

Vertragsänderungen: Vergaberechtliche Rahmenbedingungen



Univ.-Prof. Dr. Claudia Fuchs, LL.M.
12. Techniker / Juristen Dialog
Donnerstag, 19.05.2022

Übersicht

I. Änderungen eines öffentlichen Auftrags während Laufzeit: Nachträgliche Vertragsänderungen zwischen Privatautonomie und Wettbewerbsschutz

II. Wesentlichkeitsmaßstab

- Unionsrechtliche Grundlagen
- § 365 BVergG 2018 – Anwendungsfälle, Prüfschema, Konsequenzen

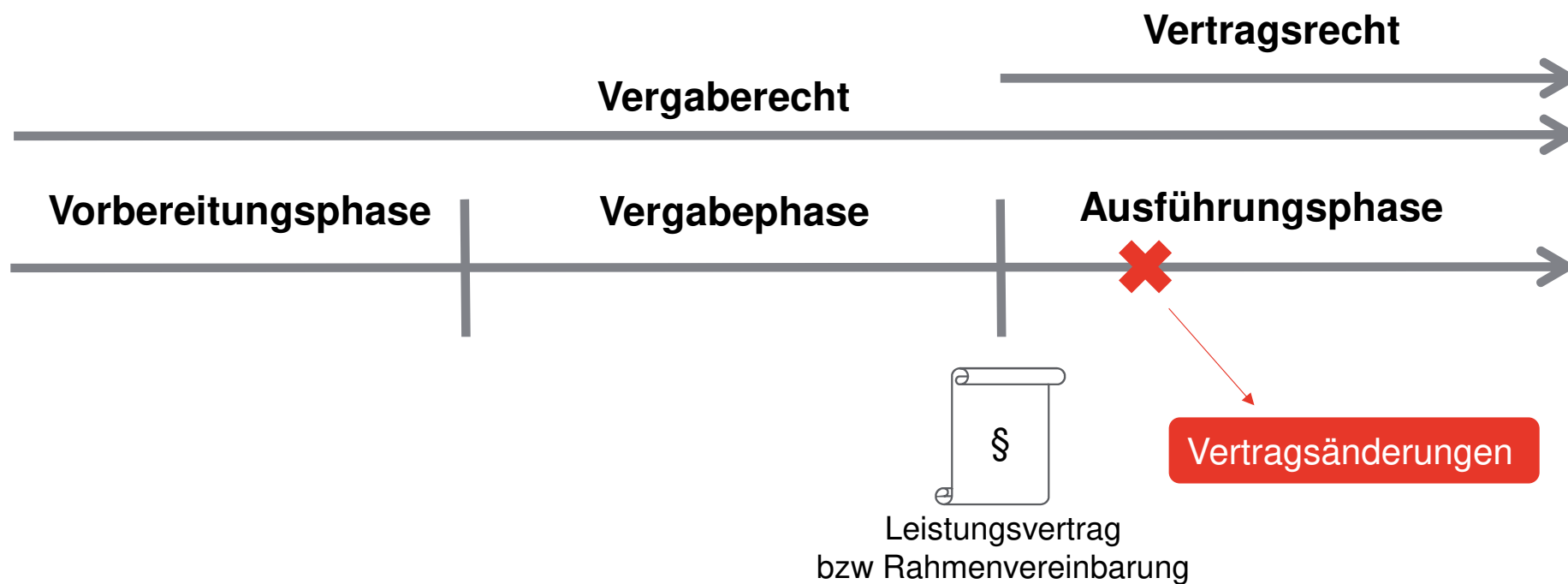
III. Vertragsänderungsklauseln

- Anforderungen
- Möglichkeiten und Grenzen

IV. Aktuell: EU-Sanktionenverordnung

V. Fazit

Vorbereitungsphase, Vergabephase, Ausführungsphase



Spannungsfeld



Knackpunkt: „Wesentlichkeit“ Unionsrechtliche Grundlagen I

- EuGH 19. 6.2008, C-454/06, *pressetext*
 - Weist der Leistungsvertrag durch eine nachträgliche Änderung wesentlich andere Merkmale auf, lassen die Vertragsparteien dadurch einen Willen zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen erkennen.
 - Veränderung des Bieterkreises oder der Wettbewerbsstellung
 - Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers
 - Erhebliche Erweiterung des Leistungsumfangs
 - Echter Auftragnehmerwechsel
 - Objektivierung des subjektiven Parteiwillens
 - Änderungen, die geeignet sind, den Wettbewerb am relevanten Markt zu beeinträchtigen und den bisherigen Auftragnehmer ggü anderen Unternehmen bevorzugen, sind wesentlich

Knackpunkt: „Wesentlichkeit“ Unionsrechtliche Grundlagen II

- Positivierung der Rsp durch EU-VergabeRL-Paket 2014
 - Art 72 VergabeRL 2014/24; Art 89 SektorenRL 2014/25; Art 43 KonzessionsRL 2014/23
- EuGH 7. 9. 2016, C-549/2014, *Finn Frogne*
 - Außergerichtliche Streitbeilegung durch Vergleich wurde als wesentliche Vertragsänderung gewertet
 - Parteiwille auf Streitbeilegung und nicht auf Beschaffung gerichtet → nicht ausschlaggebend

