

„W2K aktuell – Update Vergaberecht 2022“
Online-Seminar am 29.03.2022



Änderungen des Beschaffungsbedarfs
– Lösungen und Grenzen

RA Alfred Bauer

Grenzen

In welchen Fällen müssen Änderungen des Beschaffungsbedarfs trotz laufenden Vertrag ausgeschrieben werden?

Die Ausschreibungspflicht ist die Folge der Grenzüberschreitung!

Lösung

Es gilt also, Grenzüberschreitungen zu vermeiden!

Die Anforderungen, die die Rechtsprechung hieran stellt, sind anspruchsvoll.

Probleme bei Beginn einer Vertragslaufzeit

Zwischen 1994 und 1996 wurde die sog. Berliner Energiesparpartnerschaft entwickelt.

Um Energie und damit Kosten und schädliche Kohlendioxid-Emissionen einzusparen, wurde im Rahmen der Berliner Energiesparpartnerschaft bei der Ausschreibung von mehreren Losen sog. Contractoren zur Finanzierung, Planung, Umsetzung und Betreuung von Energiesparmaßnahmen gesucht. Der jeweilige Contractor hatte dem Land Berlin die Umsetzung entsprechender Energiesparmaßnahmen und eine damit verbundene Mindesthöhe an Einsparungen zu garantieren. Aus diesen Energiekosteneinsparungen sollten die vom Contractor getätigten Investitionen refinanziert werden. Nur dann, wenn die vertraglich festgelegten Einsparungen erreicht werden, erhält der Contractor die volle Vergütung für seine Leistungen.

- Bei einem Los ging ein Contractor kurz nach Auftragsbeginn in die Insolvenz. Es gab im Ausschreibungstext eine Nachrückerregelung bei einem Wechsel des Auftragnehmers in der ersten Vertragsphase (Feinanalyse).
- In einem weiteren Los wurden die Vertragsbedingungen im ersten Vertragsjahr nachverhandelt.

Vorbild 2022

Die Berliner Energiesparpartnerschaft (ESP) - Berlin.de

Gebäude:	545 Liegenschaften (bzw. ca. 1.400 Gebäude)
Energiekosten:	58 Mio. €/a (vor Vertragsbeginn)
Investitionen:	über 65 Millionen (durch die Contractoren)
Einspargarantie:	insgesamt knapp 15 Mio. €/a, wovon 3,37 Mio. €/a als direkte Haushaltsentlastung beim Land Berlin verbleiben (durchschnittliche Einspargarantie: 25,5%)
CO ₂ -Minderungseffekt:	insgesamt ca. 73.000 Tonnen pro Jahr

Jetzt eine Erfolgsgeschichte.

Die Pflicht zur Wiederaufnahme des langjährigen Vergabeverfahrens hätte damals das Projektende zur Folge gehabt.

- A | § 132 GWB – gesetzliche Regelung für Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (EuGH, Urt. v. 19.06.2008 C-454/06 „Presstext“)
- B | Vergaberecht bei Störung der Geschäftsgrundlage (EuGH, Urt. v. 07.09.2016, C-549/14 – „Finn Frogne“)
- C | Anforderungen an die ausgeschriebenen Änderungen nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB
- D | Fazit

Back
up | ... was ist denn jetzt mit der Steigerung der Energiepreise?

Bedeutung der Presstext-Entscheidung des EuGH

- Änderungen öffentlicher Aufträge während ihrer Vertragslaufzeit sind in der Beschaffungspraxis bei langfristigen Verträgen eher die Regel als die Ausnahme. Der EuGH hat dafür die Rahmenbedingungen für die Behandlung von Änderungen während der Vertragslaufzeit in seiner Presstext-Entscheidung (Urt. v. 19.06.2008 C-454/06 Presstext) festgelegt.
- Die Spruchpraxis des EuGH wurde schließlich in Art. 72 Abs. 4 Buchst. d) RL 2014/24/EU weitgehend normiert und hier u.a. durch den § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB umgesetzt.

