



HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

**HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

Vorsicht Falle: Nachträge und Vergaberecht

**Informationsveranstaltung
am 20. April 2023**



Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung

- Nachtrag
- Änderungsanordnung
- Zusatzauftrag
- Option
- Grundsätzlich hingegen nicht: Massenmehrung beim Einheitspreisvertrag

Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung

Drei Fragen:

1. Handelt es sich um einen neuen Vergabefall?
2. Wenn ja: Ist ein neues Vergabeverfahren durchzuführen?
3. Wenn ja: Bestehen Möglichkeiten zur Vereinfachung / Beschleunigung des Vergabeverfahrens?

Regelungen seit der Vergaberechtsreform 2016

- **§ 132 GWB** (alle Aufträge nach EU-weiten Vergaben)
- Wortgleich damit **§ 22 EU VOB/A** (Baufträge nach EU-weiten Vergaben)
- **§ 22 VOB/A** (unterschwellige Bauaufträge)
- **§ 47 UVgO** mit Verweis auf § 132 Abs. 1, 2, 4 GWB (unterschwellige Liefer- und Dienstleistungsaufträge)

→ zentrale Vorschrift: **§ 132 GWB**

- Zuvor: reines Richterrecht, maßgebliche Entscheidung: EuGH, Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06, „**pressetext**“

§ 132 GWB: Struktur

- Prüfung der Wesentlichkeit der Vertragsänderung;
Definition der Wesentlichkeit (Abs. 1)
- Vertragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren (Abs. 2):
 - Änderung im Ursprungsvertrag vorgesehen (Nr. 1)
 - Zusatzleistungen (Nr. 2)
 - Nicht vorhersehbare Änderungen (Nr. 3)
 - Bestimmte Fälle der Ersetzung des ursprünglichen AN durch einen neuen AN (Nr. 4)
- De-Minimis-Änderungen (Abs. 3)

Vorfrage: § 132 GWB anzuwenden?

Ursprungsvertrag nach **nationalem Vergaberecht** vergeben?

- Vertragsänderungen richten sich ausschließlich nach nationalem Vergaberecht:
 - Bauaufträge: § 22 VOB/A
 - Liefer- und Dienstleistungsaufträge: § 47 UVgO

Wesentlichkeit der Vertragsänderung (§ 132 Abs. 1 GWB)

*„**Wesentlich** sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag **erheblich** von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet.“*

Beispiele für wesentliche Änderungen nach § 132 Abs. 1 GWB

Bieter- oder Zuschlagsrelevanz:

§ 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GWB

Durch die Änderung werden Bedingungen eingeführt, die

- die Zulassung anderer Bieter/Bewerber ermöglicht hätten
- die Annahme eines anderen Angebotes ermöglicht hätten
- das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten

Beispiele für wesentliche Änderungen nach § 132 Abs. 1 GWB

Bieter- oder Zuschlagsrelevanz:

Beispiel:

Ingenieurauftrag für die Planung der Sanierung mit
Erweiterung einer Kläranlage.

Danach Änderung: vollständiger Neubau bei gleicher
Kapazität

- Es geht nicht um die Änderung der Planung, sondern
um die Änderung der Ingenieurleistung.

Beispiele für wesentliche Änderungen nach § 132 Abs. 1 GWB

Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts:

§ 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB

Mit der Änderung wird das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des AN verschoben.

Beispiele:

- Verlängerung einer fest vereinbarten Vertragslaufzeit
- Vereinbarung eines zusätzlichen Entgelts

Beispiele für wesentliche Änderungen nach § 132 Abs. 1 GWB

Erhebliche Ausweitung:

§ 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB

Mit der Änderung wird der Umfang des Auftrags erheblich ausgeweitet.

Richtwert für die „Erheblichkeit“:

- Bauaufträge: > 15 %
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge: > 10 %

