

Nachträgliche Vertragsanpassung erleichtert

Überschreitung des Schwellenwertes nicht relevant

(BS/Ute Jasper/Jan Seidel) Öffentliche Aufträge können künftig einfacher an veränderte Umstände angepasst werden, ohne dass es einer Ausschreibung bedarf. Das OLG Brandenburg hat klargestellt, dass es hierfür nicht zwingend darauf ankommt, ob der Wert der Vertragsänderung für sich genommen den EU-Schwellenwert überschreitet. Es relativiert damit eine strenge Entscheidung des OLG Celle.

Das OLG Brandenburg erleichtert die Vertragsanwendung für viele öffentliche Auftraggeber, die sich besonders bei komplexen Projekten oft mit folgender Frage befassen: Müssen öffentliche Aufträge erneut ausgeschrieben werden, wenn sie nachträglich geändert werden? Einerseits bergen nachträgliche Änderungen die Gefahr, neue Leistungen am Markt vorzugeben.

Andererseits sind insbesondere Dauerschuldverhältnisse ohne Anpassungen an sich verändernde Umstände nicht denkbar. Zwischen diesen Extremen muss die Rechtsprechung vernünftige und praxistaugliche Ergebnisse finden.

Besonders streng tat sich hierbei das OLG Celle in seinem vielbeachteten Beschluss vom 29. Oktober 2009 (13 Verg 8/09) hervor. Dem Gericht zufolge soll eine nachträgliche Änderung immer dann vergabepflichtig sein, wenn ihr Wert für sich genommen den hierfür geltenden EU-Schwellenwert überschreitet.

IT-Verträge

Dieser auch in der Literatur vertretene Ansatz stellt die Praxis vor erhebliche Probleme. Man muss nicht nur an großvolumige Bauprojekte denken, bei denen ein Nachtrag die Schwelle von 4,845 Mio. Euro ohne Weiteres überschreiten kann.

Viel brisanter ist die Frage etwa bei längerfristigen IT-Vergaben, bei denen der Schwellenwert nur bei 193.000 Euro und ein nachträglicher Anpassungsbedarf aufgrund der rasanten technischen Entwicklung auf der Hand liegt. Sollen derartige Anpassungen jedes Mal ausgeschrieben werden? Welcher Auftragnehmer will noch ein Dauerschuldverhältnis eingehen, wenn er bei jeder nachträglichen Änderung eine Neuausschreibung befürchten muss?

Erfreulicherweise hat sich vor ein paar Monaten das OLG Brandenburg der rigiden Sicht des OLG Celle entgegengestellt. Das Gericht stellt in seiner Entscheidung vom 15. Juli 2010 (Verg W 4/10) klar, dass es nicht zwingend auf ein Überschreiten des Schwellenwertes durch die nachträgliche Änderung ankommt. Enthält der Ausgangsvertrag eine Ermäch-



Ute Jasper und Jan Seidel begrüßen die Abkehr des OLG Brandenburg von der bisher strengeren Rechtsprechung zu längerfristigen Verträgen: "Das praxisferne alleinige Abstellen auf den Schwellenwert befindet sich auf dem Rückzug." Fotos: BS/Archiv



tigung zur Anpassung, so das OLG Brandenburg, kommt es auf den Schwellenwert nicht an. Die Änderung im konkreten Fall spielte im VOL-Bereich und war beträchtlich: sie hatte einen Wert von zwei Mio. Euro bei einem Ausgangsentgelt von 7,6 Mio. Euro (+ 26,32 Prozent). Gleichwohl lehnte das Gericht eine Ausschreibungspflicht ab.

EuGH: Wesentliche Änderungen

Dies deckt sich mit den Vorgaben des EuGH. Er hat seit jeher anerkannt, dass nicht jede Änderung eines einmal vergebenen öffentlichen Auftrages zu einer Neuausschreibung führt. Der EuGH betonte stets, dass eine Ausschreibungspflicht nur dann besteht, wenn die nachträglichen Änderungen so wesentlich sind, dass sie einer Neuvergabe des Auftrages gleichkommen.

Wann eine solche Wesentlichkeit vorliegt, konkretisierte der EuGH in seiner "Presstext"-Entscheidung vom 19. Juni 2008 (C-454/06). Danach liegt eine wesentliche – und damit ausschreibungspflichtige – Änderung vor, wenn sie bei der Vergabe des ursprünglichen Auftrages andere Bieter oder die Annahme eines anderen Angebotes zugelassen hätte, der Vertrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert wird oder das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in ursprünglich nicht vorgesehener Weise zugunsten des Auftragnehmers verändert wird. Auf das Überschreiten des

Schwellenwertes durch die Vertragsänderung kam es dem EuGH indes nicht an. Das Gericht hätte sich in seiner "Presstext"-Entscheidung seitensweise Begründungen und Differenzierungen ersparen können, wenn es den Schwellenwert für maßgeblich gehalten hätte – hat es aber nicht, auch nicht in den Folgeentscheidungen vom 15.

Oktober 2009 (C-196/08) und vom 29. April 2010 (C-160/08). Zudem sehen § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B und § 2 Nr. 3 VOL/B nachträgliche Vertragsanpassungen gerade vor, unabhängig vom Überschreiten des Schwellenwertes. Schließlich verlangt bereits die Natur eines Dauerschuldverhältnisses, nachträglichen Änderungen der äußeren Umstände durch entsprechende Öffnungsklauseln begegnen zu können – ansonsten wären etwa langfristige Privatisierungen öffentlicher Aufgaben nicht möglich.

Vorbeugung durch Anpassungsklauseln

Auftraggeber können daher durch entsprechende Anpassungsklauseln einer Vergabepflicht bei nachträglichen Änderungen vorbeugen.

Das praxisferne, alleinige Abstellen auf den Schwellenwert befindet sich dagegen auf dem Rückzug.

Die VK Arnsberg hat in ihrem – allerdings noch nicht rechtskräftigen – Beschluss vom 2. Februar 2011 (VK 27/10) ebenfalls das Überschreiten des Schwellenwertes für eine Vergabepflicht nicht ausreichen lassen, sondern auf das Verhältnis zum Gesamtauftrag abgestellt. Vor diesem Hintergrund werden Dauerschuldverhältnisse auch künftig für Auftraggeber und Auftragnehmer attraktiv bleiben.

Dr. Ute Jasper ist Partnerin, Dr. Jan Seidel Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek.