



Abschließende Mitteilung

an die
Verwaltung des Deutschen Bundestages

über die Prüfung

Auftragsänderungen in der unmittelbaren Bundesverwaltung

Teilprüfung bei der Verwaltung des Deutschen Bundestages

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 - 2020 - 0008

Bonn, den 10. September 2021

Inhaltsverzeichnis

0	Zusammenfassung	3
1	Vorbemerkungen	9
1.1	Prüfungsanlass, -durchführung und -ziel	9
1.2	Die BT-Verwaltung	9
1.3	Regelungen der BT-Verwaltung zu Auftragsänderungen	10
2	Änderung wegen Erhöhung des Auftragsvolumens nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB	11
3	Änderung aufgrund unvorhersehbarer Umstände nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB	17
4	Auftragsänderung mit Auftragnehmerwechsel	28
5	Laufzeitverlängerungen bei Rahmenvereinbarungen	32
6	Bekanntmachungen nach § 132 Absatz 5 GWB	37
7	Dokumentation	38
8	Gesamtwürdigung	41

Anlage

0 Zusammenfassung

Der Bundesrechnungshof hat geprüft, ob die Verwaltung des Deutschen Bundestages (Bundestagsverwaltung) bei Auftragsänderungen die seit den Reformen des Vergaberechts geltenden Regelungen beachtet.

Er hat den Sachverhalt wegen der Corona-Pandemie ausschließlich digital und telefonisch erhoben. Seine vorläufigen Feststellungen und Empfehlungen hat der Bundesrechnungshof mit Prüfungsmitteilung vom 19. November 2020 der Bundestagsverwaltung übersandt. Diese hat dazu mit Schreiben vom 10. Februar 2021 Stellung genommen und Dokumente nachgereicht. Der Bundesrechnungshof hat aufgrund dieser Dokumente seine Feststellungen teilweise neu bewertet. Hierzu hat die Bundestagsverwaltung mit Schreiben vom 27. Juli 2021 Stellung genommen hat. Die Stellungnahmen hat der Bundesrechnungshof in der Abschließenden Prüfungsmitteilung berücksichtigt. Er hat im Wesentlichen festgestellt:

- 0.1 In vielen Fällen erhöhte die Bundestagsverwaltung das Auftragsvolumen. Sie verzichtete auf ein neues Vergabeverfahren und rechtfertigte dies mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Vorschrift setzt zusätzliche Leistungen voraus, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren. Bei den im Wege der Auftragsänderung vereinbarten Leistungen handelte es sich der Art nach um dieselben, die im ursprünglichen Vertrag vereinbart worden waren. In solchen Fällen ist der Ausnahmetatbestand des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB nicht anwendbar. Die Bundestagsverwaltung hätte prüfen müssen, ob es sich um eine erhebliche Ausweitung des Auftragsumfangs handelte, die gemäß § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB ein erneutes Vergabeverfahren erforderlich gemacht hätte.

Die Bundestagsverwaltung hat entgegnet, sie halte den Verzicht auf ein Vergabeverfahren in den genannten Fällen für vergaberechtskonform. Nach ihrer Ansicht erfasse § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB auch eine quantitative Erweiterung des Auftragsvolumens.

Die Argumente und Schrifttumsmeinungen, die die Bundestagsverwaltung hierzu vorgetragen hat, überzeugen den Bundesrechnungshof nicht. Er hält daher seine Beanstandung aufrecht. (Tz. 2)

- 0.2 Die Bundestagsverwaltung hatte mit einem Stromlieferanten einen Vertrag über die Lieferung von Ökostrom für alle Gebäude des Deutschen Bundestages geschlossen. Dieser Vertrag umfasste auch mit Ausnahme für den Technikverbund Parlamentsbauten die Netznutzung. Über die Netznutzung für diesen Gebäudekomplex hatte sie mit dem Netzbetreiber einen gesonderten Vertrag geschlossen. Im Jahr 2016 schrieb sie den Vertrag über die Stromlieferung und die Netznutzung (letztere ohne Technikverbund Parlamentsbauten) neu aus. Während des Vergabeverfahrens kündigte der Netzbetreiber den Vertrag über die Netznutzung für den Technikverbund Parlamentsbauten. Die Bundestagsverwaltung setzte das Vergabeverfahren fort und erteilte einem der Bieter zweieinhalb Monate nach der Kündigung des Netzbetreibers den Zuschlag. Die Netznutzung für den Technikverbund Parlamentsbauten nahm sie nachträglich im Wege einer Vertragsänderung in den mit dem bezuschlagten Bieter geschlossenen Vertrag auf. Sie berief sich auf für sie unvorhersehbare Umstände, die es gemäß § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB gerechtfertigt hätten, auf ein Vergabeverfahren zu verzichten.

Die Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestands lagen jedoch nicht vor. Die Kündigung des Netzzugangs für den Technikverbund Parlamentsbauten, die zur Auftragsänderung führte, war im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht nur vorhersehbar, sondern bekannt. Die Bundestagsverwaltung hätte nach der Kündigung unverzüglich das Vergabeverfahren aufheben und ein neues für einen Auftrag einleiten müssen, der die Netznutzung für den Technikverbund Parlamentsbauten eingeschlossen hätte.

Die Bundestagsverwaltung hat eingewandt, sie habe nach der Kündigung mit dem Netzbetreiber über einen neuen Vertrag verhandelt. Erst nach Zuschlagserteilung habe das endgültige Scheitern der Verhandlungen festgestanden. Dieses Scheitern und nicht die Kündigung des Netznutzungsvertrages sei der für die Auftragsänderung maßgebliche „Umstand“ im Sinne des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB gewesen. Das Scheitern der Verhandlungen habe die Bundestagsverwaltung nicht vorhersehen können. Danach habe ausschließlich die Möglichkeit bestanden, den benötigten Netzanschluss über einen Stromlieferanten zu beauftragen. Diese Möglichkeit habe die Bundestagsverwaltung mit der Auftrags-

änderung genutzt. Für eine Kündigung des Vertrags, um diesen neu auszuschreiben, habe die rechtliche Grundlage gefehlt. Auch eine Grundversorgung sei keine Alternative gewesen. Eine solche gebe es nur für Privathaushalte und gewerbliche Kleinbetriebe, zu denen der Deutsche Bundestag nicht zähle.

