Zuschlagsverfügung und privatrechtlichem Vertragsschluss wird also beibehalten. Bedeutsam ist diese Unterscheidung aber ohnehin nur in jenen Fällen, in denen den Anbietern überhaupt Rechtsschutz zukommt. Die Bestimmung nimmt zum einen die sogenannte Standstill-Klausel auf, zum anderen kodifiziert sie die Rechtsprechung, die dazu ergangen ist. Wo die Beschwerde ausgeschlossen ist – und diesen Bereich will der Entwurf erheblich ausweiten –, besteht auch keine Notwendigkeit, den Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingehend zu regeln.

Rechtstechnisch geht es um die Vollstreckung der Zuschlagsverfügung. Allgemein wird diese Frage (für den Bund!) in Art. 39 VwVG geregelt. Dort ist die Rede davon, dass eine Verfügung vollstreckt werden darf, wenn (Zitat):

- a. die Verfügung nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden kann;
- b. die Verfügung zwar noch angefochten werden kann, das zulässige Rechtsmittel aber keine aufschiebende Wirkung hat;
- c. die einem Rechtsmittel zukommende aufschiebende Wirkung entzogen wird.

Wie verhält sich die vergaberechtliche Bestimmung zu dieser allgemeinen Ordnung? Zunächst fällt auf, dass ihr eine andere, vergabespezifische Begrifflichkeit unterlegt wurde. Art. 39 VwVG wurde also nicht einfach übernommen oder durch gesetzlichen Verweis integriert (vgl. dazu Art. 8 VE-BöB). Wie mir scheint, sind die Abweichungen in der Sache indes weit geringer als der unterschiedliche Wortlaut vermuten lässt. Der Vertragsschluss ist zulässig, wenn einer Beschwerde von Gesetzes wegen – ergänzend wäre auch auf die Verordnung bundesrätlicher Favoriten zu verweisen (Art. 76 Abs. 4 VE-BöB) – keine aufschiebende Wirkung zukommt. Zulässig ist er aber auch dann, wenn der Zuschlag in Rechtskraft erwachsen ist.

Ein Novum im vergaberechtlichen Kontext (nicht aber allgemein: Art. 55 Abs. 2 VwVG) ist aber, dass die Vergabestellen befugt sind, einer Beschwerde gegen den Zuschlag die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Damit wird der bisherige Rechtszustand auf den Kopf gedreht und gilt fortan der Grundsatz, dass eine Beschwerde die Vollstreckung hemmt, was der allgemeinen Regel bei Art. 55 Abs. 1 VwVG entspricht. Führt der Entzug der auf-