

EUROFORUM-Newsletter

# Vergaberecht 2008

Der begleitende Newsletter zu den renommierten  
vergaberechtlichen Jahrestagungen und Seminaren!



# EuGH bestätigt: Langfristige Verträge sind zulässig und dürfen während der Vertragslaufzeit unter bestimmten Voraussetzungen angepasst werden (EuGH Urteil vom 19.06.2008, C-454/06 „Presstext“)

Mit seinem Urteil vom 19.06.2008 hat der EuGH endlich bestätigt:

- Unbefristete Dienstleistungsverträge sind vergaberichtlich zulässig.
- Langfristige Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmer dürfen ohne erneutes Vergabeverfahren angepasst werden, wenn und soweit die wesentlichen Bestimmungen des Vertrages bestehen bleiben.
- In Ausnahmefällen darf ein langfristiger Vertrag ohne neues Vergabeverfahren auf eine Tochtergesellschaft übertragen werden, wenn es sich im Wesentlichen um eine interne Neuorganisation des Vertragspartners handelt und der alte Vertragspartner weiterhin solidarisch für die Verbindlichkeiten aus dem Vertrag haftet.
- Die Verlängerung eines Kündigungsverzichts ist bis zu drei Jahre im Einzelfall ohne zusätzliches Vergabeverfahren zulässig.

Der EuGH bestätigt im Wesentlichen die Rechtslage, die er bereits in seiner Entscheidung vom 05.10.2000 (C-337/98 „Kommission/Frankreich“) angedeutet hatte und die der weitgehenden Rechtspraxis und Rechtsprechung in der Bundesrepublik entspricht<sup>1</sup>. Unwesentliche Vertragsänderungen sind bei langfristigen Verträgen zulässig; es ist kein neues Vergabeverfahren erforderlich. Entscheidend ist, dass Leistung und Gegenleistung bestehen bleiben oder allenfalls geringfügig zugunsten des öffentlichen Auftraggebers abgeändert werden.

## Ausgangsfall

In dem Sachverhalt, der dem Urteil des EuGH zugrunde lag, ging es um einen langfristigen Vertrag über Nachrichtenagenturleistungen. Die Republik Österreich hatte noch vor ihrem Beitritt zur Europäischen Union die APA, eine registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, mit Pressedienstleistungen beauftragt. Insbesondere durfte die Republik Österreich Pressemeldungen und archivierte Meldungen aus einer Pressedatenbank der APA abfragen. Sie durfte die Pressedatenbank sowohl zu ihrer Information als auch zur Verbreitung ihrer eigenen Presseaussendungen nutzen. Zu diesem Zweck schloss die Republik Österreich mit der APA im Jahr 1994, also vor ihrem Beitritt zur Europäischen Union, einen entgeltlichen Dienstleistungsvertrag. Dieser Vertrag wurde auf unbestimmte Dauer geschlossen und sah eine Kündigungsverzichtsklausel bis 31.12.1999 vor.

Im Jahr 2000 gründete die APA eine 100%ige Tochtergesellschaft in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Zwischen APA und der neuen Tochtergesellschaft, der APA-OTS, wurde ein Gewinn- und Verlustausschließungsvertrag geschlossen. Der Vertrag ist einem deutschen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ähnlich. Aus diesem Vertrag ergibt sich, dass die APA-OTS finanziell, organisatorisch und wirtschaftlich in das Unternehmen der APA eingegliedert ist und bei ihrer Geschäfts- und Betriebsführung weisungsgebunden ist. Zudem muss die APA-OTS ihre Jahresüberschüsse an APA abführen, während die APA etwaige Jahresfehlbeträge von APA-OTS ausgleicht.