Beispiele für wesentliche Änderungen nach § 132 Abs. 1 GWB

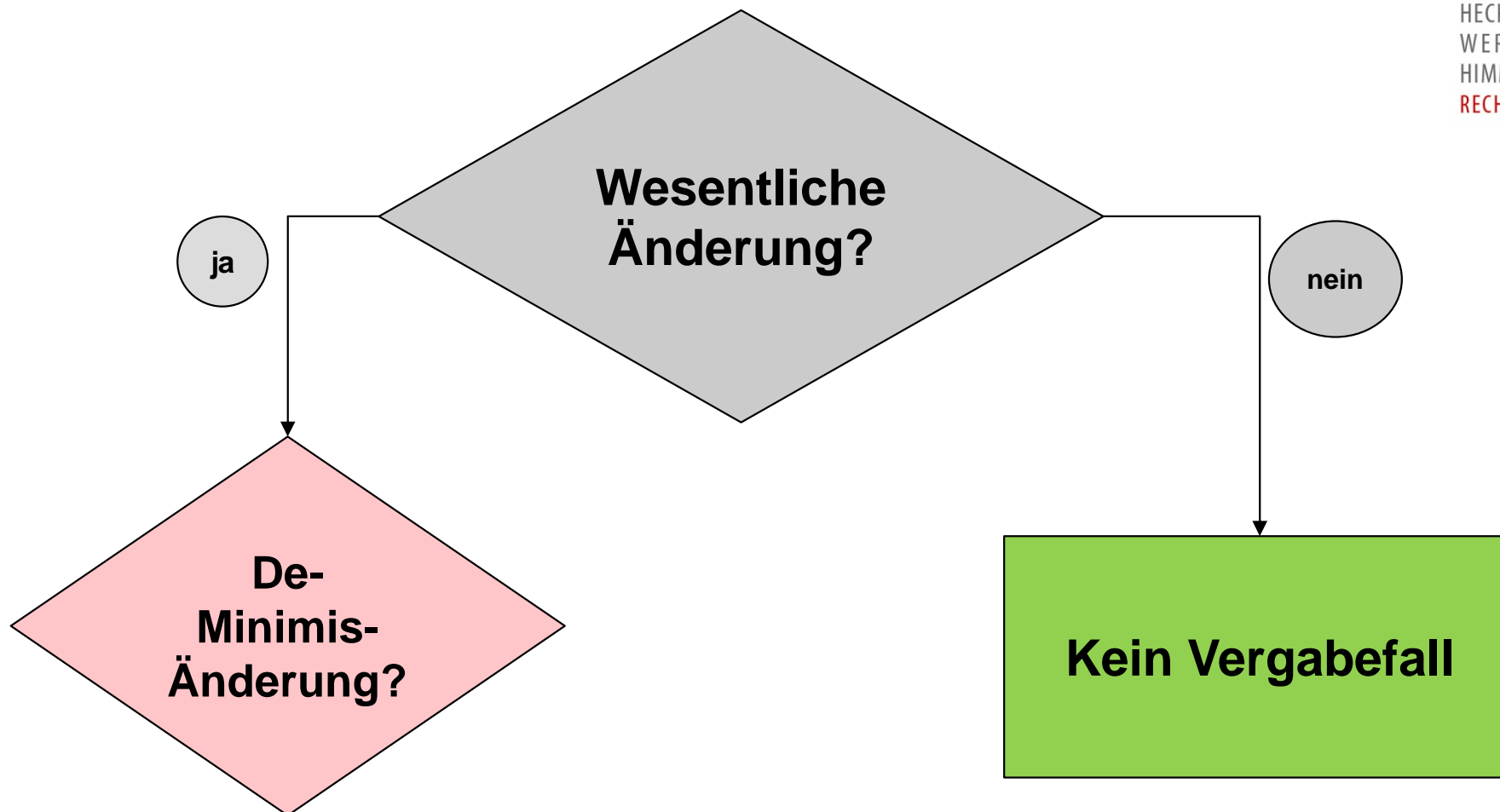
Neuer Auftragnehmer:

§ 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GWB

Ein neuer AN ersetzt den AN.

Beispiele:

- AN wird insolvent. Zweitbieter oder Subunternehmer soll beauftragt werden.
- Austausch des Mitglieds einer ARGE
- Nicht: GmbH wird in AG umgewandelt
- Nicht: GmbH wird an neue Gesellschafter verkauft



De-Minimis-Änderung (§ 132 Abs. 3 GWB)