Die Einwände der Bundestagsverwaltung überzeugen nicht. Die Bundestagsverwaltung durfte die Verhandlungen mit dem Netzbetreiber nicht bis zur Zuschlagserteilung an den Stromlieferanten fortsetzen in der ungewissen Hoffnung, doch noch das gewünschte Verhandlungsergebnis zu erzielen. Dies gilt umso mehr, als eine Kündigung des Vertrags mit dem bezuschlagten Stromlieferanten nach ihrem eigenen Vortrag ebenso wenig möglich gewesen wäre wie eine Grundversorgung. Da sie nicht wissen konnte, ob der bezuschlagte Stromlieferant einer Auftragsänderung zustimmen würde, nahm sie durch ihr Abwarten bis nach Zuschlagserteilung das Risiko einer Versorgungslücke in Kauf. Dies entsprach nicht einer sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung.

Der Bunderechnungshof hält daher seine Beanstandung aufrecht. Die Auftragsänderung war nicht nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB zulässig. Der Verzicht auf ein Vergabeverfahren war vergaberechtswidrig. (Tz. 3)

- 0.3 Im Jahr 2018 vergab die Bundestagsverwaltung den Auftrag „On-Air-Design Parlamentsfernsehen“. Im gleichen Jahr änderte sie diesen Auftrag zweimal. Für den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren berief sie sich auf vergaberechtliche Ausnahmetatbestände. Allerdings beauftragte die Bundestagsverwaltung nicht den ursprünglichen Auftragnehmer, sondern jeweils ein anderes Unternehmen. Daher waren vergaberechtliche Ausnahmetatbestände nicht einschlägig. Der Wechsel des Auftragnehmers war eine wesentliche Auftragsänderung, die ein erneutes Vergabeverfahren erfordert hätte.

Die Bundestagsverwaltung hat eingeräumt, dass die Beauftragungen im Wege von Auftragsänderungen nicht zulässig waren. Sie hat Gründe vorgebracht, um den Wettbewerbsausschluss nachträglich zu rechtfertigen. Diese seien nicht dokumentiert, da die Beschäftigten seinerzeit nicht die zutreffende Rechtsgrundlage angewandt hätten.

Der Bundesrechnungshof hält seine Beanstandung aufrecht. Ob die nachgeschobenen Gründe den Wettbewerbsausschluss gerechtfertigt hätten, kann dahinstehen. Insofern fehlt es an der hierfür erforderlichen Dokumentation. Damit war der Wettbewerbsausschluss vergaberechtswidrig. (Tz. 4)

- 0.4 Die Bundestagsverwaltung verlängerte Rahmenvereinbarungen und begründete den Verzicht auf Wettbewerb mit vergaberechtlichen Bestimmungen für Auftragsänderungen. Sie missachtete bei diesen Vertragsverlängerungen die vergaberechtliche Regelung für die Höchstlaufzeit von Rahmenvereinbarungen. Die Laufzeitverlängerungen waren deshalb vergaberechtswidrig. Der Bundesrechnungshof hat die Bundestagsverwaltung aufgefordert, künftig bei Änderungen von Rahmenvereinbarungen die vergaberechtliche Regelung für die Höchstlaufzeit zu beachten.

Die Bundestagsverwaltung hat mitgeteilt, sie halte die Auftragsänderungen für vergaberechtskonform. Die Höchstlaufzeiten von Rahmenvereinbarungen gälten nur für deren Abschluss und nicht für deren Änderung.

Der Bundesrechnungshof hält an seiner Forderung fest. Die Auffassung der Bundestagsverwaltung ist mit Sinn und Zweck der vergaberechtlichen Regelung zur Höchstlaufzeit einer Rahmenvereinbarung nicht zu vereinbaren. Rahmenvereinbarungen entziehen für deren Laufzeit den Vertragsgegenstand dem Wettbewerb. Der Wettbewerbsgrundsatz gebietet es daher, die vergaberechtliche Bestimmung für deren Höchstlaufzeit nicht nur bei der ursprünglichen Vergabe, sondern auch bei einer Auftragsänderung zu beachten. Die Laufzeit eines Vertrages ist zudem ein wesentlicher Vertragsbestandteil. Ändert sich ein solcher nachträglich, ohne dass dies in der ursprünglichen Bekanntmachung und den Vertragsbedingungen vorgesehen war, so führt dies zu einer Ausschreibungspflicht. Dies gilt erst recht für eine Laufzeitverlängerung einer Rahmenvereinbarung, die die vergaberechtlich normierte Höchstlaufzeit überschreitet. (Tz. 5)

- 0.5 Mehrfach verstieß die Bundestagsverwaltung gegen die gesetzliche Pflicht, Auftragsänderungen im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

Die Bundestagsverwaltung hat die unterbliebenen Veröffentlichungen eingeräumt. Sie hat über Maßnahmen berichtet, die eine erforderliche Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union künftig sicherstellen sollen. Ob diese Maßnahmen den gewünschten Erfolg bringen, bleibt abzuwarten. (Tz. 6)

- 0.6 Der Bundesrechnungshof hat kritisiert, dass die Bundestagsverwaltung bei einigen Auftragsänderungen die Gründe für den Verzicht auf ein Vergabeverfahren nicht dokumentiert oder lediglich den Ausnahmetatbestand zitiert habe. Fehlende und mangelhafte Dokumentationen verstößen gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot.

