



Abschließende Mitteilung

an das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des
Innern

über die Prüfung

Auftragsänderungen in der unmittelbaren Bundesver-
waltung

Teilprüfung beim Beschaffungsamt des Bundesministeriums des
Innern

Diese Prüfungsmitteilung enthält das vom Bundesrechnungshof abschließend im Sinne des § 96 Abs. 4 Satz 1 BHO festgestellte Prüfungsergebnis. Die Entscheidung über eine Weitergabe an Dritte bleibt dem Bundesrechnungshof vorbehalten.

Gz.: V 5 - 2018 - 0079

Bonn, den 6. Januar 2021

Inhaltsverzeichnis

0	Zusammenfassung	3
1	Vorbemerkungen	9
1.1	Prüfungsanlass, -durchführung und -ziel	9
1.2	Das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern	9
1.3	Regelungen des Beschaffungsamtes des Bundesministeriums des Innern zu Auftragsänderungen	10
2	Änderung des maximalen Abrufvolumens von Rahmenvereinbarungen	11
3	Laufzeitverlängerungen bei Rahmenvereinbarungen	19
4	Überprüfungsklauseln	22
5	Überschreiten der zulässigen Wertgrenze für Auftragswerterhöhungen	26
6	Bekanntmachungen nach § 132 Absatz 5 GWB	30
7	Dokumentation	31
8	Gesamtwürdigung und Empfehlung	36
Anlage		

0 Zusammenfassung

Der Bundesrechnungshof hat geprüft, ob und wie das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern (Beschaffungsamt) bei Auftragsänderungen die seit den Reformen des Vergaberechts geltenden Regelungen beachtet.

Seine vorläufigen Feststellungen und Empfehlungen hat der Bundesrechnungshof mit Prüfungsmitteilung vom 18. Mai 2020 dem Beschaffungsamt übersandt. Das Beschaffungsamt hat dazu mit E-Mail vom 29. September 2020 Stellung genommen. Die Stellungnahme hat der Bundesrechnungshof in der Abschießenden Prüfungsmitteilung berücksichtigt. Er hat im Wesentlichen festgestellt:

- 0.1 In Rahmenvereinbarungen legte das Beschaffungsamt ein maximales Abrufvolumen für Einzelaufträge fest. Die Verträge sollten enden, sobald dieses erreicht würde. Das Beschaffungsamt stellte fest, dass das Abrufvolumen früher ausgeschöpft werden würde als erwartet. Es erhöhte durch Auftragsänderung ohne erneutes Vergabeverfahren die Höchstmenge, bis zu der Einzelabrufe aus dem Rahmenvertrag zulässig sein sollten. Den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren begründete das Beschaffungsamt mit vergaberechtlichen Ausnahmetatbeständen.

Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass die Voraussetzungen dieser Ausnahmetatbestände nicht vorlagen.

Er hat empfohlen, für ein effektives Vertragscontrolling zu sorgen. Dadurch kann es künftig Versorgungslücken, die durch vorzeitig ausgeschöpfte Rahmenvereinbarungen entstehen, vermeiden und rechtzeitig ein neues Vergabeverfahren einleiten.

Das Beschaffungsamt hat den Beanstandungen grundsätzlich beige-pflichtet. Es hat allerdings eingewandt, ein effektives Vertragscontrolling sei ihm nicht möglich. Es stelle die Rahmenvereinbarungen dem Kaufhaus des Bundes zur Verfügung. Die Bedarfsträger riefen Leistungen aber häufig nicht elektronisch über das Kaufhaus des Bundes ab. Das Beschaffungsamt sei nicht zuletzt wegen des Ressortprinzips nicht in der Lage, den Bedarfsträgern einen konsequenten elektronischen

Abruf über das Kaufhaus des Bundes vorzuschreiben. Es plane, den Ausschöpfungsgrad von Rahmenvereinbarungen mit Unterstützung der Auftragnehmer vierteljährlich zu überprüfen.

Zu einem der Ausnahmetatbestände hat es einen den Ausführungen des Bundesrechnungshofes entgegengesetzten Standpunkt eingenommen. Hierzu hat es sich auf eine in der vergaberechtlichen Literatur vertretene Meinung berufen.

Die Ausführungen des Beschaffungsamtes zum Vertragscontrolling und zum Vorliegen des Ausnahmetatbestands überzeugen den Bundesrechnungshof nicht. Die Nutzungsbedingungen des Kaufhauses des Bundes schreiben einen elektronischen Abruf vor. Nur unter engen Voraussetzungen ist es zulässig, hiervon abzuweichen. Nach den Nutzungsbedingungen hat die Geschäftsstelle des Kaufhauses des Bundes auch Sanktionsmöglichkeiten. Diese Sanktionsmöglichkeiten sollten ausgeschöpft werden.

Das Beschaffungsamt hat die zu dem betreffenden Ausnahmetatbestand vertretene Literaturmeinung nicht vollständig wiedergegeben. Auch diese Literaturmeinung führt im Ergebnis dazu, dass der Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren nicht gerechtfertigt war.

Der Bundesrechnungshof hält daher an seinen Beanstandungen fest. Er erwartet, dass das Beschaffungsamt seinen Empfehlungen vollumfänglich folgt. Mit diesem Hinweis schließt er den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren ab. Er behält sich vor, ihn in einer Kontrollprüfung noch einmal aufzugreifen. (Tz. 2)

- 0.2 In einigen Fällen verlängerte das Beschaffungsamt die Laufzeit von Rahmenvereinbarungen über die ursprünglich vereinbarten vier Jahre hinaus. Der Bundesrechnungshof hat dies als vergaberechtswidrig beanstandet. Durch die Verlängerung überschritt die Laufzeit die zulässige Regelhöchstlaufzeit von Rahmenvereinbarungen. Dies ist nur im Ausnahmefall gestattet. Gründe nannte das Beschaffungsamt nicht.

Das Beschaffungsamt hat die Vergaberechtsverstöße eingeräumt.

Der Bundesrechnungshof erwartet, dass das Beschaffungsamt künftig die vergaberechtliche Bestimmung für die zulässige Höchstlaufzeit von Rahmenvereinbarungen beachtet. Mit diesem Hinweis erklärt er den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren für erledigt. (Tz. 3)

- 0.3 Bei Aufträgen über Reinigungsleistungen erweiterte das Beschaffungsamt nachträglich die zu reinigenden Flächen. Es begründete die vergaberechtliche Zulässigkeit dieser Auftragsänderungen mit vertraglich vereinbarten Anpassungsklauseln. Der Bundesrechnungshof hat darauf hingewiesen, dass diese Klauseln nicht die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllten, die einen Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren rechtfertigen. Klauseln, in denen sich der Auftraggeber vorbehalten hat, Änderungen einseitig anzuordnen, ohne dass eine bestimmbare Grenze hinsichtlich des Umfangs festgelegt ist, genügen den Anforderungen nicht.

Das Beschaffungsamt hat mitgeteilt, es verwende die betreffenden Vertragsklauseln nicht mehr. Die von ihm aktuell verwendete Standardklausel ließe es zu, die zu reinigenden Flächen im Wege der Auftragsänderung ohne erneutes Vergabeverfahren anzupassen. Soweit sichergestellt sei, dass bei der Auftragsänderung die Geringfügigkeitsgrenze des § 132 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) von 10 % des ursprünglichen Auftragswertes nicht überschritten werde, sei es vergaberechtlich vertretbar, relativ allgemein gehaltene Änderungsklauseln vorab in Verträge aufzunehmen.

Der Bundesrechnungshof weist darauf hin, dass auch die geänderte Anpassungsklausel die Voraussetzungen des entsprechenden Ausnahmetatbestands nicht erfüllt. Ihr Wortlaut stellt nicht sicher, dass die Geringfügigkeitsgrenze des § 132 Absatz 3 GWB nicht überschritten wird. Eine Erhöhung der zu reinigenden Flächen ist nach wie vor theoretisch grenzenlos möglich. Will das Beschaffungsamt den Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren mit einer Anpassungsklausel rechtfertigen, muss es die Begrenzung unmissverständlich formulieren.

Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass das Beschaffungsamt seine Hinweise berücksichtigt. Er sieht deshalb von einer

Weiterverfolgung des Punktes im laufenden Prüfungsverfahren ab. Er behält sich vor, diesen Punkt noch einmal in einer späteren Prüfung aufzugreifen. (Tz. 4)

- 0.4 Auftragsänderungen nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummern 2 und 3 GWB sind nur bis zu einem Höchstwert von 50 % des ursprünglichen Auftragswertes zulässig. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Änderungen gilt der Höchstwert für jede einzelne Änderung, sofern der Auftraggeber nicht in der Absicht handelt, den Höchstwert zu umgehen.

Das Beschaffungsamt änderte Rahmenvereinbarungen mehrfach ab und schöpfte jedes Mal den Höchstwert aus. Zwischen den Änderungen des jeweiligen Auftrags lagen teilweise nur wenige Monate. Es war auch in anderen Fällen nicht auszuschließen, dass das Beschaffungsamt die Notwendigkeit einer weiteren Änderung bei der vorangegangenen Änderung hätte erkennen können. Der Bundesrechnungshof hat darauf hingewiesen, dass sich das Beschaffungsamt damit dem Verdacht einer Umgehungsabsicht aussetzt. Um einem solchen Verdacht vorzubeugen, hätte das Beschaffungsamt bei der weiteren Auftragsänderung dokumentieren müssen, warum es diese nicht bereits bei der früheren Änderung vorhersehen und bei der Schätzung des Auftragswertes berücksichtigen konnte.

Das Beschaffungsamt hat mitgeteilt, es könne die Empfehlung des Bundesrechnungshofes, durch Dokumentation dem Verdacht einer Umgehungsabsicht vorzubeugen, ohne Schwierigkeiten umsetzen. Allerdings könne bei aufeinander folgenden Änderungen nicht automatisch eine Umgehungsabsicht unterstellt werden.