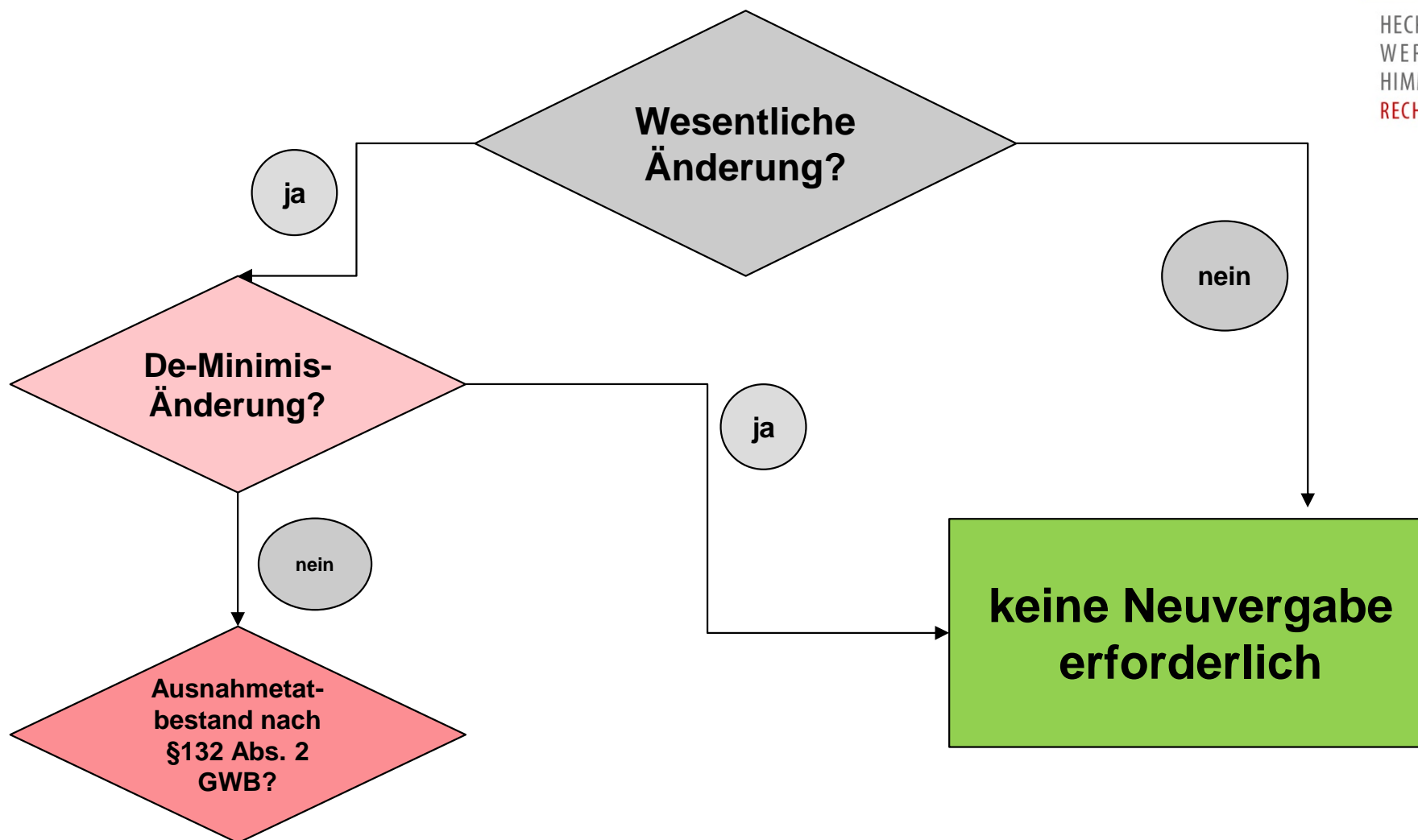
➤ Kein neues Vergabeverfahren erforderlich

Voraussetzungen:

- **Gesamtcharakter** des Auftrags ändert sich nicht
- Wert der Änderung
 - überschreitet nicht den **EU-Schwellenwert**
 - beträgt bei Bauaufträgen **≤ 15 %**
 - beträgt bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen **≤ 10 %**

Gesamtcharakter des Auftrags

- Wann ändert sich der „Gesamtcharakter des Auftrags“?
- Unbestimmter Rechtsbegriff, keine präzise Definition in Rechtsprechung und Literatur
- „Identität des Auftragsgegenstands“ muss gewahrt sein.
- Maßstab: Rahmen der ursprünglichen Auftragsbekanntmachung



Vertragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren: § 132 Abs. 2 GWB

Änderung im Ursprungsvertrag vorgesehen:

§ 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB

- In den Vergabeunterlagen vorgesehen:
„Überprüfungsklauseln“, **Optionen**
- klar, genau und eindeutig formuliert: Angaben zur Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen
- Gesamtcharakter des Auftrags ändert sich nicht (s. o.)
 - **Beispiel:** Stufenvertrag Planervertrag

Änderungen im Ursprungsverfahren vorgesehen: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB

Optionen sind in der Auftragsbekanntmachung anzugeben: Ziffer II.2.11 des Formulars

- **Hinweis:** In der Auftragsbekanntmachung auf mögliche künftige Vertragsänderungen achten
 - Bei der Beschreibung des Beschaffungsgegenstands
 - Bei der Angabe der Optionen

Änderungen im Ursprungsverfahren vorgesehen: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB

Besonderheit bei Bauverträgen nach VOB/B:

- Anordnung des AG zur **Änderung des Bauentwurfs**: § 1 Abs. 3 VOB/B, Folge: Anpassung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B
- Verlangen des AG zur **Ausführung zusätzlicher Leistungen**: § 1 Abs. 4 VOB/B, Folge: Anpassung der Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B

Fälle der im Ursprungsvertrag vorgesehenen Änderung?