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

Die Bundestagsverwaltung hat Dokumente nachgereicht. Aus diesen ergeben sich die Dokumentationsschritte, die nach dem bisher bekannten Sachverhalt fehlten. Um eine ordnungsgemäße Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren bei Auftragsänderungen auch in künftigen Fällen sicherzustellen, hält der Bundesrechnungshof seine Empfehlung aufrecht. (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 die Bundestagsverwaltung aufgefordert, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Beschäftigten künftig das Vergaberecht beachten. Sie sollte die hausinterne Beschaffungsanweisung unverzüglich um Regelungen zu Auftragsänderungen einschließlich Dokumentationspflichten ergänzen.

Die Bundestagsverwaltung hat entgegnet, die Anwendung der seinerzeit noch völlig neuen Regelung des § 132 GWB zu Auftragsänderungen sei, von wenigen Einzelfällen abgesehen, rechtsfehlerfrei und sachgerecht gewesen. Verstöße gegen Bekanntmachungspflichten wolle sie durch die von ihr beschriebenen Maßnahmen künftig vermeiden. Die Beschaffungs-

anweisung sei zwischenzeitlich um eine Regelung erweitert worden, die auch Auftragsänderungen gemäß § 132 GWB betreffe. Darüberhinausgehender Regelungsbedarf in der Beschaffungsanweisung habe nicht bestanden und bestehe nicht.

Der Bundesrechnungshof hält seine Gesamtbewertung aufrecht. Er verkennt nicht, dass die Regelung des § 132 GWB zur Zeit der überprüften Auftragsänderungen vergleichsweise neu war. Er hat seine von der Ansicht der Bundestagsverwaltung abweichende Rechtsauffassung verdeutlicht. Bislang gab es zu den streitigen Fragen zwar keine Rechtsprechung. Die Bundestagsverwaltung sollte aber bedenken, dass ihre Entscheidungen im Oberschwellenbereich in einem Nachprüfungsverfahren der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Die Anwendung ihrer bisherigen Rechtsauffassungen zum Verzicht auf ein Vergabeverfahren birgt ein erhebliches Prozessrisiko, das es zu vermeiden gilt. Der Bundesrechnungshof erwartet, dass die Beschäftigten der Bundestagsverwaltung seine rechtlichen Hinweise bei künftigen Entscheidungen beachten. Dies sollte die Bundestagsverwaltung durch geeignete Maßnahmen sicherstellen. Eine Ergänzung der Beschaffungsanweisung und ein Vordruck wären hierzu geeignete Mittel.

Mit diesen Hinweisen schließt der Bundesrechnungshof alle Punkte im laufenden Prüfungsverfahren ab. Er behält sich eine Kontrollprüfung vor.
(Tz. 8)

1 Vorbemerkungen

1.1 Prüfungsanlass, -durchführung und -ziel

Anlass für die Prüfung des Bundesrechnungshofes 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 der Prüfung sind Auftragsänderungen, bei der die Verwaltung des Deutschen Bundestages (BT-Verwaltung) das reformierte Vergaberecht anzuwenden hatte. Der Bundesrechnungshof hat 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 Änderungen von 44 überschwelligen und 22 unterschwelligen Aufträgen.

Ziel der Prüfung ist es, Erkenntnisse zu gewinnen, ob die BT-Verwaltung die neuen Bestimmungen beachtet.

1.2 Die BT-Verwaltung

Die BT-Verwaltung unterstützt mit rund 3 000 Beschäftigten das Verfassungsorgan Deutscher Bundestag bei der Erfüllung seiner gesetzgeberischen und kontrollierenden Aufgaben. Sie ist eine oberste Bundesbehörde.

Nach der für die BT-Verwaltung geltenden Dienstanweisung zur Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen (Beschaffungsanweisung)¹ gelten folgende Zuständigkeiten für Beschaffungen:

Referat ZR 5 – Vergabereferat ist zuständig für alle Grundsatzangelegenheiten des Öffentlichen Auftragswesens. Ihm obliegen u. a. die Durchführung des förmlichen Vergabeverfahrens, die Aufhebung des Vergabeverfahrens sowie alle übrigen rechtsgestaltenden Handlungen.²

Referat ZR 2 – Justizariat ist zuständig für die Vergabe von Aufträgen an Rechtsanwälte und sonstige Prozessvertreter für die Prozessführung vor Gerichten und sonstige anwaltliche Vertretungen.³

Referat BL 5 – Zentrale Bedarfsdeckung und Logistik ist zentrale Beschaffungsstelle der BT-Verwaltung. Bis zu einem Auftragswert von 10 000 Euro sowie bei Direktaufträgen handelt dieses selbstständig und informiert das Referat ZR 5 halbjährlich über die Vergaben. Bei Vergaben, die 10 000 Euro überschreiten, beteiligt das Referat BL 5 das Referat ZR 5, welches dann das förmliche Vergabeverfahren durchführt.⁴

Daneben hat die BT-Verwaltung auch dezentrale Beschaffungsstellen eingerichtet.⁵ Sie erstellen innerhalb ihrer fachlichen Zuständigkeit den Entwurf des Leistungsverzeichnisses unter frühzeitiger Beteiligung des Referates ZR 5. Dieses führt dann das förmliche Vergabeverfahren durch. Die dezentralen Beschaffungsstellen können zulässige Verhandlungsvergaben, deren Auftragswert 10 000 Euro nicht übersteigt sowie Direktaufträge ohne vorherige Beteiligung des Vergabereferats selbstständig durchführen, soweit und solange das Vergabereferat diesem Verfahren generell zugestimmt hat.⁶

1.3 Regelungen der BT-Verwaltung zu Auftragsänderungen

Die aktuelle Beschaffungsanweisung enthält keine Bestimmungen zu Auftragsänderungen.