Der Bundesrechnungshof hält an seiner Kritik fest. Er hat nicht behauptet, bei mehreren aufeinanderfolgenden Auftragsänderungen, durch die jeweils die 50-%-Grenze ausgeschöpft wird, bestehe automatisch eine Umgehungsabsicht. Der Auftraggeber setzt sich aber dem Verdacht einer solchen Absicht aus, wenn zwischen diesen Änderungen ein kurzer zeitlicher Abstand besteht oder bei der vorangegangenen Änderung die Notwendigkeit einer weiteren Änderung erkennbar war. Dem sollte er durch eine entsprechende Dokumentation vorbeugen.

Der Bundesrechnungshof erwartet, dass das Beschaffungsamt seiner Empfehlung folgt. Mit diesem Hinweis schließt er den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren ab. Er behält sich vor, ihn in einer Kontrollprüfung noch einmal aufzugreifen. (Tz. 5)

- 0.5 Das Beschaffungsamt verstieß mehrfach gegen die gesetzliche Pflicht, Auftragsänderungen im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

Es hat zugesagt, Auftragsänderungen künftig bekannt zu machen, wenn dies vergaberechtlich vorgeschrieben ist. Es habe seine Dienstweisung für Beschaffungen um eine Regelung zur Bekanntmachungspflicht ergänzt. Auch enthielten neue Vordrucke, die die Beschäftigten zu verwenden hätten (Tz. 7), einen entsprechenden Verfügungspunkt.

Im Hinblick auf die Zusage des Beschaffungsamtes und die von ihm ergriffenen Maßnahmen sieht der Bundesrechnungshof die Prüfung in diesem Punkt als erledigt an. (Tz. 6)

- 0.6 In einigen Fällen dokumentierte das Beschaffungsamt Auftragsänderungen nicht oder nicht vollständig. Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass das Beschaffungsamt damit gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstieß.

Verzichtet das Beschaffungsamt auf ein erneutes Vergabeverfahren, muss es dies vergaberechtlich rechtfertigen. Beruft es sich auf einen Ausnahmetatbestand muss es sorgfältig begründen, warum die Voraussetzungen dieses Tatbestands vorliegen. Das Beschaffungsamt muss sicherstellen, dass die Beschäftigten ihren Dokumentationspflichten vollständig nachkommen. Seine hausinternen Regelungen zur Dokumentation von Auftragsänderungen genügen nicht. Der Bundesrechnungshof hat empfohlen, standardisierte Vorgaben für die Dokumentation zu machen.

Das Beschaffungsamt hat die Mängel im Wesentlichen eingeräumt und die Notwendigkeit, die Qualität und Transparenz der Dokumentation zu verbessern, anerkannt. Es hat über Maßnahmen berichtet, mit denen

es dieses Ziel verwirklichen will. Hierzu zählen auch Vordrucke und Mustervermerke mit standardisierten Vorgaben und Inhalten, die es den Beschäftigten zur Verfügung gestellt habe.

Im Hinblick auf die vom Beschaffungsamt zugesagten und ergriffenen Maßnahmen sieht der Bundesrechnungshof den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren als erledigt an. (Tz. 7)

- 0.7 Die Feststellungen des Bundesrechnungshofes belegen zahlreiche Vergaberechtsverstöße. Sie offenbaren, dass den Beschäftigten Kenntnisse der vergaberechtlichen Regelungen zu Auftragsänderungen fehlen. Der Bundesrechnungshof hat das Beschaffungsamt aufgefordert, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Beschäftigten künftig das Vergaberecht beachten.

Das Beschaffungsamt hat mitgeteilt, dass es sowohl Bestandspersonal als auch neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Vergaberecht schule. Es hat über verschiedene Maßnahmen berichtet, mit denen es die aufgezeigten Defizite abstellen wolle. (Tzn. 6 und 7)

Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass die durch die Schulungen vermittelten Kenntnisse auch solche der vergaberechtlichen Regelungen zu Auftragsänderungen umfassen. Es bleibt abzuwarten, ob die Schulungen und die weiteren Maßnahmen den gewünschten Erfolg zeigen. Der Bundesrechnungshof behält sich eine Kontrollprüfung ausdrücklich vor. (Tz. 8)

1 Vorbemerkungen

1.1 Prüfungsanlass, -durchführung und -ziel

Anlass für unsere Prüfung sind die Vergaberechtsreformen im Ober- und Unterschwellenbereich.

Seit der Vergaberechtsreform im Oberschwellenbereich, die am 18. April 2016 in Kraft getreten ist, enthält der Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in § 132 erstmals gesetzliche Bestimmungen, die die Zulässigkeit von Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ohne erneutes Vergabeverfahren regeln.

Nach Inkraftsetzung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für den Bund gelten seit dem 2. September 2017 auch unterhalb der Schwellenwerte Regelungen für Auftragsänderungen. Hier bestimmt § 47 UVgO, unter welchen Voraussetzungen Auftragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren zulässig sind.

Die Regelungsinhalte der §§ 132 GWB und 47 UVgO sind in der Anlage vollständig wiedergegeben.

Gegenstand unserer Prüfung sind Auftragsänderungen, bei denen das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern (BeschA) das reformierte Vergaberecht anzuwenden hatte. Wir haben folglich Auftragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren aus der Zeit nach dem 17. April 2016 im Ober- und nach dem 1. September 2017 im Unterschwellenbereich untersucht. Dies waren im Prüfungszeitraum 166 überschwellige und 35 unterschwellige Auftragsänderungen.

Ziel der Prüfung ist es, Erkenntnisse zu gewinnen, ob das BeschA die neuen Bestimmungen beachtet.

1.2 Das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern

Das BeschA ist eine nicht rechtsfähige Anstalt des Bundes im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) mit Sitz in Bonn und seit Juli 2020 einer weiteren Dienststelle in Erfurt.

Neben der zentralen Beschaffung von Gütern (Waren und Dienstleistungen) für den Geschäftsbereich des BMI bietet das BeschA auch die Durchführung von

Beschaffungsverfahren für andere Geschäftsbereiche in der Bundesverwaltung an.

Darüber hinaus schließt das BeschA als eine der vier am Kaufhaus des Bundes (KdB) beteiligten zentralen Beschaffungsstellen des Bundes ressortübergreifende Rahmenvereinbarungen über bündelungsfähige Standardprodukte ab.

Seit dem 1. Januar 2017 ist das BeschA mit der Zentralstelle IT-Beschaffung (ZIB) auch für die Ausschreibung und das Vertragsmanagement von IT-Rahmenverträgen für die gesamte unmittelbare Bundesverwaltung zuständig.

Das Vergabevolumen des BeschA betrug im Jahr 2018 insgesamt 1 887 Mio. Euro.

1.3 Regelungen des Beschaffungsamtes des Bundesministeriums des Innern zu Auftragsänderungen

Für alle Beschäftigten, die mit der Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen im BeschA gemäß Errichtungserlass sowie ergänzender Aufgabenübertragungserlasse betraut sind, gilt die Dienstanweisung für die Durchführung von Beschaffungen (DA Beschaffung). Seit der Fassung vom 9. November 2017 enthält sie Regelungen zu Auftragsänderungen. § 50 der zur Zeit der Erhebungen geltenden Fassung¹ lautet:

„(1) Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren, sofern keine Ausnahme nach § 132 Absatz 2 und 3 GWB ggf. bei unterschwelligen Vergaben in Verbindung mit § 47 UVgO besteht. In Zweifelsfällen sind frühzeitig die Referatsleitung und Z 13 bzw. die für das Vergaberecht zuständige Person (bei Verfahren der Abteilung ZIB) zu beteiligen.

(2) Die Notwendigkeit, Zulässigkeit und Umsetzbarkeit einer Auftrags-/Vertragsänderung sind durch die für das Vertragsmanagement zuständige Person zu prüfen und in der elektronischen Akte zu dokumentieren (im Rahmen der Aktion „Auftrags-/Vertragsänderung“). Der Prüfvermerk sowie der Entwurf der Auftrags-/Vertragsänderung sind zur Mitzeichnung vorzulegen. Der neue Auftragswert berechnet sich dabei aus dem ursprünglichen Auftragswert plus dem Wert der Auftragsänderung. (...)“

¹ Stand 11. Juli 2019. § 48 der DA Beschaffung in der Fassung vom 9. November 2017 hatte einen fast identischen Wortlaut.

Darüber hinaus regelt die DA Beschaffung das weitere interne Verfahren bei Auftragsänderungen.

2 Änderung des maximalen Abrufvolumens von Rahmenvereinbarungen

(1) In vielen Fällen erhöhte das BeschA das maximale Abrufvolumen von Rahmenvereinbarungen, ohne ein neues Vergabeverfahren durchzuführen. Es rechtfertigte den Wettbewerbsverzicht mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB. Nach dieser Vorschrift ist eine wesentliche Auftragsänderung ausnahmsweise ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig, wenn *„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“.*

Beispiel:

Am 15. September 2015 schloss das BeschA einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Hard- und Software sowie Beratungsleistungen. Der Vertrag enthielt eine Liste abrufbarer Leistungen. Begünstigte Bedarfsträger des Vertrags waren Bundesbehörden. Die Bedarfsträger durften bei dem Auftragnehmer während der Geltung des Vertrags die dort aufgeführten Leistungen abrufen.

In dem Vertrag legte das BeschA eine Höchstmenge für Leistungsabrufe mit 44 Mio. Euro fest. Der Vertrag sollte enden, sobald dieses maximale Abrufvolumen erreicht würde, spätestens im Juli 2019.

Im Jahr 2018 stellte das BeschA fest, dass das Abrufvolumen früher ausgeschöpft sein würde als vor Vertragsschluss erwartet. Es befürchtete, dass einzelne Bedarfsträger in ihrer Aufgabenerfüllung beeinträchtigt würden, wenn Abrufe aus dem Rahmenvertrag nicht mehr möglich wären.

Aus diesem Grund erhöhte es durch Auftragsänderung ohne erneutes Vergabeverfahren die Höchstmenge, bis zu der Einzelabrufe aus dem

Rahmenvertrag zulässig sein sollten. Der Wert dieser Auftragsänderung betrug 20 Mio. Euro.

Der zusätzliche Bedarf an den Leistungen sei im Vorfeld nicht absehbar gewesen.

Die Liste der aus dem Rahmenvertrag abrufbaren Leistungen erweiterte das BeschA nicht.

