



Seit 18.04.2016 ist das neue EU-Vergaberecht in Kraft. Erste Erkenntnisse haben sich bei der Anwendung bereits ergeben. Grund genug, einige praxisrelevante Regelungen näher zu beleuchten.

Deshalb wird unser Vergaberechtsteam aus Köln und Berlin in drei Sonderausgaben unseres Newsletters in den nächsten drei Wochen jeweils zwei Themen kompakt und praxisnah darstellen. Wir hoffen, für Sie sind einige interessante Aspekte dabei.

Den Auftakt bilden die Ausnahmen vom Vergaberecht. Hier gibt es zu der Frage, welche Vertragsänderungen ausschreibungspflichtig sind, und auch zum Thema Inhouse-Vergabe erste relevante Erkenntnisse.

avocado rechtsanwälte

voßstraße 20
10117 berlin
t +49 30 8848080
f +49 30 88480884
berlin@avocado.de
www.avocado.de

avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77
50672 köln
t +49 221 390710
f +49 221 3907129
köln@avocado.de
www.avocado.de



1. Vertragsänderungen

Vertragsänderungen sind bislang immer dann ausschreibungspflichtig gewesen, wenn sie eine „wesentliche Änderung“ darstellten. Der EuGH hatte beginnend mit der sogenannten „presstext“-Entscheidung mehrere Urteile zur Frage der Wesentlichkeit getroffen, die von der deutschen Rechtsprechung übernommen wurden. Was wesentlich ist, musste demnach in einer Gesamtschau der sachlichen und rechtlichen Konstellation im Einzelfall herausgefunden werden. Mit anderen Worten bestand in dieser Frage keine große Rechtssicherheit.

Mit der Vergaberechtsreform wurde nun erstmals eine konkrete gesetzliche Regelung zur Frage der Ausschreibungspflicht von Vertragsänderungen aufgenommen. In § 132 GWB wird dabei insbesondere für mehrere Konstellationen ausdrücklich aufgezeigt, wann Vertragsänderungen gerade nicht „wesentlich“ sind und damit keiner Ausschreibung bedürfen.

Die erste praxisrelevante Frage ist mittlerweile wohl geklärt und zwar die des Zeitpunkts der Anwendung. Es gab Auffassungen, wonach nur solche Verträge von § 132 GWB erfasst sind, die auf Vergabeverfahren beruhen, die nach dem 18.04.2016 bekannt gemacht wurden, also dem Tag des Inkrafttretens der Vergaberechtsreform. Damit würde § 132 GWB im Ergebnis erst in einigen Jahren herangezogen werden können. Das war aber vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt. Der Tatbestand schränkt die sofortige Anwendung auf laufende Verträge ebenso wenig ein wie irgend geartete (Sonder-)Vorschriften über das Inkrafttreten von § 132 GWB. Deshalb gilt § 132 GWB auch für alle laufenden (Alt-)Verträge öffentlicher Auftraggeber.

Ebenso ist die für die Praxis interessante Regelung zu sogenannten „Bagatelländerungen“ bereits präzisiert worden (vgl. § 132 Abs. 3 GWB). Die Bagatellklausel besagt, dass eine wesentliche Vertragsänderung nicht vorliegt, wenn der Wert der Änderung den einschlägigen EU-Schwellenwert nicht übersteigt, der Gesamtcharakter des Vertrags nicht geändert wird und der Wert der Änderung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts



beträgt. Hierzu ist festgestellt worden, dass „der ursprüngliche Auftragswert“ bei Losvergaben nicht der Wert des gesamten Auftrags, sondern der Vertragswert ist, d. h. der Wert der Leistungen für das jeweilige Los. Dahingehend hatte es andere Auffassungen gegeben, wonach der Wortlaut „Auftragsänderung“ bei Losaufteilungen den Bezugspunkt auch auf den Auftrags- und nicht den Loswert setzen soll. Dagegen spricht aber bereits § 103 Abs. 1 GWB, wonach der „öffentliche Auftrag“ als Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu verstehen ist, und der wird nun mal separat je Los geschlossen.

