



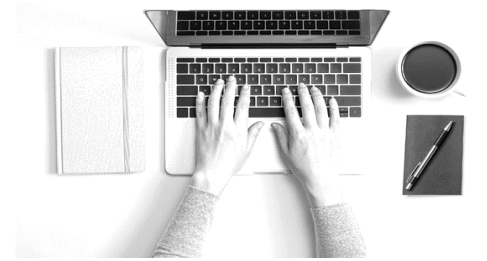
1. Online-Fachtag Vergaberecht 2020

Vertragsanpassung bei Rahmenvereinbarungen

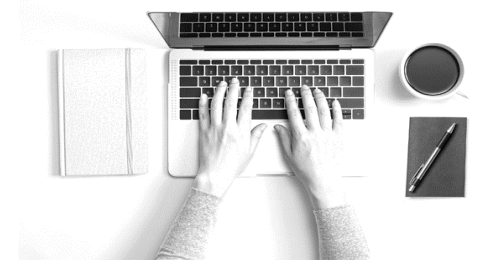
- _ Grundsätzliche Anforderungen und aktuelle Rechtsprechung
- _ Auswirkungen der Corona-Pandemie

Rechtsanwältin Monika Prell
Fachanwältin für Vergaberecht, SammlerUsinger Rechtsanwälte Berlin
23.04.2020

Agenda



1. Überblick Rahmenvereinbarung
2. Vertragsanpassung von Rahmenvereinbarungen
3. Aktuelle Rechtsprechung
4. Voraussetzungen für Anpassungen infolge der Corona-Pandemie



Überblick Rahmenvereinbarung

Gesetzliche Regelungen

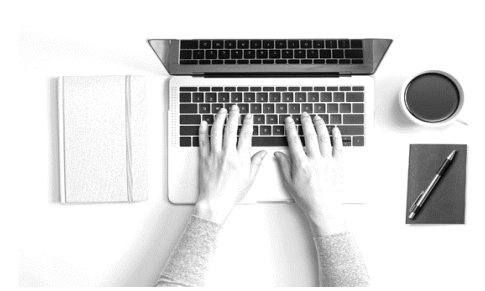


- § 103 Abs. 5 S. 1 GWB (Umsetzung des Art. 33 RL 2014/24/EU)

„Rahmenvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis.“

- Konkretisierungen der Vorgaben
 - EU: §§ 21 VgV, § 4a EU VOB/A, 19 SektVO, 14 VSVgV
 - National: §§ 15 UVgO, 4 VOL/A, 4a VOB/A