¹ Stand: 10. September 2019, Abschnitt IV.

² Beschaffungsanweisung Abschnitt IV Nummer 1.

³ A. a. O., Abschnitt IV Nummer 2.

⁴ A. a. O., Abschnitt IV Nummer 3.

⁵ Dies sind alle in Abschnitt V der Beschaffungsanweisung aufgeführten Organisationseinheiten.

⁶ Vgl. Beschaffungsanweisung, Abschnitt VI Nummer 4.

Sie befindet sich derzeit in Überarbeitung. Ein Änderungsentwurf sieht eine Regelung zu Auftragsänderungen vor. Dieser Entwurf war nicht Gegenstand der Prüfung.

2 Änderung wegen Erhöhung des Auftragsvolumens nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB

(1) In vielen Fällen erhöhte die BT-Verwaltung das Auftragsvolumen. Ein erneutes Vergabeverfahren führte sie nicht durch. Die BT-Verwaltung 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 1

Im Jahr 2016 erteilte die BT-Verwaltung den Auftrag für die technisch unterstützende Organisation, Ausstattung und Durchführung einer Großbildprojektion auf große Teile der Südfassade des Marie-Elisabeth-Lüders-Hauses. Anlässlich des Deutschen Evangelischen Kirchentages (DEKT), der auch auf Straßen und Grünflächen im Bereich der Liegenschaften des Deutschen Bundestages stattfand, bat die Präsidentin des DEKT um Unterstützung bei der Ausgestaltung der Veranstaltung. Daher zog die BT-Verwaltung den Starttermin für die Großbildprojektion vor. Dadurch erhöhte sich die Anzahl der Projektionstermine von 100 auf 130. Sie begründete den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB. Ein Wechsel des Auftragnehmers sei aus wirtschaftlichen und technischen Gründen nicht möglich und mit erheblichen Schwierigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden.

Beispiel 2

Den Vertrag „Instandhaltung der Rundruf- und Tonübertragungsanlage“ verlängerte die BT-Verwaltung ab dem 1. Dezember 2017 um ein Jahr. Es sei eine Erneuerung der Anlage geplant. Für die Übergangszeit sollte daher der bestehende Vertragspartner die Instandhaltung der alten Anlage fortführen. Die Vertragsver-

längerung begründete sie mit § 47 Absatz 1 UVgO in Verbindung mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB. Die BT-Verwaltung gab an, dass eine Ausschreibung für diesen kurzen Zeitraum unwirtschaftlich sei. Zudem sei fraglich, ob sich ein Auftragnehmer finden werde, da die Einarbeitungszeit erfahrungsgemäß sechs bis zwölf Monate benötige.

(2) Der Bundesrechnungshof hat den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren beanstandet. Die angeführten Begründungen rechtfertigten ihn nicht.

§ 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB war nicht einschlägig.

Sein Regelungsgehalt ist abzugrenzen von der Regelung des § 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.⁷

Vorliegend waren in beiden Beispielsfällen die Leistungen inhaltsgleich zu den im Vertrag bezeichneten Leistungen. Der Leistungsgegenstand änderte sich nicht.

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.⁸

Wenn es sich dagegen um zusätzliche Leistungen handelt, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, die aber zur Erreichung des Leistungserfolges erforderlich sind, ist die Auftragsänderung nach § 132 Absatz 2 Nummer 2 GWB zulässig, sofern die weiteren Voraussetzungen dieses Tatbestands gegeben sind. Eine zahlenmäßige Auftragserweiterung kann demnach 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.⁹ Dies ist z. B. denkbar, wenn zu einem bestimmten

⁷ 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.

⁸ Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 132 GWB, Rn. 23.

⁹ Vgl. Summa, Die vergaberechtsfreie Auftragsänderung, Chancen, Risiken und Nebenwirkungen (Teil 2/2), beck-online, S. 5, der das Beispiel einer Stückzahlerhöhung zur Erreichung des Leistungserfolgs nennt; Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, Vergaberecht I, 2. Auflage 2018, § 132 GWB, Rn. 33, m. w. N.

Zeitpunkt die Wartung und Betreuung der Hardware von elf Bildschirmarbeitsplätzen vorgesehen war, nunmehr die Wartung und Betreuung eines zwölften Bildschirmarbeitsplatzes zur Erreichung des Leistungszieles erforderlich ist.

Eine allgemeine Bedarfsdeckung reicht nicht aus, damit die Leistungen „erforderlich“ sind. Denn jede Beschaffung muss erforderlich sein. Dies gebietet § 6 BHO.

Die Erhöhung des Vertragsvolumens in den genannten Beispielen war daher nicht im vorgenannten Sinn erforderlich. Die BT-Verwaltung erhöhte im Falle der Großbildprojektionen nur die Anzahl der Projektionstermine. Die Verlängerung des Vertrages für die Instandhaltung der Rundruf- und Tonübertragungsanlage weitet den bestehenden Auftrag unter Beibehaltung der gleichen Leistung lediglich zeitlich aus. Zusätzliche Leistungen anderer Art hat die BT-Verwaltung auch hier nicht beauftragt.

In den genannten Fällen war § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB daher nicht einschlägig, da sie keine zusätzlichen Leistungen im Sinne dieser Vorschrift beschaffte. Die BT-Verwaltung hätte allenfalls prüfen können, ob die Voraussetzungen eines anderen Ausnahmetatbestands erfüllt waren. Falls der Grund für die Auftragsänderung unvorhersehbar gewesen wäre, wäre § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB in Betracht gekommen. Sofern kein anderer Ausnahmetatbestand vorgelegen hätte, hätte sie gemäß § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB prüfen müssen, ob es sich um eine erhebliche Erweiterung des Auftragsumfangs und damit um eine wesentliche Auftragsänderung handelte. Wesentliche Auftragsänderungen erfordern stets ein neues Vergabeverfahren.

