

Expertenbeitrag:  
Verträge

# Änderung in vielen Fällen ohne Ausschreibung möglich



Holger Schröder,  
Rechtsanwalt,  
Rödl & Partner, Nürnberg

Änderungen in Verträgen während deren Laufzeit sind in der öffentlichen Beschaffung geübte Praxis. Der europäische und der deutsche Gesetzgeber haben die von den Gerichten hierfür bestimmten Voraussetzungen nunmehr geregelt und ergänzt. Sie sollen mit der neuen Vergabeverordnung bis 18. April umgesetzt werden.

**NÜRNBERG.** Das neue Vergaberecht soll mit dem Paragraf 132 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-E) erstmals klare Vorgaben enthalten, wann Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit erneut ein Vergabeverfahren erfordern. Es ist grundsätzlich bei wesentlichen Vertragsänderungen notwendig.

Dies ist dann der Fall, wenn sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Das gilt insbesondere, wenn Bedingungen eingeführt werden, die es ermöglichen hätten, dass andere Bewerber oder Bieter zugelassen werden wären oder die Annahme eines anderen Angebots oder auch das Interesse weiterer Teilnehmer möglich gewesen wären.

## Fünf Beispiele für Ausnahmen von der Regel

Ein weiterer Aspekt einer grundsätzlichen Vertragsänderung betrifft das wirtschaftliche Gleichgewicht, wenn es zugunsten des Auftragneh-



Wenn, etwa bei Baumaßnahmen, der Auftrag erheblich ausgeweitet wird, muss neu ausgeschrieben werden. Ausnahmen regelt die neue Vergabeverordnung. FOTO: DPA

## Rechtsprechung nimmt Neuregelung vorweg

Bis zur vorgesehenen Richtlinienumsetzung am 18. April in deutsches Recht können einzelne Bestimmungen der europäischen Vergaberichtlinien bereits heute rechtlich vorwirken.

So hat das Oberlandesgericht Schleswig-Holstein zu Auftragsänderungen festgestellt (Beschluss vom 28. August

2015 - 1 Verg 1/15), dass zum Beispiel keine ausschreibungsfreie Vertragsänderung anzunehmen ist, wenn deren Wert die maßgeblichen EU-Schwellenwerte übersteigt (Artikel 72 Absatz 2 Satz 1 Buchstabe in Richtlinie 2014/24/EU, Paragraf 132 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 GWB-E).

mers verschoben wird. Wesentlich sind auch ein erheblich ausgeweiteter Auftragsumfang und, wenn ein Auftragnehmer durch einen anderen Auftragnehmer ersetzt wird.

Kein neues Vergabeverfahren ist hingegen erforderlich in folgenden fünf Fällen. Die erste Ausnahme: Eine Änderung ist zulässig, wenn entsprechende Überprüfungs-klauseln oder Optionen bereits klar, präzise und eindeutig in den ursprünglichen Vertragsunterlagen formuliert sind. Das heißt, wenn Art, Umfang und Voraussetzungen der Änderungen bestimmt sind. Zudem darf sich der Gesamtcharakter des

öffentlichen Auftrages nicht ändern. Beispiele sind etwa Preisindizes oder die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit von Kommunikationsgeräten bei technologischen Änderungen.

Die zweite Ausnahme betrifft Zusatzaufträge. Zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen können ausschreibungsfrei beauftragt werden. Und zwar dann, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und dadurch die Vergabestelle erhebliche Schwierigkeiten beziehungsweise beträchtliche Zusatzkosten

hätte. Wichtig: Der Wert der Änderung darf höchstens 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts betragen. Diese Wertbegrenzung gilt für jede einzelne Änderung. Außerdem muss die Vertragsänderung europaweit bekannt gemacht werden.

## Keine neue Ausschreibung bei neuer Unternehmensstruktur

Dies ist auch bei der dritten Ausnahme notwendig: Eine vertragliche Änderung ist zulässig, wenn sie aufgrund von Umständen erforderlich wird, die ein sorgfältiger öffentlicher Auftraggeber nicht vorhersehen konnte und der Gesamtcharakter des Auftrages unverändert bleibt. Auch hier gilt, dass der Wert der Änderung nicht mehr als 50 Prozent des ursprünglichen Auftragsumfanges ausmachen darf.

