

Merkblatt:

Neuausschreibungspflicht

Prüfung der Neuausschreibungspflicht nach § 132 GWB
bei Vergaben von Planungsleistungen oberhalb der EU-
Schwellenwerte

(Stand Juli 2020)

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	2
2.	Gesetzliche Grundlage	3
2.1.	Entstehung und Gültigkeit	3
2.2.	Struktur	3
3.	§ 132 Abs. 1 GWB – Wesentliche Änderungen	6
3.1.	Inhalt und Struktur	6
3.2.	§ 132 Abs. 1 S. 1 GWB – Folgen einer wesentlichen Änderung	6
3.3.	§ 132 Abs. 1 S. 2 GWB – Was ist eine wesentliche Änderung?	7
3.4.	§ 132 Abs. 1 S. 3 GWB – Beispiele wesentlicher Änderungen	7
4.	§ 132 Abs. 2 GWB – zulässige Änderung	10
4.1.	Inhalt und Struktur	10
4.2.	§ 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB – Klauseln in ursprünglichen Vergabeunterlagen	11
4.3.	§ 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB – zusätzliche Leistungen	13
4.4.	§ 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB – geänderte Leistungen	15
4.5.	§ 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB – neue Auftragnehmer	15
4.6.	§ 132 Abs. 2 S. 2 GWB – 50 % Grenze	16
4.7.	§ 132 Abs. 2 S. 3 GWB – keine Kumulation	17
5.	§ 132 Abs. 3 GWB – Geringfügigkeitsgrenze	17
5.1.	Inhalt und Struktur	17
6.	§ 132 Abs. 4 GWB – Indexierungsklausel	19
7.	§ 132 Abs. 5 GWB – Bekanntmachung	19
8.	Prüfung als Schema	20
9.	Vermeidung von Änderungen und Fazit	20

1. Einleitung

§ 132 GWB regelt, wann bei Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit neu auszuschreiben ist. Das Merkblatt befasst sich ausschließlich mit Dienstleistungen der Architekten, Architektinnen, Ingenieure und Ingenieurinnen, nachfolgend Planungsleistungen genannt.

Das GWB¹ gilt nur bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte, bei Planungsleistungen aktuell für die Jahre 2020 und 2021 bei Auftragswerten oberhalb von netto 214.000 €. Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte ist die UVgO² zu beachten, soweit diese im jeweiligen Bundesland für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte zu berücksichtigen ist³. § 47 Abs. 1 UVgO verweist auf § 132 GWB, definiert jedoch in § 47 Abs. 2 UVgO eigene Schwellenwerte. Soweit die UVgO zu beachten ist, kann das Merkblatt auch bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte sinngemäß (mit den Schwellenwerten nach § 47 Abs. 2 UVgO) herangezogen werden.

Hat die Vergabestelle ein Vergabeverfahren durchgeführt und Planungsleistungen beauftragt, ist das Vergabeverfahren abgeschlossen und das Projekt kann abgewickelt werden. Kommt es allerdings zu erheblichen Änderungen, muss die Vergabestelle das Vergaberecht erneut beachten, in dem die Änderung nach § 132 GWB geprüft wird. Je nach Prüfergebnis kann der bestehende Vertrag beibehalten werden oder es entsteht eine Pflicht, den Vertrag wieder zu kündigen und eine neue Vergabe durchzuführen.

Eine Pflicht einer neuen Vergabe entsteht z. B. dann, wenn die Vergabestelle Planungsleistungen für eine Schulerweiterung vergeben hat, sich dann aber während der Laufzeit des Planungsvertrags dafür entscheidet, den Planungsumfang mit einer Ganztagesbetreuung und einer Bibliothek zu erweitern. Damit erhöht sich nicht nur der Kostenrahmen, sondern auch Art und Umfang der Leistung erheblich und der bestehende Vertrag ist zu kündigen und eine neue Vergabe ist durchzuführen⁴.

Beachtet eine Vergabestelle das Vergaberecht nicht, muss sie Rügen von Dritten und Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer befürchten. Zudem gefährdet sie den Erhalt von Zuschüssen⁵, weil Zuschussgeber in der Regel das Einhalten der Vergabevorschriften fordern. Da die Prüfung der Berechtigung des Erhalts von Zuschüssen teilweise erst viele Jahre später erfolgt, ist es nicht nur wichtig, den § 132 GWB zu beachten, sondern auch, die Prüfung aller Auftragsänderungen und deren Bewertung gut zu dokumentieren.

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist.

² Bekanntmachung der Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) – Ausgabe 2017 – vom 2. Februar 2017 berichtigt durch BAnz AT 08.02.2017 B1

³ In vielen Bundesländern ist die UVgO als verbindlich erklärt, in Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Niedersachsen bisher nicht. Auch in Hessen gilt sie nicht, hier gilt das HVTG (Hessisches Vergabe- und Tariftrüegegesetz). Die Vergabestelle muss also aktuell prüfen, was genau in ihrem Bundesland bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt.

⁴ So der Fall vereinfacht und der Beschluss der VK Baden-Württemberg vom 17.05.2018, 1 VK 10/18.

⁵ Das BVerwG, Beschluss vom 13.02.2013 - 3 B 58.12 hat entschieden, dass schwere Vergaberechtsverstöße zum Widerruf des Zuwendungsbescheids führen.

Dieses Merkblatt soll in vereinfachter Form Hinweise dafür geben, wann eine Vergabestelle neu vergeben muss. Es nimmt für sich nicht in Anspruch, jeden konkreten Einzelfall umfassend abzubilden. Der Einzelfall ist von der Vergabestelle jeweils eigenständig, in schwierigen Fällen mit juristischem Rat, zu prüfen. Das Merkblatt behandelt auch nur den Prüfvorgang, der feststellt, ob eine neue Vergabe erforderlich ist. Die sich daraus ergebenden rechtlichen Folgen einer eventuellen Kündigung (§ 133 GWB) werden nicht behandelt und sollten grundsätzlich nicht ohne juristischen Rat vorgenommen werden.

Das Merkblatt beschreibt in den nachfolgenden Kapiteln 2 bis 7 die gesetzlichen Regelungen in allgemeiner Form und verweist in Kapitel 8 auf ein Prüfschema in der Anlage zu diesem Merkblatt. Dort ist der Prüfvorgang im Detail und in der Reihenfolge dargestellt, sodass möglichst schnell ein Ziel erreicht wird.

2. Gesetzliche Grundlage

2.1. Entstehung und Gültigkeit

Der EuGH⁶ hat schon 2008 entschieden, dass wesentliche Änderungen eines Auftrags zu einer Pflicht zu einer neuen Vergabe führen. Dass eine neue Vergabe erforderlich ist, ist auch schlüssig, denn eine grenzenlose Möglichkeit, den Beschaffungsgegenstand nachträglich zu ändern, würde Manipulationen ermöglichen. Vereinfacht ausgedrückt soll es nicht ohne erneutes Vergabeverfahren möglich sein, dass die Vergabestelle zunächst ein Vergabeverfahren für Kugelschreiber vornimmt und den Vertragsinhalt dann nach Vertragsschluss in Computer ändert. Denn für Computer hätten sich andere Unternehmen interessiert. Entsprechend wurde in die EU-Richtlinie 2014/24/EU (welche die Vergabe der klassischen öffentlichen Auftraggeber regelt) Regelungen für die Pflicht eines neuen Vergabeverfahrens aufgenommen, im Wesentlichen in Artikel 72. § 132 GWB hat diese Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt und gilt nach der Umsetzungsfrist in Deutschland seit dem 18.04.2016. Da § 132 GWB Auftragsänderungen bestehender Verträge betrifft, gilt die Regelung auch für alle aktuell noch nicht beendeten Verträge⁷. Maßgeblich ist hier nicht die Gesetzeslage zu Beginn des Vergabeverfahrens, sondern die aktuelle Gesetzeslage. Bei langlaufenden Verträgen ist dies zu beachten.