In anderen Fällen berief es sich auf § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB, um den Wettbewerbsverzicht bei Auftragsänderung zu rechtfertigen. Danach kann der Auftraggeber einen ausschreibungspflichtigen Auftrag ausnahmsweise ohne erneutes Vergabeverfahren ändern, wenn *„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“*.

Beispiele:

Im Jahr 2017 hatte das BeschA einen Rahmenvertrag über IT-Management- und Strategieberatung geschlossen. Auch dieser Vertrag enthielt eine Liste von abrufbaren Leistungen.

Vereinbart war eine Laufzeit von einem Jahr mit einer Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr. Als maximal mögliches Abrufvolumen hatte es 27 000 Personentage festgelegt. Je Personentag waren unterschiedliche Vergütungen vereinbart, abhängig von der benötigten Qualifikation der Person. Umgerechnet entsprach das maximal mögliche Abrufvolumen einem Wert zwischen 24,5 und 25 Mio. Euro.

Anfang des Jahres 2018 stellte das BeschA auch hier fest, dass

- das maximale Abrufvolumen des Rahmenvertrags vor Ende der Vertragslaufzeit ausgeschöpft werden würde und
- der Bedarf der Bedarfsträger dieses Abrufvolumen überstieg.

Es erhöhte das maximale Abrufvolumen dieses Rahmenvertrags im April, im Juli und im Oktober 2018 um jeweils 50 % des ursprünglichen Volumens.

In der Addition nahm das BeschA an diesem Rahmenvertrag Änderungen in einem Wert von umgerechnet zwischen 36,9 Mio. und 37,8 Mio. Euro vor. Der

neue Gesamtauftragswert betrug damit zwischen 61,4 Mio. und 62,8 Mio. Euro. Ein neues Vergabeverfahren führte es nicht durch.

Die erste Auftragsänderung begründete es damit, dass eine geänderte politische Schwerpunktsetzung durch die Bundesregierung zu erhöhtem Bedarf geführt habe. Auch der Bedarf von Bedarfsträgern sei z. B. aufgrund internationaler Bündnisverpflichtungen gestiegen. Dies sei bei Vertragsschluss ein Jahr zuvor nicht vorhersehbar gewesen.

Auch die zweite Änderung begründete das BeschA damit, dass die Bundesregierung dem Thema „Digitalisierung“ inzwischen unvorhersehbar höhere Bedeutung beimesse.

Bei der dritten Auftragsänderung äußerte es erhebliche Zweifel an der vergaberechtlichen Zulässigkeit, unterwarf sich aber einer Weisung durch das BMI. Es handle sich insbesondere um *„Mehrbedarfe in einem politisch wechselhaften Umfeld“*.

Auch bei anderen Rahmenvereinbarungen erhöhte das BeschA unter Berufung auf § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB das maximale Abrufvolumen. Zur Begründung des Ausnahmetatbestands führte es hier teilweise an, zusätzliche Aufgaben aufgrund eines Gesetzes seien bei Vertragsschluss nicht absehbar gewesen. Auch die Zunahme der Cyberkriminalität sei unvorhersehbar gewesen.

Eine Zunahme der Cyberkriminalität und damit die Erforderlichkeit, neue Sicherheitssysteme zu entwickeln, war bei Vertragsschluss, nämlich spätestens seit dem Jahr 2011 bekannt.²

(2) Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass die angeführten Begründungen es nicht rechtfertigten, das maximale Abrufvolumen der Rahmenvereinbarungen zu erhöhen und auf ein erneutes Vergabeverfahren zu verzichten. Die Auftragsänderungen waren vergaberechtswidrig.

§ 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB als Begründung

Dieser Ausnahmetatbestand war nicht einschlägig.

² Vgl. z. B. „Lagebilder Cybercrime“ des Bundeskriminalamtes vom 30. Juni 2011, 17. September 2012 und 14. August 2013.

Der Bundesrechnungshof hat darauf hingewiesen, dass der Regelungsgehalt dieser Vorschrift abzugrenzen ist von der Regelung § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB. Danach liegt eine wesentliche Auftragsänderung, die ein neues Vergabeverfahren erfordert, immer dann vor, wenn mit der Änderung der Umfang des Auftrags erheblich ausgeweitet wird.

Die reine Ausweitung von bereits im ursprünglichen Auftrag vorgesehenen Leistungen ist demnach nach § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB zu bewerten.³

Vorliegend waren in dem Beispielsfall die Leistungen inhaltsgleich zu den im Vertrag bezeichneten Leistungen. Der Leistungsgegenstand änderte sich nicht. Es handelte sich um eine bloße Erhöhung des maximalen Abrufvolumens.

Wenn der öffentliche Auftraggeber lediglich das Volumen von Leistungen ausweitet, die der Art nach bereits Gegenstand des Vertrags waren, ist dies kein Fall des § 132 Absatz 2 GWB, sondern ein Fall des § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB.⁴

Eine zahlenmäßige Auftragserweiterung kann allenfalls dann ein Fall des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB sein, wenn im Auftrag ein bestimmtes Leistungsziel definiert ist, das ohne die Erhöhung des Volumens nicht erreicht werden könnte.⁵ Dies ist z. B. denkbar, wenn alle zu einem bestimmten Zeitpunkt neu eingestellten 150 Beschäftigten mit IT ausgestattet werden sollten, aber versehentlich nur IT für 120 Beschäftigte bestellt wurde. Allgemeine Bedarfsdeckung reicht nicht, damit die Leistungen „erforderlich“ sind. Denn jede Beschaffung muss erforderlich sein. Dies gebietet § 6 BHO.

Die Erhöhung des Abrufvolumens war nicht im vorgenannten Sinn erforderlich. Allein ein zahlenmäßig gestiegener Beschaffungsbedarf rechtfertigt es grundsätzlich nicht, Rahmenvereinbarungen bis zu 50 % des Auftragswertes auszuweiten. Anderenfalls könnte der Auftraggeber das Beschaffungsvolumen von

³ Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 132 GWB, Rn. 38; Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 132 GWB, Rn. 27;

Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 132 GWB, Rn. 45.

⁴ Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 132 GWB, Rn. 23.

⁵ Vgl. Summa, Die vergaberechtsfreie Auftragsänderung, Chancen, Risiken und Nebenwirkungen (Teil 2/2), beck-online, S. 5, der das Beispiel einer Stückzahlerhöhung zur Erreichung des Leistungserfolges nennt.

Rahmenvereinbarungen immer wieder, theoretisch grenzenlos, ausweiten. Das wäre mit dem Wettbewerbsprinzip unvereinbar.

Durch Anwendung von § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB lässt sich nicht vermeiden, dass der Vertrag endet, wenn der Auftraggeber dessen maximales Abrufvolumen ausgeschöpft hat. Rahmenvereinbarungen ermöglichen den öffentlichen Auftraggebern bereits große Flexibilität bei ihren Beschaffungen. Weil Rahmenvereinbarungen wettbewerbsbeschränkend wirken, ist es nur in eng begrenzten Ausnahmefällen gestattet, bekannt gemachte oder gesetzlich festgelegte Vertragsgrenzen zu überschreiten.

§ 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB als Begründung

Die vom BeschA angeführten Gründe rechtfertigten es nicht, das maximale Abrufvolumen der Rahmenvereinbarung nach § 132 Absatz 2 Nummer 3 GWB zu erhöhen.

Nach der Regierungsbegründung betrifft Absatz 2 Nummer 3 Fälle, *„in denen öffentliche Auftraggeber mit externen Umständen konfrontiert werden, die sie zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht absehen konnten. 'Unvorhersehbare Umstände' sind solche Umstände, die auch bei einer nach vernünftigem Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des speziellen Projekts, der bewährten Praxis und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzungen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können.“*⁶

Umstände im vorgenannten Sinne nannte das BeschA nicht.

Insbesondere sind die von ihm dokumentierten Gründe – mit Ausnahme der ansteigenden Cyberkriminalität – keine „externen“ Umstände, wie nach dieser Norm erforderlich.

Zur Klärung der Frage, was unter „externen Umständen“ zu verstehen ist, kann die zu § 14 Absatz 4 Nummer 3 Verordnung über die Vergabe

⁶ Regierungsbegründung zu § 132 GWB, Bundestagsdrucksache 18/6281, S. 119.

öffentlicher Aufträge (VgV)⁷ ergangene Rechtsprechung herangezogen werden. Nach ihr sind dem öffentlichen Auftraggeber Umstände zuzurechnen, die seiner Sphäre entstammen. Auf ein Verschulden kommt es nicht an.⁸

Die vom BeschA angeführten Umstände betrafen organisatorische oder politische Entscheidungen der Bundesregierung bzw. des Parlaments und damit von Organen desselben öffentlichen Auftraggebers, der Bundesrepublik Deutschland. Die Umstände entstammen also der Sphäre des Auftraggebers und sind damit keine externen.

Die Zweifel, die das BeschA gegenüber dem BMI zumindest bei der dritten Auftragsänderung äußerte, waren nach alledem berechtigt.

Bei der „Zunahme der Cyberkriminalität“ handelt es sich zwar um einen „externen“ Umstand. Er war aber vorhersehbar. Denn bei Vertragsschluss zeichnete sich ab, dass die Cyberkriminalität kontinuierlich zunehmen würde.

Die Auftragsänderungen unter Verzicht auf erneute Vergabeverfahren waren mithin weder nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB noch nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB zulässig. Das BeschA verstieß gegen Vergaberecht.

Es darf wesentliche Auftragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren nur vornehmen, wenn dies vergaberechtlich zulässig ist. Der Bundesrechnungshof hat dem BeschA empfohlen, für ein effektives Vertragscontrolling zu sorgen. Dadurch kann es künftig Versorgungslücken, die durch ausgeschöpfte Rahmenvereinbarungen entstehen, vermeiden. Der Auftraggeber kann rechtzeitig ein neues Vergabeverfahren einleiten, wenn er frühzeitig feststellt, dass eine Rahmenvereinbarung voraussichtlich vor Ende der Vertragslaufzeit ausgeschöpft wird.

⁷ Nach § 14 Absatz 4 Nummer 3 VgV darf ein öffentlicher Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein.

⁸ Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht Kompaktcommentar, 4. Auflage 2017, § 14 VgV, Rn. 48 mit weiteren Nachweisen.