Vierte Ausnahme: Auch bei strukturellen Änderungen muss nicht zwingend neu ausgeschrieben werden. Der erfolgreiche Bieter soll die Möglichkeit haben, bestimmte interne strukturelle Veränderungen ohne Ausschreibung zu vollziehen.

Dies betrifft zum Beispiel einen Auftragnehmerwechsel aufgrund einer ursprünglichen Überprüfungs-klausel oder wegen einer Unternehmensumstrukturierung (zum Beispiel bei Übernahme, Fusion, Insolvenz): Genauso kann der öffentliche Auftraggeber etwa die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinem Unterauftragnehmer übernehmen.

Die fünfte Ausnahme bezieht sich auf eine De-minimis-Grenze für Auftragsänderungen. Danach sind geringfügige Änderungen des Auftragswerts bis zu einer bestimmten Höhe grundsätzlich ausschreibungsfrei. Soweit der Auftragscharakter insgesamt gewahrt bleibt, darf der Wert der Änderung den jeweils gültigen EU-Schwellenwert und den ursprünglichen Auftragswert bei Liefer- und Dienstleistungen nicht mehr als zehn Prozent und bei Bauleistungen nicht mehr als 15 Prozent übersteigen. Bei aufeinanderfolgenden Änderungen ist der kumulierte Netto-Wert maßgebend.

# Auftragswert kann auch im neuen Vergaberecht wie bisher geschätzt werden

Honorarordnung für Architekten und Ingenieure hat Indizwirkung für Planungsleistungen

**STUTTGART.** Im Rahmen der Modernisierung des Vergaberechts wurde beim 14. Vergabetag in Stuttgart auch über das Thema „Schätzung des Auftragswerts“ diskutiert. „Der Rechtszustand soll wie bisher weiter gelten“, sagte Holger Matuschak, Justitiar der Hamburgischen Architekten- und der Hamburgischen Ingenieurkammer.

## Je nach Fachrichtung unterscheiden sich Planungsleistungen

Die aktuelle Regelung für freiberufliche und damit für Planungsleistungen sieht vor, dass mehrere Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung für die Prüfung des Schwellenwerts zusammenzurechnen sind, auch wenn sie einzeln vergeben werden sollen. „Die HOAI, die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, hat dabei Indizwirkung“, erläuterte Matuschak. Denn sie enthalte Leistungsbilder, die sich unterscheiden, für die Anwender abgrenzbar sind und auf die sich Preise beziehen lassen.

Was bedeutet dies derzeit und auch in Zukunft? Die Leistungsbilder entsprechen Planungsleistungen

unterschiedlicher Fachrichtungen und ergeben unterschiedliche freiberufliche Leistungen. Sie dürfen nur zusammengerechnet werden, wenn sie im Rahmen eines Auftrags – etwa für einen Generalplaner – vergeben werden sollen. „Keine Zusammenrechnung ist möglich, wenn sie einzeln in verschiedenen Aufträgen vergeben werden sollen“, so Matuschak.

So können Planungen für Erd- und Grundbau, für Architektur, Tragwerk, technische Ausrüstung

und Freianlagen zusammen über dem Schwellenwert von 209 000 Euro liegen. Folglich müssten sie europaweit ausgeschrieben werden. Wenn jedoch der einzelne Planungsauftrag unter der Schwelle liegt, muss er nicht europaweit ausgeschrieben, und die VOF nicht unmittelbar angewendet werden.

Die Kammer und Verbände der planenden Berufe begrüßen in ihrer Stellungnahme zur Vergabeneuerung „insbesondere die Implementierung eines gesonderten Ab-

schnitts für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen.“

## Verbände: Änderung wäre mittelstandsfeindlich

Sie betonen, dass eine Änderung der bisherigen Regelung zur Schätzung des Auftragswerts zur Folge gehabt hätte, dass der EU-Schwellenwert bereits bei kleinen Projekten erreicht würde. Und dann müsste zwingend europaweit ausgeschrieben werden. Eine solche Regelung hätte „äußerst mittelstandsfeindliche Auswirkungen. Vor allem wären öffentlichen Auftraggeber und speziell Kommunen künftig verpflichtet, ganz erheblich zeit-, kosten- und ressourcenintensivere Vergabeverfahren durchzuführen“.