2.2. Struktur

§ 132 GWB besteht aus 5 Absätzen. Diese haben vereinfacht folgende Inhalte:

- § 132 Abs. 1 GWB beschreibt allgemein, was eine wesentliche Änderung ist.
- § 132 Abs. 2 GWB beschreibt, unter welchen Randbedingungen eine Änderung ohne ein neues Vergabeverfahren zulässig ist.

⁶ EuGH, Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06, „Presstext“.

⁷ Summa, VPR 2017, 207

- § 132 Abs. 3 GWB beschreibt, wann eine Änderung so gering ist, dass deshalb kein neues Vergabeverfahren erforderlich ist (Geringfügigkeitsgrenze).
- § 132 Abs. 4 GWB beschreibt die Wertberechnung bei Verträgen mit Indexklauseln.
- § 132 Abs. 5 GWB beschreibt Bekanntmachungspflichten.

Demnach beschreiben Abs. 1 bis Abs. 3, wann ein neues Vergabeverfahren durchzuführen ist, und man könnte auf die Idee kommen, auch in dieser Reihenfolge zu prüfen. Wie nachfolgend ausgeführt, ist dies jedoch weder erforderlich noch zu empfehlen. Vielmehr ist zunächst die Geringfügigkeitsgrenze zu prüfen und danach sind erst die weiteren Regelungen zu prüfen.

Die Abs. 1 bis 5 werden nachfolgend in jeweils eigenen Kapiteln 3 bis 7 erläutert und es werden Beispiele aus dem Bereich der Planungsleistungen genannt. Die Struktur von § 132 GWB ist nicht einfach. Den Absätzen (Abs.) folgen Sätze (S.), welche teilweise weiter in Nummern (Nr.), diese wiederum weiter in Buchstaben (lit.) unterteilt sind.

Grafisch stellt sich die Struktur des § 132 GWB wie folgt dar:

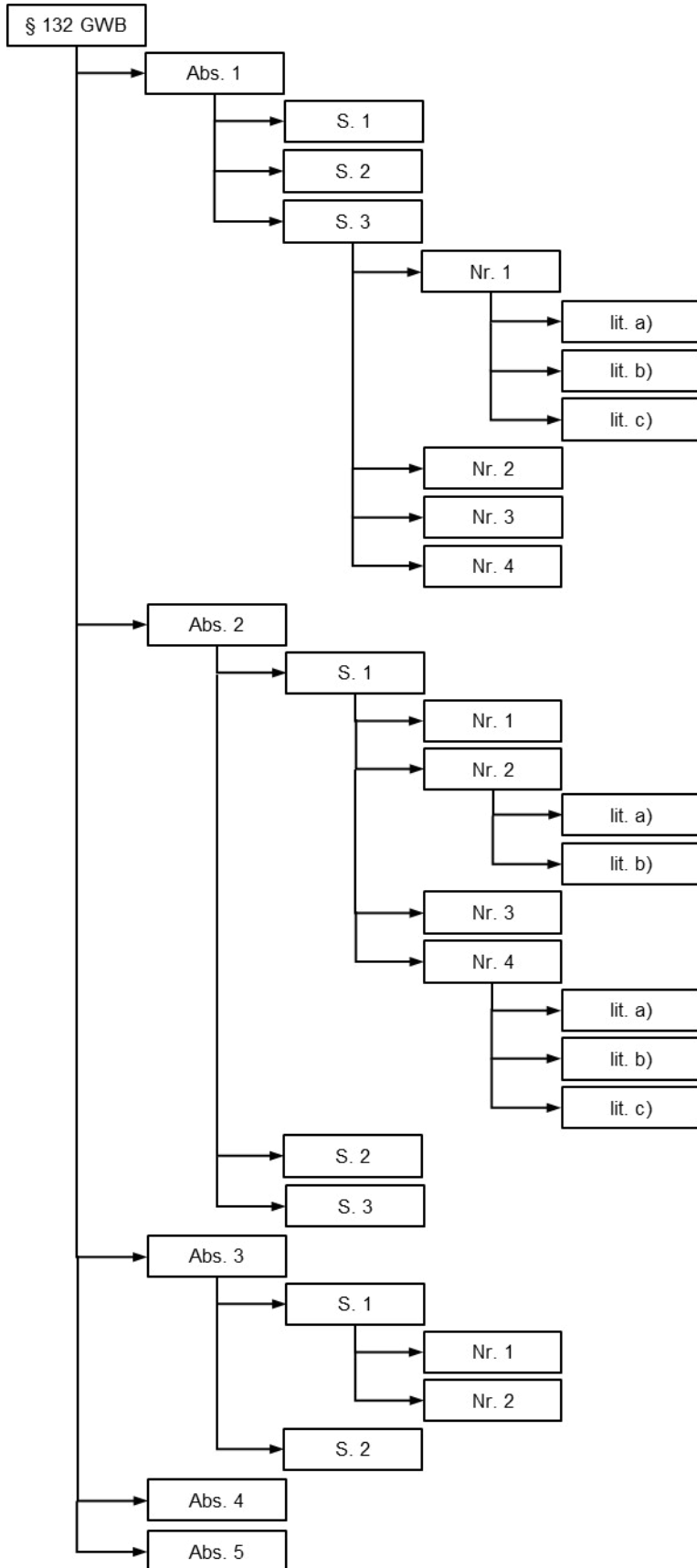


Abbildung 1: Struktur von § 132 GWB

3. § 132 Abs. 1 GWB – Wesentliche Änderungen

3.1. Inhalt und Struktur

§ 132 Abs. 1 GWB beschreibt in allgemeiner Form, was eine wesentliche Änderung ist, und enthält 3 Sätze. Satz 3 ist wiederum in 4 Nummern (1. bis 4.) aufgeteilt, Nr. 1 ist erneut in 3 Buchstaben (lit. a) bis lit. c)) aufgeteilt.

Grafisch stellt sich die Struktur des § 132 Abs. 1 GWB wie folgt dar:

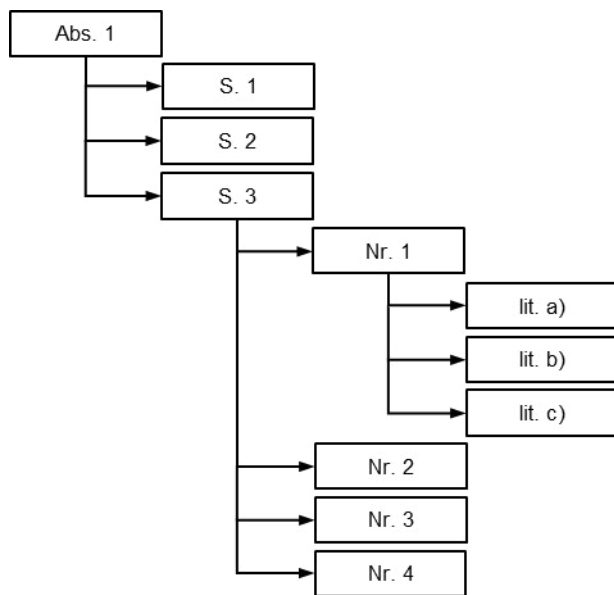


Abbildung 2: Struktur des § 132 Abs. 1 GWB.

3.2. § 132 Abs. 1 S. 1 GWB – Folgen einer wesentlichen Änderung

§ 132 Abs. 1 S. 1 führt aus, dass eine wesentliche Änderung eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordert.

