



Die (neue) Rolle des Vergaberechts bei der Ausführung von Baufträgen

1. September 2017

**1. Deutscher Baubetriebs- und
Baurechtstag**

CBH
RECHTSANWÄLTE

CORNELIUS
BARTENBACH
HAESEMANN
& PARTNER

**Rechtsanwalt
Prof. Dr. Stefan Hertwig**

FACHANWALT FÜR VERGABERECHT
FACHANWALT FÜR BAU- UND
ARCHITEKTENRECHT
FACHANWALT FÜR
VERWALTUNGSRECHT

Vergaberecht und Nachträge

Nachträge, § 132 GWB, § 22 EU VOB/A

§ 132 GWB setzt Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU um.

Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU kodifiziert Rechtsprechung des Gerichtshofes – aber eben nicht nur. Er geht vielmehr darüber hinaus, z.B. mit der Pflicht zur Veröffentlichung „großer Nachträge“.

Gleiches gilt für Art. 89 der Sektorenvergaberichtlinie 2014/25/EU und Art. 43 der neuen Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU.

Vergaberecht und Nachträge

Nachträge, § 132 GWB, § 22 EU VOB/A

Der Grundsatz lautet in Abs. 1:

„Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren.“

Dieser Grundsatz gilt ab sofort, d.h. also auch für bereits bestehende Verträge!

Vergaberecht und Nachträge

Nachträge, § 132 GWB, § 22 EU VOB/A

Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen in den Absätzen 2 + 3:

Abs. 2 Nr. 1: Optionen (nicht gleichbedeutend mit § 1 Nrn. 3+4 VOB/B)

Abs. 2 Nr. 2: Zusätzliche Leistungen

Abs. 2 Nr. 3: Geänderte Leistungen

Abs. 2 Nr. 4: Austausch des Auftragnehmers

Abs. 3: Bagatellfälle bis 10%/15 % des Auftragswertes (+ unter dem Schwellenwert 20 %, s. § 47 UVgO)

Vergaberecht und Nachträge

Nachträge, § 132 GWB, § 22 EU VOB/A

Änderungen nach Abs. 2 Nr. 2 (Zusätzliche Leistungen)
und nach Abs. 2 Nr. 3 (Geänderte Leistungen)
muss der öffentliche Auftraggeber im Amtsblatt der EU bekannt machen.

Dann gilt § 135 Abs. 2 GWB, d.h. Wettbewerber können die
„Unwirksamkeit“ des Nachtrags geltend machen.

Vergaberecht und Nachträge

Nachträge, § 132 GWB, § 22 EU VOB/A

Das hierfür einschlägige Formblatt aus Anlage V Teil G zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU verlangt eine Bekanntmachung von

- Art und Umfang der nachträglich beauftragten Arbeiten und
- und „der durch die Änderung bedingten Preiserhöhung“
(s. Anhang V Teil G der Richtlinie 2014/24/EU).

Vergaberecht und Nachträge

Kündigung vergaberechtswidriger Verträge

§ 133 GWB sieht nunmehr auch eine Kündigungsmöglichkeit für öffentliche Aufträge vor, die in vergaberechtswidriger Weise zu Stand gekommen sind.

Speziell für Bauleistungen wurden zudem entsprechende neue Kündigungsgründe in § 8 VOB/B eingefügt.

Vergaberecht und Nachträge

Nachträge, § 132 GWB, § 22 EU VOB/A

Allerdings können öffentliche Auftraggeber (nur!) den gesamten Vertrag kündigen, wenn eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde, die ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte (§ 133 GWB).

Der Auftragnehmer kann dann einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Er verliert aber den Vertrag im Übrigen.

Vergaberecht und Nachträge

Nachträge, § 132 GWB

Durch den Nachtragsauftrag darf der Preis des ursprünglichen Auftrags nicht um mehr als 50 % erhöht werden.

Das Bekanntmachungserfordernis entfällt nur dann, wenn der Nachtragsauftrag bei einem Bauauftrag unter 15 % und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unter 10 % des ursprünglichen Auftragswertes liegt.