VOB/B-Bauvertrag: geänderte und zusätzliche Leistungen nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B

Fall des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB?

Strittig:

- **Dafür:** Glaß in Kapellmann/Messerschmidt, § 22 EU VOB/A Rz. 13 ff.
- **Dagegen:** Stolz in Ingenstau/Korbion, § 22 EU VOB/A Rz. 27; Geitel/Jansen in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 132 Rz. 94 ff.

VOB/B-Bauvertrag: geänderte und zusätzliche Leistungen nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B

- Bei unterschwelligen Vergaben: Regelung in § 22 VOB/A
 - Vertragsänderungen nach den Bestimmungen der VOB/B erfordern kein neues Vergabeverfahren
 - Ausnahme: § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B: Leistungen,
 - die zur Ausführung der vertraglichen Leistung nicht erforderlich sind oder
 - auf die der Betrieb des AN nicht eingerichtet ist
- Bei unterschwelligen Aufträgen ist eine klare Regelung vorhanden.

Kein neues Vergabeverfahren für Zusatzaufträge: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB

- Zusätzliche Leistungen sind nachträglich erforderlich geworden
- Wechsel des AN
 - kann aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen und
 - wäre mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den AG verbunden

Kein neues Vergabeverfahren für Zusatzaufträge: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB

- Argumente:
 - Technische Schnittstellen
 - Gewährleistungsschnittstellen
 - Zeitliche Verzögerungen, auch infolge einer Ausschreibung
 - Günstiges Preisgefüge beim AN im Vergleich zu anderen Anbietern
- Kontrollfrage: Würde kein vernünftiger privater AG den AN wechseln?

Kein neues Vergabeverfahren für Zusatzaufträge: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB

- **Wertgrenze:**
- Preis darf um nicht mehr als **50 %** erhöht werden (§ 132 Abs. 2 Satz 2 GWB)
- Mehrere aufeinander folgende Änderungen: 50 %-Grenze gilt für jede Änderung einzeln
- „Salami-Taktik“



Kein neues Vergabeverfahren für Zusatzaufträge: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB

- Aber: keine Aufteilung in Umgehungsabsicht
- **Bekanntmachung** ex post im EU-Amtsblatt erforderlich

Kein neues Vergabeverfahren für erforderliche Änderungen: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB

- Änderung wurde **nachträglich** erforderlich
- Aufgrund von Umständen, die der AG im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht **nicht vorhersehen** konnte
- Keine Änderung des **Gesamtcharakters** des Auftrags