Während der Vertragslaufzeit bedeutet, dass ein noch laufender Vertrag vorliegen muss. Die Regelung greift also nicht, wenn der Vertrag abgeschlossen ist. Abgeschlossen ist er, wenn die Leistungen erbracht und abgenommen sind und die Vergütung schlussgerechnet ist. Da § 132 GWB keine Beschränkung in die Vergangenheit vorgibt, gilt die Regelung auch für bereits seit längerem laufende Verträge⁸.

Kommt es zu einer „wesentlichen“ Änderung, ist ein neues Vergabeverfahren zwingend. Der Vertrag ist entweder nicht weiterzuführen (z. B. bei Stufenverträgen) oder zu kündigen. Zur Kündigung gibt § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB der Vergabestelle die Möglichkeit zur Kündigung auf der Grundlage von §132 GWB.

⁸ S. Fn. 7.

Eine solche Kündigung sollte unter rechtlicher Beratung erfolgen und wird in diesem Merkblatt nicht behandelt.

3.3. § 132 Abs. 1 S. 2 GWB – Was ist eine wesentliche Änderung?

§ 132 Abs. 1 S. 2 GWB soll erläutern, was eine „wesentliche“ Änderung ist. Das ist erforderlich, schließlich ist der Begriff „wesentlich“ unbestimmt. Dazu führt S. 2 aus, dass eine Änderung dann „wesentlich“ ist, wenn sich der öffentliche Auftrag „erheblich“ vom ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet. Damit ersetzt das Gesetz einen unbestimmten Rechtsbegriff mit einem anderen in gleicher Weise unbestimmten Rechtsbegriff. S. 2 hätte sich der Gesetzgeber sparen können, zumal sich Satz 3 dann doch wieder auf den Begriff der „wesentlichen“ Änderung bezieht.

Zumindest stellt Satz 2 klar, dass sich die Änderung auf den ursprünglich vergebenen Auftrag bezieht. Werden also Auftragswerte miteinander verglichen, ist der ursprüngliche Vergabewert und nicht z. B. die Auftragswertschätzung zu Beginn des Vergabeverfahrens maßgeblich.

3.4. § 132 Abs. 1 S. 3 GWB – Beispiele wesentlicher Änderungen

§ 132 Abs. 1 S. 3 GWB hat 4 Nummern, Nummer 1 wiederum ist in 3 Buchstaben aufgeteilt. Damit benennt S. 3 insgesamt 6 Beispiele für Fälle, bei denen eine wesentliche Änderung gegeben ist. Das sind:

- § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 lit. a) GWB = andere Bewerber
- § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 lit. b) GWB = anderes Angebot
- § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 lit. c) GWB = Interesse weiterer Bewerber
- § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB = wirtschaftliche Änderung
- § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GWB = Änderung im Umfang
- § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GWB = Ersatz des Auftragnehmers, der Auftragnehmerin.

Diese Fälle werden nachfolgend einzeln betrachtet.

Satz 3 verwendet den Begriff „insbesondere“. Demnach wäre die Auflistung nicht als abschließend zu verstehen, vielmehr könnten weitere Fälle hinzukommen. Für die Praxis ist das recht unbefriedigend, zumal nicht erkennbar ist, an welche Fälle der Gesetzgeber noch gedacht haben könnte, die nicht bereits in der recht allgemein gehaltenen Regelung von § 132 Abs. 1 GWB enthalten wären.

§ 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 führt in lit. a) bis lit. c) Fälle auf, die als wesentliche Änderung zu bewerten sind.

Nr. 1 führt zunächst aus, dass es um Änderungen geht, mit denen Bedingungen eingeführt werden, die für das ursprüngliche Vergabeverfahren nicht gegolten haben. Das stellt erneut klar, dass es um den Vergleich von Bedingungen des ursprünglichen Vergabeverfahrens mit den aktuell geänderten

Bedingungen geht. Die Vergabestelle muss also auf die Dokumentation des ursprünglichen Vergabeverfahrens zurückgreifen und die alten mit den aktuell geänderten Bedingungen vergleichen.

Nr. 1 lit. a) benennt Änderungen dann als wesentlich, wenn diese die Zulassung anderer Bewerber*innen oder Bieter*innen ermöglicht hätten. Bei Planungsleistungen gibt es nur wenige Zulassungsbeschränkungen zu Vergabeverfahren. Allgemein ergeben sich Zulassungsbeschränkungen aus § 44 VgV und konkret für Planungsleistungen aus § 75 VgV. § 44 Abs. 1 VgV benennt Beschränkungen, welche sich auf Eintragungen in Register beziehen. § 44 Abs. 2 VgV benennt Berechtigungen, die sich aus der Mitgliedschaft in einer bestimmten Organisation ergeben. In Deutschland gibt es für Planungsleistungen keinen Zwang in einem Register eingetragen zu sein oder Mitglied z. B. einer Kammer zu sein, um planend tätig werden zu dürfen⁹. § 75 VgV lässt zwar Beschränkungen auf einen Berufsstand zu, in Verbindung mit § 44 VgV ist eine Beschränkung aber nur dann zulässig, wenn es gesetzliche Regelungen zur Beschränkung gibt¹⁰. Dies könnten sein:

- Bauvorlageberechtigung nach jeweiliger Landesbauordnung
- Listenführung bei speziellen Tragwerksplanungsleistungen.

Musste also zur ursprünglichen Vergabe eine Bauvorlageberechtigung vorgelegt werden, diese aber nun, nach der Änderung, nicht mehr benötigt wird, würde ein solcher Fall unter diese Regelung fallen.

Nr. 1 lit. b) benennt Änderungen dann als wesentlich, wenn sie im Vergabeverfahren andere Angebote und auch deren Annahme ermöglicht hätten. Auch dies ist schlüssig. Denn wenn sich die Änderung so darstellt, dass nun ganz andere Angebote möglich sind, dann hätte sich die Wertung schon im Vergabeverfahren anders dargestellt. Beispielsweise könnte die Vergabestelle ursprünglich eine ständige Anwesenheit auf der Baustelle im Rahmen der Objekt-/Bauüberwachung gefordert haben, dies später nicht mehr aufrechterhalten wollen und es der Einschätzung der Planer*innen überlassen, wie oft diese die Baustellen überwachen. Wäre das beim Vergabeverfahren bekannt gewesen, wären andere Angebote möglich und auch zu werten gewesen.

Nr. 1 lit. c) benennt Änderungen dann als wesentlich, wenn sie im Vergabeverfahren das Interesse anderer Teilnehmer*innen geweckt hätten. Auch das ist verständlich. Denn wenn die Änderung sich so darstellt, dass sich andere auch beworben hätten, wenn sie gewusst hätten, dass es zu einer solchen Änderung kommt, sollen auch diese bei einem neuen Vergabeverfahren eine Chance erhalten. Bei Planungsleistungen wären dies z. B. folgende Änderungen:

- Statt einer Schule soll nun ein Kindergarten geplant werden.
- Statt einer Brücke soll nun ein Tunnel geplant werden.
- Statt eines Umbaus soll nun ein Neubau einer Schule geplant werden.

⁹ So aktuell auch festgestellt vom EuGH, 04.07.2019, Rs. C-377/17, Rdn. 91.

¹⁰ Schneider in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3 Auflage 2019, § 75 Rdn. 20.

- Statt einer Deckenerneuerung soll nun ein Vollausbau einer Straße geplant werden.

In allen diesen Fällen ist zu erwarten, dass sich andere Planer*innen am Auftrag interessiert hätten, wenn sie gewusst hätten, dass es nun zu einem deutlich anderen Beschaffungsgegenstand kommt.

Gerade Fälle, in denen zunächst ein Umbau vorgesehen war, es dann aber zu einem Neubau kommt, sind hier einzuordnen. Denn die Planung eines Neubaus ist meist von größerem Interesse als die Planung eines Umbaus.