Definition der „wesentlichen Änderung“

Der EuGH hat sich in einem Urteil v. 19.06.2008, (Rs. C-454/06) Änderungen als vergabepflichtig angesehen, wenn sie „wesentlich“ sind. Dies ist der Fall, wenn die Änderung

- wesentlich andere Merkmale aufweist als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lässt,
- wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären
- wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert
- wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert.

Systematik des § 132 GWB

§ 132 GWB aber auch § 47 UVgO weisen so die folgende Systematik auf:

Jede Änderung der sich aus dem Vertrag ergebenden Rechts und Pflichten erfordert ein neues Vergabeverfahren. Außer:

- die Änderung ist unwesentlich oder
- die Änderung ist zwar wesentlich, doch es besteht ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand.

Systematik des § 132 GWB

Bei Bauvergaben im Unterschwellenbereich gilt § 132 GWB nicht!

Es gilt § 22 VOB/A. Bei Leistungen aufgrund einseitigem Verlangen des Auftraggebers ist kein neues Vergabeverfahren erforderlich.

Aber bei Vertragsänderungen nach § 1 Abs. 4 VOB/B muss ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden, wenn der Betrieb des Auftragnehmers nicht auf derartige Leistungen eingerichtet ist oder der Auftragnehmer hierfür seine Zustimmung erteilen muss.

Was ist bei Bauvergaben im Oberschwellenbereich?

Systematik des § 132 GWB – Oberschwellenbereich

§ 132 GWB betrifft alle Änderungen der vertraglichen Leistungspflichten im Oberschwellenbereich – auch bei Vergaben nach VOB/A EU

Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob die Änderung unwesentlich ist oder aus den gesetzlichen Gründen des § 132 GWB keine Ausschreibungspflicht für die wesentliche Änderung vorgegeben ist.

So ist stets zu prüfen,

- Ob Änderungen des Bauvertrags nach § 650b BGB vorliegen (Keine Anordnung des Auftraggebers zur Änderung der Bauzeit)
- Ob Änderungen des Bauvertrags nach § 650b BGB vergaberechtsfrei sind oder nicht. Liegt eine Änderung des Werkerfolges vor oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist. Änderungswunsch des Bauherrn mit Verhandlung über Leistungsänderung und Vergütungsanpassung)
- Schließlich ob Nachträge vergaberechtsfrei sind oder nicht (Systematik § 132 GWB)

Systematik des § 132 GWB – Änderungen des Umfangs

Unerheblich ist der Grund oder der Anlass der Änderung. Es betrifft alle Änderungen, die zeitlich nach dem Abschluss eines Vergabeverfahrens nachfolgen. Ebenso ist es auf alle nicht beendeten Aufträge anwendbar. Unerheblich ist, wann sie erteilt wurden und wie sie zustande kamen.

Eine wesentliche Vertragsänderung liegt nach Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg auch dann vor, wenn mit der **Änderung der Umfang des ursprünglichen Auftrags erheblich (auch erstmals über den Schwellenwert) ausgeweitet** wird. Hierzu genügt auch eine Vertragsänderung, die sich erst im Laufe des Projektes ergibt. Laut der Vergabekammer Baden-Württemberg 07.06.2018 – 1 VK 10/18 ist von einer relevanten Auftragsänderung auszugehen, wenn durch die Änderung eines Auftrags, der zunächst unterhalb der Schwellenwerte lag, der Schwellenwert zu einem späteren Zeitpunkt überschritten wird.

Wesentliche Änderung, wenn die Planung einer Kindertagesstätte beauftragt wurde und dann auf Planungsleistungen für eine Ganztagesbetreuung erweitert wird.

Systematik des § 132 GWB – auch bei Vertragsverlängerung

Auch eine Vertragsverlängerung kann als wesentliche Änderung ein neues Vergabeverfahren über die weitere Laufzeit der Vertragsverlängerung erfordern. Das geht aus dem Beschluss des OLG Schleswig vom 09.12.2021 54 verg 8/21 hervor.