Dabei muss auf die Kumulationsregelungen geachtet werden: die Beschränkung auf 50 % des ursprünglichen Auftragswertes gilt für jeden einzelnen Nachtrag; die Beschränkung auf 15 % oder auf 10 % gilt absolut, also für die Summe aller Änderungen.

Im Sektorenbereich gilt die Beschränkung auf 50 % nicht (§ 142 Nr. 3 GWB).

Vergaberecht und Nachträge

Nachtragsbeauftragung „dem Grunde nach“.

Häufig wird der Auftragnehmer vorab nur „dem Grunde nach“ mit dem Nachtrag beauftragt, führt ihn dann aus und einigt sich erst im Nachhinein mit dem Auftraggeber über die hierfür zu zahlende Vergütung (oder muss diese einklagen).

Es ist derzeit völlig ungeklärt, ob ein Gericht zu Gunsten des Auftragnehmers eine Vergütungshöhe für den Nachtrag ausurteilen wird, wenn sich der öffentliche Auftraggeber nachträglich zu Recht darauf beruft, die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 GWB hätten gar nicht vorgelegen.

Dann besteht über den Nachtrag ein vertragsloser Zustand. Der öffentliche Auftraggeber hat insoweit keinerlei Gewährleistungsansprüche und der Auftragnehmer ist auf eine Entschädigung aus „ungerechtfertigter Bereicherung“ verwiesen.

Vergaberecht und Nachträge

Vorabbekanntmachung eines Nachtrages

Deshalb ist als Abhilfe bei großen und zweifelhaften Nachträgen eine Ex-ante-Bekanntmachung zu empfehlen:

§ 135 Abs. 3 GWB gibt nunmehr den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, auch vorab einen geplanten Vertragsschluss, hier: eine Nachtragsbeauftragung, im Amtsblatt der Europäischen Union bekanntzumachen. Es ist dann eine Stillhaltefrist von zehn Tagen einzuhalten. Wird der beabsichtigte Vertragsschluss innerhalb dieser Frist nicht im Wege eines Nachprüfungsverfahrens angegriffen, ist er auch dann nicht unwirksam, wenn er im Ergebnis vergaberechtswidrig zustande gekommen ist.

Vergaberecht und Nachträge

Vorschau: Nachträge nach neuem Bauvertragsrecht

Mit Einführung des neuen Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 enthält das BGB erstmals Regelungen zu Nachträgen in den §§ 650 b ff. BGB:

- Ist eine Einigung nicht möglich, hat der Besteller ein Anordnungsrecht, dem der Unternehmer grundsätzlich folgen muss – wenn es eine Änderung des Werkerfolgs betrifft, aber nur wenn ihm die Ausführung zumutbar ist.
- Grundlage für die Vergütung sollen die tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn sein; alternativ kann auf eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurückgegriffen werden – Wahlrecht des Unternehmers pro Nachtrag!
- Unternehmer kann 80 % einer angebotenen (streitigen) Nachtragsvergütung als Abschlagszahlung verlangen.
- Über das Anordnungsrecht und die Höhe der Vergütung können einstweilige Verfügungen erwirkt werden.

Vergaberecht und Nachträge

Vorschau: Nachträge nach neuem Bauvertragsrecht

Folgen für das Vergaberecht:

Mit dem neuen Bauvertragsrecht weicht das BGB, insbesondere auch im Nachtragsbereich, deutlich von der VOB/B ab.

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit hat daher mit Erlass vom 18.05.2017 darauf hingewiesen, dass im Bundeshochbau weiterhin die VOB/B als vertragliche Grundlage zu vereinbaren ist. Wird die VOB/B ohne inhaltliche Änderungen vereinbart, wird sie auch zukünftig nicht am BGB gemessen.

➔ Für öffentliche Auftraggeber ändert sich erst einmal nichts!

Der DVA hat jedoch bereits einstimmig beschlossen, die VOB/B unter Einbeziehung des neuen Bauvertragsrechts weiterzuentwickeln.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner

Bismarckstr. 11-13, 50672 Köln

s.hertwig@cbh.de

Tel.: 0221/95190-89

Fax: 0221/95190-99