Besonderheiten

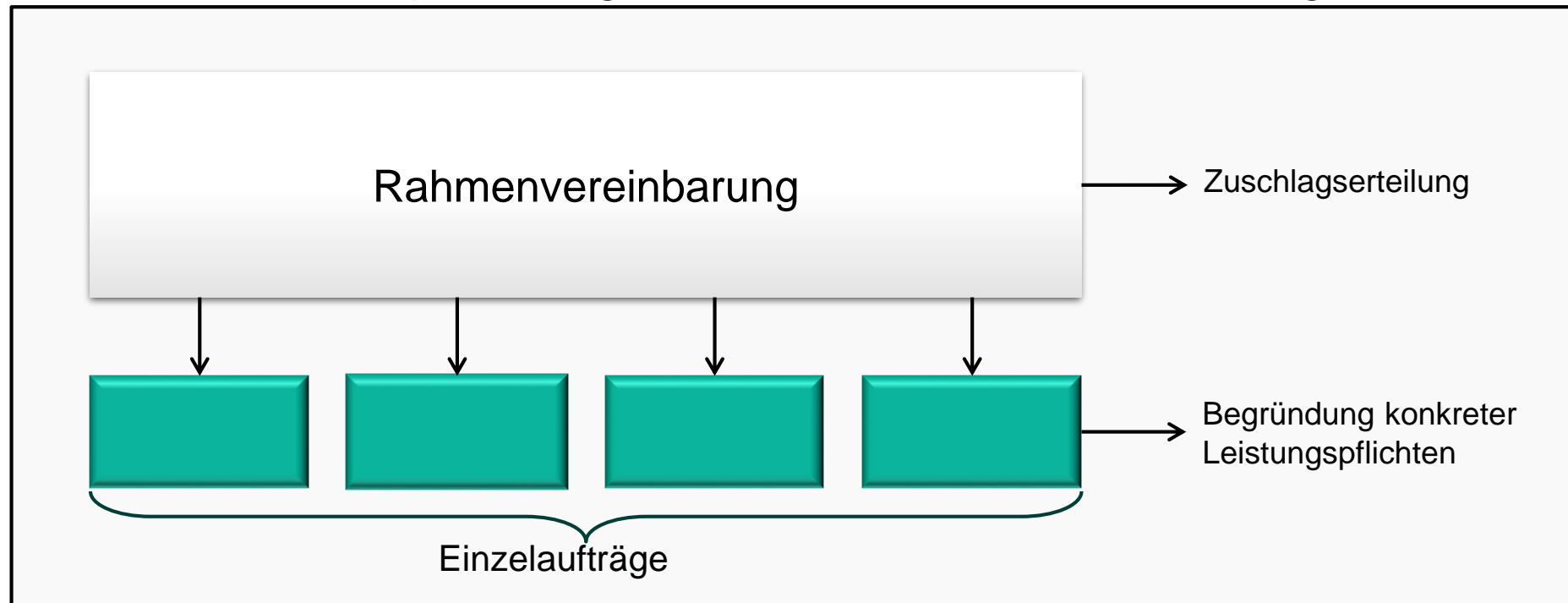


- Nennung aller Auftraggeber und Bezugsberechtigten in Bekanntmachung
- Rahmenvereinbarung **mit einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen** möglich
 - Auswahl durch „Mini-Wettbewerb“
- Mengenangaben so **„genau wie möglich“**
 - Keine abschließende Festlegung
 - vgl. jeweils Abs. 1 S. 2 des § 21 VgV, § 19 SektVO, § 4a EU VOB/A
- Vorgabe von **Höchstlaufzeiten**
 - Möglichkeit der Verlängerung bei begründetem Sonderfall

Zweistufigkeit der Vergabe



- Ausschreibung der Rahmenvereinbarung in öffentlichem Vergabeverfahren unter Festlegung bestimmter Rahmenkriterien (Leistung/Preis/Zeit)
- Konkrete Lieferverpflichtung erst mit Abruf des Einzelauftrags



Laufzeiten von Rahmenvereinbarungen

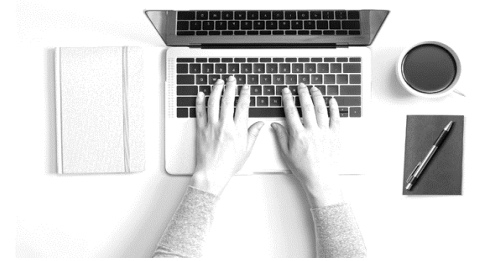


Norm	Höchstlaufzeit im Regelfall
§ 21 VgV	4 Jahre
§ 15 UVgO	6 Jahre
§ 4 VOL/A	4 Jahre
§ 19 SektVO	8 Jahre
§ 14 VSVgV	7 Jahre
§ 4a EU VOB/A	4 Jahre
§ 4a VOB/A	4 Jahre



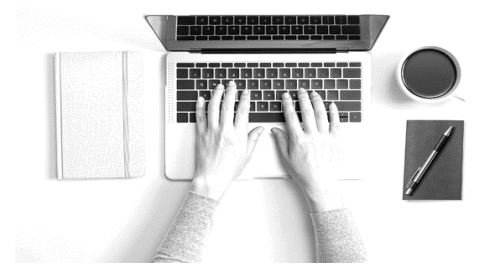
Vertragsanpassung von Rahmenvereinbarungen

Mögliche Anpassungen



- Änderung
 - der Einzelaufträge
 - der abrufberechtigten Auftraggeber
 - der Vertragspartner
 - der Mengen
 - des Inhalts
 - der Laufzeit
 - ...