Anschließend wurden im September 2000 und im Jahr 2001 folgende Änderungen im Vertragsverhältnis zwischen der Republik Österreich und der APA vorgenommen:

- Die APA übertrug ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit den Nachrichtenagenturdienstleistungen auf die APA-OTS. Sie teilte diese Änderungen der Republik Österreich mit und versicherte, dass die APA nach der Ausgliederung solidarisch mit der APA-OTS hafte und sich an der bisherigen Gesamtleistung nichts ändern werde.
- Die Preise für die Nutzung der redaktionellen Artikel und der Medienarchive wurden wie die Vergütung für die Nachrichtenagenturleistungen auf Euro umgestellt und – um einen runden Betrag zu erhalten – die Vergütung um 0,3% ermäßigt.
- Weitere Preise wurden in Euro umgerechnet.
- Die Indexierung der Preise, die dem Verbraucherpreisindex folgte und bislang die hieraus für das Jahr 1994 errechnete Indexzahl zur Grundlage hatte, erfolgte auf der Basis der für das Jahr 2001 errechneten Indexzahl.
- Abweichend von dem vereinbarten Preisanpassungsmechanismus wurden die Preise für einige Leistungen für die Jahre 2002 und 2003 auf feste Entgelte umgestellt, was materiell zu einer Vergünstigung für die Republik Österreich führte.
- Der vereinbarte Kündigungsverzicht wurde bis zum 31.12.2008 erneuert.
- Der vereinbarte Rabatt auf den Preis für Online-Abfragen wurde von 15 % auf 25 % erhöht.

## Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat mit seiner Entscheidung am 19.06.2008 bestätigt, dass sämtliche Vertragsänderungen vergaberechtlich zulässig waren. Es muss-

te keine erneute Ausschreibung erfolgen. Die Übertragung auf eine Tochtergesellschaft war zulässig und es ist nach dem geltenden Gemeinschaftsrecht unbedenklich, einen unbefristeten Vertrag zu schließen und während der Vertragslaufzeit für eine bestimmte Zeit auf Kündigungen einseitig zu verzichten.

## Vertragsänderungen zulässig

Der EuGH bezieht sich in seiner Entscheidung zunächst auf eine frühere Entscheidung aus dem Jahr 2000, in der er bereits den Grundsatz festgeschrieben hat, dass Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrages während seiner Geltungsdauer grundsätzlich als Neuvergabe des Auftrages anzusehen sind und damit ausschreibungspflichtig sind. Allerdings müssen hierbei wesentliche Bedingungen des Auftrages geändert werden. Er bezieht sich hierzu auf die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter:

Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrages während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrages im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen, als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen lassen (Vgl. i.d.S. Urteil vom 05.10.2000 Kommission/Frankreich C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Randnummern 44 und 46)<sup>2</sup>.

Der EuGH konkretisierte am 19.06.2008 unter welchen Voraussetzungen eine Vertragsänderung als wesentlich einzustufen ist. Hierzu stellte er im Ergebnis drei Kriterien auf:

- Es werden durch die Vertragsänderung Bedingungen eingeführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.
- Der Auftrag wird im großen Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert.
- Das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages wird in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers geändert.<sup>3</sup>

Die Kriterien des EuGH stellen jeweils auf die Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien ab. Dies betrifft zum Einen die Zahlung der vereinbarten Vergütung und zum Anderen die konkreten Leistungen. Wenn diese Hauptleistungspflichten nach Vertragsabschluss geändert werden, so liegt grundsätzlich eine wesentliche Änderung des Vertrages vor. Mit dem ersten Kriterium nimmt der EuGH Bezug auf das Ergebnis des ursprünglichen Vergabeverfahrens. Werden Bedingungen des Auftrages geändert, die im Ergebnis dazu geführt hätten, dass ein anderer Bieter den Auftrag bekommen hätte, so handelt es sich um eine wesentliche Vertragsänderung. Dies kann bei Auslegung des EuGH-Urteils dann der Fall sein, wenn andere als die ursprünglich ausgeschriebenen Leistungen nach der Vertragsänderung Vertragsgegenstand werden, so dass andere Unternehmen unter Umständen eine bessere Leistung hätten anbieten können oder die Vergütung des Vertragspartners derart erhöht wird, dass nicht sein Angebot, sondern ein anderes Angebot den Zuschlag hätte erhalten müssen.

Das zweite Kriterium stellt im Wesentlichen auf Zusatzleistungen im großen Umfang ab. Immer dann wenn andere, zusätzliche oder umfangreichere Leistungen nachgefragt werden, so handelt es sich um eine vergabepflichtige wesentliche Veränderung.

