

49. Schleswig-Holsteinischer Bau- und Vergaberechtstag am 10. März 2017 in Neumünster

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit Die Neuregelung der § 132 GWB und § 22 VOB/A-EU Neue Stolpersteine für Auftraggeber und Auftragnehmer?

Referent:

Geschäftsführer RA Stefan Lübke
Bauindustrieverband Hamburg Schleswig-Holstein e. V.
Geschäftsstelle Schleswig-Holstein
Ringstraße 54, 24103 Kiel

- I. Einleitung / Hintergrund**
- II. Systematik und Anwendungsbereich**
- III. Prüfungsreihenfolge**
- IV. de-minimis Regelung / Geringfügigkeit**
- V. Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände**
- VI. Sonstige unwesentliche Vertragsänderung**
- VII. Rechtsfolgen**
- VIII. Fazit**

I.

Einleitung / Hintergrund

I. Einleitung / Hintergrund

1. Rechtsprechung des EuGH

- Urteil vom 19.06.2008, Az. Rs. C-454/06 „Presstext“
- Urteil vom 13.04.2010, Az. Rs. C-91/08 „Wall AG“

„Um die **Transparenz** der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe ... anzusehen, wenn sie **wesentlich andere Merkmale** aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung **wesentlichen Bestimmungen** dieses Vertrages erkennen lassen.

I. Einleitung / Hintergrund

Die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit kann als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung **anderer** als der ursprünglich zugelassener **Bieter** oder die Annahme eines **anderen** als des ursprünglich angenommenen **Angebots** erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.

I. Einleitung / Hintergrund

Desgleichen kann eine Änderung des ursprünglichen Auftrags als wesentlich angesehen werden, wenn sie den Auftrag in **großem Umfang** auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert.

Eine Änderung kann auch dann als wesentlich angesehen werden, wenn sie das **wirtschaftliche Gleichgewicht** des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehene Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert“.

I. Einleitung / Hintergrund

2. Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung in der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014

- Erwägungsgründe 109 bis 111
 - Art. 72 der Richtlinie
- ⇒ Umsetzung im nationalen Recht in § 132 GWB bzw. § 22 EU VOB/A

II.

Systematik und Anwendungsbereich

II. Systematik und Anwendungsbereich

1. Regelungssystematik des § 22 EU VOB/A:

- § 22 Abs. 1 Generalklausel (Art. 72 Abs. 1 Satz 2 lit. e, Abs. 4)
- erlaubte Vertragsänderungen wegen besonderer Umstände:
 - § 22 Abs. 2 Nr. 1 - vertraglich angelegte Änderungen (Art. 72 Abs. 1 Satz 1 lit. a)
 - § 22 Abs. 2 Nr. 2 - zusätzliche erforderliche Leistungen (Art. 72 Abs. 1 Satz 1 lit. b)
 - § 22 Abs. 2 Nr. 3 - Änderungen aufgrund unvorhergesehener Umstände (Art. 72 Abs. 1 Satz 1 lit. c)
 - § 22 Abs. 2 Nr. 4 - Auftragnehmerwechsel (Art. 72 Abs. 1 Satz 1 lit. d)

II. Systematik und Anwendungsbereich

- § 22 Abs. 3 - de-minimis Regelung
(Art. 72 Abs. 2)
- § 22 Abs. 4 - Auftragswertberechnung bei Indexierungsklauseln
(Art. 72 Abs. 3)
- § 22 Abs. 5 - Bekanntmachungspflicht für Abs. 2 Nr. 2 und 3
(Art. 72 Abs. 1 Satz 2)

II. Systematik und Anwendungsbereich

2. Anwendungsbereich

a) öffentliche Bauaufträge im Sinne des § 1 EU VOB/A
in Verbindung mit § 106 GWB (Oberschwellenbereich)

b) Übergangsregelung § 186 Abs. 2 GWB

„Vergabeverfahren, die vor dem 18.04.2016 begonnen haben,
einschließlich der sich an diese anschließenden
Nachprüfungsverfahren sowie am 18.04.2016 anhängige
Nachprüfungsverfahren werden nach dem Recht zu Ende geführt,
das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt.“

II. Systematik und Anwendungsbereich

Strittig, ob § 132 GWB bzw. § 22 VOB/A-EU auf laufende Verträge, die vor dem 18.04.2016 abgeschlossen wurden, Anwendung finden.

