

Kiel, 15. Juni 2016

ABST SH
Auftragsberatungsstelle
Schleswig-Holstein e.V.
der IHKs und HWKs

Bergstraße 2
24103 Kiel

Tel.: 0431/98 651-30
Fax: 0431/98 651-40

info@abst-sh.de
www.abst-sh.de

Bankverbindung
Förde Sparkasse Kiel
Kontonummer 1 400 082 077
Bankleitzahl 210 501 70

Steuernummer
19 2931 2856

Auftragsänderungen während der Laufzeit nach GWB 2016

Eine Zusammenfassung

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

Zum 18.04.2016 ist die Vergaberechtsreform 2016 in Kraft getreten, mit der die EU-Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU aus dem Jahr 2014 in deutsches Recht umzusetzen waren und die den Rechtsrahmen für die öffentliche Auftragsvergabe im Bereich der EU- weiten Vergabeverfahren umfassend reformiert haben.

Der folgende Beitrag befasst sich mit den **Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit**.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) kodifiziert erstmals in § 132 Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit und enthält klare Vorgaben, wann eine Auftragsänderung während eines laufenden Vertrags ein neues Vergabeverfahren erfordert und wann nicht. Mit der Norm wurde Artikel 72 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Die Norm enthält einen Positivkatalog, dieser definiert wesentliche Auftragsänderungen, die ein neues Vergabeverfahren erfordern und einen Negativkatalog, der unwesentliche Auftragsänderungen definiert, die kein neues Vergabeverfahren erfordern.

Wesentliche (unzulässige) Auftragsänderungen § 132 Abs. 1 GWB

Die Regelung stellt im Grundsatz zunächst klar, dass wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während dessen Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern und übernimmt damit die bisherige Rechtsprechung des EuGH aus der Entscheidung „Presstext“ (Urteil vom 19.06.2008- C- 454706).

Im Weiteren wird definiert, was wesentliche Änderungen sind. Wesentlich sind Änderungen dann, wenn sich der Auftrag infolge der Änderung erheblich von dem ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet. Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass dies insbesondere bei Änderungen, die den Umfang und die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien betreffen, gegeben ist. In derartige Änderungen kommt die Absicht der Parteien zum Ausdruck, wesentliche Bedingungen des betreffenden Auftrags neu zu verhandeln.

Die Nummern 1 bis 4 zählen beispielhaft (nicht abschließend) Fällen von wesentlichen Änderungen im Sinne des Absatz 1 auf.

Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor bei:

- **Modifikation wesentlicher Leistungspflichten § 132 Abs. 1 Nr. 1 GWB**
Die Änderung Bedingungen einführt, die – hätten sie beim ursprünglichen Verfahren gegolten – die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter oder die Annahme eines anderen Angebotes ermöglicht oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten (**lit.a - c**).
- **Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts § 132 Abs. 1 Nr. 2 GWB**
Das wirtschaftliche Gleichgewicht des Auftrags durch die Änderung zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war.
- **Wesentliche Erweiterung des Leistungsumfangs § 132 Abs. 1 Nr. 3 GWB**
Durch die Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird.
- **Wechsel des Auftragnehmers § 132 Abs. 1 Nr. 4 GWB**
Ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt, es sei denn, ein anderes Unternehmen, das die ursprünglichen Eignungskriterien erfüllt, tritt durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers (vgl. insofern § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB)

Unwesentliche Auftragsänderungen § 132 Abs.2 GWB

Der Absatz 2 beinhaltet die Fälle, in denen eine Änderung des ursprünglichen Vertrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine wesentliche Änderung im Sinne des Absatz 1 handelt oder nicht.

Eine zulässige Änderung liegt vor bei:

- **Vertraglich vorbehaltene Änderungen § 132 Abs.2 Nr. 1 GWB**
In den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, präzise und eindeutig formulierte Überprüfungs Klauseln enthalten sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen für eine Änderung des Vertrags enthalten (keine Obergrenze) und sich durch die Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert.
- **Zulässige Auftragserweiterungen § 132 Abs.2 Nr. 2 GWB**
Zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen benötigt werden, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann (**lit.a**) und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre (**lit.b**).
Dies betrifft zum Beispiel den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber Material, Bau- oder Dienstleistungen mit unterschiedlichen technischen Merkmalen erwerben müsste und dies eine Unvereinbarkeit oder

unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Instandhaltung mit sich bringen würde.

Es gilt hier eine pauschale Obergrenze. Der Wert der Änderung darf nicht mehr als 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes betragen. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen gilt diese Obergrenze für den Wert jeder einzelnen Änderung, jedoch nur insoweit als die Änderungen nicht in Absicht der Umgehung der Vorschriften des 4. Teils des GWB erfolgen. Die Änderungen müssen im EU- Amtsblatt bekanntgemacht werden (vgl. § 132 Abs. 5 GWB).

- **Unvorhersehbare Umstände § 132 Abs.2 Nr. 3 GWB**

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.

Das betrifft Fälle, in denen sich der Auftraggeber mit externen Umständen konfrontiert sieht, die er zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht absehen konnte. Diese Konstellation kann sich insbesondere bei Aufträgen ergeben, deren Ausführung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt.

Es gilt hier eine pauschale Obergrenze. Der Wert der Änderung darf nicht mehr als 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes betragen. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen gilt diese Obergrenze für den Wert jeder einzelnen Änderung, jedoch nur insoweit als die Änderungen nicht in Absicht der Umgehung der Vorschriften des 4. Teils des GWB erfolgen. Die Änderungen müssen im EU- Amtsblatt bekanntgemacht werden (vgl. § 132 Abs. 5 GWB).

- **Wechsel des Auftragnehmers § 132 Abs.2 Nr. 4 GWB**

Ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt und zwar aufgrund einer Überprüfungs Klausel im Sinne von Nr. 1 (**lit.a**), aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie zum Beispiel 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 Absatzes 1 zur Folge hat (**lit.b**) oder aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt (**lit.c**).

Damit soll dem Auftragnehmer die Möglichkeit eingeräumt werden, während der Ausführung des Auftrags gewisse interne strukturelle Veränderungen (Wechsel des Auftragnehmers) zu vollziehen, ohne dass deswegen ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss. Dies betrifft zum Beispiel rein interne Umstrukturierungen, Übernahmen, Zusammenschlüsse, Unternehmenskäufe oder Insolvenzen.

De-Minimis-Regelung § 132 Abs.3 GWB

Mit Absatz 3 Nummer 1 und 2 wird eine de-minimis-Regelung für Auftragsänderungen eingeführt, nach der Änderungen des Auftragswerts, die den Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändern, bis zu einer bestimmten Höhe grundsätzlich zulässig sind, ohne dass ein neues Vergabeverfahren erforderlich ist.

Dabei darf der Wert der Änderung den jeweiligen Schwellenwert nach § 106 GWB nicht übersteigen

(§ 132 Abs.3 Nr. 1GWB) und zusätzlich bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des

ABST SH

Auftragsberatungsstelle
Schleswig-Holstein e.V.
der IHKs und HWKs

Bergstraße 2
24103 Kiel

Tel.: 0431/98 651-30
Fax: 0431/98 651-40

info@abst-sh.de
www.abst-sh.de

Bankverbindung
Förde Sparkasse Kiel
Kontonummer 1 400 082 077
Bankleitzahl 210 501 70

Steuernummer
19 2931 2856

ursprünglichen Auftragswertes betragen (§ 132 Abs.3 Nr.2 GWB). Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist hierbei der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.

Folgen unzulässiger Vertragsänderungen

Die unzulässige Auftragsänderung begründet hinsichtlich des Ursprungsvertrags ein Kündigungsrecht des öffentlichen Auftraggebers nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Das Kündigungsrecht des öffentlichen Auftraggebers während der Vertragslaufzeit eines öffentlichen Auftrags und dessen Rechtsfolgen werden wir im „Thema des Monats“ im Newsletter Mai besprechen.

Quelle:ABZ Bayern; www.abz-bayern.de; Stand: April 2016

Volker Romeike
-Geschäftsführer-

ABST SH

Auftragsberatungsstelle
Schleswig-Holstein e.V.
der IHKs und HWKs