Gesetzliche Regelungen



■ Richtlinien

- Art. 72 der RL 2014/24/EU
- Art. 89 der RL 2014/25/EU

■ EU

- Liefer-, Dienst- und Bauleistungen: § 132 GWB, § 21 VgV, § 4a EU VOB/A
- Sektorenbereich: § 142 GWB

■ National

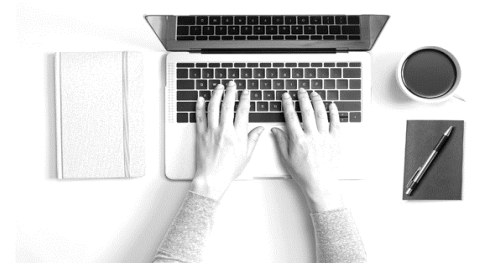
- Liefer- und Dienstleistungen: §§ 47, 15 UVgO
- Bauleistungen §§ 22, 4a VOB/A

„Direkte“ Regelungen



- Änderung der abrufberechtigten Auftraggeber, der Vertragspartner
 - §§ 21 Abs. 2 S. 2 VgV, 4a Abs. 2 S. 2 EU VOB/A
 - Einzelauftragsvergabe ausschließlich zwischen den in der **Auftragsbekanntmachung** genannten öffentlichen Auftraggeber und Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Einzelauftrags Vertragspartei der Rahmenvereinbarung sind
 - § 15 Abs. 3 S. 2 UVgO
 - Einzelauftragsvergabe ausschließlich zwischen den in der **Auftragsbekanntmachung oder Vergabeunterlagen** genannten öffentlichen Auftraggebern
 - §§ 4a Abs. 2 VOB/A
 - Auftraggeber, die ihren **voraussichtlichen Bedarf** angemeldet haben

„Direkte“ Regelungen



- Änderung der Einzelaufträge?

- §§ 21 Abs. 2 S. 3 VgV, 15 Abs. 3 S. 3 UVgO, 4a Abs. 2 S. 3 EU VOB/A, 4a Abs. 2 S.3 VOB/A
- Keine **wesentlichen Änderungen** an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung

„Generalnorm“ § 132 GWB

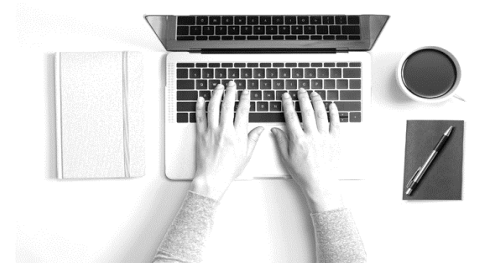


- Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit, § 132 Abs.1 GWB

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

Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet....“

Wesentliche Änderung



- § 132 Abs. 1 GWB
 - Anderer Bieterkreis
 - Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts
 - Erhebliche Ausweitung des Umfangs
 - Austausch des Auftragnehmers ohne Rechtfertigung nach § 132 Abs. 2 GWB
- Konsequenz: neues Vergabeverfahren

Überblick zu § 132 GWB



Unwesentliche Auftragsänderung (nicht > 10/15%/20% + unterhalb Schwellenwert)?

Wesentliche Auftragsänderung?

Besondere Ausnahmetatbestände?

Änderung im ursprünglichen Vertrag vereinbart?

Zusätzliche Leistung erforderlich, Wechsel unwirtschaftlich, < 50% Auftragswert?

Unvorhersehbare Änderung, < 50% Auftragswert?

Wechsel des Auftragnehmers (Umstrukturierung/ Insolvenz)?

EU-weite Bekanntmachung der Änderung

Unwesentliche Änderung



- 132 Abs. 3 GWB
 - **Gesamtcharakter** des Auftrags unverändert und
 - Wert der Änderungen den Schwellenwert nicht überschreitet und
 - **De-minimis-Grenze** (ausgehend vom ursprünglichen Auftragswert)
 - EU: Liefer-/ Dienstleistungen: > 10 %, Bauleistungen: > 15 %, soziale und andere besondere Dienstleistungen: > 20 %
 - National: > 20 %, § 47 Abs. 2 S. 1 UVgO
- Bei aufeinander folgenden Änderungen: Gesamtwert der Änderungen
- Konsequenz: zulässige Änderung

Ausnahmen, § 132 Abs. 2 GWB



Wesentliche Änderung, aber kein neues Vergabeverfahren, wenn

Nr. 1	Nr. 2	Nr.3	Nr. 4
<p>in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert</p>	<p>zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers</p> <ul style="list-style-type: none">a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann undb) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre, Änderung < 50% des ursprünglichen Auftragswerts	<p>die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert, Änderung < 50% des ursprünglichen Auftragswerts</p>	<p>ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt ...</p> <ul style="list-style-type: none">b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, ..., im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie z.B. Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt,..