Mutmaßlich relevant für die Praxis ist ebenfalls, ob die neue Regelung in § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB (Beauftragung von Zusatzleistungen, die nur mit bisherigem Auftragnehmer möglich sind) auch angewendet werden muss, wenn es um Vertragsanpassungen nach § 2 Abs. 6 VOB/B geht. Hier hatte die VK Thüringen bereits 2011 entschieden, dass dies von vornherein keine vergaberechtlich relevante Änderung sei. Die VK Münster geht dagegen von einer vergaberechtlich relevanten Änderung trotz § 2 Abs. 6 VOB/B aus, wenn sie wesentlich ist, d. h., § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB wäre zu prüfen. Mit guten Gründen kann man der Meinung der VK Thüringen folgen. Derartige Anpassungen, z. B. wegen Störungen des Bauablaufs, stellen vertragliche und damit konkrete sach- und personenbezogene Auseinandersetzungen dar, die ihren Ursprung im abgeschlossenen Vertrag (samt Leistungsbeschreibung) haben. Folgerichtig handelt es sich bei solchen Anpassungen nicht um ein für Vertragsänderungen i. S. d. Wesentlichkeitsschwelle erforderliches aliud. Ähnlich hat es jüngst auch das OLG Frankfurt/Main in einem Beschluss vom 03.05.2016 (11 Verg 12/15) gesehen, das keine wesentliche Änderung zu erkennen meint, wenn das vertragliche Äquivalenzverhältnis unverändert bleibe, wie es bei der Wahrnehmung von vertraglichen Primär- oder Sekundäransprüchen der Fall sei.

§ 132 GWB spielt mit den im Grunde erweiterten Möglichkeiten von Direktvergaben bereits heute eine ganz entscheidende Rolle in der Praxis – und wird sie mit Sicherheit auch weiterhin spielen. Positiv ist jedenfalls, dass die Unsicherheiten bei der Einordnung, wann Vertragsänderungen wesentlich und damit ausschreibungspflichtig sind, durch die gesetzliche Regelung erheblich abgenommen haben.



Dr. Klaus Greb, Rechtsanwalt und Partner, Büro Berlin

Im Schwerpunkt berät Dr. Greb in vergaberechtlichen, beihilfe- bzw. zuwendungsrechtlichen und regulatorischen Angelegenheiten. Zudem hat er Expertise im Bau- und Architektenrecht. Dr. Greb gestaltet und begleitet teils sehr komplexe Vergabeverfahren sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite und vertritt Mandanten ferner regelmäßig in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie in zivil- und verwaltungsrechtlichen Prozessen. Das Energie- bzw. Konzessionsrecht und andere regulative Bereiche, z. B. das Postrecht, gehören ebenfalls zum Beratungsfeld von Dr. Greb.



2. Inhouse-Vergabe und Interkommunale Kooperation

Die Inhouse-Vergabe betrifft die unmittelbare Auftragserteilung ohne Beachtung des Vergaberechts, falls der Auftragnehmer vom Auftraggeber wie eine eigene Dienststelle beherrscht wird und der Auftragnehmer überdies im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig ist. So jedenfalls hat es die Rechtsprechung des EuGH bis zum Inkrafttreten des neuen § 108 GWB in vielen Einzelentscheidungen als Obersatz definiert. Der Anwendungsbereich des Inhouse-Geschäfts ist regelmäßig eng gesetzt worden. Im Einzelnen bestanden jedoch viele Unklarheiten bezüglich der Voraussetzungen für ein Inhouse-Geschäft.

Mit Einführung des § 108 GWB („öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit“) wird nun die Inhouse-Vergabe erstmals konkret gesetzlich geregelt. Bemerkenswert ist bereits die prozentuale Festlegung der mit Eigengeschäften zu erwirtschaftenden Umsätze auf nur noch mindestens 80 %. Bislang wurde diese Grenze von der Rechtsprechung auf jedenfalls über 90 % gesetzt. Vor allem aber muss dieser Umsatz nunmehr nicht mehr unmittelbar mit Leistungen erzielt werden, die direkt für den Auftraggeber erbracht werden. Es reicht vielmehr, wenn der fragliche Auftragnehmer im Rahmen einer vom Auftraggeber oder einer ihm zuzurechnenden Stelle „betrauten“ Aufgabe agiert. Zum Begriff der „Betrachtung“ hat die VK Bund (Beschl. v. 18.05.2016, VK 1-18/16) dabei zuletzt entschieden, dass hiervon nicht nur hoheitliche, sondern auch fiskalische Tätigkeiten betroffen sein können; die hiergegen gerichtete Sofortige Beschwerde ist jedoch noch beim OLG Düsseldorf anhängig (Az. VII – Verg 23/16). Im Gesetz ist zudem vorgesehen, dass auch Umsätze mit Dritten, die aufgrund der Betrachtung erzielt werden, nicht Inhouse-schädlich sind. Z. B. bei der Erbringung des ÖPNV im Stadtbereich werden folglich auch die Umsätze mit den Kunden, im Beispiel die Nutzer des ÖPNV, dem für das Inhouse-Geschäft relevanten Umsatz hinzugerechnet. Dies war vorher umstritten.

