

## Öffentliche Aufträge

# Auswirkung von Vertragsänderungen und Vertragslaufzeiten

Wann sind Änderungen eines bestehenden Vertrags zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dienstleistungserbringer als eine neue Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen? Mit dieser Frage hat sich der EuGH (EuGH Urteil vom 19.06.2008, C-454/06 „Presstext“) beschäftigt.

■ In dem Sachverhalt, der dem Urteil des EuGH zugrunde lag, ging es um einen unbefristeten Vertrag über Nachrichtenagenturleistungen. Die Republik Österreich hatte im Jahr 1994, also 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.

### Vertrag auf unbestimmte Dauer

Zu diesem Zweck schloss die Republik Österreich mit der APA im Jahr 1994 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-prozentige Tochtergesellschaft in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Zwischen APA und der neuen Tochtergesellschaft, der APA-OTS, wurde ein Gewinn- und Verlustausschließungsvertrag geschlossen. 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 Prozent ermäßigt.
- ▶ Weitere Preise wurden in Euro umgerechnet. Die Indexierung der Preise, die dem Verbraucherpreisindex zur Werterhaltung 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 Rabatt auf den Preis für Online-Abfragen wurde von 15 Prozent auf 25 Prozent erhöht.
- ▶ Der vereinbarte Kündigungsverzicht wurde bis zum 31.12.2008 erneuert.

### Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat zunächst die Frage geklärt, unter welchen Voraussetzungen Änderungen eines bestehenden Vertrags zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dienstleistungserbringer als eine neue Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen sind.

Die Richtlinie 92/50 enthalte keine ausdrückliche Antwort auf diese Fragen, aber mehrere relevante Hinweise.

Aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe sich, dass das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten seien.<sup>1</sup>

Dieses doppelte Ziel verfolge das Gemeinschaftsrecht insbesondere durch die Anwendung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter und der sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Transparenz.<sup>2</sup>

Was die von der Richtlinie 92/50 erfassten Aufträge betreffe, deren

Gegenstand ausschließlich oder hauptsächlich Dienstleistungen des Anhangs I A (Ziff. 14 führt die Gebäudereinigung auf) dieser Richtlinie seien, so setze die Richtlinie diese Grundsätze und die Verpflichtung zur Transparenz insbesondere durch die Festlegung bestimmter Vergabeverfahren um.

### Drei Kriterien

Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, seien Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufwiesen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen.<sup>3</sup>

Der EuGH hat drei Kriterien zu der Frage entwickelt, wann die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit als wesentlich angesehen werden kann:

- ▶ wenn Bedingungen eingeführt werden, 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.
- ▶ wenn die Änderung den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert.
- ▶ wenn die Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert.

Der EuGH hat im zu entscheidenden Fall ausschreibungspflichtige Vertragsänderungen verneint.

### Wechsel des Auftraggebers

Im Allgemeinen sei die Ersetzung des Vertragspartners, dem der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich erteilt hatte, durch einen neuen als Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung des betreffenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen, wenn sie nicht in den Bedingungen des ursprünglichen Auftrags, beispielsweise im Rahmen einer Unterbeauftragung, vorgesehen gewesen sei.

Die Übertragung auf eine 100-prozentige Tochtergesellschaft die von der Mutter kontrolliert wird und der Tochter gegenüber Weisungsrecht besitzt, ohne Änderung der Leistungen und bei Aufrechterhaltung der Haftung des ursprünglichen Auftragnehmers, stellt im Wesentlichen eine interne Neuorganisation des Vertragspartners dar, die die Vertragsbedingungen des ursprünglichen Auftrags nicht wesentlich ändere.<sup>4</sup>

### Preisänderungen

Der Preis sei eine wesentliche Bedingung eines öffentlichen Auftrags. Die Änderung einer solchen Bedingung während der Laufzeit des Auftrags beruhe, wenn sie nach den Bestimmungen des ursprünglichen Auftrags nicht ausdrücklich erlaubt sei, die

Gefahr eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter in sich.

Die Umrechnung der Preise eines Auftrags in Euro während dessen Laufzeit könne eine Anpassung des inneren Wertes der Preise enthalten, ohne dass hierin eine neue Auftragsvergabe liege, sofern es sich um geringfügige Anpassungen handele, die sich objektiv erklären ließe. Dies sei der Fall, wenn sie die Durchführung des Auftrags erleichtern sollten, indem sie beispielsweise die Rechnungstellung vereinfachten.