Knackpunkt: „Wesentlichkeit“ § 365 BVergG 2018

Grundsatz: Wesentliche Vertragsänderungen während der Laufzeit lösen erneute Vergabepflicht aus (Abs 1)

Unwesentliche Vertragsänderungen lösen keine erneute Vergabepflicht aus (Abs 3)

Bestimmte unwesentliche Vertragsänderungen lösen Bekanntgabepflichten des AG im OSB aus (Abs 4)

Wesentliche und unwesentliche Vertragsänderungen

Wesentliche Vertragsänderung = Erheblicher Unterschied zwischen geändertem und ursprünglichem Vertrag

Wesentliche Vertragsänderungen Demonstrative Aufzählung (Abs 2)

- Änderung des Bewerber- und Bieterkreises
- Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrags
- erhebliche Ausweitung des Umfangs
- neuer Vertragspartner (bestimmte Fälle)

Unwesentliche Vertragsänderungen Taxative Aufzählung (Abs 3)

- Änderungen der Auftragssumme unterhalb doppelter Bagatellschwelle
- bestehende Vertragsänderungsklauseln
- neuer Vertragspartner (bestimmte Fälle)
- zusätzliche Leistungen
- nicht vorhersehbare Umstände ohne Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags

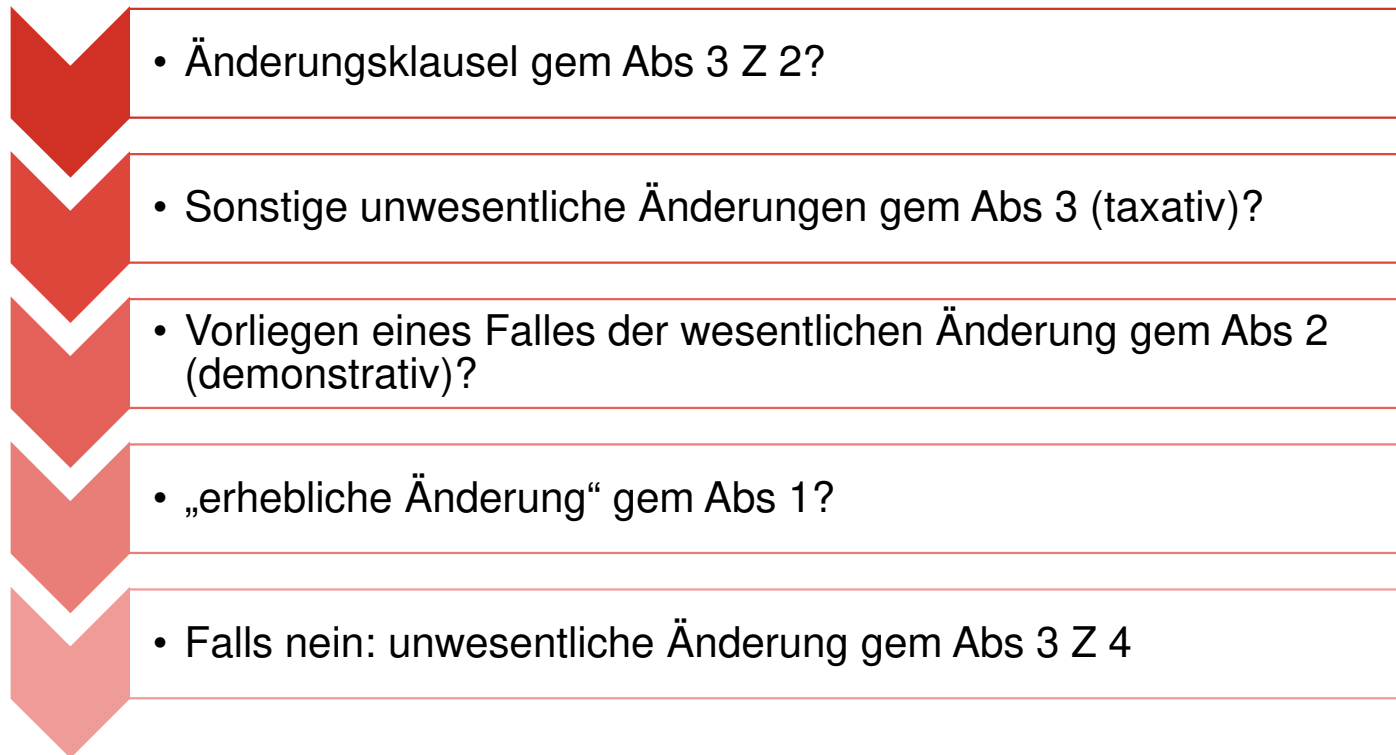
Unwesentliche Vertragsänderungen (Bsp)