(3) Das BeschA hat den Ausführungen des Bundesrechnungshofes grundsätzlich beigeplichtet. Es komme aber vor, dass Rahmenvereinbarungen während ihrer Laufzeit volumenmäßig „aufgestockt“ werden müssten, weil die Summe der bisherigen Einzelabrufe das vorab geschätzte Gesamtvolumen teilweise deutlich vor dem geplanten zeitlichen Ablauftermin erreiche.

Das BeschA stelle die für die Bundesverwaltung abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen grundsätzlich im KdB zur Verfügung. Die Bedarfsträger sollten aus den Rahmenvereinbarungen elektronisch über das KdB abrufen. Auf diese Weise könne das BeschA das Abrufvolumen und der Ausschöpfungsgrad von Rahmenvereinbarungen durch das BeschA nachhalten. Bei Ausschöpfungsgraden laufender Rahmenvereinbarungen von 60 % und 80 % erfolge automatisch eine elektronische Meldung vom KdB an die zuständige Beschaffungsstelle. Die Bedarfsträger riefen jedoch regelmäßig aus den Rahmenvereinbarungen ohne Nutzung des KdB und damit ohne Kenntnis des BeschA ab. Ein effektives Vertragscontrolling durch das BeschA sei ohne durchgehende elektronische Abrufe nicht möglich.

Das BeschA sei insbesondere wegen des Ressortprinzips nicht in der Lage, einen konsequenten elektronischen Abruf vorzuschreiben. Zukünftig beabsichtige das BeschA, die Ausschöpfungsgrade quartalsweise direkt vom Auftragnehmer im KdB zu erfragen.

Das BeschA halte § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB auf die Erhöhung des maximalen Abrufvolumens von Rahmenvereinbarungen für anwendbar. Die Vorschrift beschränke sich nicht auf „zusätzliche“ Leistungen, die fachlich-inhaltlich nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren. In der Kommentarliteratur sei die Abgrenzung von § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB umstritten. Es gebe Stimmen in der Literatur, die die Anwendung des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB auch auf die mengenmäßige Erweiterung von Leistungen befürworteten, die ihrer Art nach im bisherigen Leistungsprogramm schon vorgesehen waren.⁹

Die Anwendung des § 132 GWB auf Rahmenvereinbarungen dürfe allerdings nicht dazu führen, dass eine erforderliche Neuausschreibung allzu weitgehend verzögert werde oder sogar gänzlich unterbliebe. Jedoch werde es auch bei

⁹ Das BeschA verweist auf Jaeger in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht 2. Auflage 2018, Kommentierung zu § 132 GWB, Rn. 32 ff.

einem verbesserten Ausschreibungsmanagement Fälle geben, in denen ein direkter zeitlicher Anschluss eines Folgevertrags an den vorherigen Vertrag nicht gelinge und in denen die Anwendung des § 132 GWB helfen könne, nachteilige Folgen auf die Bedarfsdeckung zu vermeiden. Zu denken sei etwa an Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren in der zweiten Instanz.

(4) Das BeschA hat die Mängel grundsätzlich eingeräumt. Seine Einwände im Übrigen entkräften die Kritik nicht.

Der Bunderechnungshof begrüßt zwar die Bemühungen des BeschA, zukünftig die Ausschöpfungsgrade der Rahmenvereinbarungen quartalsweise festzustellen. Hierfür auf die Mithilfe der Auftragnehmer angewiesen zu sein, darf jedoch keine dauerhafte Lösung sein. Das BeschA sollte Maßnahmen ergreifen, um die Daten eigenständig zu erheben. Die Erklärung, es sei nicht zuletzt wegen des Ressortprinzips nicht in der Lage, einen konsequenten elektronischen Abruf vorzuschreiben, überzeugt nicht.

Nach § 5 der Nutzungsbedingungen des KdB¹⁰ erfolgen die Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen des Bundes eigenverantwortlich über den elektronischen Bestellweg im KdB. Soweit ausnahmsweise erhebliche Gründe einer elektronischen Bestellung entgegenstehen (z. B. fehlende Katalogdaten oder Ausfall des KdB), können die in der Rahmenvereinbarung als Bedarfsträger benannten Behörden und Einrichtungen unter Bezugnahme auf diese Rahmenvereinbarungen übergangsweise für einen begrenzten Zeitraum Abrufe auf einem anderen Wege tätigen. In einem solchen Fall ist die Abstimmung mit der Geschäftsstelle KdB zu suchen.

§ 11 der Nutzungsbedingungen sieht Sanktionen bei Verstößen vor: So zeigt die Geschäftsstelle des KdB Verstöße gegen die Nutzungsbedingungen bei der Rechts- und Fachaufsicht der betroffenen Behörden und Einrichtungen an. Das BeschA hat hierzu nichts vorgetragen. Es sollte die Sanktionsmöglichkeiten ausschöpfen.

Auch die Ausführungen des BeschA zu § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB überzeugen nicht. Selbst wenn man der Literaturmeinung zur Auslegung des Begriffs „zusätzliche Leistungen“ folgte, wäre vorliegend ein Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB nicht

¹⁰ Stand: 14. September 2018.

gerechtfertigt gewesen. Auch nach dieser Literaturmeinung muss die Änderung zur Erreichung des Ziels bzw. zur Vollendung des Ursprungsauftrags erforderlich sein.¹¹ Dies deckt sich mit der Ausnahme, die der Bundesrechnungshof anerkannt hat. Auch nach seiner Auffassung kann eine zahlenmäßige Auftragserweiterung ein Fall des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB sein, wenn im Auftrag ein bestimmtes Leistungsziel definiert ist, das ohne die Erhöhung des Volumens nicht erreicht werden könnte. Der Bundesrechnungshof hat aber darauf hingewiesen, dass eine allgemeine Bedarfsdeckung nicht ausreicht, damit die zusätzlichen Leistungen „erforderlich“ im Sinne des Ausnahmetatbestands sind. Eine solche Ausnahme lag in den geprüften Fällen daher nicht vor.

Der Bundesrechnungshof hält an seinen Beanstandungen fest. Er erwartet, dass das BeschA seinen Empfehlungen vollumfänglich folgt. Mit diesem Hinweis schließt er den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren ab. Er behält sich ausdrücklich vor, ihn noch einmal in einer Kontrollprüfung aufzugreifen.

3 Laufzeitverlängerungen bei Rahmenvereinbarungen

(1) Im November 2013 schloss das BeschA einen Rahmenvertrag über die Beratung im IT-Projektmanagement. Die Vertragslaufzeit betrug zwei Jahre. Zudem hatte es das Recht, den Rahmenvertrag zweimal um jeweils ein weiteres Jahr zu verlängern. Von diesem Recht machte das BeschA Gebrauch. Der Rahmenvertrag sollte daher im November 2017 nach insgesamt vier Jahren auslaufen.

Im März 2017 vereinbarte es mit dem Auftragnehmer eine weitere Vertragsverlängerung. Es verlängerte den Vertrag über November 2017 hinaus um zunächst fünf Monate bis zum März 2018.

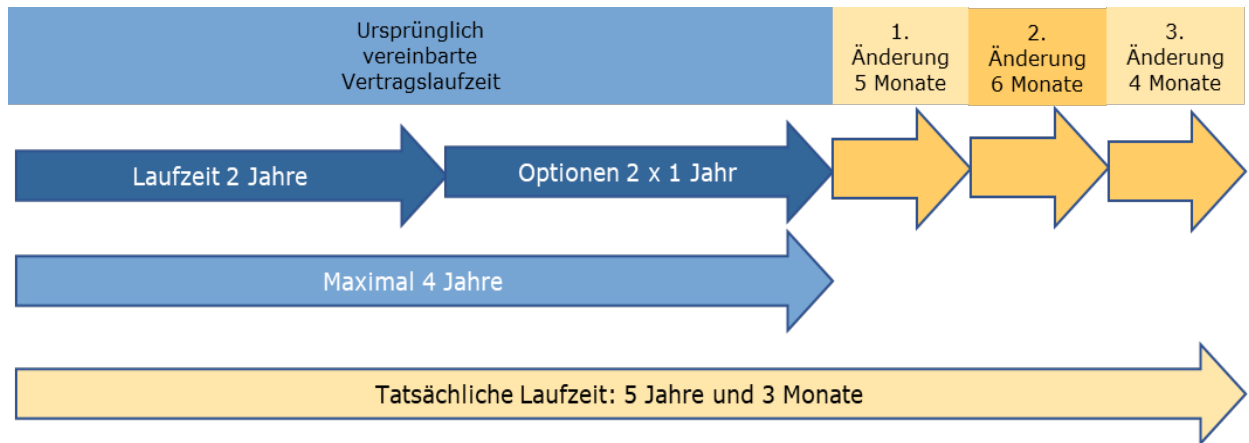
Kurz vor Vertragsende verlängerte es den Vertrag erneut, diesmal um sechs Monate. Der Vertrag sollte nun bis September 2018 laufen.

Durch einen dritten Änderungsvertrag verlängerte das BeschA die Vertragslaufzeit um weitere vier Monate bis maximal zum Januar 2019.

¹¹ Jaeger in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht 2. Auflage 2018, Kommentierung zu § 132 GWB, Rn. 32.

Insgesamt betrug damit die vereinbarte Laufzeit fünf Jahre und drei Monate (siehe Abbildung 1). Daneben erhöhte es das maximale Abrufvolumen des Rahmenvertrags.¹²

Abbildung 1



Quelle: Bundesrechnungshof

Den Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren begründete das BeschA bei der ersten Verlängerung mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und mit Nummer 3 GWB. Beim zweiten Mal berief es sich allein auf § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB, beim dritten Mal auf § 132 Absatz 3 GWB. Insbesondere sei ein Vergabeverfahren zur Vergabe eines Folgevertrags noch nicht abgeschlossen. Es drohe eine Zeit, in der der aktuelle Rahmenvertrag bereits ausgelaufen sei, ein neuer Vertrag aber noch nicht zur Verfügung stehe. Bedarfsträger könnten dann ihren Bedarf nicht ohne vorheriges Vergabeverfahren decken, was unbedingt zu vermeiden sei.