Beim dritten Kriterium stellt der EuGH auf das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien ab. Das wirtschaftliche Gleichgewicht wird wesentlich durch Art und Umfang der Hauptleistung und der Geldleistung bestimmt. Im Ergebnis ist somit eine wertende Betrachtung der geänderten Vertragsbestimmungen im Vergleich zu dem ursprünglichen Auftrag erforderlich. Ändern sich Preise oder Leistungen zugunsten einer Partei, so liegt regelmäßig eine wesentliche Vertragsänderung vor.

Diese Auslegungsgrundsätze für Vertragsänderungen bestätigen die bereits in der bundesdeutschen Rechtsprechung konkretisierte Auffassung zur Änderung von Verträgen. So hatte bereits das Oberlandesgericht Düsseldorf im Januar 2004 festgestellt, dass die Erweiterung eines ursprünglich erteilten Auftrages dem Vergaberecht unterfällt, wenn die die Anpassung oder Abänderung ausmachenden vertraglichen Regelungen in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen bei wertender Betrachtung einer Neuvergabe gleichkommen.<sup>4</sup> Damit hat die Rechtsprechung bereits auf die wirtschaftlich

entscheidenden Vertragsklauseln abgestellt. Bei der wertenden Betrachtung ist in erster Linie auf die Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien abzustellen. Entscheidend sind somit vorrangig Leistung und Vergütung. Aber auch alle weiteren Vertragsbestandteile sind zu berücksichtigen, wenn und soweit sie Auswirkungen auf das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien haben.

Bei den konkret vorgenommenen Vertragsänderungen zwischen der Republik Österreich und der APA prüft der EuGH im Einzelnen, ob eine wesentliche Vertragsänderung vorlag. Er verneinte allerdings ausschreibungspflichtige Vertragsänderungen. Zwar hätten die Parteien im Wesentlichen Vergütungsklauseln abgeändert, so dass grundsätzlich wesentliche Klauseln des Vertrages betroffen waren. Jedoch führten die Vertragsänderungen zu einer Verminderung der Vergütung, die die Republik Österreich an die APA zu zahlen hatte. Dabei handele es sich nicht um ausschreibungspflichtige Vorgänge, weil die Vergütungsänderungen regelmäßig geringfügig waren und – was anscheinend das entscheidende Kriterium war – sie jeweils zu einer Reduzierung der Vergütung geführt haben. Somit sind geringfügige Verschiebungen zugunsten des öffentlichen Auftraggebers eher zulässig, als Vergütungsanpassungen zugunsten des Auftragnehmers. Dies entspricht dem ersten vom EuGH konkretisierten Kriterium. Denn eine niedrigere Vergütung des Auftrages würde an dem Ergebnis der ursprünglichen Ausschreibung nichts ändern. Das wirtschaftlich günstigste Angebot würde hierdurch lediglich noch günstiger. Die Auswahlentscheidung zugunsten des ursprünglichen Auftragnehmers durch eine solche Anpassung würde nicht verändert werden. Eine Benachteiligung der anderen Bieter oder potenzieller Wettbewerber ist somit ausgeschlossen.

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Vergütungsanpassungen zulasten des öffentlichen Auftraggebers nur dann zulässig sein können, wenn die Gesamtwirtschaftlichkeit des Auftrages auch nach der Vergütungsanpassung nicht derart geändert wird, dass ein anderer Bieter möglicherweise den Zuschlag erhalten hätte.

#### **Vertragsübertragung**

Auch bei der Vertragsübertragung stellt der EuGH im Wesentlichen auf das erste von ihm aufgestellte

Kriterium für Vertragsanpassungen ab. Die Übertragung auf eine 100%ige Tochtergesellschaft, ohne Änderung der Leistungen und bei Aufrechterhaltung der Haftung des ursprünglichen Auftragnehmers, ist ein Organisationsakt innerhalb des Auftragnehmers, der zu keinem neuen vergabepflichtigen Vorgang führt. Denn Qualität der Leistungen und Haftung des ursprünglichen Auftragnehmers werden durch die Vertragsübertragung nicht berührt. Der Auftraggeber ist so gestellt, als wenn weiterhin der ursprüngliche Auftragnehmer die Leistungen erbringen würde.