Nr. 2 benennt Änderungen dann als wesentlich, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers oder der Auftragnehmerin so verschieben, wie es im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war. Einfach gesagt geht es also darum, dass die Vergabestelle am Ende mehr zahlen muss als ursprünglich vereinbart. Auftragsreduzierungen sind also zunächst vom Anwendungsbereich des § 132 GWB ausgenommen, solange kein Fall von § 132 Abs. 1 S. 3 lit. c) vorliegt, also das Interesse anderer Bewerber*innen an einem Auftrag mit geringerem Honorar geweckt worden wäre. Ausgeführt wird, dass es nur um Mehrhonorar geht, welches im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war. Damit korreliert diese Regelung unmittelbar mit der Regelung in § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB (siehe nachfolgendes Kapitel 4.2). Ist also die Mehrzahlung bereits vom Vertrag erfasst, fällt sie auch nicht unter die hier besprochene Regelung.

Nr. 3 benennt Änderungen dann als wesentlich, wenn der Umfang erheblich ausgeweitet wird. Hierunter fallen z. B. folgende Änderungen:

- Statt einer Kindertagesstätte sollen nun zusätzlich eine Ganztagesbetreuung und Bibliothek geplant werden¹¹.
- Statt eines innerörtlichen Grünzugs soll nun zusätzlich ein Spielplatz geplant werden.
- Statt eines Trinkwasserbrunnens soll nun zusätzlich eine Wasseraufbereitungsanlage geplant werden.
- Statt einer Verkehrsanlage von A nach B soll nun die Verkehrsanlage von A nach C über B hinaus geplant werden.
- Statt einer Niederspannungsschaltanlage soll nun auch eine Mittelspannungsschaltanlage geplant werden.

Nr. 4 benennt Änderungen dann als wesentlich, wenn es zu einem Wechsel des Auftragnehmers oder der Auftragnehmerin kommt und kein Fall von § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB (also einer Umstrukturierung, siehe Kapitel 4.5) vorliegt. Das wäre in folgenden Fällen anzunehmen:

- Dem beauftragten Architekturbüro wird ganz oder teilweise gekündigt (§§ 648, 648a BGB), z. B. wegen Schlechtleistung.

¹¹ So im Fall vor der VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.06.2018, 1 VK 10/18

- Das beauftragte Ingenieurbüro geht in Insolvenz und der Insolvenzverwaltende teilt mit, dass der Vertrag nicht weitergeführt wird.

4. § 132 Abs. 2 GWB – zulässige Änderung

4.1. Inhalt und Struktur

§ 132 Abs. 2 GWB führt aus, wann kein neues Vergabeverfahren durchzuführen ist, und beginnt den Satz mit „unbeschadet des Absatzes 1“. Diese Formulierung kann man auf zwei unterschiedliche Arten lesen, nämlich einmal in Sinne von „ohne Absatz 1 außer Acht zu lassen“ oder im Sinne von „ohne Rücksicht auf Absatz 1“. In der ersten Auslegung wären die Regelungen im Absatz 1 auch dann zu prüfen, wenn ein Fall von Absatz 2 vorliegt. Gemeint ist aber die zweite Auslegung, was sich gut aus dem Willen des Gesetzgebers¹² und auch aus einem Vergleich mit den Regelungen der Richtlinie¹³ ergibt. So heißt es in der Begründung zu Abs. 2:

„Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und zählt die Fälle auf, in denen eine Änderung des ursprünglichen Vertrags zulässig ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine wesentliche Änderung im Sinne von Absatz 1 handelt oder nicht.“

Soweit also der zu betrachtende Fall nach Abs. 2 (oder den nachfolgenden Absätzen) eine zulässige Änderung darstellt, ist nicht mehr nach Absatz 1 zu prüfen. Abs. 2 ist relativ weit gefasst, so dass auch recht viele Fälle hierunter fallen. Das ist auch vernünftig, schließlich stellt ein neues Vergabeverfahren einen großen Aufwand für die Vergabestelle dar, verbunden mit einer entsprechenden Verzögerung.

§ 132 Abs. 2 enthält 3 Sätze. Satz 1 ist wiederum in 4 Nummern (Nr. 1. bis 4.) aufgeteilt, Nr. 2 ist erneut in 2 Buchstaben lit. a) und lit. b), Nr. 4 ist erneut in 3 Buchstaben lit. a) bis lit. c) aufgeteilt. Die Sätze und Nummern werden nachfolgend in eigenen Unterkapiteln behandelt.

¹² BT-Ds 18/6281 vom 08.10.2015.

¹³ Die Richtlinie 2014/24/EU regelt in Artikel 72 Abs. 5, dass bei anderen als den in Abs. 1 und Abs. 2 der RL genannten Fällen ein neues Vergabeverfahren erforderlich ist. Die Richtlinie geht also genau umgekehrt an die Prüfung heran. Sie stellt in den Absätzen 1 und 2 der RL fest, wann kein neues Vergabeverfahren erforderlich ist und regelt in Abs. 5 der RL, dass in allen anderen Fällen ein neues Vergabeverfahren durchzuführen ist.

Grafisch stellt sich die Struktur des § 132 Abs. 2 GWB wie folgt dar:

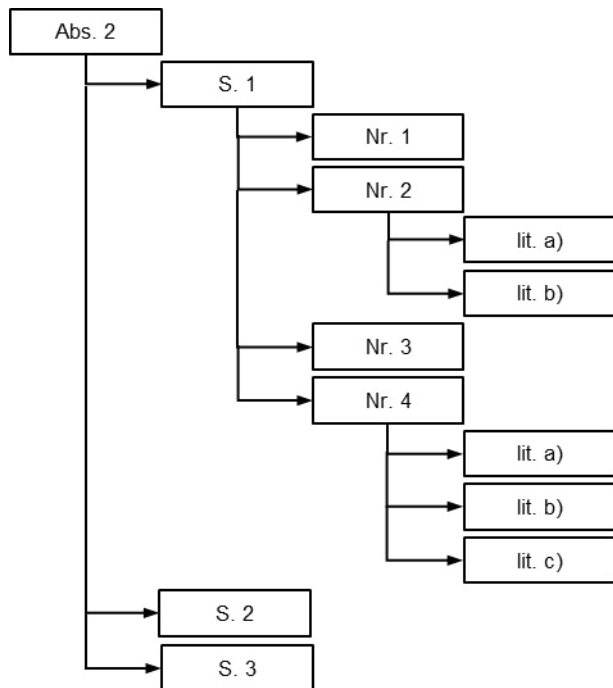


Abbildung 3: Struktur des § 132 Abs. 2 GWB.

4.2. § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB – Klauseln in ursprünglichen Vergabeunterlagen

Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 benennt zwei Bedingungen, nämlich dass in den ursprünglichen Vergabeunterlagen eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, welche Art, Umfang und Voraussetzung möglicher Auftragsänderungen regeln, und, dass sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert.

Mit ursprünglichen Vergabeunterlagen sind entweder Angebot und Bestellung oder bei Planungsleistungen meist der schriftliche Vertrag und alle weiteren Vertragsunterlagen gemeint. Zu den Vergabeunterlagen können auch Vermerke und Protokolle aus dem Vergabeverfahren zählen. Bei Planungsleistungen ist meist ein schriftlicher Vertrag geschlossen. Bei Zweifeln, was zu den ursprünglichen Vergabeunterlagen zählt, ist juristischer Rat hinzuzuziehen. In diesem Merkblatt wird im Weiteren von Vergabeunterlagen gesprochen.

Überprüfungsklauseln sind Klauseln, welche regeln, was passiert, wenn sich etwas ändert. Diese müssen dem Wortlaut folgend klar, genau und eindeutig sein und Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen machen.