Bei der dritten Auftragsänderung prüfte das BeschA, ob die Laufzeitverlängerung mit § 21 Absatz 6 VgV vereinbar sei. Diese Regelung lautet: *„Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf höchstens vier Jahre betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor.“*

Diesen Sonderfall sah es als gegeben an. Im Jahr 2018 sei es zu einer verzögerten Regierungsbildung und somit zu unterschiedlich hohen Abrufen gekommen. Zudem bediene der Rahmenvertrag *„prioritäre Politikfelder“*. Es sei also

¹² Siehe dazu Ziffer 2.

inakzeptabel, wenn zur Bedarfsdeckung kein Rahmenvertrag zur Verfügung stehe, sondern zuvor ein Vergabeverfahren durchgeführt werden müsse.

In einem anderen Fall verlängerte das BeschA einen einschließlich Verlängerungsoptionen auf insgesamt vier Jahre geschlossenen Rahmenvertrag über die grafische Gestaltung für Öffentlichkeitsarbeit. Nach der Auftragsänderung betrug die maximale Vertragslaufzeit vier Jahre und sieben Monate.

Auch bei dieser Auftragsänderung verzichtete es auf ein neues Vergabeverfahren.

Es begründete den Verzicht in diesem Fall mit § 132 Absatz 3 GWB.

Das BeschA führte nicht aus, warum es erforderlich war, die vierjährige Regellaufzeit für Rahmenvereinbarungen zu überschreiten.

(2) Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass das BeschA vergaberechtswidrig Rahmenvereinbarungen ohne ausreichende Begründung über die Regellaufzeit von vier Jahren hinaus verlängerte.

Die Auftragsänderungen verstießen gegen § 21 Absatz 6 VgV.

Die Regelung ist als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Es muss ein sachlicher Grund für eine über vier Jahre hinausgehende Laufzeit gegeben sein, der auf den besonderen Gegenstand der konkreten Rahmenvereinbarung bezogen sein muss.¹³ Der Auftraggeber darf die Regelhöchstlaufzeit beispielsweise überschreiten, wenn der konkrete Auftrag umfangreiche Investitionen vom Auftragnehmer verlangt, die sich erst bei einer längeren Vertragslaufzeit amortisieren. In diesem Fall würden sich ohne eine längere Laufzeit keine investitionsbereiten Bieter finden.¹⁴ Auch technische Besonderheiten können eine längere Vertragslaufzeit rechtfertigen.¹⁵

Die Gründe für das Abweichen von der Regellaufzeit von Rahmenvereinbarungen sind zu dokumentieren.¹⁶

Das BeschA hat keine der geprüften Vertragsverlängerungen mit dem Gegenstand der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt. Es hat weder Interessen der Auftragnehmer angeführt, noch technische Besonderheiten des

¹³ Voppel/Osenbrück/Bubert, 4. Auflage 2018, § 21 VgV, Rn. 9.

¹⁴ Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 1. Auflage 2017, § 21, Rn. 63.

¹⁵ Müller/Wrede, VgV/UVgO, 1. Auflage 2017, § 21 VgV, Rn. 168.

¹⁶ Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht Kompaktcommentar, 4. Auflage 2017, § 21 VgV, Rn. 18; Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 21 VgV, Rn. 164.

Auftragsgegenstandes benannt. In der Mehrzahl der Fälle dokumentierte es keine Gründe für die Überschreitung der vierjährigen Laufzeit. In einem Fall verwies es auf die verzögerte Regierungsbildung und den Beschaffungsbedarf für prioritäre Politikfelder sowie auf die Konsequenzen einer vertragsfreien Zeit. Dies waren jedoch keine Gründe, die im Gegenstand der Rahmenvereinbarung lagen.

Die Vertragsverlängerungen verstießen gegen § 21 Absatz 6 VgV und waren bereits aus diesem Grund unzulässig. Die Frage, ob sie, wie vom BeschA angegeben, nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, Nummer 2 GWB oder § 132 Absatz 3 GWB ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig gewesen wären, stellt sich daher nicht.

(3) Das BeschA hat eingeräumt, dass bei der Verlängerung von Rahmenvereinbarungen § 21 Absatz 6 VgV zu beachten ist. Gründe für ein Abweichen von der Regelhöchstlaufzeit müssten dokumentiert sein. Dies sei in einigen Fällen nicht geschehen.

(4) Der Bundesrechnungshof erwartet, dass das BeschA künftig die Regelung des § 21 Absatz 6 VgV beachtet. Mit diesem Hinweis sieht der Bundesrechnungshof den Punkt als erledigt an.

4 Überprüfungsklauseln

(1) Das BeschA schloss einen Vertrag über Reinigungsleistungen. Der Auftragnehmer verpflichtete sich darin, die Liegenschaften einer Bundesbehörde zu reinigen. Welche Liegenschaften mit welchen Flächen konkret erfasst waren, bestimmte das BeschA, indem es dem Vertrag Anlagen mit Plänen und Flächenangaben beifügte.

Der Bedarfsträger mietete nachträglich weitere Flächen an und erweiterte so dann in Absprache mit dem BeschA die zu reinigenden Flächen. Entsprechend passte das BeschA die an den Auftragnehmer zu zahlende Vergütung an. Ein neues Vergabeverfahren führte es nicht durch.

Gründe für den Verzicht dokumentierte es nicht. Nachträglich vertrat das BeschA gegenüber den Beauftragten des Bundesrechnungshofes die Ansicht, der Vertrag habe eine Vertragsklausel enthalten, bei der es sich um eine Anpassungsklausel im Sinne von § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB handele.

Es berief sich auf folgende vertragliche Bestimmung in den Verträgen: *„Der Liegenschaftsnutzer (...) ist in Absprache mit dem (...) [BeschA] nachträglich berechtigt (bspw. im Falle von weiterer Anmietung bzw. Verkleinerung von Flächen auf derselben Liegenschaft), die zu reinigende Fläche zu erhöhen bzw. zu vermindern. Sie sind ferner berechtigt, Reinigungshäufigkeiten zu ändern. (...) Bei Änderungen (...) wird die Vergütung der Auftragnehmerin auf Basis der ursprünglich angebotenen Preise entsprechend (erhöht bzw. verringert) angepasst. Grundlage hierfür sind der Stundenverrechnungssatz, die entsprechend angepasste zu reinigende Fläche sowie der im Angebot angegebene Leistungswert.“*

Nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB sind wesentliche Auftragsänderungen ohne Neuausschreibung zulässig, wenn *„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.“*

(2) Indem es die Summe der zu reinigenden Flächen erhöhte, nahm das BeschA an dem Auftrag Änderungen vor, mit denen der Umfang des öffentlichen Auftrags gemäß § 132 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 GWB erheblich ausgeweitet wird.

Diese Änderungen erforderten ein neues Vergabeverfahren, es sei denn, es hätte ein in § 132 GWB genannter Ausnahmetatbestand vorgelegen. Dies ist sorgfältig zu prüfen. Die Prüfung ist zu dokumentieren.¹⁷ Dieser Dokumentationspflicht ist das BeschA nicht nachgekommen. Der von ihm nachträglich zur Rechtfertigung angeführte § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB war nicht einschlägig. Seine Voraussetzungen lagen nicht vor.

Die in den Verträgen über die Reinigungsleistungen enthaltenen Bestimmungen erfüllen die Anforderungen an Überprüfungsklauseln und Optionen im Sinne dieser Vorschrift nicht.

Nicht ausreichend sind allgemeine Vertragsanpassungsklauseln.¹⁸ Vergaberechtlich unzulässig sind also Klauseln, in denen sich der Auftraggeber vorbehalten hat, Änderungen einseitig anzuordnen, ohne dass eine bestimmbare

¹⁷ Vgl. Tz. 7.

¹⁸ VK Sachsen, Beschluss vom 27. April 2015, 1/SVK/012/15.

Grenze hinsichtlich des Umfangs festgelegt ist.¹⁹ Eine Auftragsänderung ohne erneutes Vergabeverfahren ist unzulässig, wenn die Klausel dem Auftraggeber einen weitgehenden Ermessenspielraum eröffnet.²⁰

Die in Rede stehende vertragliche Vereinbarung ist eine solche unzureichende Anpassungsklausel. Nach der vom BeschA verwendeten Anpassungsklausel ist lediglich eine Absprache zwischen dem Liegenschaftsnutzer und dem BeschA erforderlich. Dies gibt dem Auftraggeber das Recht, einseitig Flächen zu erweitern.

Eine Grenze hinsichtlich des Umfangs ist nicht genannt. Theoretisch könnte das BeschA, vertreten durch den Liegenschaftsnutzer, die zu reinigende Fläche unbegrenzt ausweiten. Auch die Reinigungshäufigkeit könnte es unbegrenzt weiter erhöhen.

Die Klausel, die als Vertragsbestandteil Gegenstand der Vergabeunterlagen war, ließ nicht erkennen, welchen Umfang der spätere Auftrag tatsächlich haben könnte. Die vom BeschA zur Rechtfertigung des Verzichts auf ein erneutes Vergabeverfahren herangezogene Vertragsklausel war mithin keine im Sinne von § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB.

Das BeschA darf Aufträge ohne erneutes Vergabeverfahren nur dann aufgrund von Überprüfungsklauseln ändern, wenn diese klare, genaue und eindeutig formulierte Voraussetzungen für die Vertragsänderung enthalten.

(3) Das BeschA hat in seiner Stellungnahme mitgeteilt, es verwende die beanstandete Klausel nicht mehr. Seit Januar 2018 habe die Klausel in den Reinigungsverträgen standardmäßig folgenden Wortlaut:

„Die Nutzerin ist in Absprache mit dem Beschaffungsamt des BMI nachträglich berechtigt (bspw. im Falle von weiterer Anmietung bzw. Verkleinerung von Flächen auf derselben Liegenschaft), die zu reinigende Fläche innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen des § 132 GWB zu erhöhen bzw. diese um bis zu 10% zu vermindern. Sie ist ferner berechtigt, Reinigungshäufigkeiten zu ändern. § 2 VOL/B bleibt unberührt.“

¹⁹ Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 132, Rn. 90.

²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 111 zur Richtlinie 2014/24/EU; Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 132 GWB, Rn. 88.

Treten Änderungen nach Absatz 3 ein, wird der Auftragnehmerin dies sowie der Zeitpunkt, ab dem die Änderungen eintreten, unverzüglich mitgeteilt. Die Auftragnehmerin erhält vom Beschaffungsamt des BMI entsprechend aktualisierte Anlagen.