- **Änderung Auftragssumme** (§ 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018): bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen um maximal 10%, bei Bauaufträgen um maximal 15 % der ursprünglichen Auftragssumme + Schwellenwerte nicht überschritten + Gesamtcharakter des Auftrags unverändert
 - Reduktion der Vertragslaufzeit? (vgl VwSlg 19.266 A/2015)
- **Zusätzliche Leistungen** (§ 365 Abs 3 Z 5 BVergG 2018): Zusätzliche Leistungen des Auftragnehmers erforderlich + Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen/technischen Gründen nicht möglich und mit erheblichen Schwierigkeiten und beträchtlichen Zusatzkosten für Auftraggeber verbunden → Bekanntgabepflicht im OSB
- **Nicht vorhersehbare Umstände** (§ 365 Abs 3 Z 6 BVergG 2018): Vom Auftraggeber trotz Sorgfaltspflicht nicht vorhersehbar + Gesamtcharakter des Auftrags unverändert → Bekanntgabepflicht im OSB

Nachträgliche Vertragsänderungen

§ 365 BVergG 2018

Prüfschema



Änderungsklauseln I (§ 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018)

- „Änderungen, die unabhängig von ihrem Wert in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen sind. Diese Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art der möglichen Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können, und dürfen keine Änderungen oder Optionen vorsehen, die den Gesamtcharakter des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung verändern würden.“

Ratio: Zukünftige Vertragsänderung unterlag bereits dem Vergabewettbewerb
→ Durchführung eines erneuten Vergabewettbewerbs bei solchen „derivativen“ Änderungen nicht erforderlich.

Änderungsklauseln II (§ 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018)

- Klare, präzise und eindeutige Formulierung
 - Bloßer Hinweis auf Zulässigkeit späterer Änderungen im Vertrag ist nicht ausreichend (VwGH 15. 3. 2017, Ra 2016/04/0064, 0065)
 - Transparenzerfordernis (Problematik zweite Verfahrensstufe: VwGH 8.8.2018, Ra 2015/04/0013)
- Angaben zu Umfang und Art der möglichen Änderung
 - Inanspruchnahme eines in Ausschreibung enthaltenen Optionsrechts keine wesentliche Vertragsänderung (VwGH 17.12.2019, Ra 2018/04/0199)
- Gesamtcharakter des Vertrags/der Rahmenvereinbarung darf sich nicht verändern
 - insb Auftragstypus (Liefer-, DL- und Bauauftrag) und Vertragsart (vgl EB BVergG 2018)
- Selbst wesentliche Änderungen, die ihren Ursprung im ursprünglichen Vertrag haben, können zulässig sein
 - EuGH 7. 9. 2016, C-549/2014, *Finn Frogne*
- Problematik: Hinreichend bestimmte Formulierung *ex ante* oft nicht möglich

Aktuell: Verbot der Auftragsvergabe und der Vertragserfüllung I

Art 5k Abs 1 EU-SanktionenVO (VO (EU) 2022/576 zur Änderung der Verordnung (EU) 833/2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. Nr. L 111 vom 8.4.2022) → Aufträge im OSB

- **Verbot der Vergabe** öffentlicher Aufträge oder Konzessionen an Personen, Organisationen oder Einrichtungen aus der Russischen Föderation (gültig seit 09.04.2022)
- **Verbot**, öffentliche Aufträge oder Konzessionen mit solchen „**weiterhin zu erfüllen**“ (ab 10.10.2022 bei Vertragsabschluss vor 09.04.2022)
- Möglichkeit der Einholung einer **Ausnahmegenehmigung** durch den Auftraggeber zur Vergabe bzw der Fortsetzung der Erfüllung betroffener Verträge in den in **Art 5k Abs 2 EU-SanktionenVO** taxativ genannten Fällen

Aktuell: Verbot der Auftragsvergabe und der Vertragserfüllung II

- **Vertragsausführung** mit einer genannten Person, Einrichtung oder Organisation als Auftragnehmer ist bei Vertragsabschluss vor 09.04.2022 spätestens zum 10.10.2022 zu **beenden**
 - **Austausch** des Auftragnehmers gem § 365 BVergG 2018 bei Fehlen einer entsprechenden Vertragsänderungsklausel zulässig?
- **Erfüllungsverbot** für nach dem 09.04.2022 abgeschlossene Verträge
- Subunternehmer bzw Lieferant betroffen:
 - **Austausch** (§ 363 BVergG 2018) oder
 - **Beendigung der Vertragsausführung**

Fazit

- Vertragsänderungen & Vergaberecht: Wesentlichkeit als Knackpunkt für die Frage, ob vergaberechtsfreie Vertragsanpassung zulässig oder erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens geboten ist
- Regelung des § 365 BVergG 2018 geprägt vom Gedanken der Wettbewerbsrelevanz
- Änderungsklauseln als praktikables und praktisch bedeutsames Instrument der Vorsorge für spätere Vertragsänderungen
- Abdeckung sämtlicher Eventualitäten bereits in Ausschreibungsunterlagen dennoch nur schwer möglich

**Vielen Dank für die
Aufmerksamkeit.**



Univ.-Prof. Dr. Claudia Fuchs, LL.M.
Claudia.Fuchs@jku.at