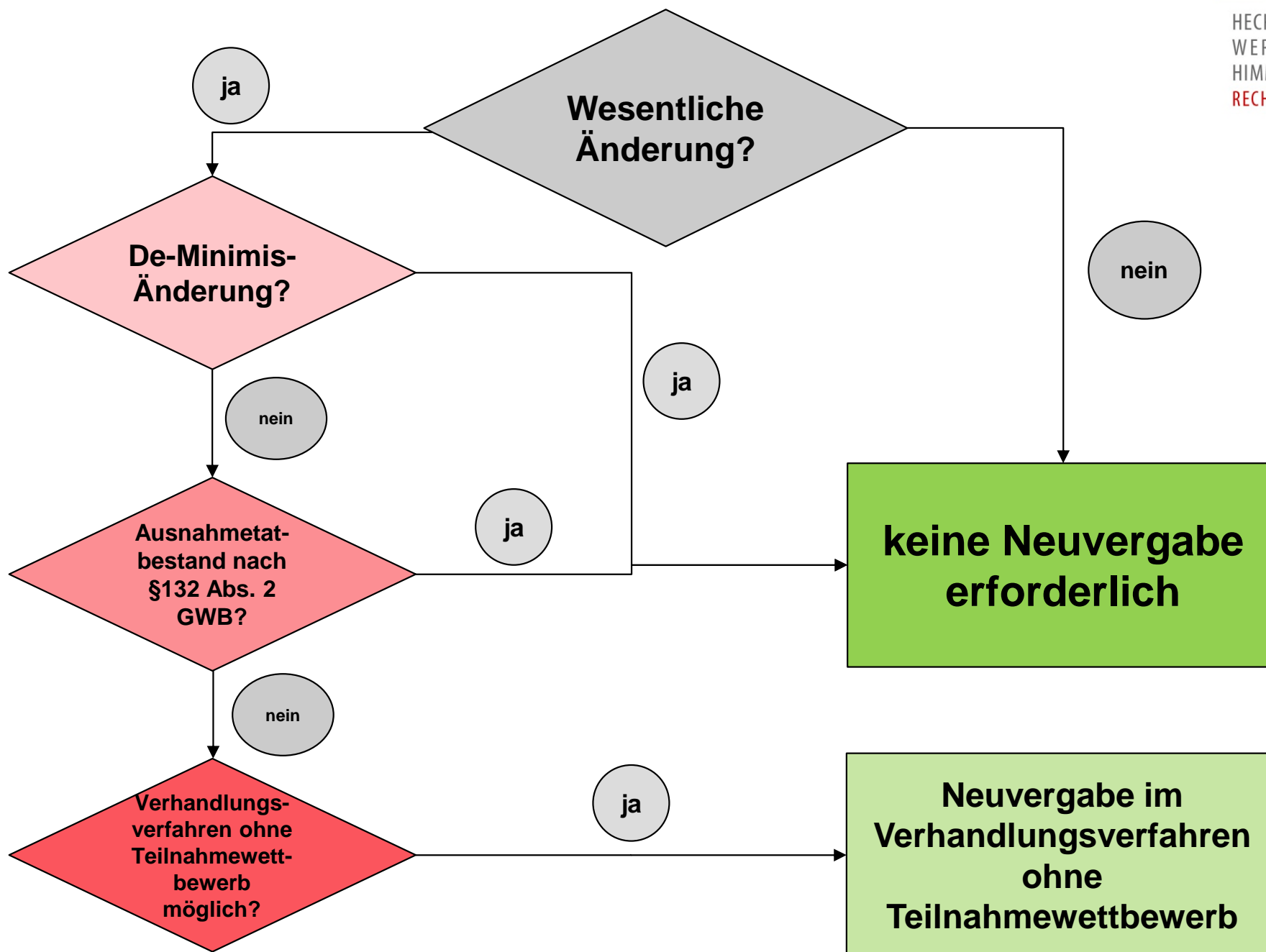
Kein neues Vergabeverfahren für erforderliche Änderungen: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB

Siehe oben:

- Definition des „Gesamtcharakters“
- Wertgrenze: 50 % (§ 132 Abs. 2 Satz 2 GWB)
- Mehrfache Änderungen: Jede Änderung zählt einzeln, „Salami-Taktik“
- Bekanntmachung ex post im EU-Amtsblatt erforderlich

Ersetzung des AN: § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB

- Relevanter Fall: AN wird **insolvent**, anderes Unternehmen übernimmt Personal, Sachmittel und Auftragsbestand im Wege des „asset deals“ vom Insolvenzverwalter
- Unsere Meinung: kein neues Vergabeverfahren erforderlich



Sonderkündigungsrecht: § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB

- Wesentliche Änderung wurde vorgenommen
- Hätte nach § 132 GWB neues Vergabeverfahren erfordert
- **Rechtsfolge:** AG kann Vertrag kündigen
- AN erhält Vergütung für erbrachte Leistung
- Anspruch auf Schadensersatz für nichterbrachte Leistung ist nicht ausgeschlossen (bei Verschulden des AG)
- Aber: kein Anspruch auf Entschädigung für nichterbrachte Leistung nach § 648 Satz 2 BGB! (§ 648 BGB betrifft freies Kündigungsrecht)

Sonderkündigungsrecht: Beispiel

- Ingenieurbüro wurde mit Planung von Sanierung einer Kläranlage beauftragt
- Es stellt sich heraus: Neubau ist erforderlich
- Prüfung ergibt: wesentliche Änderung des Planungsauftrages
- **Rechtsfolge:** Ingenieurbüro erhält Vergütung für erbrachte Leistung, aber nicht für die nicht erbrachte Leistung

Herzlichen Dank für
Ihre Aufmerksamkeit!

David Poschen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Vergaberecht

HECKER WERNER HIMMELREICH

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Sachsenring 69

50677 Köln

Telefon: +49 (0)2 21 / 92 08 1-145

E-Mail: dp@hwlaw.de

www.hwlaw.de



HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE