



## **„Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“**

**10. Vergaberechtstag Brandenburg**

**Potsdam, 30.11.2017**

Rechtsanwalt Janko Geßner

Fachanwalt für Verwaltungsrecht



## **Verfassungsrecht**

## **Energiewirtschaft**

Recht der Erneuerbaren Energien  
Energiewirtschaftsrecht

## **Planen und Bauen**

Raumplanung, Bauleit- und  
Fachplanungsrecht, Baurecht

## **Öffentlicher Dienst**

## **Umweltrecht**

Abfallwirtschaftsrecht | Agrar-, Forst- und  
Jagdrecht | Emissionshandelsrecht  
Immissionsschutzgesetz

## **Staat und Verwaltung**

Gesundheitsrecht | Kommunalrecht | Recht  
der Infrastruktur und der öffentl. Daseins-  
vorsorge | Recht des öffentl. Dienstes  
Schul-, Hochschul- und Prüfungsrecht  
Verfassungsrecht | Vergaberecht



## Rechtsanwalt Janko Geßner Leiter Arbeitsbereich Energie- und Vergaberecht

- **Organisationsberatung** der öffentlichen Hand: Privatisierung, Rekommunalisierung, u. a.
- **Vergaberechtliche Beratung** von öffentlichen Auftraggebern: Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren
- **Vertretung** in Vergabenachprüfungsverfahren

# Gliederung

- I. Einführung
- II. Änderung eines Auftrages
- III. Tatbestände des § 132 GWB
- IV. Konsequenzen und Folgen
- V. Unterschwellenbereich

# Beispiel 1

Bei Baumaßnahmen für ein Hafenprojekt ist mit schadstoffbelasteter Erdmasse umzugehen. Geplant war zunächst ein kompletter Bodenaushub; die geschätzten Kosten sind dem AG aber zu teuer.

Daraufhin wird eine (bloße) Bodenversiegelung mit Teilaushub geplant. Der AG schreibt das Vorhaben öffentlich aus. Während der Bauausführung stellt sich heraus, dass u.a. aufgrund notwendiger Wasserhaltung wegen des belasteten Bodens die Versiegelungsvariante etwa ähnlich so aufwendig und teuer wie ein Vollaushub wird. Deshalb beabsichtigt die Stadt, den kompletten Bodenaustausch anzuordnen. Ist diese Abweichung ohne erneute Ausschreibung zulässig?

## Beispiel 2

Eine Gemeinde hat die Betreuung ihres kommunalen Wohnungsbestandes für vier Jahre an eine Hausverwaltung vergeben. Der ohne Verlängerungsklausel fix abgeschlossene Vertrag läuft am 31.12.2017 aus.

Die Gemeinde prüft derzeit, ob sie eine eigene Wohnungsgesellschaft gründet und ihr den Wohnungsbestand überträgt. Da die Prüfung noch andauert, soll der bisherige Vertrag verlängert werden.

# Anzuwendendes Recht

- **Oberschwellenbereich:** GWB, VgV, VOB/A
- **Unterschwellenbereich (ohne Fördermittel):** § 30 KomHKV →  
1. Abschnitt der VOB/A 2009 und der VOL/A 2009 (derzeit)
- **Unterschwellenbereich (mit Förderm.):** ANBest-G, ANBest-EU
  - **ANBest-G** -> 1. Abschn. VOB/A (2016) und VOL/A (derzeit)
  - **ANBest-EU** -> 1. Abschn. VOB/A (2016) und VOL/A (derzeit)
  - jeweils VV zu § 55 LHO
- zukünftig UVgO nach Einführung in Brandenburg

## II. Änderung eines Auftrages

- **Änderungen** nach Vergabe (Zuschlag), nicht im Vergabeverfahren
- **Inhalt:** z.B. Auferlegung zusätzlicher Leistungen, Erhöhung Entgelt
- **Vertragsdauer:** z.B. Verlängerung der Laufzeit bei fixen Verträgen
- **Wechsel** des Vertragspartners: neuer Auftragnehmer, u.U. auch Austausch des Nachunternehmers (wenn wesentlich)
- **Wertende Betrachtung:** Steht Vertragsänderung hinsichtlich Umfang und Wirkungen dem Abschluss eines neuen Vertrages gleich?

# Rechtsprechung EuGH

*Dies ist der Fall, wenn die beabsichtigten Änderungen den Auftrag in großem Umfang um ursprünglich nicht vorgesehene Bestandteile erweitern, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags zugunsten des Auftragnehmers ändern oder wenn sie Anlass zu Zweifeln an der Auftragsvergabe geben, und zwar in dem Sinne, dass, wenn diese Änderungen in den Unterlagen des ursprünglichen Vergabeverfahrens enthalten gewesen wären, entweder ein anderes Angebot den Zuschlag erhalten hätte oder andere Bieter hätten zugelassen werden können.*  
*(EuGH, Urteil vom 07. September 2016 – C-549/14 –, Rn. 28, juris)*

# Rechtsentwicklung

- Vorher nicht kodifiziert -> vor allem  
EuGH-Rechtsprechung (z.B. presstext)
- Art. 72 RL 2014/24/EU
- seit 18.04.2016: **§ 132 GWB** (auch auf Altverträge anwendbar),  
**§ 22 VOB/A EU** → entspricht § 132 GWB
- § 47 UVgO und § 22 VOB/A (Unterswellenbereich)



## III. Prüfung § 132 GWB

- Geringfügige Auftragsänderung nach § 132 Abs. 3?

Wenn  
nein:

- Besonderer Ausnahmetatbestand nach § 132 Abs. 2?

Wenn  
nein:

- Sonstige unwesentliche Auftragsänderung, weil Kriterien des § 132 Abs. 1 für wesentliche Änderung nicht erfüllt?

Wenn  
nein:

- Neues Vergabeverfahren nötig

# Geringfügigkeit

## 1. Geringfügige Änderung nach § 132 Abs. 3?

## 2. Ausnahmetatbestand nach § 132 Abs. 2?

## 3. sonstige unwesentliche Änderung?

## 4. Neues Vergabeverfahren

- Gesamtcharakter des Auftrags ändert sich nicht
- Wert der Änderung übersteigt nicht Schwellenwerte und
- maximaler Wert der Änderung(en):
  - Bauaufträge: 15 %
  - Liefer- und Dienstleistungsaufträge 10 %
  - Soziale und besondere Dienstleistg. 20 %
  - Unterschwellenbereich UVgO -> 20%

# Gesamtcharakter des Auftrags

- **Erwägungsgrund 109** der RL:  
*„indem beispielsweise die zu beschaffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch andersartige Leistungen ersetzt werden oder indem sich die Art der Beschaffung grundlegend ändert“*
- (keine) Änderung wesentlicher Grundelemente des gesetzlichen Vertragstyps (Kauf-, Dienst- oder Werkvertrag)
- wertende Gesamtbetrachtung bei gemischten Verträgen
- z.B.: Dienst- anstelle Bauleistung, Dienstleistungsauftrag anstatt -konzession

# Ursprünglicher Auftragswert

- Relevant sowohl für de-minimis-Regelung (Abs. 3) als auch für Werterhöhungen von max. 50% (Abs. 2 S. 2)
- Losvergabe: **losweise Betrachtung** statt Berücksichtigung des Gesamtauftragswertes (str.)
- Mehrere aufeinander folgende Änderungen: Netto-Werte kumulieren -> daher: vorrangig Ausnahmetatbestand nach § 132 Abs. 2

# Besondere Ausnahmetatbestände

1. Geringfügige Änderung nach § 132 Abs. 3?
  - Nr. 1: Optionen und Überprüfungs-klauseln im Ursprungsvertrag
2. Ausnahmetatbestand nach § 132 Abs. 2?
  - Nr. 2: Zusätzliche Leistungen
  - Nr. 3: Nicht vorhersehbare Änderungen
  - Nr. 4 Austausch des Auftragnehmers (vor allem Umstrukturierungen)
3. sonstige unwesentliche Änderung?
4. Neues Vergabeverfahren

# Optionen und Überprüfungsklauseln

- Änderung bereits im Ursprungsvertrag angelegt, d.h. im Rahmen des ohnehin schon Vereinbarten (z.B. Preis- /Lohnleitklausel)
- klar, genau und eindeutig → Anordnungsrechte aus § 1 Abs. 3, Abs. 4 S. 1 VOB/B bzw. § 2 Nr. 1 VOL/B fallen nicht darunter (Beachte aber: § 22 VOB/A für Bauauftrag im Unterschwellenbereich,)
- Benennung in Vergabebekanntmachung (strittig) bzw. zumindest in Vergabeunterlagen

# Zusätzliche Leistung(en)

- Teilersatz oder Erweiterung vereinbarter Leistungen
- Allein Erbringung durch ursprünglichen Auftragnehmer sinnvoll
- Abgrenzbarkeit schwierig: „nicht erfolgen können“ **und** (nur) „mit Schwierigkeiten u. Zusatzkosten verbunden sein“:
  - „nicht erfolgen können“ als Unzweckmäßigkeit eines Austauschs unter Berücksichtigung wirtschaftl. / technischer Gesichtspunkte
  - absolute Unmöglichkeit des Wechsels des Auftragnehmers sowie relative Unmöglichkeit der Ausführung
- Werterhöhung max. 50 % (anders im Sektoren- und Konzessionsbereich), keine Kumulation!

