

Die Behandlung von Nachträgen nach dem Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes

Am 18.04.2016 ist das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, welches die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union im deutschen Recht verankert. In diesem Gesetz wird die ausschreibungsfreie Vergabe von Nachträgen an den bisherigen Auftragnehmer in stärkerer Weise formalisiert. Dies ist künftig auch in bereits bestehenden Verträgen von allen öffentlichen Auftraggebern und ihren Auftragnehmern zu beachten.

1. Grundsatz: wesentliche Änderungen sind auszuschreiben

§ 132 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) geht von dem Grundsatz aus, dass wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren erforderlich machen. Wesentlich ist eine Änderung insbesondere dann, wenn u.a.

- durch die Änderung Bedingungen geschaffen werden, die bei Geltung in der Ausschreibung die Annahme eines anderen Angebots, die Zulassung anderer Bewerber/Bieter gestattet oder das Interesse weiterer Unternehmen geweckt hätten (§ 132 Abs. 1 Nr. 1 lit. a-c) GWB);
- das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verändert wird, die ursprünglich nicht vorgesehen war (§ 132 Abs. 1 Nr. 2 GWB) oder
- der Umfang des ursprünglichen Auftrages wesentlich ausgeweitet wird (§ 132 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

Eine solche Änderung darf mithin nicht kurzerhand mit dem bisherigen Auftragnehmer verhandelt werden.

Das Gesetz sieht Ausnahmen vom Verbot wesentlicher Änderungen ohne neues Ausschreibungsverfahren vor. Abgesehen von in der ursprünglichen Ausschreibung ganz exakt hinsichtlich Art und Umfang beschriebener Optionen (die allgemeinen Anordnungsbefugnisse nach den Regeln der VOB/B bzw. VOL/B genügen nicht) werden die Ausnahmetatbestände gegenüber dem bisherigen Recht geschärft und an zusätzliche Maßgaben geknüpft.

2. **Ausnahme: Zusatzaufträge, die nicht sinnvoll getrennt werden können**

Eine der zentralen und in der Praxis bedeutsamsten Ausnahmen sieht § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB für „zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen“ vor, die im Nachgang erforderlich werden und nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren. Diese Ausnahme greift nur ein, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers

- a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
- b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre.

Eine derartige vergaberechtsfreie Nachtragsbeauftragung darf den Preis insgesamt um nicht mehr als 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöhen. Diese Wertgrenze gilt jedoch immer wieder neu für jeden einzelnen Nachtrag.

3. **Ausnahme: Unvorhersehbar notwendig gewordene Änderungen**

Eine weitere Ausnahme sieht § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB für Änderungen vor, die aufgrund von Umständen erforderlich geworden sind, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte und sich hierdurch der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändert. Auch hier gilt die Wertgrenze von 50% für jede einzelne Änderung.

4. **Aber: Zusatzaufträge müssen regelmäßig bekannt gemacht werden**

Derartige Nachtragsbeauftragungen muss der öffentliche Auftraggeber nunmehr gem. § 132 Abs. 5 GWB grundsätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union bekanntmachen. Der Inhalt dieses Bekanntmachungsformulars wird in Anhang V der Vergaberichtlinie 2014/24/EU unter Teil G geregelt:

- In der Bekanntmachung ist der Auftrag vor und nach der Änderung zu beschreiben,

- Art und Umfang der Leistungen, Lieferungen bzw. Bauleistungen sind anzugeben und ebenso
- die etwaige durch die Änderung bedingte Preiserhöhung;
- außerdem müssen die Umstände beschrieben werden, die die Änderung erforderlich gemacht haben.

Von diesem Bekanntmachungserfordernis darf nur bei Nachträgen abgewichen werden, die insgesamt zusammengerechnet unterhalb der Schwelle von 15 % des ursprünglichen Auftragswertes bei Bauaufträgen bzw. 10% bei Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen bleiben (§ 132 Abs. 3 GWB).

5. **Bekanntmachung soll Überprüfung ermöglichen**

Das Bekanntmachungserfordernis in § 132 Abs. 5 GWB muss im Zusammenhang mit § 135 GWB gelesen werden. Nach dieser Vorschrift ist ein Auftrag, der ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens direkt vergeben wird, und ohne dass dies auf Grund eines Gesetzes gestattet wäre, **von Anfang an unwirksam**. Unwirksam wäre also etwa ein Nachtrag oberhalb der Bagatellschwelle des § 132 Abs. 3 GWB, der auf einen der vorgenannten Ausnahmetatbestände gestützt wird, ohne dass deren Voraussetzungen vorliegen - etwa weil der Zusatzauftrag doch trennbar ist oder die Änderung bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt vorhersehbar gewesen wäre.

Die Unwirksamkeit muss allerdings in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt werden. Um Konkurrenzunternehmen die Möglichkeit zu geben, derartige Nachprüfungsverfahren einzuleiten, wurde das Bekanntmachungserfordernis in § 132 Abs. 5 GWB angeordnet.