Planungsleistungen sind überwiegend in der HOAI erfasst und aktuell orientieren sich die Vergabeunterlagen meist noch an der HOAI¹⁴. § 6 Abs. 1 und 2 HOAI binden die Vergütungsermittlung „nach HOAI“ an:

- die anrechenbaren Kosten,
- die Honorarzone,
- die Leistungsphasenbewertung,
- die Honorartafeln und
- an den Umbauzuschlag.

Ändert sich etwas in diesen fünf Bereichen und ist die HOAI umfassend vereinbart (was der Autor dieses Merkblatts empfiehlt¹⁵), regelt die HOAI klar, genau und eindeutig die Folgen für die Vergütung.

Planungsleistungen ist immanent, dass die Herstellungskosten zum Vertragsschluss meist angenommen oder eingeschätzt, in der Vertragsabwicklung zunächst geschätzt (Leistungsphase 2 HOAI), dann berechnet (Leistungsphase 3 HOAI) und erst kurz vor Vertragsende festgestellt (Leistungsphase 8 HOAI) werden¹⁶. Die Vergabeunterlagen enthalten also meist nur die Kostenannahme oder eine Kosteneinschätzung, Grundlage für das Honorar ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI aber die Kostenberechnung, welche in der Leistungsphase 3 Entwurfsplanung erstellt wird. Aus dieser Kostenberechnung werden dann die anrechenbaren Kosten ermittelt. Wie das erfolgt, ist in der HOAI klar geregelt und selbst Streitfälle hierzu sind in den Gerichtsentscheidungen und entsprechender Kommentarliteratur ausführlich behandelt.

Die Honorarzone basiert nach § 5 Abs. 1 und 2 HOAI auf den Planungsanforderungen. Ändern sich diese, lässt sich aus der HOAI ableiten, wie sich dann die Honorarzone ergibt.

Die Leistungsphasenbewertung erfolgt in den jeweiligen Leistungsbildern so, dass die einzelnen Leistungsphasen mit einem Prozentwert der Honorare aus den Honorartafeln fest bewertet sind. Ändert die Vergabestelle also den Leistungsumfang und möchte nachträglich eine bisher nicht vorgesehene Leistungsphase beauftragen, ist deren Bewertung in der HOAI benannt. Die heute üblichen Vergabeunterlagen (Verträge) enthalten meist auch Tabellen, welche über die Leistungsphasen hinaus auch die einzelnen Grundleistungen bewerten. Damit sind dann auch klare, genaue und eindeutige Regelungen enthalten, wenn die Vergabestelle sich nachträglich dafür entscheidet, nun eine bisher nicht beauftragte Grundleistung zu beauftragen.

¹⁴ Nach dem Urteil des EuGH in der Rs. C-377/17 vom 04.07.2019 ist der deutsche Verordnungsgeber aufgefordert, die Verbindlichkeit von Mindest- und Höchstsätzen der HOAI abzuschaffen. Liegt dann eine unverbindliche HOAI vor, könnten Vergabestellen losgelöst von der HOAI Honorare vereinbaren. Teilweise wird bereits aktuell vertreten, dass die HOAI-Mindest- und Höchstsätze nicht mehr gelten.

¹⁵ Siehe Fußnote zuvor und Kalte/Wiesner im Deutschen Ingenieurblatt 12/2019, S. 42.

¹⁶ Ausführlich zu den verschiedenen Stufen der Kostenermittlungen Kalte/Wiesner im Deutschen Ingenieurblatt 05/2016, S. 49.

Die Honorartafeln sind im jeweiligen Leistungsbild der HOAI so strukturiert, dass sie eine klare, genaue und eindeutige Beziehung zwischen anrechenbaren Kosten, Honorarzone, Honorarsatz und Vergütung aufzeigen.

Auch der Umbauzuschlag ist zumindest dann klar, genau und eindeutig in der HOAI geregelt, wenn es keine Vereinbarung hierzu gibt. Denn dann gilt ein Zuschlag von 20 % als vereinbart. War also in den ursprünglichen Vergabeunterlagen ein Neubau vorgesehen und es kommt dann doch zu einem Umbau, wäre auch diese Änderung über die HOAI erfasst.

Vergabeunterlagen, welche die HOAI umfassend in Bezug nehmen, haben also bei Veränderungen den Vorteil, dass klare, genaue und eindeutige Klauseln vorhanden sind, wenn es zu Veränderungen in den Parametern kommt, welche die HOAI benennt. Dann zeigt die HOAI die neu entstehende Vergütung auf, weshalb solche Vergabeunterlagen für Vergabestellen empfohlen werden. Bei reinen Pauschalverträgen ist dies nicht gegeben. Basieren also die Vergabeunterlagen umfassend auf der HOAI, sind die in der Praxis weit überwiegend vorkommenden Änderungen erfasst und es gibt klare, genaue und eindeutige Klauseln für die Anpassung des Honorars.

Unter Optionen im Sinne von Abs. 2 S. 1 Nr. 1 sind die bei Planungsverträgen üblichen Stufenverträge einzuordnen. D. h., dass die Vergabestelle die Vergabeunterlagen so aufgestellt hat, dass sie mit dem Vertrag z. B. die Leistungsphasen 1 bis 4 schon verbindlich beauftragt, die dann folgenden Leistungsphasen 5 ff. aber noch unverbindlich sind und erst durch ein Schriftstück bestellt werden. Dann sind die Leistungsphasen 5 ff. nur optional beauftragt, im Vertrag sind aber bereits alle Parameter, welche die Vergütung bestimmen, festgelegt. Stufenverträge fallen somit unter die hier besprochene Regelung und die Beauftragung der folgenden Stufen unterliegen keiner Pflicht zur Neuvergabe.

Die zweite Bedingung im Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ist, dass sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändern darf. Dabei kann auf die Hinweise in Kapitel 3.4 zu § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GWB verwiesen werden. Denn wenn die Zulassung anderer Bewerber oder die Annahme eines anderen Angebots möglich gewesen oder das Interesse weiterer Teilnehmer geweckt worden wäre, liegt auch ein anderer Charakter vor. Insofern sei auch auf die dort genannten Beispiele verwiesen. So liegt grundsätzlich immer noch derselbe Charakter vor, wenn es immer noch um dasselbe Objekt, also z. B. einen Kindergarten als Neubau für 100 Kinder geht und sich einfach nur die Kosten erhöht haben.

Im Vorgriff auf die in Kapitel 4.6 beschriebene Regelung von § 132 Abs. 2 S. 2 GWB sei bereits hier darauf hingewiesen, dass Fälle, welche dem § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB zuzuordnen sind, keine Begrenzung in der Höhe der Änderung haben. Die „50 %-Klausel“ greift hier nämlich nicht.

4.3. § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB – zusätzliche Leistungen

Abs. 2 S. 1 Nr. 2 betrifft zusätzliche Leistungen, welche in den ursprünglichen Vergabeunterlagen nicht enthalten waren und bei denen ein Wechsel des Planenden aus wirtschaftlichen oder technischen

Gründen nicht erfolgen kann (lit. a)) „und“ mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden wäre (lit. b)).

Vereinfacht geht es hier also um zusätzliche Leistungen.

Zu Recht wird in der Literatur der Gesetzeswortlaut kritisiert, nämlich dass beide Bedingungen lit. a) und lit. b) mit „und“ verbunden sind¹⁷. Nimmt man das „und“ ernst, würde das bedeuten, dass die objektive Unmöglichkeit, welche in dem Wort „kann“ liegt, in allen Fällen auch vorliegen müsste. So sind aber grundsätzlich kaum Fälle denkbar, in denen ein neues Vergabeverfahren aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen objektiv unmöglich wäre. Es könnte allenfalls teuer werden. Vielmehr kann es hier nur um eine subjektive Unverhältnismäßigkeit gehen. Deshalb folgt das Merkblatt der Meinung der Literatur (und damit auch der Richtlinie), nämlich, dass lit. a) und lit. b) mit „oder“ zu verbinden sind und es hier um eine subjektive Unzumutbarkeit geht¹⁸.