(3) Die BT-Verwaltung hat mitgeteilt, sie halte den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren in den genannten Fällen für vergaberechtskonform. Nach ihrer Ansicht erfasse § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB auch eine quantitative Erweiterung des Auftragsvolumens. Die vom Bundesrechnungshof zitierte abweichende Kommentarliteratur sei jüngeren Datums. Die BT-Verwaltung habe sie daher zur Zeit der in Rede stehenden Auftragsänderungen nicht heranziehen können. Seinerzeit habe es zwei Aufsätze gegeben, die die Auffassung der BT-Verwaltung stützten.

Für seine Auffassung spräche der Wortlaut des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB. Es sei sprachlich gut vertretbar und naheliegend, mengenmäßige Erweiterungen von bereits Vorhandenem unter das Adjektiv „zusätzlich“ im Sinne des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB zu subsumieren. Das weitere einschlägige

Tatbestandsmerkmal, wonach es sich um zusätzliche Leistungen handeln müsse, die „nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren“, sei in sprachlicher Hinsicht ebenfalls bei mengenmäßiger Auftragserweiterung erfüllt.

In systematischer Hinsicht stünden § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB und § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis. Vielmehr überschneiden sich die sachlichen Anwendungsbereiche beider Normen. Aus der Formulierung „unbeschadet des Absatzes 1“ in § 132 Absatz 2 Satz 1 GWB folge, dass es dabei auf die Frage, ob die Art und Weise der Auftragsänderung begrifflich bereits von Absatz 1 erfasst sei, nicht ankomme. In ihrer Gesetzesbegründung zu § 132 GWB stelle die Bundesregierung klar, die Zulässigkeit einer Änderung des ursprünglichen Vertrags ohne neues Vergabeverfahren sei gemäß Absatz 2 „unabhängig davon, ob es sich um eine wesentliche Änderung im Sinne des Absatz 1 handelt oder nicht“. Der Gesetzgeber sei also davon ausgegangen, dass sich die Absätze 1 und 2 des § 132 GWB sachlich überschneiden können. Nach Absatz 2 ohne zusätzliches Vergabeverfahren erlaubte Änderungen könnten daher auch Änderungen sein, die nach Absatz 1 wesentlich seien. In der Literatur werde die Auffassung vertreten, dass sich § 132 Absatz 1 Nummer 3 GWB ebenfalls auf Leistungen beziehe, die der Art nach Gegenstand des Auftrags seien. Hierin sieht die BT-Verwaltung einen Beleg für ihre Rechtsauffassung.

Zudem könne der Normzweck des § 132 GWB besser erreicht werden, wenn Auftragsänderungen in Form einer mengenmäßigen Erhöhung des Auftragsvolumens unter das Tatbestandsmerkmal „zusätzliche Leistungen“ subsumiert würden. Der Gesetzgeber habe mit § 132 GWB klare Vorgaben dafür schaffen wollen, wann Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern. An klaren Vorgaben ließen sich Erhöhungen des Auftragsvolumens aber nur messen, wenn sie anhand der Anforderungen des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB geprüft werden könnten. Dieser Ausnahmetatbestand enthalte im Vergleich zu § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB sehr enge Voraussetzungen.

Die BT-Verwaltung gehe ebenfalls davon aus, dass zusätzliche Leistungen erforderlich sein müssten, damit der Ausnahmetatbestand erfüllt sei. Dies sei auch der Fall gewesen. Erforderlich seien Auftragsänderungen, wenn sie zur Vervollendung des Ursprungsauftrags mit allem, was vom Beschaffungsziel des Auftraggebers her betrachtet vernünftigerweise dazugehört, notwendig seien. Die Zusatz-

leistung müsse nicht unentbehrlich für die Erfüllung des Ursprungsauftrags sein. Es genüge, wenn sie instrumentell betrachtet beispielsweise die weitere Nutzung der im ursprünglichen Vergabeverfahren beschafften Leistungen verbessern könne.

Die ursprüngliche Großbildprojektion habe der Umsetzung der politischen Öffentlichkeitsarbeit des Deutschen Bundestages gedient. Die Entscheidung zur Unterstützung des DEKT sei ebenfalls eine Entscheidung über die Art und Weise der öffentlichen Darstellung des Deutschen Bundestages als Unterstützer des DEKT gewesen. Dass der Starttermin der Großbildprojektion vorgezogen worden sei, habe mithin den ursprünglichen Nutzungszweck der Großbildprojektion als Instrument der Öffentlichkeitsarbeit des Deutschen Bundestages verbessert. Gleiches gelte für die Verlängerung des Auftrags zur Instandhaltung der Rundfunk- und Tonübertragungsanlage, die der Überbrückung des Zeitraums bis zur Erneuerung der bestehenden Anlage gedient habe. Das Leistungsziel (Instandhaltung dieser Anlage) habe somit durch die begrenzte Verlängerung des bestehenden Instandhaltungsauftrags nicht nur verbessert, sondern überhaupt nur dadurch aufrechterhalten werden können. Denn nach den Feststellungen des Fachreferats sei es fraglich gewesen, ob für einen so kurzen Zeitraum in einer Ausschreibung überhaupt wirtschaftliche Angebote abgegeben worden wären.

(4) Der Bundesrechnungshof hält an seiner Beanstandung und Rechtsauffassung fest. Rein mengenmäßige Erhöhungen des Auftragsvolumens unterfallen nicht dem Ausnahmetatbestand des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB.

Der Bundesrechnungshof verkennt nicht, dass es zu dieser Rechtsfrage abweichende Auffassungen gibt. Er hält diese aber wie auch die Auffassung der BT-Verwaltung nicht für überzeugend.