#### **Verlängerung Kündungsverzicht**

Es ist zu begrüßen, dass der EuGH in seinem Urteil eindeutig festgestellt hat, dass unbefristete Dienstleistungsaufträge vergaberechtlich zulässig sind. Zwar weist der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass die Praxis der Vergabe eines unbefristeten öffentlichen Dienstleistungsauftrages der Systematik und den Zielen der Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge fremd ist. Er begründet dies damit, dass eine solche Praxis auf lange Sicht den Wettbewerb zwischen potenziellen Dienstleistungserbringern beeinträchtigen und Vergaberecht verhindert werden kann. Gleichwohl stellt er fest:

Trotzdem verbietet das Gemeinschaftsrecht bei seinem derzeitigen Stand nicht den Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer.<sup>5</sup>

Der EuGH stellt anschließend fest, dass ein Kündungsverzicht im Rahmen des vertraglich Zulässigen liegt. Da der Vertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen worden ist, darf der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Vertrages selbständig entscheiden, wann er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen wird. Aus diesem Grunde darf er auch darüber entscheiden, ob er für einen bestimmten Zeitraum auf eine Kündigung verzichtet, wenn dieser nicht zu lang bemessen ist. Hierzu ist zu beachten, dass der EuGH den Kündungsverzicht im konkreten Einzelfall für einen Zeitraum von drei Jahren für zulässig erachtet hat.

Fortsetzung auf Seite 18

### Konsequenzen für langfristige Verträge

Das Urteil des EuGH ist erfreulich. Endlich sind die Rahmenbedingungen für langfristige Verträge und die zwangsläufig notwendigen Vertragsanpassungen festgelegt worden. Gerade bei PPP-Modellen in den Bereichen Abfall und Abwasser sowie Straßen oder bei langfristigen Entsorgungsverträgen bestanden zeitweise Zweifel, ob Vertragslaufzeiten von 25 bis 35 Jahren vergaberechtlich zulässig sind. Die hat der EuGH nunmehr ausdrücklich bestätigt.

Ebenfalls hat er klargestellt, dass im Laufe des Vertrages die Vergütung grundsätzlich anpassungsfähig ist. Allerdings sind Vergütungsanpassungen nur in zwei wesentlichen Fällen zulässig:

- Die Vergütung wird zugunsten des öffentlichen Auftraggebers verringert.
- Die Vergütungsanpassung ist bereits nach Art und Höhe im Vertrag vorgesehen.

Vergütungserhöhungen werden voraussichtlich auch zukünftig unzulässig bleiben, da sie das wirtschaftliche Gleichgewicht im Vertrag verändern. Daher ist bei der Vertragsgestaltung wich-

tig, entsprechende Anpassungsmechanismen bereits vorzusehen. Da unbefristete Verträge durch den EuGH bestätigt wurden und ein Kündigungsrecht vereinbar ist, sind auch insoweit die langfristigen Verträge entsprechend auszugestalten: Es sollten keine Verlängerungsoptionen vereinbart werden; stattdessen bieten sich unbefristete Verträge an, die sich automatisch verlängern, es sei denn eine Vertragspartei kündigt den Vertrag fristgemäß.



**Dr. Ute Jasper,**  
Rechtsanwältin und Partnerin,  
Heuking Kühn Lüer Wojtek,  
Düsseldorf



**Dr. Hans Arnold,**  
Rechtsanwalt,  
Heuking Kühn Lüer Wojtek,  
Düsseldorf

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2004, VII Verg. 71/03; Marx, NZBau 2002, 311 ff.

<sup>2</sup> Urteil des EuGH vom 19.06.2008, Presstext / Republik Österreich (Bund), C-454/06, Rn. 34

<sup>3</sup> Urteil des EuGH vom 19.06.2000, Presstext / Republik Österreich (Bund), C-454/06, Rn. 35, 36, 37

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2004, VII – Verg. 71/03

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Presstext / Republik Österreich, C-454/06, Rn. 74.