Abgesehen davon, dass diese Preisanpassungen sich auf einen geringen Betrag belaufen haben, haben sie sich nicht zugunsten, sondern zum Nachteil des Auftraggebers ausgewirkt, da dieser damit einer Ermäßigung der Preise zugestimmt hat, die sich aus den normalerweise anwendbaren Umrechnungs- und Indexierungsregeln ergeben hätten.

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.

### Neuformulierung der Wertsicherungsklausel

Hierzu hat der EuGH, wie auch bei allen anderen Vertragsänderungen, zunächst die Regelungen im Basisvertrag, wie sie ausgeschrieben wurden, herangezogen. Es wurde festgestellt, dass der Basisvertrag die Ersetzung des von ihm erwähnten Preisindex durch einen späteren Index als zulässig vorgesehen habe. Der erste Nachtrag habe lediglich die Bestimmungen des Basisvertrags über die Anpassung der Wertsicherungsklausel angewendet.

Voraussetzung für die Wahrung von Bieterwettbewerb müssen hier Transparenz und Bestimmtheit der vertraglichen Regelung sein. Erforderlich sind im Voraus festgelegte objektive Kriterien für die Ermittlung der Preisänderung. Konkrete Neu- beziehungsweise Nachverhandlungen über eine neue Preisgestaltung indizieren hingegen Wettbewerbsrelevanz und die Erforderlichkeit einer Neuvergabe.

### Änderungen des Leistungsumfangs

Eine wesentliche, ausschreibungspflichtige Vertragsänderung liegt nach dem zweiten Kriterium des EuGH vor, wenn die Änderung den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert.

Wenn ein völlig anderer Leistungsgegenstand von relevantem Umfang mit aufgenommen werden soll, der sich eindeutig von

der bisherigen Leistung abgrenzt, ist, da nunmehr auch andere Bieter als bei der ursprünglichen Vergabe in Betracht kommen, eine Neuvergabe durchzuführen. Bei einer rein mengenmäßigen Erhöhung der Dienstleistung, zum Beispiel des Reinigungsintervalls, wird die Wettbewerbsrelevanz am Wert der Vertragsänderung zu messen sein. Übersteigt er die im Vergaberecht übliche Wesentlichkeitsschwelle von 10 Prozent des Ursprungsvertrags, dürfte eine gewisse Vermutung für die Wettbewerbsrelevanz begründet sein.<sup>5</sup>

Die nicht unerhebliche gegenständliche oder mengenmäßige Ausweitung eines Vertrages führen also zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Vergaberechts.

### Kündigungsverzichtsklausel/unbefristete Verträge

Der EuGH weist zur Vereinbarung einer neuen Kündigungsverzichtsklausel während der Laufzeit eines unbefristeten Vertrags darauf hin, dass die Praxis der Vergabe eines unbefristeten öffentlichen Dienstleistungsauftrags an und für sich der Systematik und den Zielen der Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge fremd sei. Eine solche Praxis könne auf lange Sicht den Wettbewerb zwischen potenziellen Dienstleistungserbringern beeinträchtigen und die Anwendung der Vorschriften der Gemeinschaftsrichtlinien über die Öffentlichkeit der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verhindern. Trotzdem verbiete das Gemeinschaftsrecht bei seinem derzeitigen Stand nicht den Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer.

Auch eine Klausel, mit der sich die Parteien verpflichten, einen unbefristet geschlossenen Vertrag während eines bestimmten Zeitraums nicht zu kündigen, sei nach gemeinschaftsrechtlichem Vergaberecht nicht ohne Weiteres als rechtswidrig anzusehen. Für die Beurteilung, ob eine solche Klausel eine neue Auftragsvergabe darstelle, sei entscheidend, ob diese Klausel als eine wesentliche Änderung des ursprünglichen Vertrags anzusehen sei.

Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Klausel legt den Verzicht auf jegliche Kündigung für den Zeitraum von 2005 bis 2008 fest. Der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Auftrag nach Außerkrafttreten der im Basisvertrag enthaltenen Kündigungsverzichtsklausel am 31. Dezember 1999 hätte jederzeit unter Einhaltung einer Frist gekündigt werden können. Er galt jedoch von 2000 bis einschließlich 2005 fort, weil weder der öffentliche Auftraggeber noch der Dienstleistungserbringer von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht haben.

Der EuGH begründet die Unwesentlichkeit der Vertragsänderung damit, dass aus der Akte nicht hervorgehe, dass es der öffentliche Auftraggeber in dem vom Kündigungsausschluss umfassten Zeitraum von 2005 bis 2008 ohne eine solche Klausel konkret in Betracht gezogen hätte, den laufenden Vertrag zu beenden und eine erneute Ausschreibung vorzunehmen.

