

Schulreformen: Lehrbeispiel für unzulässige Vertragsänderungen?

In Österreich treten etwa alle zwei Jahre Schul- oder Bildungsreformen in Kraft.
Zugleich werden zunehmend langfristige Partnerschaften mit privaten Unternehmen
für Errichtung, Finanzierung und technischen Betrieb von Schulen geschlossen.
Wie man diese Verträge fit für häufige Reformen macht, ist nicht immer klar.*

„Wesentliche Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit sind nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig.“ Dieser Satz gibt einen Grundsatz wieder, den der Europäische Gerichtshof in knapp 10 Judikaten seit 1998 entwickelt hat. Die EU Vergaberichtlinien 2014 formen diesen Grundsatz aus; die österreichische Vergaberechtsreform 2017 sieht dafür vor allem den neuen § 366 BVergG vor.



Thomas Hamerl, CMS

Die praktische Bedeutung dieses Paragraphen dürfte groß werden. Er kann jeden länger laufenden öffentlichen Vertrag betreffen. Je länger die Laufzeit, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich während dieser Zeit Gegebenheiten ändern, auf die mit einer Vertragsanpassung reagiert werden muss. Das ist nur dann ohne Auflösung des alten

Vertrages und Neuausschreibung möglich, wenn die Änderung unwesentlich ist.

Anpassungsklauseln

Neue Schulformen wie die Wiener Campus-Modelle werden immer öfter mit Betreibermodellen umgesetzt, die 20 bis 25 Jahre laufen. Abgesehen von geringen Anpassungen des Auftragswertes, sind vor allem jene Änderungen zulässig, für die schon der ursprüngliche Vertrag vorsorgt. Unzulässig sind Vertragsanpassungen, die zu einem Auftrag führen, an dem auch andere Bieter interessiert gewesen wären, oder die die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes ermöglicht hätten.

Jeder öffentliche Auftraggeber ist also gut beraten, bei langlaufenden Verträgen die Bestimmungen zu Leistungsänderungen usw. sorgfältig zu formulieren. Das Vergaberecht erlaubt Änderun-

gen, die „in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln und Optionen vorgesehen sind“. Auch wenn die künftige Änderung nicht exakt vorhersehbar ist: Diese Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art der möglichen Änderungen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen. Die Grenze zulässiger Anpassung ist überschritten, wenn sich der Gesamtcharakter des Vertrags ändert.

Riskante Änderungen

Riskant sind Änderungen von Umfang und inhaltlicher Ausgestaltung gegenseitiger Rechte und Pflichten. Es ist schwer vorstellbar, warum künftige Entwicklungen z.B. eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist privater Errichter und Verwalter einer Schule erforderlich machen. Wohl aber können nach einigen Jahren

zusätzliche Bauleistungen (z.B. Umbau von Klassenzimmern), Lieferungen (z.B. erweiterte Ausstattung des Chemiesaales) oder Leistungen (z.B. längere Öffnungszeiten, Schaffung einer Kantine) notwendig werden.

Zulässige Änderungen

Nach der Vergabe-Richtlinie kann in solchen Fällen eine Änderung des ursprünglichen Auftrages ohne neues Vergabeverfahren gerechtfertigt sein, wenn zusätzliche Lieferungen als Teileersatz oder zur Erweiterung bestehender Lieferungen bestimmt sind und ein Wechsel des Lieferanten zu Unvereinbarkeiten verschiedener Fabrikate oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Gebrauch und Instandhaltung führen würde. Auch eine präzise und eindeutig formulierte Anpassungsklausel müsste solche Erweiterungen zulässig machen. Die Richtlinie zählt Beispiele auf: Preisindexierungen

oder Anpassungen an technologischen Fortschritt. Auch außerordentliche Instandhaltung darf ohne Neuausschreibung beauftragt werden.

Deshalb sollten vertragliche Anpassungsklauseln auch möglichst viele weitere Fälle abdecken und präzise regeln, wie vorzugehen ist. Wenn die ursprünglichen Preise oder zumindest Preisermittlungsmethoden verwendet werden, ist die Gefahr unzulässiger Änderungen der wechselseitigen Rechte und Pflichten gemildert.

Sogar ein Wechsel des Auftragnehmers kann zulässig sein, wenn der neue Auftragnehmer in den unveränderten Altvertrag eintritt und die ursprünglichen Eignungskriterien gleich gut erfüllt.

Nicht einmal eine gütliche Streitbeilegung ist gestattet, wenn sie zu einer Vertragsänderung führt. Der EuGH hat in zwei Fällen entschieden, dass sogar ein Vergleich, der Gerichtsverfahren vermeidet und vernünftige Lösungen erzielt, unzulässig ist. Aber eine Streitbeilegung nach „klar, präzise und eindeutig formulierten“ Klauseln ohne unbeschränkten Ermessensspielraum ist zulässig.

* 2013: Lehrerdienstrecht, 2015: Schulreform, 2017: Bildungsreform, 2019: verschobene Oberstufenreform.

Der Autor

Thomas Hamerl ist Vergaberechts- und Infrastrukturexperte bei CMS Reich-Rohrwig Hainz. thomas.hamerl@cms-rrh.com
Web: cms.law