Nach der Wortlautargumentation der BT-Verwaltung umfassen sowohl der Begriff „zusätzliche Leistungen“ als auch der Relativsatz „die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren“ gleichermaßen qualitative und quantitative Auftragserweiterungen. Wäre dies zutreffend, wäre der Relativsatz überflüssig. In beiden Fällen wären zusätzliche Leistungen naturgemäß solche, „die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren“. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber zwei Tatbestandsmerkmale formulieren wollte, die beide dasselbe meinen. Vielmehr soll der Relativsatz „die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren“ die Frage beantworten,

wann eine Leistung zusätzlichen Charakter hat. Es soll nicht jedwede zusätzliche Leistung, sondern nur eine solche erfasst sein, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen war. Dies spricht für die Auslegung, dass nur zusätzliche Leistungen gemeint sind, die ihrer Art nach nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen beschrieben waren.

Auch die auf die Systematik der Norm gestützten Einwände der BT-Verwaltung überzeugen nicht. Der Bundesrechnungshof hat nicht behauptet, § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 und § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB stünden in einem „Ausschließlichkeitsverhältnis“. Die BT-Verwaltung weist zutreffend darauf hin, dass es auf die Frage, ob eine Auftragsänderung wesentlich im Sinne des Absatzes 1 ist, nicht mehr ankommt, wenn die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes des Absatzes 2 gegeben sind. Genau daran fehlt es hier. Mengenmäßige Auftragserweiterungen erfüllen nicht die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 132 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 GWB. Sie sind keine zusätzlichen Leistungen im Sinne dieser Vorschrift. Mangels Ausnahmetatbestand sind sie daher nach § 132 Absatz 1 GWB zu beurteilen. Mit ihnen ist eine Auftragserweiterung verbunden. Handelt es sich um eine erhebliche Auftragserweiterung, dann liegt nach dem Regelbeispiel des Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 eine wesentliche Auftragsänderung vor, die ein erneutes Vergabeverfahren erfordert. Zu der Frage, ob § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB sowohl quantitative als auch qualitative Volumenerhöhungen umfasst, hat sich der Bundesrechnungshof nicht geäußert. Selbst wenn dies so wäre, gälte dies aber nicht gleichermaßen für den Ausnahmetatbestand des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB.

Die teleologische Argumentation verfängt ebenfalls nicht. Richtig ist, dass der Gesetzgeber klare Vorgaben schaffen wollte, wann Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern. Diese Absicht hat er aber mit allen Regelungen des § 132 GWB verfolgt, also auch mit dem Regelbeispiel in Absatz 1 Satz 3 Nummer 3. Dies berechtigt nicht dazu, Ausnahmetatbestände in Absatz 2 weiter auszulegen.

Der Bundesrechnungshof bleibt auch bei seiner Auffassung, dass die zusätzlichen Leistungen nicht zur Erfüllung des Leistungserfolges erforderlich waren. Insofern fehlt es auch an einem weiteren Tatbestandsmerkmal des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB.

Dieses Tatbestandsmerkmal ist wie alle vergaberechtlichen Ausnahmetatbestände restriktiv auszulegen. Es genügt daher nicht, dass der Auftraggeber einen weiteren Bedarf hat, der in einem irgendwie gearteten Zusammenhang mit dem Ursprungsvertrag steht. Legt man die Definition der BT-Verwaltung zugrunde, dann muss die zusätzliche Leistung zur Vollendung des Ursprungsauftrags mit allem, was vom Beschaffungsziel des Auftraggebers her betrachtet vernünftigerweise dazugehört, notwendig sein.¹⁰ Die Großbildprojektion bestand im Wesentlichen aus einer circa 30-minütigen künstlerischen Film-, Ton- und Lichtinszenierung über die Geschichte des Parlamentes. Sie diene der Darstellung des Parlamentes. Dies war folglich das Beschaffungsziel des ursprünglichen Auftrags. Die Nutzung der Großbildprojektion durch den DEKT war zur Vollendung dieses Beschaffungsziels nicht notwendig. Sie mag der allgemeinen politischen Öffentlichkeitsarbeit des Deutschen Bundestages gedient haben. Sie diene dagegen nicht der Darstellung des Parlamentes und verbesserte diese im Übrigen auch nicht.

Im Fall der Verlängerung des Auftrags zur Instandhaltung der Rundfunk- und Tonübertragungsanlage sind die Angaben im Vermerk nicht geeignet, die Erforderlichkeit zu begründen. Sie erschöpfen sich in der unbelegten Behauptung, eine Ausschreibung für eine Leistungsvergabe von einem Jahr sei unwirtschaftlich, sowie in der Mutmaßung, möglicherweise gehe bei einer Ausschreibung kein Angebot ein. Dasselbe trifft auf die in der Stellungnahme angegebene Begründung zu. Auch hier handelt es sich um die bloße Behauptung, dass nur durch die Vertragsverlängerung die Instandhaltung der Anlage hätte aufrechterhalten werden können und deshalb notwendig gewesen wäre.

Der Bundesrechnungshof hält daher seine Beanstandung aufrecht.

3 Änderung aufgrund unvorhersehbarer Umstände nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB

(1) In einem anderen Fall berief sich die BT-Verwaltung 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 Auf-*

¹⁰ Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, Vergaberecht I, 2. Auflage 2018, § 132 GWB, Rn. 33.

traggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert“.

Beispiel 3

Die BT-Verwaltung erteilte am 12. Oktober 2016 nach einem offenen Verfahren den Zuschlag für einen Vertrag „Lieferung von elektrischer Energie aus erneuerbaren Energien (Ökostrom) für die in diesem Vertrag bezeichneten Liegenschaften des Deutschen Bundestages“. Sie erweiterte diesen Vertrag rückwirkend zum 1. Januar 2017 auf den Technikverbund Parlamentsbauten (TVP). In einem Vermerk begründete die BT-Verwaltung die Änderung mit § 132 Absatz 2 Nummer 3 GWB. Sie hätte nicht vorhersehen können, dass der bisherige Verteilnetzbetreiber den Netznutzungsvertrag kündigt. Dieser habe anstelle dessen einen neuen elektronisch abzuwickelnden Vertrag angeboten, der aufgrund der verwendeten Dateiformate kurzfristig nicht umsetzbar gewesen sei.