(...)

Bei Änderungen gemäß Absatz 3 wird die Vergütung der Auftragnehmerin auf Basis der ursprünglich angebotenen Preise entsprechend (erhöht bzw. verringert) angepasst. Grundlage hierfür sind der Stundenverrechnungssatz, die entsprechend angepasste zu reinigende Fläche sowie der im Angebot angegebene Leistungswert.“

Nach Auffassung des BeschA ist eine gewisse Flexibilität, die zu reinigenden Flächen an aktuelle Nutzungsänderungen anzupassen, für diese Verträge unerlässlich. Häufig sei es in diesen Fällen auch verwaltungsökonomisch unsinnig, ein neues Vergabeverfahren zu initiieren. Soweit sichergestellt sei, dass die de-minimis-Grenze des § 132 Absatz 3 GWB nicht überschritten wird, sei es nach Ansicht des BeschA vergaberechtlich vertretbar, relativ allgemein gehaltene Änderungsklauseln vorab in Verträge aufzunehmen.

(4) Der Bundesrechnungshof hält seine Beanstandung aufrecht. Auch die geänderte Anpassungsklausel erfüllt die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB nicht.

Der Bundesrechnungshof weist erneut darauf hin, dass allgemeine Anpassungsklauseln den Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 132 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 GWB nicht genügen. Gewähren Anpassungsklauseln dem Auftraggeber ein einseitiges Anordnungsrecht, müssen sie den Umfang der zulässigen Änderungen begrenzen. Nach dem Wortlaut der aktuell verwendeten Klausel ist jedoch nur die Verminderung der zu reinigenden Fläche auf 10 % begrenzt. Die Erhöhung der Reinigungsflächen ist nach wie vor unbegrenzt möglich. Die Formulierung „*innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen des § 132 GWB*“ ändert hieran nichts.

§ 132 GWB enthält keine ausreichende Begrenzung des Umfangs von Auftragsänderungen. Die Vorschrift enthält nicht nur die Wertgrenze von 10 % des ursprünglichen Auftragswertes als *Gesamtwert aller Änderungen* (§ 132 Absatz 3 GWB). Sie umfasst darüber hinaus die Wertgrenze von jeweils 50 %

des ursprünglichen Auftragswertes *bei jeder Auftragsänderung* (§ 132 Absatz 2 GWB). Damit ist eine Erhöhung der Reinigungsflächen nach wie vor theoretisch grenzenlos möglich. Auch die Reinigungshäufigkeiten kann die Auftraggeberin der Formulierung der Klausel zufolge ohne jede Begrenzung ändern. Will das BeschA auch bei der Erhöhung der Flächen sowie bei den Reinigungshäufigkeiten die 10 %-Grenze einhalten, so muss es dies in der Klausel unmissverständlich zum Ausdruck bringen.

Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass das BeschA seine Hinweise beachtet. Insofern sieht er davon ab, den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren weiterzuverfolgen. Er behält sich vor, ihn noch einmal in einer späteren Prüfung aufzugreifen.

5 Überschreiten der zulässigen Wertgrenze für Auftragswert-erhöhungen

(1) Bei wiederholten Auftragsänderungen änderte das BeschA in einigen Fällen bei jeder Auftragsänderung den Auftragswert um 50 %. Es wollte mit den Änderungen vermeiden, dass Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen unmöglich werden, weil das maximale Abrufvolumen ausgeschöpft ist. Außerdem wollte es verhindern, dass der Altvertrag auslief, bevor es einen neuen Vertrag geschlossen hatte.

Beispiel 1:

Das BeschA änderte eine am 24. Juli 2017 geschlossene Rahmenvereinbarung im April 2018, indem es das maximale Abrufvolumen gemäß § 132 Absatz 2 GWB um 50 % erhöhte. Weniger als drei Monate später erhöhte es das maximale Abrufvolumen mit ähnlicher Begründung (neue politische Schwerpunktsetzung und Vermeidung von Deckungslücken) erneut um 50 %. Weitere drei Monate später folgte die dritte Aufstockung des Vertrags um 50 %.

Beispiel 2:

An einem anderen Rahmenvertrag nahm das BeschA zwischen März 2017 und März 2018 zwei Auftragsänderungen vor. Es erhöhte das maximale Abrufvolumen um jeweils 50 %.

(2) Der Bundesrechnungshof hat darauf hingewiesen, dass sich das BeschA durch seine Vorgehensweise dem Verdacht aussetzte, die durch die Auftragsänderungen nach § 132 Absatz 2 GWB vorgeschriebene Wertgrenze umgangen zu haben.

§ 132 Absatz 2 GWB lautet: *„In den Fällen des Satzes 1 Nummer 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.“*

Grundsätzlich ist im Anwendungsbereich von § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und Nummer 3 GWB dieser Vorschrift zufolge der Wert jeder einzelnen Auftragsänderung isoliert zu betrachten. Die Auftragswerterhöhungen werden nicht addiert. Das gilt jedoch dann nicht, wenn der Auftraggeber beabsichtigt, die Wertgrenze in Höhe von 50 % des ursprünglichen Auftragswertes zu umgehen.

Hiervon wird man ausgehen können, wenn die Aufspaltung der Zusatzleistungen mit Blick auf deren inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhang sachfremd erscheint.²¹ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in der Vergangenheit eine unzulässige Umgehung des Vergaberechts angenommen, wenn eine künstliche Konstruktion über mehrere Schritte gewählt wurde, die unter Berücksichtigung der einzelnen Schritte und ihrer Zielsetzung einer Umgehung des Vergaberechts diene.²²

Ein solcher Schluss kommt insbesondere dann in Betracht, wenn zwei zeitlich nah aufeinanderfolgende Änderungen jeweils knapp unter der 50 %-Grenze bleiben. Des Weiteren spricht für die Umgehungsabsicht, wenn die Notwendigkeit der nachfolgenden Änderung bereits bei der ersten schon gegeben oder ohne Weiteres zu erkennen war.²³

Mit den Auftragsänderungen in den beiden Beispielfällen setzte sich das BeschA dem Verdacht einer Umgehungsabsicht aus.

²¹ Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 132 GWB, Rn. 50.

²² EuGH 10.11.2005 – C-29/04, NZBau 2015, 704 (706) – Stadt Mödling.

²³ Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht Kompaktcommentar, 4. Auflage 2017, § 132 GWB, Rn. 38.

Im ersten Beispielsfall folgten die Auftragsänderungen in kurzen Zeitabständen von nur wenigen Monaten aufeinander. Der kurze Abstand zwischen den Änderungen deutet darauf hin, dass der Bedarf bei der jeweils ersten Volumenerhöhung erkennbar höher war, als das BeschA durch die Auftragsänderung abdecken konnte. Aus diesem Grunde erhöhte es kurze Zeit später das Auftragsvolumen erneut. So war bei einer Auftragsänderung die jeweils nachfolgende bereits angelegt und absehbar.

Auch im zweiten Beispielsfall setzte sich das BeschA dem Verdacht einer Umgehungsabsicht aus. Zwar liegt zwischen den Auftragsänderungen ein Jahr. Es ist aber, insbesondere mangels einer entsprechenden Erklärung, nicht ausgeschlossen, dass es den höheren Bedarf erkannte, zur Einhaltung des 50 %-Schwellenwertes aber zunächst auf eine höhere Auftragsänderung verzichtete.

Der Bundesrechnungshof hat empfohlen, bei mehrfachen Auftragsänderungen künftig zu dokumentieren, warum die weitere Auftragsänderung bei der früheren Auftragsänderung nicht vorhersehbar war. Damit könnte das BeschA dem Verdacht einer Umgehungsabsicht vorbeugen.

(3) Das BeschA hat mitgeteilt, es könne die Empfehlung des Bundesrechnungshofes, durch Dokumentation dem Verdacht einer Umgehungsabsicht vorzubeugen, ohne Schwierigkeiten umsetzen. Es hat aber darauf hingewiesen, dass § 132 Absatz 2 GWB ausdrücklich mehrere aufeinander folgende Änderungen erlaube. Vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift erscheine es daher nicht unproblematisch, allein auf das objektive Vorhandensein aufeinander folgender Änderungen den Verdacht einer Umgehungsabsicht zu stützen und die Beweislast gleichermaßen gegen den Auftraggeber umzukehren. Auch bei aufeinander folgenden Änderungen könne nicht automatisch eine Umgehungsabsicht unterstellt werden. Richtig sei allerdings, dass sich insgesamt aus der Vergabedokumentation ergeben müsse, was im Einzelnen den Anlass für die vorzunehmende Änderung des Auftrags gegeben habe und wie sich dies bei aufeinander folgenden Änderungen schrittweise darstelle. Dies sei jedoch nach seiner Auffassung bei den beispielhaft genannten Beschaffungsvorgängen der Fall gewesen.

Im ersten Beispielsfall enthielten alle Vermerke über die jeweiligen Änderungen hinreichende Angaben über die jeweiligen Anlässe, die zu den jeweiligen Änderungen führten. Es handele sich „ganz offensichtlich“ um jeweils neue

Bedarfe. Es sei dokumentiert, warum bestimmte zusätzliche Bedarfe zum Zeitpunkt der ersten Änderung noch nicht absehbar gewesen seien. Auch im zweiten Beispielsfall sei durchaus dokumentiert, warum bestimmte zusätzliche Bedarfe zum Zeitpunkt der ersten Änderung noch nicht absehbar gewesen seien. Insoweit erschließe sich dem BeschA nicht, woran genau der Bundesrechnungshof einen Umgehungsverdacht festmache. Weder das BeschA noch die projekttragende Behörde hätten die Absicht gehabt, durch Stückelung der Auftragsänderungen die Wertgrenzen des § 132 Absatz 2 Satz 2 GWB zu umgehen.

(4) Der Bundesrechnungshof hält seine Kritik aufrecht. Er hat nicht behauptet, dass zwei oder mehr aufeinanderfolgende Auftragsänderungen *automatisch* den Verdacht einer Umgehungsabsicht erregen. Vielmehr hat er dargelegt, dass dies vor allem dann der Fall ist, wenn die Auftragsänderungen in kurzem zeitlichem Abstand zueinanderstehen oder wenn bereits bei der früheren Auftragsänderung die Notwendigkeit einer weiteren Auftragsänderung gegeben oder erkennbar war.