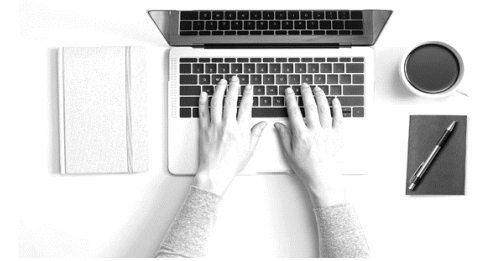
- Bei aufeinander folgenden Änderungen: Wert jeder einzelnen Änderung

Rahmenvereinbarungen



§ 132 GWB

- Wesentliche Änderungen eines „öffentlichen Auftrags“
 - Geltung auch für Rahmenvereinbarungen, § 103 Abs. 5 S. 2 GWB
- Geltung für alle Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit der Rahmenvereinbarung nach dem Zuschlag
 - Keine analoge Anwendung für Änderungen vor Zuschlag (OLG Celle, Beschluss vom 24.10.2019 - 13 Verg 9/19)
- Unwesentliche Änderung oder Änderung in Grenzen des § 132 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 GWB oder wesentliche Änderung?
 - Ermittlung der Grenzen anhand des „ursprünglichen Auftragswerts“ bzw. Ansatzpunkt für erhebliche Ausweitung
 - **Problem bei Rahmenvereinbarungen mit offen gehaltenen Mengen**



Aktuelle Rechtsprechung

Höchstmenge I



- **EuGH, Urteil v. 19.12.2018, Rs. C-216/17 („Antitrust und Coopservice“)**
 - Rahmenvereinbarung über Gebäudereinigungs- und Abfallentsorgungsleistungen mit späteren Erweiterungen, Menge bei Vertragsschluss noch nicht absehbar
 - Art. 1 Abs. 5 der RL 2004/18/EG bestimmt, dass Rahmenvereinbarungen „*eine Vereinbarung mit dem Ziel ist, die Bedingungen für die Einzelaufträge, insbesondere in Bezug auf gegebenenfalls in Aussicht genommene Menge, festzulegen*“
 - EuGH: „**gegebenenfalls**“ führt nach Sinn und Zweck der Regelung nicht dazu, dass die Angabe der Mengen der Leistungen nur fakultativ ist
 - Rahmenvereinbarungen müssen von Beginn die Höchstmenge, die Gegenstand der Einzelaufträge sein könnten, bestimmen
 - Alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen klar, genau und eindeutig
 - Ansonsten Gefahr, dass das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich angewendet würde, um den Wettbewerb zu behindern, einzuschränken oder zu verfälschen

Höchstmenge II



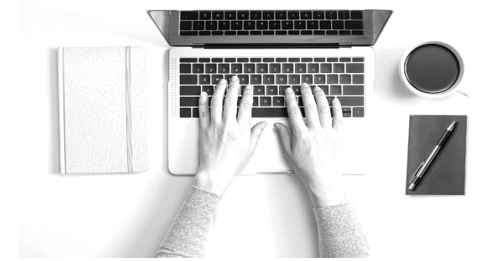
- **1. VK Bund, Beschluss v. 19.07.2019 – VK 1-39/19**
 - Ausschreibung Rahmenvereinbarung von Unterstützungsdienstleistungen für einen Teil der der Vergabestelle als gesetzlicher Kranken- und Pflegeversicherung obliegenden Aufgaben
 - Prüfung von Anträgen der Versicherten auf Erstattung von Rechnungen für ärztliche und pflegerische Leistungen
 - Keine Festlegung von Mindest- oder Maximalabgabemengen der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung, da dezidierte Festlegung nicht abschließend möglich
 - Bedarf an Unterstützungsleistungen bei der Fallbearbeitung von externen Faktoren abhängig, die die Vergabestelle nicht beeinflussen könne (Anzahl der eingehenden Fälle der Versicherten, die sowohl jährlichen als auch saisonalen Schwankungen unterliegen)
 - In den Vergabeunterlagen bisherige Erfahrungswerte aus einem Referenzzeitraum angeben, um den Bietern möglichst präzise Daten als Kalkulationsgrundlage zur Verfügung zu stellen