Das bedeutet, dass zu prüfen ist, ob unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten oder Zusatzkosten bei einem Wechsel entstehen würden. Nur wenn das zu bejahen ist, ist kein neues Vergabeverfahren erforderlich. Dabei sind auch terminliche Aspekte den technischen Schwierigkeiten zuzuordnen, wenn bei einem Wechsel zwingend einzuhaltende Termine auch bei schnellstmöglicher Vergabe nicht mehr einzuhalten sind¹⁹. Finanzielle Unmöglichkeit kann sich gerade bei bezuschussten Maßnahmen ergeben, wenn der Zuschuss wegen Fristenüberschreitung nicht mehr erlangt werden kann, wenn ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden müsste.

Bei Planungsleistungen sind folgende Beispiele für zusätzliche Leistungen denkbar, bei denen eine Unzumutbarkeit eines Wechsels vorliegen könnte:

- Eine Schule soll aus Brandschutzgründen bautechnisch saniert und gleichzeitig modernisiert werden. Bei der Bestandsaufnahme wird festgestellt, dass es auch noch Bereiche gibt, welche Asbest- und kanzerogene Fasern enthalten, welche dann auch noch zu sanieren sind. Technisch wäre es mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, an ein und demselben Gebäude mehrere Architekt*innen arbeiten zu lassen, weil beide dasselbe Objekt planen würden und beide dann auch dieselben Abstimmungen mit den Fachplaner*innen führen müssten. Auch die Schnittstelle für Haftungsfragen wäre unverhältnismäßig schwierig. Zudem würden zwei Aufträge beträchtliche Zusatzkosten erzeugen, weil der Vorteil der degressiven Honorartafeln der HOAI (bei den heute noch üblichen Verträgen auf Basis der HOAI) nicht genutzt werden könnte und ein Koordinationsaufwand zu berücksichtigen wäre.

¹⁷ Summa, VPR 2018, 1.

¹⁸ Summa a. a. O. mit Bezug zum Erwägungsgrund 108 der EU-Richtlinie 2014/24/EU; Hüttinger in Burgi/Dreher, a. a. O., § 132 Rdn. 49; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 132 Rdn. 104 f.

¹⁹ Summa a. a. O.; Eschenbruch, a. a. O. § 132 Rdn. 104.

- Ein 10-zügiger Schulneubau soll doch 12-zügig werden und ein Konjunkturprogramm setzt enge Fristen zum Einreichen der Zuschussunterlagen, welche bei einem Wechsel nicht mehr einzuhalten sind. Ein Zuschuss wäre nach Fristablauf nicht mehr zu erhalten.
- Eine Kläranlage soll im Bereich der Belebtschlammbecken erweitert werden. Bei der Variantenuntersuchung stellt sich heraus, dass die beste Lösung wäre, die Nachklärbecken ebenfalls zu erweitern. Aus technischen Gründen ist es allerdings erforderlich Belebtschlammbecken zusammen mit den Nachklärbecken zu betrachten. Sie stellen eine verfahrenstechnische Einheit dar, welche nur gemeinsam funktionieren. Eine Trennung der Planung würde die Gewährleistung für die Verfahrenstechnik insgesamt verhindern.

4.4. § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB – geänderte Leistungen

Abs. 2 S. 1 Nr. 3 betrifft Änderungen, welche aufgrund von Umständen erforderlich geworden sind, die die Vergabestelle auch bei sorgfältiger Vergabevorbereitung nicht vorhersehen konnte und bei der sich der Gesamtcharakter des bestehenden Auftrags nicht ändert.

Vereinfacht geht es also um geänderte Leistungen.

Beispiele von geänderten Planungsleistungen, die von der Vergabestelle nicht vorhersehbar waren und bei denen sich der Gesamtcharakter nicht verändert, könnten sein:

- Während der Planung einer Modernisierung eines Schulgebäudes ändern sich die Normen für Alarmierung und Evakuierung und bereits auf alten Normen basierende Planungen müssen geändert werden. Es bleibt aber weiterhin bei dem Charakter der Modernisierung einer Schule.
- Die Absprachen mit der Denkmalschutzbehörde haben stattgefunden. Durch Personalwechsel bei der Behörde entstehen andere Forderungen und die Planung muss geändert werden. Es bleibt aber weiterhin bei dem Charakter einer denkmalgerechten Altbausanierung.
- Eine Straßenverkehrsanlage wird geplant. Durch ein neues übergeordnetes Verkehrswegekonzzept erhält die Straße eine höhere Verkehrsbelastung. Die Planung muss geändert werden. Der Charakter der Straße ändert sich jedoch nicht.

4.5. § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB – neue Auftragnehmer

Abs. 2. S. 1 Nr. 4 ist in lit. a) bis lit. c) aufgeteilt. Es geht jeweils darum, dass neue Auftragnehmer*innen den oder die bisherigen ersetzen.

Lit. a) regelt den Fall, dass eine Überprüfungs Klausel im Sinne von Nummer 1 vorhanden ist. Hier geht es also um einen Bezug zu § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB und bereits im Vertrag ist ein Ersatz vorgesehen. Wenn also im Vertrag geregelt ist, dass ab Leistungsphase 5 nicht mehr Planer*in A, sondern Planer*in B Auftragnehmer*in ist, wäre der Fall hier einzustufen und es wäre keine Neuvergabe erforderlich. Bei Planungsleistungen kommen solche Verträge in der Praxis selten vor.

Lit. b) regelt den Fall, dass ein Unternehmen wegen Umstrukturierung ganz oder teilweise an die Stelle des beauftragten Unternehmens tritt und auch die ursprünglich geforderte Eignung erfüllt. Als Beispiele für eine Umstrukturierung sind Übernahme und Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz genannt. Es geht also um Fälle, in denen ein anderes Unternehmen in die Rechte und Pflichten eintritt, ohne die ursprüngliche Eignung zu verlieren. Bei Planungsleistungen sind dies beispielsweise Fälle, bei denen aus einer Personengesellschaft eine GmbH wird, die handelnden Personen aber dieselben bleiben, oder dass ein kleineres Planungsunternehmen von einem größeren Planungsunternehmen übernommen wird und Letzteres auch das Personal und damit die Referenzen übernimmt. Wenn diese Umstrukturierung keine Änderung der zu erbringenden Leistung zur Folge hat (was grundsätzlich auch nicht erkennbar ist), ist keine Neuvergabe erforderlich.

Lit. c) regelt den Fall, dass die Vergabestelle selbst Verpflichtungen gegenüber Subunternehmen des ursprünglichen Hauptunternehmens übernimmt und damit an die Stelle des Hauptunternehmens tritt. Bei Planungsleistungen wäre dies bei Generalplanungsleistungen denkbar. Hätten z. B. die Architekt*innen für die Fachplanung für das Tragwerk ein Subunternehmen und würde die Vergabestelle die Verpflichtungen für diese Leistungen übernehmen, wäre diese Fachplanungsleistung nicht neu zu vergeben.

4.6. § 132 Abs. 2 S. 2 GWB – 50 % Grenze

Abs. 2 S. 2 regelt, dass in den Fällen des S. 1 Nr. 2 und 3 der Preis um nicht mehr als 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden darf.