Der Bundesrechnungshof widerspricht der Darstellung des BeschA, in den Vergabevermerken der Beispielsfälle sei dokumentiert, dass zusätzliche Bedarfe bei der davorliegenden Auftragsänderung nicht absehbar gewesen seien. Das BeschA hat in den Vermerken zwar den neuerlichen Mehrbedarf dargelegt. Bei den Umständen, die zu diesem Mehrbedarf führten, hat es sich aber darauf beschränkt, solche darzustellen, die jeweils bereits im Zeitpunkt des Vertragschlusses nicht vorhersehbar waren. Dies diene der Begründung, dass die Voraussetzungen des § 132 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 GWB vorlagen. Denn diese Vorschrift verlangt, dass die Umstände, die zur Änderung führen, im Zeitpunkt der ursprünglichen Auftragsvergabe nicht vorhersehbar waren. Für die Frage, ob die Wertgrenze von 50 % gemäß § 132 Absatz 1 Satz 3 GWB bei einer weiteren Änderung erneut in Anspruch genommen werden darf bzw. eine Umgehungsabsicht vorliegt, kommt es aber nicht auf den ursprünglichen Auftrag an. Entscheidend ist vielmehr, ob der Mehrbedarf, der jetzt erneut eine Auftragsänderung rechtfertigen soll, bereits bei der vorangegangenen Änderung absehbar gewesen ist und nur deshalb unberücksichtigt blieb, um bei der weiteren Änderung erneut die 50-prozentige Wertgrenze ausschöpfen zu können. Hierzu enthalten die Dokumentationen der Beispielsfälle keine belastbaren Aussagen. So ist dem Vermerk zur zweiten Änderung im zweiten Beispiel

lediglich zu entnehmen, dass der Vertrag zu 97 % ausgeschöpft sei. Im Vergabermerk zur zweiten Änderung im ersten Beispiel führt das BeschA aus, dass mit der ersten Auftragsänderung aufgestockte Volumen sei „unerwartet“ bereits binnen zwei Monaten ausgeschöpft worden. Warum der Ausschöpfungsgrad nach der ersten Änderung so hoch bzw. „unerwartet ausgeschöpft“ war, bleibt offen.

Der Bundesrechnungshof hält an seiner Empfehlung fest: Um dem Verdacht einer Umgehungsabsicht und damit einem möglichen Unterliegen in einem Nachprüfungsverfahren vorzubeugen, sollte das BeschA dokumentieren, warum der höhere Bedarf bei einer vorangegangenen Änderung nicht absehbar war.

Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass das BeschA künftig dieser Empfehlung folgt, zumal ihm dies nach eigenen Angaben keine Schwierigkeiten bereitet. Mit diesem Hinweis schließt der Bundesrechnungshof den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren ab. Er behält sich ausdrücklich vor, den Punkt in einer Kontrollprüfung noch einmal aufzugreifen.

6 Bekanntmachungen nach § 132 Absatz 5 GWB

(1) Das BeschA änderte Aufträge nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 oder § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB. Dies machte es in zahlreichen Fällen nicht im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt.

(2) Gemäß § 132 Absatz 5 GWB sind Änderungen nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummern 2 und 3 GWB im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass das BeschA dieser Verpflichtung nicht nachkam. Dies stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot dar.

Der Bundesrechnungshof hat das BeschA aufgefordert, künftig Auftragsänderungen im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen, wenn diese Bekanntmachung vergaberechtlich vorgegeben ist.

(3) Das BeschA hat die Versäumnisse eingeräumt und mitgeteilt, der Aufforderung des Bundesrechnungshofes unverzüglich Folge zu leisten. Es habe die Dienstanweisung für Beschaffungen um eine entsprechende Regelung ergänzt.

Zudem habe es in die neuen, nach den Empfehlungen des Bundesrechnungshofes (siehe hierzu Tz. 7) entwickelten und zu verwendenden Vordrucke einen entsprechenden Verfügungspunkt aufgenommen.

(4) Im Hinblick auf die Zusage des BeschA, künftig Auftragsänderungen vergaberechtskonform bekannt zu machen, und die ergriffenen Maßnahmen schließt der Bundesrechnungshof den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren ab.

7 Dokumentation

(1) In einigen Fällen nahm das BeschA Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit vor, ohne sie zu dokumentieren.

Bei Auftragsänderungen nach § 132 Absatz 2 GWB benannte es häufig den zu beauftragenden Mehraufwand in Personentagen des einzusetzenden Personals des Auftragnehmers.

Im ursprünglichen Auftrag war eine Summe an Personentagen angegeben. Aus einer Klausel im Vertrag ergaben sich drei unterschiedliche Tagessätze, abhängig von der Qualifikation der einzusetzenden Personen. Beispielsweise waren in einem Vertrag 27 000 Personentage und Tagessätze von 905, 915 und 925 Euro vereinbart.

Den tatsächlichen Wert des ursprünglichen Auftrags nannte das BeschA in seinem Vermerk zur Auftragsänderung nicht. Auch der Wert der Auftragsänderung lässt sich dem Vermerk nicht entnehmen. Das BeschA legte nicht dar, mit welchen Tagessätzen es für die angegebenen zusätzlichen Personentage rechnete.

In anderen Fällen zitierte es als Begründung für die vergaberechtliche Zulässigkeit den Gesetzestext des § 132 GWB. Eine Begründung gab es nicht an.

Das BeschA bezeichnete beispielsweise eine Änderung als „*unwesentliche Auftragsänderung*“. Warum dies so war, legte es nicht dar.

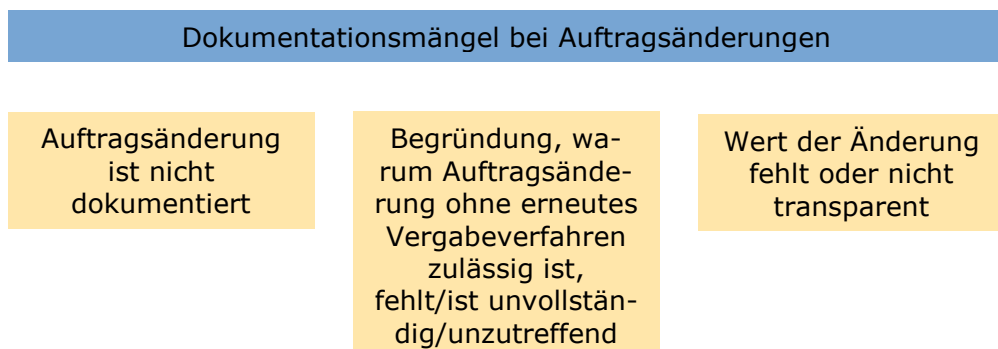
In einem Fall änderte das BeschA technische Spezifikationen eines Pumpensystems sowie den Lieferort. Die zusätzlichen Einbauten bezeichnete es als „*erweitertes Zubehörpaket*“, das durch den Auftragnehmer geliefert werden sollte. Dazu gab es folgende Begründung an: „*Es handelt sich hierbei um eine Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit nach § 132 Abs. 2 Nr. 4. Buchstabe c) Satz 2 (Erhöhung um nicht mehr als 50 Prozent des*

ursprünglichen Auftragswertes).“ Nach § 132 Absatz 2 Nummer 4 Buchstabe c GWB ist die Änderung eines Auftrags ohne neues Vergabeverfahren zulässig, wenn ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt. Leistungen, die das BeschA oder der Bedarfsträger übernehmen sollten, sind im Vermerk nicht aufgeführt.

Bei einer anderen Auftragsänderung dokumentierte das BeschA: *„Bei der Auftragserweiterung handelt es sich um eine geringfügige Erweiterung der Leistung. Die Auftragsänderung wird gemäß § 132 Abs. 3 Nr. 2 GWB durchgeführt. Die Summe der Auftragsänderungen übersteigt den Wert des ursprgl. Auftrages nicht um 10 %.“*

(2) Der Bundesrechnungshof hat die Dokumentationen als mangelhaft kritisiert. Sie verstieß gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot.

Abbildung 2



Quelle: Bundesrechnungshof

Das BeschA hätte die Auftragsänderungen vollständig dokumentieren müssen. Zur Dokumentation vergaberechtlicher Entscheidungen sind die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen darzulegen und die tragenden Aspekte detailliert aufzuführen. Nur so kann ein mit der Sachlage des Vergabeverfahrens nicht Vertrauter den Ablauf des Verfahrens ohne Schwierigkeit nachvollziehen.²⁴

²⁴ Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 8 VgV, Rn. 18.

Es reicht nicht aus, auf eine vergaberechtliche Vorschrift zu verweisen und diese zu zitieren. Der Auftraggeber muss vielmehr den Sachverhalt unter die Voraussetzungen der genannten Vorschrift subsumieren.

In seiner Dokumentation hätte das BeschA folglich zu jedem Tatbestandsmerkmal einen Sachverhalt schildern und darlegen müssen, warum durch den Sachverhalt das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist (siehe Abbildung 2).

Die Formulierung, die Änderung sei eine „*unwesentliche Auftragsänderung*“, stellt ohne Begründung eine bloße Behauptung dar. Das BeschA nannte keinen Ausnahmetatbestand und führte nicht aus, warum dessen Voraussetzungen vorlagen.

Für die Änderung des Auftrags über das Pumpensystem hätte es eine Vorschrift nennen müssen, die es gerechtfertigt hätte, auf ein erneutes Vergabeverfahren zu verzichten. Die vom BeschA zitierte Regelung „§ 132 Abs. 2 Nr. 4. Buchstabe c Satz 2 (Erhöhung um nicht mehr als 50 % des ursprünglichen Auftragswertes)“ eignete sich zur Rechtfertigung nicht. Zum einen ist Satz 2 kein eigenständiger Ausnahmetatbestand, sondern lediglich eine zusätzliche Voraussetzung zu § 132 Absatz 2 Nummer 2 und Nummer 3 GWB. Zum anderen betrifft § 132 Absatz 2 Nummer 4 GWB Fälle, in denen der Auftraggeber Teile der Leistung selbst übernimmt. Aus dem Vermerk zum Vorgang ergab sich dazu jedoch nichts. In Betracht gekommen wären § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 GWB.