- für Anwendung:
Deutsche Bahn AG / Bundeswirtschaftsministerium
- gegen Anwendung:
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur

II. Systematik und Anwendungsbereich

3. Regelungen im Unterschwellenbereich

a) Bauleistungen § 22 VOB/A:

„Vertragsänderungen nach den Bestimmungen der VOB/B erfordern kein neues Vergabeverfahren; ausgenommen davon sind Vertragsänderungen nach § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B.“

⇒ Nur sogenannte „**Anschlussaufträge**“ unterliegen daher einer Pflicht zur Neuausschreibung.

II. Systematik und Anwendungsbereich

b) Liefer- und Dienstleistungsverträge § 47 Unterschwellen- Vergabeverordnung (UVgO)

⇒ grundsätzliche Anwendung des § 132 GWB, jedoch mit
einer abweichenden Geringfügigkeitsregelung (20 %)
und ohne Bekanntmachungspflichten (§ 132 Abs. 5 GWB)

III.

Prüfungsreihenfolge

- 1. Liegt zulässige Auftragsänderung wegen Geringfügigkeit (de-minimis Regelung) nach § 22 EU Abs. 3 VOB/A vor?**
 - 2. Liegt erlaubte Auftragsänderung wegen besonderer Umstände nach § 22 EU Abs. 2 VOB/A vor?**
 - 3. Liegt eine sonstige unwesentliche Auftragsänderung vor, weil die Kriterien nach § 22 EU Abs. 1 VOB/A für eine wesentliche Änderung nicht erfüllt sind?**
- ⇒ Greift keiner der vorgenannten Tatbestände ein, ist zum Vollzug der Vertragsänderung ein neues Vergabeverfahren durchzuführen.

IV.

de-minimis Regelung / Geringfügigkeit

de-minimis Regelung nach § 22 EU Abs. 3 VOB/A:

„ Die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist ferner zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung

1. die jeweiligen **Schwellenwerte** nach § 106 GWB nicht übersteigt und
2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 % und bei **Bauaufträgen** nicht mehr als **15 %** des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der **Gesamtwert** der Änderungen maßgeblich.“

Voraussetzungen der de-minimis Regelung sind also:

1. Nettoauftragswert der Änderung

- unterhalb des Schwellenwerts für europaweite Vergaben und
- unterhalb 15 % des ursprünglichen Auftragswertes der Bauleistung

2. Keine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags

- Prüfung ist nicht identisch mit der des Vorliegens einer wesentlichen Vertragsänderung
- Beibehaltung der Hauptleistungspflichten
- nach Erwägungsgrund 109 der Richtlinie 2014/24/EU ist Änderung im o. g. Sinn anzunehmen, wenn „z. B. die zu beschaffene Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung durch andersartige Leistungen ersetzt werden oder ... sich die Art der Beschaffung grundlegend ändert“.

V.

Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände

1. Vertraglich angelegte Änderungen

§ 22 Abs. 2 Ziff. 1 EU VOB/A:

„Unbeschadet des Abs. 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen **klare, genaue und eindeutig** formulierte **Überprüfungsklauseln** oder **Optionen** vorgesehen sind, die Angaben zu **Art, Umfang** und **Voraussetzungen** möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert, ...“

V. Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände

Voraussetzungen sind also:

- Vereinbarung einer Überprüfungsklausel/Option im ursprünglichen Vertrag
- Anpassungs- bzw. Änderungsklauseln müssen klar, genau und eindeutig sein
- auch Art, Umfang und Voraussetzungen der danach möglichen Auftragsänderungen sind anzugeben
- keine Änderung des Gesamtcharakters

Fraglich, ob Anordnungsrechte nach § 1 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 VOB/B den Anforderungen entsprechen.

Im Ergebnis meines Erachtens wohl abzulehnen.

2. Zusätzlich erforderliche Leistungen, § 22 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 2 EU VOB/A

„Unbeschadet des Abs. 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn **zusätzliche** Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen **erforderlich** geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, **und ein Wechsel des Auftragnehmers**

- a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann **und**
- b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre ...“

V. Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände

Voraussetzungen:

- Zusatzleistung, die im Vertrag nicht vorgesehen war
- „Erforderlichkeit“, sofern für die Auftragsdurchführung zwingend notwendig (keine Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab wie in § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EU VOB/A)

V. Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände

- Wechsel des AN kann aus wirtschaftlichen/technischen Gründen nicht erfolgen **und**
Wechsel des AN wäre mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen AG verbunden
 - Erwägungsgrund 108 der Richtlinie 2014/24/EU geht von hinreichenden wirtschaftlichen oder technischen Gründen aus, wenn „der öffentliche AG Material-, Bau- oder Dienstleistungen in **unterschiedlichen technischen Merkmalen**“ erwerben müsste und dies eine **Unvereinbarkeit** oder **unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten** bei Gebrauch und Instandhaltung mit sich bringen würde“.

V. Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände

- hierzu zählen wohl auch Gewährleistungsschnittstellen
- für öffentlichen Auftraggeber erhöhter **Koordinierungs- und Abwicklungsaufwand**, wie auch mögliche zeitliche Verzögerungen (Problematik der Folgegewerke) können einen beträchtlichen Aufwand für den öffentlichen Auftraggeber bedeuten

§ 22 Abs. 2 Satz 2 EU VOB/A:

„In den Fällen der Nr. 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als **50 %** des Werts des **ursprünglichen Auftrags** erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert **jeder einzelnen Änderung**, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.“

- ⇒ Für jede einzelne erforderliche zusätzliche Leistung gilt die 50 % Grenze des ursprünglichen Auftragswerts.
- **Bekanntmachungspflicht** nach § 22 Abs. 5 EU VOB/A im Amtsblatt der Europäischen Union unter Angabe der wirtschaftlichen oder technischen Gründe und die Unannehmlichkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten, die einen Auftragnehmerwechsel bedingen würden (siehe hierzu Anhang V Teil G der Richtlinie 2014/24/EU)

3. Änderungen aufgrund unvorhergesehener Umstände § 22 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 3 EU VOB/A

„Unbeschadet des Abs.1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn die Änderung aufgrund von **Umständen** erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner **Sorgfaltspflicht** nicht **vorhersehen** konnte und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert ...“

V. Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände

Voraussetzungen:

- Vorliegen nachträglich geänderter Umstände, die zum Änderungsbedarf des Auftragsgegenstands führen
- fehlende Vorhersehbarkeit im Rahmen der erforderlichen Sorgfalt
 - Erwägungsgrund 109 der Richtlinie 2014/24/EU:

„Umstände, die auch bei einer nach vernünftigem Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber unter Berücksichtigung der diesem zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des spezifischen Projekts, der bewährten Praxis im betreffenden Bereich und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können.“

V. Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände

⇒ objektiver Sorgfaltsmaßstab

- keine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags (s. o.)
- Einhaltung der 50 % Grenze des § 22 EU Abs. 2 Satz 2 VOB/A (für jeden einzelnen nachträglich eintretenden Umstand) und Einhaltung der Bekanntmachungspflicht nach § 22 EU Abs. 5 VOB/A (s.o.)

4. Auftragnehmerwechsel § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EU VOB/A

„Unbeschadet des Abs. 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt

a) aufgrund einer Überprüfungsklausel im Sinne von Nr. 1,

V. Erlaubte Vertragsänderung wegen besonderer Umstände

- b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer **Unternehmensumstrukturierung**, wie z. B. durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen im Sinne des Abs. 1 zur Folge hat, oder
- c) aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.“

Voraussetzungen:

- **Ersatz** des bisherigen Auftragnehmers durch einen neuen Auftragnehmer
- Auftragnehmer -Wechsel anhand unterschiedlicher **Ursachen** denkbar
 - a) Überprüfungsklausel nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 EU VOB/A
 - b) „Unternehmensumstrukturierung“
 - c) Übernahme der Hauptleistungspflichten des öffentlichen Auftraggebers für den Haupt-Auftragnehmer gegenüber seinen Nachunternehmern

VI.

Sonstige unwesentliche Vertragsänderung

Generalklausel des § 22 Abs. 1 EU VOB/A

„**Wesentliche Änderungen** eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein **neues Vergabeverfahren**.

Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn

1. mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,
 - a) die Zulassung **anderer Bewerber** oder Bieter ermöglicht hätten,
 - b) die Annahme eines **anderen Angebots** ermöglicht hätten oder
 - c) das **Interesse weiterer Teilnehmer** am Vergabeverfahren geweckt hätten,

VI. Sonstige unwesentliche Vertragsänderung

2. mit der Änderung das **wirtschaftliche Gleichgewicht** des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,
3. mit der Änderung der **Umfang** des öffentlichen Auftrags **erheblich ausgeweitet** wird oder
4. ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer in anderen als den in Abs. 2 Nr. 4 vorgesehenen Fällen ersetzt.“

VI. Sonstige unwesentliche Vertragsänderung

- Im Rahmen der Prüfungsreihenfolge darf keine wesentliche Vertragsänderung im Sinne der vorgenannten Generalklausel vorliegen.
- § 22 Abs. 1 EU VOB/A entspricht der Rechtsprechung des EuGH und den deutschen Nachprüfungsinstanzen.
- keine abschließende Aufzählung der Fallgruppen