Der Vergabexperte Matuschak ist skeptisch: „Vielleicht ist das Thema nur mittelfristig gelöst“, sagt er. Es könne sein, dass der Europäische Gerichtshof mit künftigen Entscheidungen, etwa im Zusammenhang mit dem jüngst eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren „Freibad Elze“, die bisherige Rechtspraxis in Deutschland nicht bestärkt. (raab)



Architekten und Ingenieure erbringen unterschiedliche Planungsleistungen. Diese müssen in verschiedenen Aufträgen vergeben werden. FOTO: DPA

## Lexikon

### „C“ wie Chancengleichheit: Unbedingt einhalten

Der öffentliche Auftraggeber muss beim Vergabeverfahren alle beteiligten Unternehmen gleich behandeln: Sie müssen alle die gleiche Chance haben, den Zuschlag zu erhalten. Und: Die Vergabestelle muss während des gesamten Vergabeverfahrens allen die gleichen weiterführenden Informationen geben. Deshalb dürfen zum Beispiel auch mit dem Auftragsgegenstand vorbefasste Unternehmen oder Personen nicht auf der Seite des öffentlichen Auftraggebers am Verfahren mitwirken. Sie könnten Wissen haben, das anderen Bietern nicht zur Verfügung steht. Dieses Gebot der Chancengleichheit gehört zu den Grundsätzen des Vergaberechts. (raab)

## Kurz notiert

### Vergabekammer bestätigt Zuschlagsentscheidung

**STUTTGART.** Die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Karlsruhe hat am vergangenen Donnerstag die Entscheidung des Landes im Wettbewerb um den Schienenpersonennahverkehr im Stuttgarter Netz 1 bestätigt. Demnach war die Vergabe an die Bahnunternehmen Go-Ahead und Abellio sowie der Ausschluss eines konkurrierenden Unternehmens wegen des Nichteinhaltens von Vergabekriterien rechtmäßig. (sta)

### Wenige Angebote führen zu Mehrkosten

**MEERBUSCH.** Weil sich weniger Firmen als erwartet an der Ausschreibung zur Sanierung des Hallenbads beteiligten, erwartet die Stadt Meerbusch Mehrkosten von knapp 250 000 Euro. Für manche Gewerke sei nur ein Angebot eingegangen und kein Preiswettbewerb möglich, heißt es vonseiten der Stadt. Dort vermutet man, dass viele Baufirmen zurzeit gut gefüllte Auftragsbücher hätten und sich deshalb weniger an den Ausschreibungen beteiligten. (sta)

### Transparency International fordert strenge Regeln

**BERLIN.** Die Antikorruptionsorganisation Transparency International (TI) fordert strenge Regeln, wenn militärische Aufgaben an Privatfirmen übertragen werden. Eine solche Auslagerung schaffe „eine unklare Zuordnung von staatlichem und privatem Handeln, bei der Transparenz fehlt und Korruption begünstigt wird“, heißt es in einer in Berlin veröffentlichten TI-Studie. (sta)

### Wirtschaftsministerium will Ausschreibungen erleichtern

**BERLIN.** Das Bundeswirtschaftsministerium plant Ausnahmen bei Ausschreibungen für Bürgerwindräder an Land. Damit sollen lokale Bürgerverbände bei diesen Ausschreibungen gegen große Unternehmen eine Chance haben. Sie sollen unter erleichterten finanziellen Bedingungen ein Gebot im Rahmen der Auktion abgeben können. Außerdem sollen sie bereits vor der Erteilung einer Genehmigung für eine Windkraftanlage mitbieten dürfen. (sta)

### Erste Solar-Ausschreibung auf Ackerflächen

**BONN.** Zum ersten Mal hat die Bundesnetzagentur Kapazitäten für den Bau von Solaranlagen auf Ackerflächen ausgeschrieben. Zugelassen sind nur Flächen in benachteiligten Gebieten. Insgesamt jeweils zehn Projekte können in diesem und im folgenden Jahr einen Zuschlag erhalten. Bieter können ihre Gebote für diese Ausschreibungsrunde bis zum 1. April abgeben. (sta)

## MEHR ZUM THEMA

Praxisleitfaden zum Herunterladen unter:

[www.din.de/de/mitwirken/normenausschuesse/nadl/praxisleitfaden-97092](http://www.din.de/de/mitwirken/normenausschuesse/nadl/praxisleitfaden-97092)