Selbst wenn er dies beabsichtigt hätte, wäre der Zeitraum, für den die Klausel galt, nämlich drei Jahre, nicht so lang gewesen, dass sie ihn für einen – im Verhältnis zu der für die Organisation



Rechtsanwalt Lothar Wionzeck

Bild: Autor

»Stundenabzug bei Werkverträgen höchst umstritten.«

## Vergaberecht – damit Sie Bescheid wissen!

# Abgrenzung Dienstvertrag/Werkvertrag

■ Ich darf von einem Beschluss des BGH vom 07.01.2014 berichten. Hier ging es um die Frage, ob Nebenangebote gewertet werden dürfen, wenn nur der Preis Zuschlagskriterium war. Das OLG Düsseldorf war der Auffassung, dass die Nebenangebote nicht zugelassen werden dürfen. Anders das OLG Jena, dies hat dem BGH die Sache vorgelegt. Der BGH hat im Beschluss vom 07.01.2014 entschieden, dass Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden dürfen, wenn der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist. Über eine aktuelle Entwicklung darf ich ebenfalls berichten: Viele ausschreibende Stellen sind dazu übergegangen, Mindeststundenverpflichtungen in die Verträge aufzunehmen. Es geht um die Abgrenzung Dienstvertrag/Werkvertrag. Die Kommunen kürzen nicht erbrachte Stunden, obwohl die Reinigungsleistung gemäß dem Leistungsverzeichnis vollkommen ordnungsgemäß war. Es geht also nicht um den Fall einer mangelhaften Reinigung, sondern lediglich um Abzug von Stunden, die nicht erbracht wurden. Dies ist höchst umstritten.

Es gibt zu dieser Problematik bisher nur zwei Urteile des LG Bonn und LG Köln. Diese haben entschieden, dass im Regelfall ein Reinigungsvertrag ein Werkvertrag sei und Stunden nicht abgezogen werden dürfen. Aktuell laufen drei Verfahren nach meinem Kenntnisstand, zwei davon betreue ich selber. Das LG Braunschweig hat im Mai 2014 ein Urteil erlassen, dass die Mindeststundenvergütung wirksam sei. Wir gehen dagegen in Berufung bei dem zuständigen OLG. Zusätzlich sind zwei Verfahren beim LG Potsdam anhängig, die allerdings erst Ende dieses Jahres entschieden werden.

Ich werde weiter informieren, da dies doch erhebliche Auswirkungen auf die gesamte Gebäudereinigungsbranche hat. ■

Lothar Wionzeck | [rae.wionzeck@t-online.de](mailto:rae.wionzeck@t-online.de)

Rechtsanwalt Wionzeck ist durch Beratervertrag mit dem BIV verbunden und spezialisiert aufs Vergaberecht. Er vertritt speziell Firmen aus der Gebäudereinigung und dabei ausschließlich Bieter, keine ausschreibenden Stellen.

eines solchen Vorhabens erforderlichen Zeit – übermäßig langen Zeitraum daran gehindert hätte.

Unter diesen Voraussetzungen sei nicht dargetan, dass eine solche Kündigungsausschlussklausel, sofern sie nicht regelmäßig immer wieder in den Vertrag eingefügt werde, die Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs zum Nachteil potenzieller neuer Bieter mit sich bringe. Folglich könne sie nicht als wesentliche Änderung des ursprünglichen Vertrags qualifiziert werden.

Der EuGH hält eine neue, bisher nicht ausgeschriebene Kündigungsverzichts-klausel von drei Jahren auch dann für zulässig, wenn eine Kündigung durch den Auftraggeber beabsichtigt ist, da die Organisation einer Neuausschreibung im entschiedenen Fall ebenfalls drei Jahre in Anspruch nehmen soll.