Konkurrierende Unternehmen haben danach 30 Kalendertage nach der Bekanntmachung Zeit, in einem Nachprüfungsverfahren die Nichtigkeit der Nachtragsbeauftragung feststellen zu lassen.

6. **Auftraggeber kann auch vorab bekannt machen**

Will der öffentliche Auftraggeber schneller Klarheit darüber erlangen, muss er gem. § 135 Abs. 3 GWB vorgehen und seine Absicht, einen entsprechenden Nachtragsauftrag zu erteilen, im Amtsblatt der Europäischen Union vorab bekanntmachen.

Wird dann nicht innerhalb von 10 Tagen nach Veröffentlichung dieser Vorab-
bekanntmachung dagegen ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet, kann die
Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht mehr eintreten.

7. **Kündigungsrecht des Auftraggebers**

Schließlich ist auf das Kündigungsrecht des § 133 GWB hinzuweisen. Die öf-
fentlichen Auftraggeber können einen öffentlichen Auftrag während der Ver-
tragslaufzeit kündigen, wenn eine wesentliche Änderung vorgenommen wur-
de, die nach § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte (§ 133
Abs. 1 Nr. 1 GWB).

Wird ein öffentlicher Auftrag nach dieser Vorschrift gekündigt, kann der Auf-
tragnehmer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Ver-
gütung verlangen. Ansprüche auf Schadenersatz regelt das GWB nicht.

Schlussfolgerung und Empfehlung

1. Schlussfolgerung

Aus den dargestellten neuen Vorschriften muss die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die bisherige Praxis, Nachträge zunächst „dem Grunde nach“ zu beauftragen, danach die zu Grunde liegenden Leistungen auszuführen/ausführen zu lassen und sich erst im dritten Schritt über die hierfür zu zahlende Vergütung zu einigen, nicht mehr aufrechterhalten bleiben kann, wenn absehbar die Bagatellschwelle des § 132 Abs. 3 BauGB überschritten wird.

2. Empfehlung

Aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers ist zunächst eine Einigung auch über den Preis erforderlich, um dem Veröffentlichungsgebot des § 132 Abs. 5 GWB nachkommen zu können. Rechtssicherheit tritt außerdem für den öffentlichen Auftraggeber erst ein, wenn nach seiner Vorabbekanntmachung oder nach der nachträglichen Bekanntmachung gem. § 132 Abs. 5 GWB von dritter Seite kein Nachprüfungsverfahren eingeleitet wurde.

Auch Auftragnehmern kann nicht empfohlen werden, Nachträge auszuführen, ohne dass das oben beschriebene Procedere eingehalten wurde. Anderenfalls laufen sie Gefahr, von dem öffentlichen Auftraggeber oder einer Nachprüfungsinstanz nachträglich zu erfahren, dass eine entsprechende Nachtragsbeauftragung rechtswirksam überhaupt nicht möglich ist oder nachträglich gekündigt werden darf. Führt ein Auftragnehmer die Leistungen vor einer rechtsgültigen Nachtragsbeauftragung aus, bindet er sich u.U. bei Nachunternehmern bzw. Zulieferern in großem Umfang, wird aber in seinem Vergütungsanspruch im Fall der Kündigung nach § 133 GWB auf den seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil beschränkt. Wird der Vertrag wegen der Verletzung des Bekanntmachungserfordernisses für unwirksam erklärt, erlangt der Auftragnehmer keinen vertraglichen Vergütungsanspruch, da die Unwirksamkeit den Vertrag von Anfang an erfasst; der Auftragnehmer ist hier auf Ausgleichsansprüche nach dem Recht der „ungerechtfertigten Bereicherung“ (= bloßer Wertausgleich) beschränkt.

Für alle Beteiligten ist also gleichermaßen eine unbedingte Einhaltung der genannten Vorgaben, d.h. einerseits der materiellen Nachtragsanforderungen bei Verzicht auf eine Neuausschreibung und andererseits der Wahrung des Bekanntmachungserfordernisses von großer Bedeutung.

Ansprechpartner

Vergaberecht



Prof. Dr. Stefan Hertwig
Tel. + 49 (0) 221/ 9 51 90-89
Fax + 49 (0) 221/ 9 51 90-99
s.hertwig@cbh.de



Andreas Haupt
Tel. + 49 (0) 221/ 9 51 90-89
Fax + 49 (0) 221/ 9 51 90-99
a.haupt@cbh.de

Bau- und Vertragsrecht



Arnd Holzapfel
Tel. + 49 (0) 221/ 9 51 90-64
Fax + 49 (0) 221/ 9 51 90-74
a.holzapfel@cbh.de



Dr. Markus Vogelheim
Tel. + 49 (0) 221/ 9 51 90-64
Fax + 49 (0) 221/ 9 51 90-74
m.vogelheim@cbh.de



Nils Mrazek
Tel. + 49 (0) 221/ 9 51 90-64
Fax + 49 (0) 221/ 9 51 90-74
n.mrazek@cbh.de