Zur Begründung von § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB hätte das BeschA darlegen müssen, warum

- zusätzliche Lieferleistungen erforderlich geworden sind, die in den ursprünglichen Vergabeunterlagen nicht vorgesehen waren,
- ein Wechsel des Vertragspartners aus den in Nummer 2 a und b genannten Gründen nicht erfolgen kann und,
- dass der Preis der Änderung unter 50 % des Gesamtauftragswertes liegt.

Hätte das BeschA sich auf § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 berufen wollen, dann hätte es ausführen müssen, weshalb

- es den zusätzlichen Bedarf bei Vertragsschluss im Rahmen Ihrer Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte,

- sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht änderte und
- dass der Preis der Änderung unter 50 % des Gesamtauftragswertes liegt.

Auch die Dokumentation für die Begründung, bei der Auftragserweiterung handele es sich *„um eine geringfügige Erweiterung der Leistung“* gemäß § 132 Absatz 3 GWB, war nicht vollständig. § 132 Absatz 3 Satz 1 GWB setzt darüber hinaus voraus, dass sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert. Dies hätte das BeschA darlegen müssen.

Den Wert von Auftragsänderungen dokumentierte es ebenfalls nicht ausreichend.

§ 132 Absatz 2 Satz 2 GWB bestimmt: *„In den Fällen des Satzes 1 Nummer 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden.“*

Gemäß § 50 der DA Beschaffung²⁵ berechnet sich *„der neue Auftragswert (...) aus dem ursprünglichen Auftragswert plus dem Wert der Auftragsänderung.“*

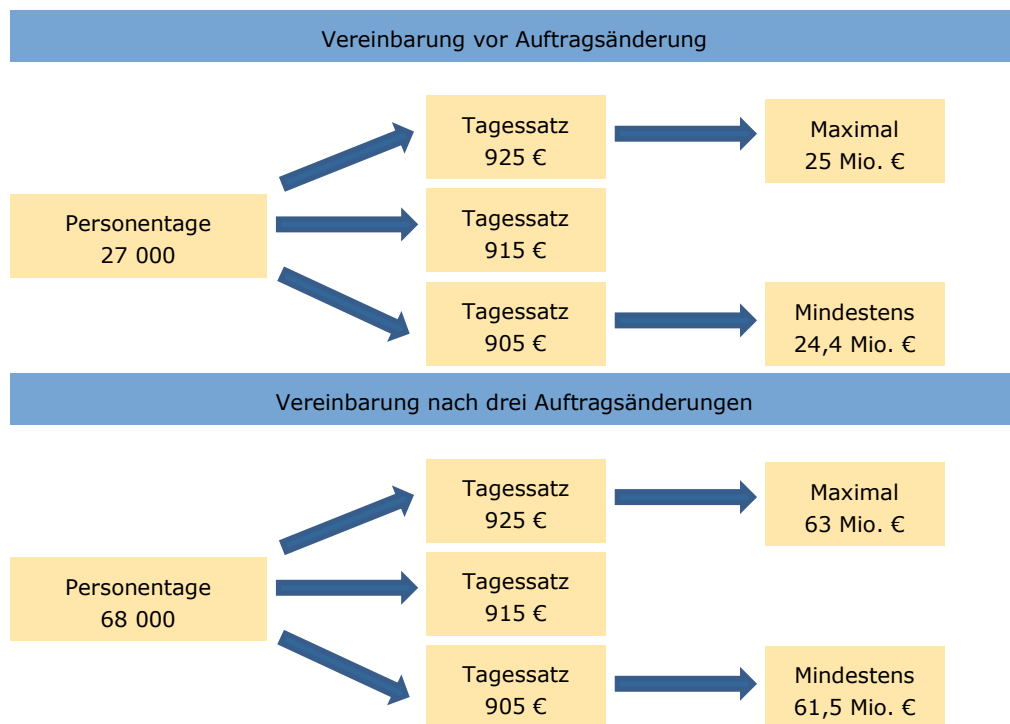
Diesen Anforderungen genügt das BeschA nicht, wenn es den Preis der ursprünglichen und der zusätzlichen Leistungen nicht nennt und er auch nicht eindeutig bestimmbar ist. Bei drei unterschiedlichen Tagessätzen bleibt unklar, welchen Wert der ursprüngliche Auftrag hatte. Mangels Angabe des Tagessatzes ist auch der Wert der Auftragserhöhung nicht bestimmbar. Es reicht nicht aus, wenn das BeschA nur den Mehrbedarf in Personentagen angibt und offenlässt, welchen konkreten Wert dieser Mehrbedarf voraussichtlich hat. Aus den Vergabevermerken ergab sich dieser nicht.

Wer die ungefähren Werte der Auftragsänderungen ermitteln will, muss die Differenz der vereinbarten Personentage mit den festgelegten Tagessätzen multiplizieren. Da nicht bekannt ist, wie sich die zusätzlich beauftragten Personentage auf die drei unterschiedlichen Tagessätze verteilen, kann man einen Minimal- und einen Maximalwert bestimmen. Der tatsächliche Wert der Leistung ist bekannt, nachdem die Bedarfsträger die Personentage beauftragt haben.

²⁵ In der Fassung vom 11. Juli 2019.

Die Unterschiede in der Vergütung führten dazu, dass die Differenz zwischen möglichem Minimal- und Maximalwert der Auftragsänderung teilweise mehrere Millionen Euro betrug (siehe Abbildung 3).

Abbildung 3



Quelle: Bundesrechnungshof

Der wahre Wert der Auftragsänderung bleibt dadurch unbekannt.

Erforderlich wäre es gewesen festzulegen, wie viele Personentage zu welchem Tagessatz beauftragt werden sollten.

Das BeschA hat zwar seit November 2017 mit der DA Beschaffung interne Vorgaben zur Dokumentation gemacht. Es muss aber Maßnahmen ergreifen, damit die Beschäftigten ihren Dokumentationspflichten vollständig nachkommen. Zu einer ordnungsgemäßen Dokumentation gehören:

- Vermerk über die vergaberechtliche Zulässigkeit der Auftragsänderung ohne neues Vergabeverfahren unter Beachtung vorgenannter Hinweise,
- Änderungsvertrag und

- Vermerk über die Bekanntmachung der Auftragsänderung im Amtsblatt der Europäischen Union, sofern nach § 132 Absatz 5 GWB vorgeschrieben.

Der Bundesrechnungshof hat dem BeschA empfohlen, den Beschäftigten standardisierte Vorgaben zur Dokumentation, beispielsweise durch einen Vordruck, zu machen.

(3) Das BeschA hat eingeräumt, der Bundesrechnungshof habe in einer nicht akzeptablen Anzahl von Fällen Fehler und Lücken in der Dokumentation der Auftragsänderungen festgestellt. Qualität und Transparenz der Dokumentation seien zu verbessern. Das BeschA habe die DA Beschaffung um eine Regelung ergänzt, die der Sicherstellung einer lückenlosen Dokumentation von Auftragsänderungen diene. Eine interne Revision werde in Zukunft die Einhaltung der DA Beschaffung und die ordnungsgemäße Dokumentation der Vergabeverfahren prüfen. Schließlich habe das BeschA die Empfehlung des Bundesrechnungshofes umgesetzt, den Beschäftigten Vordrucke und Mustervermerke mit standardisierten Vorgaben und Inhalten zur Verfügung zu stellen.

(4) Das BeschA erkennt die Notwendigkeit einer vollständigen Dokumentation an. Es hat Maßnahmen ergriffen bzw. zugesagt, um die Qualität und Transparenz der Dokumentation zu verbessern. Im Hinblick auf diese Maßnahmen sieht der Bundesrechnungshof den Punkt im laufenden Prüfungsverfahren als erledigt an.

8 Gesamtwürdigung und Empfehlung

Die Feststellungen unter Tz. 2 bis 7 belegen zahlreiche Vergaberechtsverstöße. Sie offenbaren, dass den Beschäftigten des BeschA Kenntnisse der vergaberechtlichen Regelungen zu Auftragsänderungen fehlen.

Der Bundesrechnungshof hat das BeschA aufgefordert, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Beschäftigten künftig das Vergaberecht beachten. Hierzu könnte der unter Tz. 7 empfohlene Vordruck beitragen.

Das BeschA hat mitgeteilt, es schule mit hohem Aufwand sowohl Bestandspersonal als auch neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zum Vergaberecht. Darüber hinaus habe es verschiedene Maßnahmen ergriffen, damit die Beschäftigten künftig das Vergaberecht beachteten (siehe Tzn. 6 und 7).

Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass die durch die Schulungen vermittelten Kenntnisse auch solche der vergaberechtlichen Regelungen zu Auftragsänderungen umfassen. Es bleibt abzuwarten, ob die Schulungen und die weiteren Maßnahmen den gewünschten Erfolg zeigen.

Der Bundesrechnungshof behält sich eine Kontrollprüfung ausdrücklich vor.

Moebius

Ringel

Anlage

§ 132 GWB

(1) 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. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn

1. mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,
 - a) die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten,
 - b) die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten oder
 - c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten,
2. mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,
3. mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird oder
4. ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer in anderen als den in Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 vorgesehenen Fällen ersetzt.

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn

1. 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,

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,
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 oder
4. ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt
 - a) aufgrund einer Überprüfungsklausel im Sinne von Nummer 1,
 - b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie zum Beispiel durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen im Sinne des Absatzes 1 zur Folge hat, oder
 - c) aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.

In den Fällen des Satzes 1 Nummer 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.

(3) Die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist ferner zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung

1. die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 nicht übersteigt und
2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.

(4) Enthält der Vertrag eine Indexierungsklausel, wird für die Wertberechnung gemäß Absatz 2 Satz 2 und 3 sowie gemäß Absatz 3 der höhere Preis als Referenzwert herangezogen.

(5) Änderungen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und 3 sind im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

§ 47 UVgO

(1) Für die Änderung eines öffentlichen Liefer- oder Dienstleistungsauftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens gilt § 132 Absatz 1, 2 und 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.

(2) Darüber hinaus ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung nicht mehr als 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.