

Führung/Kommunikation

# Vertragsänderungen/Vergaberecht – Wo liegen Möglichkeiten und Grenzen der Anpassung eines laufenden öffentlichen Auftrags, Herr Kaiser?

Dieser Beitrag beschäftigt sich im Anschluss an den Beitrag in Heft 59, Juli 2013, S. 41, <http://www.wohnungswirtschaft-heute.de/index.php/wowiheute/fuehrungskommunikation/item/1919-ra-christoph-kaiser-vergaberechtliche-anforderungen-an-energieeffiziente-beschaffung-im-rahmen-von-bauleistungen.html> mit den Möglichkeiten und Grenzen der Anpassung eines laufenden öffentlichen Auftrags wegen sich im Verlaufe der Vertragsausführung ändernder rechtlicher Rahmenbedingungen. Auftraggeber sind im Vergabeverfahren dazu verpflichtet, die zu beschaffende Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Diese Verpflichtung dient einerseits der konkreten Bestimmung des Leistungsolls. Andererseits soll sie den Bietern im Verfahren das Aufstellen einer belastbaren Kalkulation ermöglichen.

Der Auftraggeber ist grundsätzlich verpflichtet, die vertraglichen Grundlagen (einschl. Leistungsbeschreibung abschließend zu gestalten. Dennoch können spätere Entwicklungen, die im Zeitpunkt des Vertragschlusses noch nicht vorhersehbar waren, eine Vertragsanpassung notwendig machen. Dieses Phänomen ist bei Leistungen des Facility Managements besonders relevant. Facility Management-Verträge werden zum einen regelmäßig mit Laufzeiten von mehreren Jahren abgeschlossen. Zum anderen sind die ausgeschrieben und damit vertraglich geschuldeten Leistungen technisch anspruchsvoll, umfassen ein breites Spektrum an Leistungen und besitzen deswegen meist Schnittstellen zu einer Vielzahl vor allem sicherheitsrelevanter Rechtsvorschriften. Werden beispielsweise während der Laufzeit eines Wartungsvertrages die gesetzlich vorgeschriebenen Wartungsintervalle erhöht, können die Vertragsparteien diesen Umstand nicht einfach ignorieren, ohne die Einhaltung ihrer Betreiberverantwortung zu gefährden und damit massive (Haftungs-) Risiken bis hin zu einer persönlichen Verantwortlichkeit für die entstehenden Schäden in Kauf zu nehmen. Insbesondere der Auftraggeber kann die neue Rechtslage nicht einfach bis zur erneuten Ausschreibung nach Ablauf des gegenwärtigen Vertrages „aussitzen“. Er muss den ihn treffenden gesetzlichen Verpflichtungen regelmäßig bereits ab dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens nachkommen.

Zugleich sind Änderungen an bestehenden öffentlichen Auftragsverhältnissen nach der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte nur in engen Grenzen zulässig. Danach sind Vertragsänderungen als ausschreibungspflichtige Neuvergabe anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale als der ursprüngliche Auftrag aufweisen und infolgedessen den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen erkennen lassen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.02.2014 – Verg 32/12). Von einer wesentlichen und die Pflicht zur Neuausschreibung begründenden Änderung ist andererseits im Regelfall nicht auszugehen, wenn sich das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags zugunsten des Auftraggebers verschiebt. Sinn und Zweck der Rechtsprechung ist es nämlich insb., nachträgliche und wettbewerbsverzerrende Änderungen zugunsten des Auftragnehmers und damit eine Manipulation des Beschaffungsprozesses zu verhindern. Verstößen öffentliche Auftraggeber gegen die Verpflichtung zur Neuausschreibung, ist der Vertrag schwebend unwirksam – mit allen Konsequenzen für den ordnungsgemäßen Betrieb der Liegenschaften. Treten Rechtsänderungen in Kraft, die eine umfangreiche „Überarbeitung“ der vertraglichen Grundlagen der Zusammenarbeit notwendig machen, ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der laufende Vertrag entsprechend angepasst werden kann oder ob eine Neuausschreibung notwendig ist. Dabei wird es auf den Umfang der notwendigen Anpassungen sowie darauf ankommen, ob die maßgeblichen Regelungen mathematisch angepasst werden können oder Verhandlungen notwendig sind, sowie darauf, ob sich die Änderungen auf das Notwendige beschränken.

Manipulation des Beschaffungsprozesses verhindern

Auftraggeber sollten daher die Aufnahme einer Klausel im Ursprungsvertrag prüfen, die eine Änderung des geschuldeten Leistungssolls aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen (und nur innerhalb deren Reichweite!) vorbehält. Hat der Auftraggeber diesen Anpassungsvorbehalt (ähnlich wie bei Vertragsverlängerungen und Optionen) bereits im Vergabeverfahren transparent kommuniziert und sind diese Regelungen auch im Übrigen vergaberechtskonform, können die Regelungen in diesem Vertragsverhältnis nicht mehr vergaberechtlich angegriffen werden. Der Auftraggeber hat dann gute Chancen, den Vertrag im Rahmen dieser Regelungen anpassen zu können, ohne zur Neuausschreibung verpflichtet zu sein. Ein Anspruch der Bieter auf Aufnahme einer entsprechenden Klausel besteht nicht. Auftraggeber sind also nicht verpflichtet, nur möglich erscheinenden oder sich abzeichnenden Änderungen der Rechtslage durch das Einräumen von besonderen Vertragsanpassungsrechten Rechnung zu tragen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.02.2014 – Verg 42/13).

Für den Auftraggeber ist es von immenser Bedeutung, seine Handlungsspielräume einschätzen zu können. Aber auch Auftragnehmer sollten die Bedeutung von Vertragsänderungen einordnen können, um nicht Gefahr zu laufen, auf der Basis eines unwirksamen Vertragsverhältnisses Leistungen zu erbringen.

RA Christoph Kaiser

Wollmann & Partner Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

## Studium Immobilienwirtschaft



Hochschule für  
Wirtschaft und Umwelt  
Nürtingen-Geislingen

### **Eine der besten Adressen**



### **für die Immobilienwirtschaft**

Hochschule für Wirtschaft und Umwelt Nürtingen-Geislingen

Studiengang Immobilienwirtschaft  
Parkstraße 4  
73312 Geislingen an der Steige

Tel 0 73 31 / 22-540 oder -520  
Fax 0 73 31 / 22-560

[www.studium-immobilien.de](http://www.studium-immobilien.de)