# Nicht vorhersehbare Änderung(en)

- Gesetzesbegründung:  
*„auch unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des spezifischen Projekts, der bewährten Praxis und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten [nicht vorherzusehen]“*
- hohe Anforderungen: Krisen, Katastrophen, höhere Gewalt (?)
- Werterhöhung max. 50 % (anders im Sektoren- und Konzessionsbereich), keine Kumulation!

# Sonstige unwesentliche Änderung

1. Geringfügige Änderung nach § 132 Abs. 3?
  - Umkehrschluss aus § 132 Abs. 1:
  - Keine Modifikation wesentlicher Leistungspflichten
2. Ausnahmetatbestand nach § 132 Abs. 2?
  - Keine Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts
  - Keine wesentliche Erweiterung des Leistungsumfangs
3. sonstige unwesentliche Änderung?
  - Kein (relevanter) Wechsel des Auftragnehmers
4. Neues Vergabeverfahren

# Neues Vergabeverfahren

1. Geringfügige  
Änderung nach  
§ 132 Abs. 3?

2. Ausnahmetatbe-  
stand nach § 132  
Abs. 2?

3. sonstige unwesent-  
liche Änderung?

4. Neues  
Vergabeverfahren

**Wenn Fragen 1-3 verneint:**

- § 132 Abs. 1 nicht abschließend („insbesondere“)
- **Sonstige wesentliche Änderung:**
  - Umfang und inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien betroffen
  - Ausdruck des Willens zu Neuverhandlung wesentlicher Bedingungen
  - Kann wertmäßig neutral sein → Markt-  
mäßige Bedeutung ausschlaggebend

## IV. Konsequenzen und Folgen

### **Bekanntmachung nach § 132 Abs. 5 GWB**

- Änderungen ohne neues Verfahren nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3
- erhöhte Transparenzpflicht → Dritte können Änderung überprüfen und ggf. Unwirksamkeit der Änderung ohne Ausschreibung feststellen lassen (§ 135)

### **Kündigungsrecht nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB: Gestaltungsrecht des Auftraggebers, nicht drittschützend**

- Für Auftragnehmer nur Teilvergütungsrecht, evtl. Schadensersatz (bei Missbrauch durch AG)
- § 8 Abs. 4 Nr. 2 b) VOB/B: 12 Werkstage Kündigungsfrist für AG

## V. Unterschwellenbereich

§ 47 UVgO (zukünftig) -> § 132 GWB, geht aber weiter:

- Änderungen auch nach Ablauf der Vertragslaufzeit (strittig)
- Wert der Änderung: 20 % des Auftragswertes
- Erläuterungen BMWi: Einschränkung wie im GWB bewusst nicht übernommen

**VOL/A** (derzeit) -> enthält keine eigene Regelung zur Auftragsänderung, aber ermöglicht geringfügige Nachbestellungen bei Preis- und Leistungsidentität

# V. Unterschwellenbereich

§ 22 VOB/A verweist nicht auf § 132 GWB

- DVA: bewusste Entscheidung gegen Analogie zu GWB
- nur bei echten Zusatzleistungen neues Verfahren

## Freiberufliche Leistungen

- Haushaltsrecht
- RS zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg vom 17.03.2011, Anhang Nr. 15 Vergabe von Planungsleistungen
- Transparenz, Diskriminierungsfreiheit, Gleichbehandlung

# Fazit

- **Mehr Rechtssicherheit für Auftraggeber**
- **größere Handlungsspielräume für Auftraggeber**
- **sorgfältige Analyse auf Vergaberechtsrelevanz erforderlich  
(Nachtragsmanagement!)**



**Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!**

Für Rückfragen wenden Sie sich bitte an  
Rechtsanwalt Janko Geßner

Mangerstraße 26  
14467 Potsdam

Tel.: 0331 - 62 04 270

Fax: 0331 - 62 04 271

[post@dombert.de](mailto:post@dombert.de)  
[www.dombert.de](http://www.dombert.de)