Wäre diese Entwicklung vorhersehbar gewesen, hätte sie die Ausschreibung des neuen Vertrages über die Lieferung des Ökostroms für die Liegenschaften des Deutschen Bundestages entsprechend gestalten können. Dies wäre der BT-Verwaltung nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung der Ausschreibung aus zeitlichen Gründen aber nicht mehr möglich gewesen. Die bei einer erneuten Ausschreibung dann entstehenden Vergabefristen hätten dazu geführt, dass der neue Vertrag sich nicht mehr nahtlos an den alten angeschlossen hätte.

(2) Der Bundesrechnungshof hat die Auftragsänderung kritisiert. Die angeführte Begründung rechtfertigte es nicht, den TVP in den bestehenden Vertrag aufzunehmen und auf ein erneutes Vergabeverfahren zu verzichten.

Der Bundesrechnungshof hat die Frage, ob die Kündigung des bisherigen Netznutzungsvertrags durch den Netzbetreiber für die BT-Verwaltung ein unvorhersehbarer Umstand war, aufgrund der Ausführungen im Vermerk der BT-Verwaltung nicht näher geprüft. Er hat aber kritisiert, dass die Änderung des Auftrags für die Liegenschaften des Deutschen Bundestages dadurch nicht erforderlich geworden ist. § 132 Absatz 2 Nummer 3 GWB ist als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Die Norm erfasst nur Änderungen, die zum Erreichen des der ursprünglichen Ausschreibung zugrunde liegenden Leistungserfolgs oder -ziels erforderlich sind.¹¹ Für die in Rede stehende Auftragsänderung hat der Bundesrechnungshof

¹¹ Vgl. Summa, Die vergaberechtsfreie Auftragsänderung, Chancen, Risiken und Nebenwirkungen (Teil 2/2), beck-online, S. 8.

dies verneint. Das Leistungsziel, die Versorgung der im Vertrag genannten Gebäude des Deutschen Bundestages, wurde durch den ursprünglichen Auftrag erreicht. Die Aufnahme des TVP war eine hiervon unabhängige zusätzliche Leistung. Sie stand in keinem Zusammenhang mit dem ursprünglichen Leistungsziel. Die BT-Verwaltung hätte diesen Auftrag nach Kenntnis von der Kündigung durch den bisherigen Verteilnetzbetreiber unverzüglich neu ausschreiben müssen. Hierdurch wäre auch keine Versorgungslücke entstanden. Denn die Stromlieferung durch den Grundversorger wäre gewährleistet gewesen.

Im Übrigen wäre auch nach der Begründung der BT-Verwaltung die Auftragsänderung nicht erforderlich gewesen.

Sie hätte das Vergabeverfahren für den Ökostrom aufheben und die TVP in das neue Verfahren einbeziehen können. Die Fristen wären kein Hindernis gewesen. Bei „hinreichend begründeter Dringlichkeit“ hätte sie die Fristen verkürzen können. Hierzu hat die BT-Verwaltung nichts ausgeführt. Überdies gilt auch insofern, dass wegen der Grundversorgung keine Versorgungslücke entstanden wäre. Die Auftragsänderung unter Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren war nicht nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB zulässig. Die BT-Verwaltung verstieß gegen Vergaberecht. Der Bundesrechnungshof hat die BT-Verwaltung aufgefordert, Auftragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren nur vorzunehmen, wenn dies vergaberechtlich zulässig ist.

(3) Die BT-Verwaltung hat in ihrer Stellungnahme mitgeteilt, sie halte die Auftragsänderung unter Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren für zulässig. Die Anwendung des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB und ihre Auslegung des in diesem enthaltenen Tatbestandsmerkmals „Erforderlichkeit“ seien in Ermangelung einschlägiger Rechtsprechung hierzu jedenfalls vertretbar.

„Erforderlichkeit“ im Sinne des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB bedeute dem Wortlaut dieser Norm zufolge, dass die Auftragsänderung auf Umstände zurückzuführen sein müsse, die zum Zeitpunkt der ursprünglichen Auftragsvergabe nicht vorhersehbar gewesen seien. Dies sei bei der Einbeziehung des TVP in den bestehenden Ökostrom-Liefervertrag der Fall gewesen. Der Änderungsbedarf für den TVP sei durch die kurzfristige Kündigung des nur für diesen Gebäudekomplex bestehenden Netznutzungsvertrags entstanden. Dass dies für den Deutschen Bundestag unvorhersehbar gewesen sei, stelle der Bundesrechnungshof nicht in Frage.

Diese Auftragsänderung sei entgegen der Auffassung des Bundesrechnungshofes auch zur Erreichung des Leistungsziels erforderlich gewesen.

Die enge Auffassung, wonach das Leistungsziel des ursprünglichen Auftrags (Ökostrom-Lieferung) auf den konkreten Vertragsgegenstand (Versorgung der im Vertrag genannten Gebäude) bezogen sein müsse, sei mit dem weitergehenden Wortlaut des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB nicht vereinbar. Sie lasse sich auch nicht auf die zum Beleg herangezogene Auffassung stützen. Dieser zufolge müsse die Auftragsänderung „zum Erreichen des der ursprünglichen Ausschreibung zu Grunde liegenden Leistungserfolgs oder -ziels erforderlich“ sein. Es gehe also um einen dem konkreten Vertragsgegenstand (ursprüngliche Ausschreibung), vorgelagerten Zweck (Leistungserfolg oder -ziel). Diesem Verständnis der „Erforderlichkeit“ im Sinne des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB zufolge sei die Einbeziehung des TVP in den bestehenden Vertrag ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig gewesen.