Das bedeutet zunächst, dass alle Fälle des Abs. 2 S. 1 Nr. 1 nicht unter die 50 % Begrenzung fallen. Es gibt keine Grenze in der Höhe der Veränderung, wenn die Veränderung bereits im Vertrag berücksichtigt ist. Erhöhen sich z. B. bei einem Vertrag, der auf der Grundlage der HOAI geschlossen worden ist, nur die anrechenbaren Kosten erheblich und führen zu einem Honorar, was gegenüber dem ursprünglichen Auftragswert um mehr als 50 % höher ist, ist dennoch keine neue Vergabe erforderlich. Wiederholend sei darauf hingewiesen, dass damit Verträge „nach HOAI“ den großen Vorteil haben, dass diese praktisch unbegrenzt zu keiner Pflicht einer Neuvergabe führen, solange es nur zu Änderungen in den Parametern der HOAI kommt. Hier sei auf Kapitel 4.2 zuvor verwiesen.

Auch Fälle die unter Abs. 2 S. 1 Nr. 4 fallen, also Unternehmensumstrukturierungen betreffen, haben keine Begrenzung in der Höhe der Änderung, ab der eine Pflicht zur Neuvergabe entsteht. Tritt also ein anderes Unternehmen in die Rechte und Pflichten des bisherigen beauftragten Unternehmens, ist dies unbegrenzt möglich und vergaberechtlich unbeachtlich.

Abs. 2 S. 2 betrifft also nur die Fälle von zusätzlichen (Nr. 2) oder geänderten (Nr. 3) Leistungen. Der Auftragswert darf sich also bei zusätzlichen oder geänderten Leistungen um nicht mehr als 50 % erhöhen, sonst ergibt sich eine Pflicht zur Neuvergabe.

Vereinfacht ergibt sich aus der hier besprochenen Regelung, dass es keine Grenze für Auftragsänderungen gibt, wenn diese im Vertrag vorgesehen sind oder es zu einer Umstrukturierung kommt. Bei zusätzlichen oder geänderten Leistungen braucht es bis 50 % Auftragsänderung gute Gründe. Gibt es keine, ist eine neue Vergabe erforderlich. Ist die Änderung im Vertrag nicht vorgesehen, liegt keine Umstrukturierung vor, gibt es keine guten Gründe oder liegt die Änderung bei zusätzlichen oder geänderten Leistungen über 50 %, ist eine Neuvergabe erforderlich.

4.7. § 132 Abs. 2 S. 3 GWB – keine Kumulation

Abs. 2 S. 3 regelt, dass bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen die Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung gilt, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften des § 132 GWB zu umgehen.

Eine absichtliche Teilung ist also vergaberechtlich unzulässig. Eine solche Absicht wird in diesem Merkblatt nicht weiter behandelt, sie wäre von vornherein unzulässig.

Da die Schwelle von Abs. 2 S. 2 nur bei zusätzlichen und geänderten Leistungen gilt, ist S. 3 auch nur für diese relevant. Kommt es also im Laufe des Projekts mehrfach zu zusätzlichen oder geänderten Leistungen, gilt jeweils die Schwelle von 50 % erneut. Bei langlaufenden Projekten kann so die Schwelle mehrfach in Anspruch genommen werden. Aber auch hier gilt, dass jede Änderung einen guten Grund braucht, damit keine Pflicht zur Neuvergabe gegeben ist.

5. § 132 Abs. 3 GWB – Geringfügigkeitsgrenze

5.1. Inhalt und Struktur

§ 132 Abs. 3 GWB führt aus, wann „ferner“ kein neues Vergabeverfahren durchzuführen ist. Auch diese Formulierung ist nicht gerade glücklich. Aber auch hier vereinfacht ein Blick in die Gesetzesbegründung²⁰ das Verständnis, wo es heißt:

„Absatz 3 führt eine de-minimis-Grenze für Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ein, wonach geringfügige Änderungen des Auftragswerts bis zu einer bestimmten Höhe grundsätzlich zulässig sind, ohne dass ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.“

Abs. 3 regelt also, wann grundsätzlich kein neues Vergabeverfahren erforderlich ist, nämlich dann, wenn die „de-minimis-Grenze“ (hier als Geringfügigkeitsgrenze) nicht erreicht wird. Damit sollen also „geringfügige“ Änderungen nie zu einer Pflicht zur Neuvergabe führen.

²⁰ BT-Ds 18/6281 vom 08.10.2015.

§ 132 Abs. 3 enthält 2 Sätze. Satz 1 ist wiederum in 2 Nummern (Nr. 1. und 2.) aufgeteilt, die mit einem „und“ verbunden sind. Beide Bedingungen müssen erfüllt sein, dann sind sie unter der Geringfügigkeitsgrenze. Der Satz beginnt so, dass sich auch hier der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändern darf. Greift die Geringfügigkeitsgrenze nicht, muss die Prüfung nach den Regelungen des Abs. 2 weitergehen. Beide Sätze werden nachfolgend behandelt, greifen aber auch nur dann, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert. Zur Änderung des Gesamtcharakters sei auf die Ausführungen zuvor im Kapitel 3, insbesondere auf die Beispiele in Kapitel 3.4 verwiesen.

Grafisch stellt sich die Struktur des § 132 Abs. 3 GWB wie folgt dar:

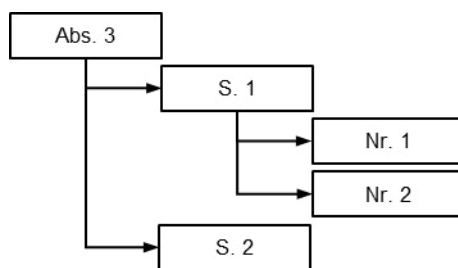


Abbildung 4: Struktur von § 132 Abs. 3 GWB

Abs. 3 S. 1 Nr. 1 gibt vor, dass die Änderung die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 GWB nicht übersteigen darf. Der für Planungsleistungen in den Jahren 2020 und 2021 geltende Schwellenwert für die üblichen kommunalen Auftraggeber liegt bei netto 214.000 €²¹. Übersteigt der Wert der Änderung diesen Schwellenwert, liegt keine geringfügige Änderung vor und die Änderung ist nach Abs. 2 zu prüfen.

Abs. 3 S. 1 Nr. 2 legt die Geringfügigkeitsgrenze für die bei Planungsleistungen vorliegenden Dienstleistungsaufträge bei 10 % fest. Liegt also der Wert der Änderung über diesen 10 % gegenüber dem ursprünglichen Auftrag, liegt keine geringfügige Änderung mehr vor und die Änderung ist nach Abs. 2 zu prüfen.

Abs. 3 S. 2 regelt, dass bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich ist. Die Geringfügigkeitsgrenze kann also nicht immer wieder neu in Anspruch genommen werden, sondern die Werte der Änderungen sind zu addieren. Ist einmal die Grenze von 10 % überschritten, ist die Geringfügigkeit für alle weiteren Änderungen nicht mehr gegeben.

Beträgt also der ursprüngliche Auftragswert netto 300.000 €, beträgt die Geringfügigkeitsgrenze 30.000 €. Liegt eine Änderung mit mehr als netto 30.000 € vor oder liegen zwei Änderungen mit in der Summe mehr als 30.000 € vor, ist die Geringfügigkeitsgrenze für alle weiteren Änderungen ausgeschöpft.

²¹ Dieser Schwellenwert wird alle 2 Jahre durch EU-Verordnung aktualisiert.

6. § 132 Abs. 4 GWB – Indexierungsklausel

§ 132 Abs. 4 GWB betrifft Verträge, welche eine Indexierungsklausel beinhalten, und regelt, dass für die Wertberechnung der höhere Preis als Referenzwert heranzuziehen ist, und das für Berechnungen nach Abs. 2 S. 2 und 3 und Abs. 3. Demnach wäre also der Wert von zusätzlichen oder geänderten Leistungen mit dem höheren indizierten Preis dem ursprünglichen Auftragswert gegenüberzustellen und mit den 50 % aus Abs. 2 oder den 10 % aus Abs. 3 zu vergleichen.