Höchstmengen II



- **1. VK Bund, Beschluss v. 19.07.2019 – VK 1-39/19**
 - Keine Verpflichtung des Auftraggebers, bei der Rahmenvereinbarung das maximale Abrufvolumen, den maximalen Auftragswert und die abzurufenden Höchstmengen anzugeben
 - Nach § 21 Abs. 1 S. 2 VgV muss das in Aussicht genommene Auftragsvolumen nur so genau wie möglich ermittelt und bekannt gegeben, aber nicht abschließend vorab festlegen werden
 - Wenn der tatsächliche Auftragsumfang von Ereignissen abhängt, die der Auftraggeber nicht sicher vorhersehen und nicht beeinflussen kann, genügt es, wenn der Auftraggeber so valide wie möglich Erfahrungswerte zugänglich macht, die ihm bekannt sind und die er mit zumutbarem Aufwand ermitteln kann
 - EuGH-Urteil nicht übertragbar, da zur alten Rechtslage

Höchstmenge III



- **2. VK Bund, Beschluss v. 29.07.2019 – VK 2-48/19**
 - Geschätzter Bedarf von Bürodreh- und Besucherstühlen für 6- jährige Laufzeit der Rahmenvereinbarung 74.102 Stück (Beginn 2017)
 - Keine Verpflichtung zur Abnahme einer Mindestmenge bzw. Gesamtabnahmemenge
 - Prognose 2019: Gesamtabrufmenge von 221.760 Stühlen zum Ende der Laufzeit
 - „Stilllegung“ (keine Kündigung) der Rahmenvereinbarung wegen Ausschöpfung und neue Ausschreibung
 - Nachprüfungsverfahren des Bestandslieferanten bei neuer Ausschreibung: Berufung auf § 21 Abs. 1 S. 3 VgV, Verstoß gegen Wettbewerbsgebot und Missbrauchsverbot wegen geplanter Mehrfachvergabe

Höchstmenge III



- **2. VK Bund, Beschluss v. 29.07.2019 – VK 2-48/19**
 - Antrag mangels Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB unzulässig
 - Bieter kein Interesse an Auftrag, Durchsetzung etwaiger Ansprüche im Vertragsrecht
 - Im Übrigen Antrag unbegründet
 - Auftragswertschätzung eine der Rahmenvereinbarung immanente Mengenbegrenzung im Sinne einer Höchstmenge, bei deren Erreichen der Beschaffungszweck der Rahmenvereinbarung erfüllt ist
 - Angabe, dass keine Abnahmeverpflichtung bestehe, führt zu keiner unbegrenzten Abrufmöglichkeit
 - Werden die ursprünglichen Mengen überschritten, gilt § 132 GWB
 - Keine Verpflichtung, § 132 GWB „auszuschöpfen“, Auftraggeber kann auch ein neues Vergabeverfahren durchführen („stets die bessere Alternative“)
 - Kündigung der bestehenden Rahmenvereinbarung nach § 133 GWB nicht nötig

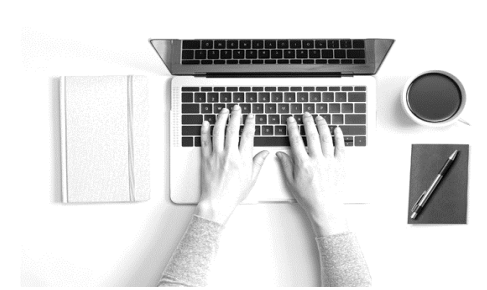
Ausnahmen, § 132 Abs. 2 GWB



Wesentliche Änderung, aber kein neues Vergabeverfahren, wenn

Nr. 1 in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungs-klauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert	Nr. 2 zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre, Änderung < 50% des ursprünglichen Auftragswerts	Nr.3 die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert, Änderung < 50% des ursprünglichen Auftragswerts	Nr. 4 ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt ... b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, ..., im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie z.B. Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt,..
--	---	---	---

Klare Klausel?



- **VK Berlin, Beschluss v. 13.09.2019 – VK B 1-13/19**
 - Ausschreibung Rahmenvereinbarung Betrieb von Heizanlagen sowie Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen einschließlich aller optionalen Vertragsverlängerungen für die Laufzeit von 16 Jahren
 - In Betreibervertrag vollumfängliche Reduzierungen oder Erweiterungen des Leistungsumfangs als einseitiges Leistungserweiterungs- bzw. -änderungsrecht des Auftraggebers geregelt
 - Regelung,
"dass der AG als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB verpflichtet sein kann, insbesondere Leistungen, die nicht von dem Leistungssoll dieses Vertrages umfasst sind oder im Übrigen als eine wesentliche Vertragsänderung einzustufen sind, nach den Vorgaben des Vergaberechts zu beschaffen"

Klare Klausel?



- **VK Berlin, Beschluss v. 13.09.2019 – VK B 1-13/19**
 - Für einen Bieter muss eindeutig erkennbar sein, wann und in welchem Umfang einseitige Leistungsänderungen für den Auftraggeber möglich sind und wann eine separate Beschaffung im Wege eines neuen Vergabeverfahrens erfolgen wird
 - Ein einseitiges Leistungserweiterungs- bzw. -änderungsrecht verstößt gegen den Transparenzgrundsatz sowie gegen § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV, wenn eine ungefähre Mengeneinschätzung der Erweiterung gänzlich fehlt
 - Keine Zulässigkeit nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB wegen des Fehlens eindeutiger Angaben insbesondere zum Umfang der potentiellen Vertragsänderungen

Umsetzung in der Praxis



- Ordnungsgemäße Auftragswertschätzung, soweit möglich Angabe einer Höchstmenge
- Ausführliche Dokumentation, inwiefern der Bedarf nicht abschließend ermittelt werden kann und deswegen offen bleibt
- Klare und konkrete Angabe zur etwaigen Vertragsänderungen/Anpassungen/Leistungserweiterungen in Vergabeunterlagen
- Anpassungen der Rahmenvereinbarungen anhand der Vorgaben in § 132 GWB
- Bei Mengenüberschreitungen die geschätzte Abnahmemenge zur Ermittlung der ursprüngliche Auftragssumme ansetzen



Voraussetzungen für eine Anpassung infolge der Corona-Pandemie

Ausnahmen, § 132 Abs. 2 GWB



Wesentliche Änderung, aber kein neues Vergabeverfahren, wenn

Nr. 1	Nr. 2	Nr.3	Nr. 4
<p>in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert</p>	<p>zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers</p> <ul style="list-style-type: none">a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann undb) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre, Änderung < 50% des ursprünglichen Auftragswerts	<p>die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert, Änderung < 50% des ursprünglichen Auftragswerts</p>	<p>ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt ...</p> <p>b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, ..., im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie z.B. Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt,..</p>

§ 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB?



- Umstände, die Auftraggeber im Rahmen seiner **Sorgfaltspflichten nicht vorhersehen** konnte
 - Bejaht für Corona-Pandemie
 - Rundschreiben des BMWi vom 19.03.2020, wohl auch: EU- Kommission, Leitlinie vom 01.04.2020, zumindest bzgl. des Bedarfs von Krankenhäusern und anderen Gesundheitseinrichtungen
 - Verweis auf Rundschreiben in Erlassen der Bundesländer
- **Gesamtcharakter** des Vertrags muss unverändert bleiben
 - Änderung: Liefer- statt Dienstleistung
 - Keine Änderung: Erhöhung der Liefermengen, bestehender Liefervertrag wird um weitere Gegenstände ergänzt wird, die dem gleichen oder einem ähnlichen Zweck gelten
 - Vertragsverlängerungen?
- Änderung **nicht mehr als 50 %** des ursprünglichen Auftragswerts
- **Bekanntmachung** im EU-Amtsblatt, § 132 Abs. 5 GWB

Anpassung nach § 313 BGB?



- Corona-Pandemie kann unter Umständen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB sein
- Verhältnis Vertragsanpassung nach § 313 BGB zu § 132 GWB?
 - Strittig, überwiegend: Anpassung gem. § 313 BGB unterfällt nicht dem Anwendungsbereich des § 132 GWB
- Bei Annahme von Störung der Geschäftsgrundlage
 - Anpassung nach § 313 BGB, unabhängig von der Frage der wesentlichen Änderung nach § 132 GWB

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



... und wenn Sie weitere Fragen haben ...



Rechtsanwältin Monika Prell
Fachanwältin Vergaberecht, Partnerin
SammlerUsinger Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB
monika.prell@sammlerusinger.com
T +49 30 263 95 09 - 197