- Eine wesentliche Änderung eines öffentlichen Auftrags darf nicht freihändig vorgenommen werden, sondern muss zu einem neuen Vergabeverfahren über den geänderten Auftrag führen.
- Die Verlängerung von Verträgen mit befristeter Laufzeit ist bei Verträgen, bei denen das Zeitmoment ein wesentliches Element der geschuldeten Leistung ist, bei einer erheblichen Ausweitung des Leistungsvolumens als eine wesentliche Vertragsänderung und damit als neuer Beschaffungsvorgang zu werten.

Systematik des § 132 GWB – auch bei Interimsvereinbarungen

Regelmäßig Diskussion bei Interimsverträgen.

Die Interimsvergabe ist eine „Überbrückungsvergabe“ für den Fall, dass eine im Wettbewerb (!) ausgeschriebene oder auszuschreibende Leistung nicht pünktlich vergeben werden kann und ein vertragsloser Zustand bzw. die Nichtleistung droht.

Auch bei einer „Überbrückungsvergabe“ kann der Schwellenwert überschritten werden.

Die vergaberechtliche Sanktion als geeignete Maßnahme nach § 168 Abs. 1 GWB besteht aber in der Durchführung eines Vergabeverfahrens und entspricht so dem Zweck der Interimsvergabe.

Schwäche bei den Interimsverträgen ist oftmals deren mangelnde Wirtschaftlichkeit, da Übergangsaufträge und kleinteilige Beschaffungen im Einzelfall nur zu höheren Preisen beschafft werden können.

Worum ging es?

Es ging hierbei um einen Auftrag zur Lieferung und Wartung eines Kommunikationssystems für Notfalldienste. Auftraggeber und Auftragnehmer stritten nach Beauftragung über eine Vielzahl von wirtschaftlich relevanten Fragestellungen. Der ausgeschriebene Vertrags wurde nicht erfüllt. An dessen Stelle schlossen die Parteien eine angemessene Vergleichsvereinbarung, mit der Folge beidseitiger Zugeständnisse.

Gegen diesen Vergleich klagte ein nicht berücksichtigter ursprünglicher Bieter. Das Oberste dänische Gericht legte den Fall dem EuGH vor.

Muss dennoch eine neue Ausschreibung erfolgen?

Wie hat der EuGH entschieden?

Der EuGH hat hier eine Pflicht zur Neuausschreibung angenommen.

Es liegt mit dem Vergleichsabschluss eine wesentliche Änderung des Auftrags vor!

Es könne keine Rolle spielen, ob die wesentliche Änderung eines Auftrags auf dem gezielten Willen der Parteien beruhe oder der Überwindung von objektiven Schwierigkeiten diene, die bei der Durchführung des Auftrags aufgetreten sind, selbst wenn es sich um einen Auftrag mit offen gebliebenen Fragestellungen handelt.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz, der dem Schutz der anderen potenziell am Auftrag interessierten Unternehmen wiege hier schwerer (Rn. 32). Dies gelte auch dann, wenn die Schwierigkeiten auf Gründe zurückzuführen sind, auf die die Parteien überhaupt keinen Einfluss haben (Rn. 34).

Die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatz zum Bieterschutz stellt danach eine einzuhaltende vergaberechtliche Anforderung an die Vermeidung der Grenzüberschreitung dar.

Worauf weist der EuGH noch hin?

Es ist Sache des Auftraggebers, den Auftragsgegenstand bei mit Unsicherheiten behafteten Aufträgen im Vergabeverfahren umsichtig zu bestimmen (Rn. 36).

Überdies könne er sich die Möglichkeit vorbehalten, nach Vertragsschluss selbst wesentliche Änderungen vorzunehmen, wenn er in den Auftragsbedingungen die Modalitäten dafür festlegt (Rn. 37).