Überdies ist die Erweiterung des Inhouse-Geschäfts auf inverse und horizontale Konstellationen beachtenswert. Damit ist gemeint, dass bis zur Vergaberechtsreform Aufträge nur „von oben nach unten“, also vertikal vom Auftraggeber zu einem von ihm beherrschten Auftragnehmer erfolgen konnten. Jetzt kann auch „von unten nach oben“ (inverses Inhouse-Geschäft) und ebenso zwischen Schwesterunternehmen, die beide also von einem



öffentlichen Auftraggeber beherrscht werden, vergaberechtsfrei ein Leistungsaustausch erfolgen (horizontales Inhouse-Geschäft). Hier war zunächst unklar, ob es auch eines Tätigkeitselements bedarf (Rechtsfolgen- oder Rechtsgrundverweisung in § 108 Abs. 3 GWB). Die überwiegende Ansicht nimmt nun an, dass das den Auftrag erhaltene Schwesterunternehmen im Wesentlichen (also zu mindestens 80 %) für den kontrollierenden Auftraggeber und/oder diesem zuzurechnende Einheiten tätig sein muss. Dies ist auf Basis auch der vorherigen EuGH-Rechtsprechung sowie des Wortlauts schlüssig.

Im neuen § 108 GWB wird nunmehr auch die „interkommunale Kooperation“ geregelt. Damit ist die vergaberechtsfreie Kooperation zwischen öffentlichen Auftraggebern gemeint, z.B. bei der Abfallentsorgung. Diese wurde vom EuGH in der Vergangenheit angenommen, wenn die Auftraggeber eine ihnen gemeinsam obliegende öffentliche Aufgabe gemeinsam erledigen wollten, Private hierdurch nicht diskriminiert wurden und kein Entgelt floss. Im Detail waren die Voraussetzungen und Grenzen allerdings mehr als unbestimmt.

Diese Konstellation ist seit April 2016 in § 108 Abs. 6 GWB als sogenannte „Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit“ geregelt. Der Anwendungsbereich ist nunmehr eingeschränkt worden, weil die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht vergaberechtsfrei ist, wenn die beteiligten öffentlichen Auftraggeber hinsichtlich des Kooperationsgegenstands auf dem einschlägigen Markt mehr als 20 % der Tätigkeiten erbringen. Zudem ist die Entgeltfreiheit nach wie vor Merkmal, selbst wenn dies in § 108 Abs. 6 GWB nicht ausdrücklich vermerkt ist. Dazu gibt es in der Gesetzesbegründung Hinweise. Außerdem hatte der EuGH in seiner Rechtsprechung zur interkommunalen Kooperation ausdrücklich die Entgeltfreiheit vorausgesetzt.

Im Übrigen bleiben die Merkmale der ausschreibungsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit allerdings nach wie vor undeutlich, insbesondere was das Kontrollkriterium angeht. Sie werden wohl wieder einmal erst durch die Vergaberechtsprechung abschließend geklärt werden. Bis dahin bleibt – trotz der neuen gesetzlichen Regelung – einige Unsicherheit in diesem Bereich.



Sarina Böll, Rechtsanwältin, Büro Köln

Sarina Böll berät in allen Fragen des öffentlichen Wirtschaftsrechts, insbesondere im Vergabe- und Beihilferecht, im Preisrecht, im Gebührenrecht sowie im kommunalen Wirtschaftsrecht. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist die umfassende Beratung und Vertretung öffentlicher Auftraggeber und Bieter in europaweiten sowie nationalen Vergabeverfahren. Darüber hinaus berät sie kommunale und private, auch international agierende Entsorgungsunternehmen in umwelt- und insbesondere abfallrechtlichen Fragestellungen, einschließlich der europarechtlichen Bezüge.



Impressum

avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77

50672 **köln**

t +49 [0]221.39071-0

f +49 [0]221.3907-129

koeln@avocado.de

www.avocado.de

www.brak.de

ust-id-nr. de 814 17 29 76

steuer nr. 13/225/62722

fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte

voßstraße 20

10117 **berlin**

t +49 [0]30.884808-0

f +49 [0]30.884808-84

berlin@avocado.de

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte part mbb.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt des Newsletters sind:

Dr. Klaus Greb

Sarina Böll

Dr. Arne Glöckner

Dr. Bettina Ruhland

Markus Figgen

Dr. Rebecca Schäffer