1. Für das ursprüngliche Vergabeverfahren relevante Auftragsänderungen:

- Möglichkeit der Zulassung anderer Bewerber oder Bieter (**hypothetische** Möglichkeit eines veränderten Bewerberkreises wohl nicht ausreichend)
- Möglichkeit der Annahme eines anderen Angebots, d.h. geänderte Leistungspflichten, die im Rahmen des zu ermittelnden wirtschaftlichen Angebots unter Zugrundelegung der Zuschlagskriterien von Relevanz waren
- Möglichkeit des Interesses weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren (fraglich auch hier, ob theoretische Möglichkeit ausreichend ist oder ob positive Feststellung erforderlich ist)

VI. Sonstige unwesentliche Vertragsänderung

2. Änderungen des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers

- unveränderte Vergütung bei Verzicht auf vertragliche Leistungspflichten (und umgekehrt)
- ggf. auch freiwillig gewährte anderweitige Ausführungsfristen ?

3. Erhebliche Erweiterung des Auftragsumfangs

4. Auftragnehmerwechsel außerhalb der ausdrücklichen Regelungen in § 22 Abs. 2 Nr. 4 EU VOB/A

VII.

Rechtsfolgen

1. Kündigung nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB

„Unbeschadet des § 135 können öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag während der Vertragslaufzeit kündigen, wenn eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde, die nach § 132 ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte, ...“

- nach den Vorgaben des GWB keine zeitliche Beschränkung (beachte jedoch § 8 Abs. 4 VOB/B: „Die Kündigung ist innerhalb von 12 Werktagen nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes auszusprechen.“)

- Vergütungsfolgen richten sich sodann nach **§ 133 Abs. 2 GWB**:

„Wird ein öffentlicher Auftrag gemäß Abs. 1 gekündigt, kann der Auftragnehmer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen.“

(beachte auch hier § 8 Abs. 4 Ziff. 2 b) VOB/B: „Die ausgeführten Leistungen sind nach § 6 Absatz 5 abzurechnen.“)

- Sowohl nach der Regelung in § 133 Abs. 3 GWB als auch nach § 8 Abs. 4 VOB/B werden weitergehende Schadensersatzansprüche nicht ausgeschlossen.

2. Feststellung der Unwirksamkeit der Vertragsänderung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens durch Wettbewerber nach § 135 Abs. 1, Abs. 2 GWB

„Ein öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber

1. gegen § 134 verstoßen hat oder
2. den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist, und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.“

a) Auftraggeber erfüllt die Bekanntmachungspflicht

⇒ Frist: 30 Kalendertage nach Veröffentlichung im EU-Amtsblatt

b) Auftraggeber unterlässt die Bekanntmachungspflicht

⇒ Frist: 6 Monate nach Vertragsschluss



Erhebliche Rechtsunsicherheit / Rechtsfolgen bei Rückabwicklung?

Ausweg: „Freiwillige ex ante Transparenzbekanntmachung!“

3. Vorweg-Bekanntmachung nach § 135 Abs. 3 Nr. 3 GWB (freiwillige ex ante Transparenzbekanntmachung)

Eine Unwirksamkeit tritt danach nicht ein, sofern

- der öffentliche AG der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist,
- der öffentliche AG eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht hat, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und
- der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

⇒ Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Durchführung der Vorweg-Bekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB zu empfehlen.

VIII.

Fazit

- In der Baupraxis werden regelmäßig die Ausnahmetatbestände des § 22 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 2, Ziff. 3 EU VOB/A einschlägig sein
 - (nachträgliche) Bekanntmachungspflicht führt zu Mehraufwand und „zeitweiser“ Rechtsunsicherheit
 - Vorweg-Bekanntmachung reduziert Rechtsunsicherheit, der Mehraufwand bleibt
 - Schnittstellenproblematik für den Auftraggeber (Vergabe-/Bauabteilung)
- ⇒ keine „verborgenen“ Stolpersteine, sondern „transparente“ Hürden

weiterführende Literatur

- Vergaberecht 5/2016, Seite 567
„Die neuen Kündigungstatbestände für öffentliche Aufträge“
von Dr. Daniel Görlich und Dr. Sebastian Conrad, Berlin
- Vergaberecht 2/2016, Seite 278
„Auftragsänderungen nach der Auftragsvergabe“
von Universitätsprofessor Dr. Jan Zickow
- NZBau 10/2016, Seite 619
„Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“
von RA Dr. Friedrich Ludwig Hausmann und Dr. Georg Queisner

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !



Haben Sie noch Fragen!