Bei Verträgen über Planungsleistungen gibt es in der Praxis keine Indexierungsklauseln, weshalb das Thema in diesem Merkblatt nicht weiter betrachtet wird. Das Einzige, was in einigen wenigen Verträgen enthalten ist, ist eine Klausel, welche besagt, dass dann, wenn es zu einer neuen HOAI im Laufe der Vertragsabwicklung kommen sollte, für noch nicht erbrachte Leistungen die Tafelwerte der neuen HOAI gelten. Gibt es also eine solche Klausel und wurde z. B. der Vertrag unter der Wirksamkeit der HOAI 2009 geschlossen und heute werden Änderungen gewünscht, die dann der HOAI 2013 unterliegen, wäre der Änderungswert auf Basis der HOAI 2013 zu ermitteln und mit dem ursprünglichen Auftragswert zu vergleichen.

7. § 132 Abs. 5 GWB – Bekanntmachung

§ 132 Abs. 5 GWB regelt, dass Änderungen nach Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen sind. Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 betreffen die zuvor vereinfacht genannten zusätzlichen und geänderten Leistungen. Diese sind also immer bekannt zu machen und dies unabhängig davon, ob eine Wertgrenze erreicht oder überschritten wird. Demgegenüber sind Änderungsleistungen, welche im Vertrag angelegt sind (Abs. 2 S. 1 Nr. 1), oder Änderungen des Unternehmens durch Unternehmensumstrukturierungen (Abs. 2 S. 1 Nr. 4) nicht bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung hat mit dem zugehörigen Standardformular Nr. 14 zu erfolgen²² und es sind entsprechende Angaben zur ursprünglichen Vergabe und zur Zuordnung zu zusätzlichen (Abs. 2 S. 1 Nr. 2) oder geänderten Leistungen (Abs. 2 S. 1 Nr. 3) und zu den Werten zu machen. So sind auch Angaben über die Nachprüfungsstelle (Vergabekammer) erforderlich. In den üblichen Plattformen zur E-Vergabe sind (oder sollten) diese Formulare zur Änderungsmitteilung enthalten sein.

Die Bekanntmachung dient der Transparenz, schließlich kann sich dann jeder über diese Auftragsänderungen informieren und kann den Vorgang auch rügen und nachprüfen lassen, wenn er Vergaberechtsverstöße befürchtet.

²² Die Standardformulare im PDF-Format sind erhältlich unter: <https://simap.ted.europa.eu/de/standard-forms-for-public-procurement> und für Änderungen ist das Formular Nr. 14 vorgesehen.

8. Prüfung als Schema

In der Anlage zum Merkblatt sind die zuvor verbal beschriebenen Aspekte der Prüfung als Schema dargestellt. Es soll dem Anwender dazu dienen, seinen Prüfvorgang Schritt für Schritt vornehmen zu können und am Ende entweder zu dem Ergebnis zu kommen, dass eine neue oder eben dass keine neue Vergabe erforderlich ist. An den Entscheidungsstellen sind die zugehörigen Regelungen des § 132 GWB genannt, so dass der Anwender den Gesetzeswortlaut und die Beschreibung zuvor zur Erläuterung heranziehen kann.

Das Schema beginnt mit der Frage, ob bei einer Änderung ein neues Vergabeverfahren erforderlich ist oder nicht. Es folgt systematisch dem durch § 132 vorgegebenen Ablauf in der Form, dass zunächst die Prüfungen erfolgen, die den schnellsten Weg zu einem Ergebnis aufzeigen. Die Prüfungen sind als Entscheidungsraute dargestellt und mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantworten. Entsprechend ist der Weg weiter zu verfolgen. Antworten mit „Ja“ führen horizontal nach rechts und immer zu keinem neuen Vergabeverfahren (grüne Ovalform). Antworten mit „Nein“ führen vertikal nach unten und immer zu einem neuen Vergabeverfahren (rote Ovalform). Sobald das eine oder andere Ende erreicht ist, kann die Prüfung beendet werden. Jeder Prüfschritt sollte beschrieben und die jeweiligen Bewertungen dokumentiert werden. Diese Dokumentation sollte zu den Vergabeunterlagen hinzugefügt werden, so dass auch bei einer späteren Prüfung durch Zuschussgeber oder bei Nachprüfungsverfahren die Prüfung und das Ergebnis von Dritten nachvollzogen werden kann.

Der Prüfablauf stellt sich stark vereinfacht verbal wie folgt dar:

Die Eingangsfrage ist: Muss es ein neues Vergabeverfahren geben oder nicht?

Als Erstes ist der Wert der Änderung zu ermitteln. Dann ist die Geringfügigkeitsgrenze des § 132 Abs. 3 GWB zu prüfen. Wird diese Grenze gerissen, ist die Änderung nach § 132 Abs. 2 GWB zu prüfen. Ist die Änderung von den ursprünglichen Vergabeunterlagen erfasst oder liegt ein zulässiger Wechsel des Unternehmens vor, ist kein neues Vergabeverfahren erforderlich. Ist die Änderung nicht größer als 50 % und es gibt gute Gründe für zusätzliche oder geänderte Leistungen, ist kein neues Vergabeverfahren erforderlich. In allen anderen Fällen ist ein neues Vergabeverfahren erforderlich.

9. Vermeidung von Änderungen und Fazit

§ 132 greift selbstverständlich dann nicht, wenn es nicht zu Änderungen kommt. Da § 132, wie in diesem Merkblatt beschrieben, nicht gerade einfach ist, sollten Änderungen überhaupt vermieden werden.

Änderungen lassen sich vermeiden, wenn sich die Vergabestelle vor Vergabe ihrer Vergabeabsicht versichert und diese dann während der Auftragsabwicklung auch nicht mehr verändert. Das gelingt, wenn der Bedarf vor der ursprünglichen Vergabe systematisch und umfassend, z. B. in einer Bedarfsplanung nach DIN 18205, ermittelt wurde und mit den Entscheidungsträgern transparent abgestimmt

ist. Zudem ist strikte Disziplin erforderlich, dahingehend einmal getroffene Entscheidungen nicht ohne guten Grund wieder umzuwerfen.

In der Praxis wird jedoch bei Planungsleistungen der Projektvorbereitung immer noch eher selten die erforderliche Zeit investiert. Auch die längeren Laufzeiten, schwierigen Entscheidungen und Änderungen von Normen beeinflussen Projekte so, dass Änderungen entstehen. Entsprechend sind Änderungen immer noch eher die Regel als die Ausnahme. Deshalb empfiehlt das Merkblatt, dass sich die Vergabeunterlagen an den Regelungen der HOAI orientieren, weil dann zumindest die typischen Änderungen bei Planungsleistungen erfasst sind und damit keiner Pflicht einer Neuvergabe unterliegen, weil sie dem § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB zuzuordnen sind.

Stand Juli 2020

GHV

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht gemeinnütziger e. V.
Friedrichsplatz 6
68165 Mannheim

Tel: 0621/860 861-0
Fax: 0621/860 861-20

www.ghv-guetestelle.de

Prüfschema § 132 GWB

Legende:
 V = Vergabeverfahren
 §§ aus GWB
 W = Wert der Änderung
 SW = EU-Schwellenwert
 ΣW = Summe der Änderungen
 A = urspr. Auftragswert
 Ä = Änderung allgemein
 VU = Vergabeunterlagen (Vertrag)
 unz. = unzumutbar
 Sub = Unterauftragnehmer