Statt den Auftraggeber zur Kündigung und damit auf eine dreijährige Interimslösung zurückgreifen zu lassen, wird der neu vereinbarte Kündigungsverzicht damit als rechtmäßig angesehen. Folgende Fallkonstellationen bei der Vertragsdauer sind gegeben:

- ▶ **Befristeter Vertrag:** Die Verlängerung von im Vornherein befristeten Verträgen, die keine Verlängerungsmöglichkeiten vorsehen, unterliegt generell dem Vergaberegime. Die Dauer eines Vertrages bestimmt den Leistungsumfang, sodass die Verlängerung der Vertragslaufzeit grundsätzlich einen Beschaffungsvorgang darstellt.
- ▶ **Befristeter Vertrag mit Optionsrecht:** Das Optionsrecht ist das Recht, durch einseitige Erklärung einen Vertrag zustande zu bringen oder die Vertragslaufzeit zu verlängern.<sup>6</sup> Das Vergaberecht sieht in § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV mittelbar vor, dass in einem ausgeschriebenen Vertrag Optionsrechte vereinbart werden dürfen. Die herrschende Auffassung erkennt darin die Zulässigkeit von Verlängerungsoptionen wenn sie Gegenstand eines Vergabeverfahrens waren und dadurch dem Bieterwettbewerb unterzogen wurden.
- ▶ **Befristeter Vertrag mit automatischer Verlängerung/ unbefristeter Vertrag:** Es wird eine befristete Vertragslaufzeit vereinbart, die sich automatisch verlängert, wenn nicht rechtzeitig vor Ablauf eine Kündigung erfolgt. Nach ganz überwiegender Auffassung sind solche Verträge wie unbefristete Verträge zu behandeln. Der Auftraggeber gibt lediglich keine neue Willenserklärung ab und unterlässt die Kündigung. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um einen unbefristeten Vertrag handelt, der keine Regelung zur Kündigung enthält oder ob die Kündigungsmodalitäten im Wege einer Verlängerungsklausel fest vereinbart sind. (In beiden Fällen führt die Nicht-Kündigung dazu, dass der Vertrag inhaltlich unverändert fortgeführt wird. Hierzu hat der EuGH ausgeführt, dass das Gemeinschaftsrecht bei seinem derzeitigen Stand nicht den Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer verbietet (auch nicht das deutsche Vergaberecht!).
- ▶ **Kündigungsverzicht für einen bestimmten Zeitraum:** Der EuGH hat darin keine wesentliche Vertragsänderung gesehen, weil der Auftraggeber es prinzipiell vergaberechtsfrei unter-

lassen darf, einen Vertrag zu kündigen und sich dazu auch in einer Vereinbarung verpflichten darf.

## Fazit und Empfehlungen

Im Ergebnis kann gesagt werden, dass bei Vertragsänderungen (neue Bedingungen, neue Dienstleistungen), darauf zu achten ist, ob sich der Markt, zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vergabeverfahrens, durch die Änderungen für neue Bieter geöffnet hätte oder der Zuschlag auf ein anderes Angebot hätte erteilt werden können (zum Beispiel bei Preiserhöhungen).

Ist dies der Fall, so ist eine Neuausschreibung erforderlich. Ursprünglich im Vertrag nicht vorgesehene, umfangreiche Leistungen bedürfen einer Neuausschreibung. Hierdurch wird eine Nichtigkeit des Vertrages wegen einer de-facto-Vergabe (§ 101 b GWB) vermieden.

Ausgeschriebene Verträge können unbefristet laufen. Zu empfehlen ist ein Kündigungsverzicht für einen Zeitraum, über den man sich auf jeden Fall an den Auftragnehmer binden möchte. Die vertragliche Kündigungsfrist des Vertrages sollte so bemessen sein, dass in Ruhe eine neue Ausschreibung bis zum Zuschlag vorbereitet werden kann. Auch ein eventuell durchzuführendes Nachprüfungsverfahren sollte mit einem Zeitraum von zirka drei Monaten eingeplant werden. Alternativ kann der unbefristete Vertrag selbstverständlich auch ohne Kündigungsverzichts-klausel mit entsprechender im Vertrag geregelter Kündigungsfrist gestaltet werden.

Udo Pilz | peter.hartmann@holzmann-medien.de



Udo Pilz  
Regierungsdirektor | stellv. Vorsitzender  
bei der Vergabekammer Südbayern

## Kompetenzteam Gebäudereinigung<sup>®</sup>

<sup>1</sup> vgl. Urteil vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau, C-26/03, Slg. 2005, I-1, Randnr. 44.

<sup>2</sup> vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. November 1999, Unifon Scandinavia und 3-S, C-275/98, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 31, vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress, C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnrn. 60 und 61, und vom 29. April 2004, Kommission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Slg. 2004, I-3801, Randnrn. 108 und 109.

<sup>3</sup> vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich, C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Randnrn. 44 und 46.

<sup>4</sup> vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Slg. 2004, I-3801, Randnrn. 117, 121.

<sup>5</sup> Kulartz/Duikers, VergabeR 2008, 728 (735).

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf Az. VII Verg 63/03.