Worauf weist der EuGH noch hin?

Der Hinweis des EuGH ist faktisch der Regelungsgegenstand des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB:

„Unbeschadet des Absatzes 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,“

Auftragnehmerwechsel – Überprüfungsklausel nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB oder andere Gründe nach Nr. 4?

Nachrückerregelung (+)

Ausnahmsweise ist keine erneute Ausschreibung nötig, wenn der Fall des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. b) GWB] einschlägig ist. Der EuGH, Urt. v. 03.02.2022 – C-461/20 – (Advania) nimmt an, dass der neue Auftragnehmer die Vermögenswerte des alten Auftragnehmers ganz oder teilweise übernehmen muss. So reicht auch nur ein öffentlicher Auftrag.

Der Wortlaut böte keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Begriff der Insolvenz auf solche Situationen beschränkt wäre, in denen der vertragsgegenständliche Geschäftsbereich des ursprünglichen Auftragnehmers zumindest teilweise fortgeführt werden müsste (Rn. 28).

Auftragnehmerwechsel – Rückgriff auf andere Angebote des Vergabeverfahrens?

Praktikervorschlag*

Mit dem Rückgriff auf Angebote aus dem durchgeführten Vergabeverfahren werde dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit Rechnung getragen und der Verhältnisgrundsatz gewahrt, wenn ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der ersten Zuschlagerteilung, der Lösung des ursprünglichen Vertrags und der Vergabe des folgenden Auftrages nach § 150 BGB gegeben ist. Das Gegenargument, dass zwischenzeitlich weitere Unternehmen Interesse an dem Auftrag haben könnten, sei nicht maßgeblich.

Praktikervorschlag verkennt die Bedeutung des Bieterschutzes, die der EuGH (jedenfalls bislang) bei einem Auftragnehmerwechsel zur Bewertung herangezogen hat. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 räumt der Vergabestelle die Möglichkeit ein, den Ausnahmefall der Zulässigkeit des Auftragnehmerwechsels konkret zu fassen. Darüber hinaus besteht kein Raum für weitere Ausnahmen.

* Walter, Landkreis Göttingen, VergabeR 2, 2022 S. 162 ff.

Was sind klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen?

- Preisindex- und Überprüfungsklauseln
- Stoffpreisklausel (z.B. VVB Formblatt 225) etc. – Eine Stoffpreisgleitklausel des öffentlichen Auftraggebers von Bauleistungen ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil, wenn sie ohne ausreichenden Hinweis den Auftragnehmer zur Vermeidung erheblicher Nachteile bei Stoffpreissenkungen dazu anhält, bereits bei seiner Kalkulation von üblichen Grundsätzen abzuweichen.“ so BGH Urt. 01.10.2014, Az. VII ZR 344/13 (bestätigt durch Urt. 25.01.2018, Az. VII ZR 219/14).

Dem Auftraggeber darf kein entscheidender Ermessensspielraum eingeräumt werden. Auch darf es keine Regelung geben, wonach eine Vereinbarung über Änderungen getroffen werden.

Klauseln, die Änderungen der Menge der zu erbringenden Leistungen eröffnen, dürfen keine unbegrenzten Steigerungen zulassen (so OLG Sachsen Beschl. 7.7.2015 Verg. 3/15)

Festlegung von Höchstbetragsgrenzen (zumindest bei Rahmenvereinbarungen?!)

Mit dem Urteil vom 17. Juni 2021 (Rs. C-23/20) führt der EuGH seine Rechtsprechung vom 19. Dezember 2018 in der Rechtssache Antitrust und Coopservice (Rs. C-216/17) fort. Danach werden Höchstbetragsgrenzen bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen verlangt. Trotz nicht eindeutigen Wortlaut „gegebenenfalls“ ist die in Aussicht genommene Menge festzulegen.

Im Hinblick auf die in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 genannten Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz sowie die allgemeine Systematik der Richtlinie sei es gleichwohl nicht hinnehmbar, dass öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung keine Angaben zu einem Höchstwert der gemäß einer Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren und Dienstleistungen machen.

Die Angabe einer Höchstabnahmegrenze wird so als ist bieterschützend angenommen. Bestehende Rahmenvereinbarungen sollten dahingehend vorsorglich zur Klarstellung ergänzt werden.

Abstimmung zwischen Beschaffungsverträgen und Vergabeverfahren zwingend erforderlich

Öffentliche Auftraggeber sollten sich auf typische Änderungen während der Vertragslaufzeit vorbereiten.

Sie müssen vor Beginn des Vergabeverfahrens die möglichen Veränderungen des Beschaffungsgegenstand wie auch Änderungen bei Laufzeit und Auftragnehmer beachten und die hierzu erforderlichen Regelungen in den Vergabeunterlagen (Vertrag) aufnehmen.

Die Durchführung eines Vergabeverfahrens erschöpft sich nicht auf die „Umsetzung“ im Vorfeld festgelegter Leistungsverträge. Das Vergaberecht ist bei der Abfassung der Leistungsverträge zu berücksichtigen.

W2K – die Kanzlei für Infrastrukturrecht



Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Kaiser-Joseph-Straße 247 | 79098 Freiburg
Tel. 0761 / 211 149-0 | freiburg@w2k.de
www.w2k.de

Charlottenstraße 21b | 70182 Stuttgart
Tel. 0711 / 248 546-0 | stuttgart@w2k.de
www.w2k.de

Geltendmachung der Steigerung der Energiepreise

Eine Kommune hat einen langfristiger Vertrag mit einem Dienstleister abgeschlossen. Das Entgelt wird jährlich aufgrund einer allgemeinen Preisgleitklausel (Lebenshaltungsindex) angepasst. Angesichts der aktuellen immensen Preissteigerungen bei Benzin, Gas und Strom, fragt sich der Dienstleister ob er diesen Mehraufwand bei der Kommune geltend machen kann. **Die Kommune wäre hierzu ggf. bereit, fragt sich aber, ob neu auszuschrieben ist.**

Störung der Geschäftsgrundlage - Die Anspruchsgrundlage gemäß § 313 BGB ist nur in Ausnahmefällen anwendbar. Sie dient nicht dazu, das gewöhnliche Risiko von Preisveränderungen auf den Vertragspartner abzuwälzen. Damit dürfte sich regelmäßig nur ein Geschäftsrisiko verwirklichen, welches von den Marktteilnehmern vor Vertragsschluss nicht einkalkuliert werden kann. Im Bereich Stahlhandel hat die Rechtsprechung angenommen, dass die Preiserhöhung bei gestiegenen Weltmarktpreisen in den Risikobereich des Auftragnehmers fällt. Fällt die aktuelle Preiserhöhung bei der Energie in den Risikobereich des Dienstleisters?

Geltendmachung der Steigerung der Energiepreise

Ob die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist, ergibt sich ausschließlich aus § 132 GWB. Zulässig ist eine Änderung des Auftrags ohne die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nur dann, wenn diese unwesentlich wäre, wovon hier nicht auszugehen ist.

Wird durch den Ausgleich der Mehrausgaben nachträglich das ursprüngliche Vergabeverfahren verändert (§ 132 Abs. 1 Ziffer 1 GWB)?

Wird das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragspartnern verändert? Eher nein, denn es wird durch die Anpassung im Rahmen der Regelungen zur Leistungsstörung gerade das ursprünglich vereinbarte Gleichgewicht wiederhergestellt.

Auch der Leistungsumfang würde nicht verändert (§ 132 Abs. 1 Ziffer 3 GWB).

Selbst wenn man eine wesentliche Änderung annehmen wollte, wäre diese danach gem. § 132 Abs. 2 Ziffer 3 GWB nicht vergabepflichtig.