Der mit dem Vertragsgegenstand des Ökostrom-Liefervertrags angestrebte Leistungserfolg oder dessen vorgelagertes Leistungsziel im dargelegten Sinne sei stets die umfassende Versorgung des Deutschen Bundestages mit Ökostrom gewesen. Die Strombedarfe aller Liegenschaften des Deutschen Bundestages – also auch des TVP – würden auf Grundlage des Ökostrom-Liefervertrags gedeckt. Für alle Liegenschaften außer dem TVP sei dieser Ökostrom-Liefervertrag ein All-inclusive-Stromlieferungsvertrag, der auch die Netznutzung umfasse. Für den TVP sei der Ökostrom-Liefervertrag hingegen als reiner Energielieferungsvertrag ausgestaltet. Der zur tatsächlichen Stromnutzung notwendige Netznutzungsvertrag sei für den TVP gesondert mit einem anderen Anbieter geschlossen worden. Diesen separaten Netznutzungsvertrag für den TVP habe der Netzbetreiber im Jahr 2016 kurzfristig gekündigt. Seine Erneuerung sei aus abrechnungstechnischen Gründen nicht möglich gewesen. Daher hätte ausschließlich die Netznutzung für den TVP neu geregelt werden müssen, um dessen fortlaufende Belieferung mit Ökostrom auf der Grundlage des bestehenden Ökostrom-Liefervertrags sicherzustellen. Da die Netznutzung für alle anderen Liegenschaften des Deutschen Bundestages bereits Bestandteil des Ökostrom-Liefervertrags gewesen sei, habe es nahegelegen, die Netznutzung im Wege der Auftragsänderung auch auf den TVP zu erstrecken. Der Ökostrom-Liefervertrag sei seitdem für alle Liegenschaften ein All-inclusive-Stromlieferungsvertrag. Die Auftragsänderung betreffe nur die mit der Netznutzung in Zusammenhang stehende Abrechnung

der Netzentgelte sowie die gesetzlichen Umlagen und Aufschläge für den TVP, nicht aber dessen Versorgung mit elektrischer Energie. Ziel der Auftragsänderung sei mithin nie eine umfassende Aufnahme des TVP in den Ökostrom-Liefervertrag gewesen. Vielmehr sei es darum gegangen, die bereits mit dem Ökostrom-Liefervertrag beauftragte Versorgung des TVP mit Ökostrom auch für die Zukunft sicherzustellen, indem die hierfür notwendige Netznutzung lückenlos gewährleistet worden sei. Deshalb sei die Auftragsänderung (Sicherstellung des Netzzugangs für den TVP) erforderlich zur Erreichung des Leistungsziels (weitere Belieferung des TVP mit Ökostrom auf Grundlage des geänderten Auftrags) gewesen.

Die Umstände, die die Auftragsänderung gemäß § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB rechtfertigten, habe der Leiter des zuständigen Fachreferats in einem Schreiben vom 20. Dezember 2016 an das Vergabereferat ausführlich dargelegt. Aufgrund der zwischen der BT-Verwaltung und dem Bundesrechnungshof zur Vermeidung von Infektionsrisiken während der Corona-Pandemie vereinbarten Vorgehensweise bei der Durchführung der Prüfung habe dieses Schreiben dem Bundesrechnungshof aber für seine Prüfung nicht vorgelegen.

Da die Auftragsänderung ohne Vergabeverfahren demnach zulässig gewesen sei, komme es auf die vom Bundesrechnungshof angestellten Alternativerwägungen zu einer Dringlichkeitsvergabe unter Inanspruchnahme der Grundversorgung als Überbrückungslösung nicht an. Es erscheine der BT-Verwaltung allerdings fraglich, ob die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Grundversorgung des TVP für den Deutschen Bundestag tatsächlich bestanden hätte. Einerseits läge der im Ökostrom-Liefervertrag vereinbarte Preis pro Kilowattstunde so deutlich unter den Kosten der Grundversorgung, dass eine auch nur übergangsweise Nutzung der Grundversorgung mit den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nur schwerlich zu vereinbaren gewesen wäre. Zum anderen stünde die Grundversorgung im Grundsatz nur privaten Haushaltskunden sowie beruflichen und gewerblichen Kleinverbrauchern zur Verfügung, zu denen der Deutsche Bundestag nicht zähle (vgl. §§ 36 Absatz 1 und 3 Nummer 22 EnWG).

(4) Die Einwände der BT-Verwaltung entkräften die Kritik des Bundesrechnungshofes nicht.

Die BT-Verwaltung hat zwar in ihrer Stellungnahme verdeutlicht, dass der All-inclusive-Stromlieferungsvertrag für die Liegenschaften des Deutschen

Bundestages auch die Strombelieferung für den TVP umfasste. Lediglich die Netznutzung war ausgenommen, während bei allen anderen im Stromlieferungsvertrag enthaltenen Gebäuden des Deutschen Bundestages die Netznutzung bereits Vertragsbestandteil war.

Auch nach dieser Klarstellung hält der Bundesrechnungshof jedoch daran fest, dass die Voraussetzungen des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB nicht vorlagen. Die Änderung ist nicht aufgrund von Umständen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht hätte vorhersehen können, erforderlich geworden.

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.“*¹²

Diese Voraussetzungen lagen nicht vor.

Der Bundesrechnungshof hatte aufgrund des ihm bis dahin bekannten Sachverhalts die Frage, ob die Umstände, die zur Auftragsänderung führten, vorhersehbar gewesen sind, nicht geprüft. Die BT-Verwaltung hatte in dem Vermerk, der die Auftragsänderung begründete, ausgeführt, es sei ihr nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung der Ausschreibung *aus zeitlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen*, die Ausschreibung des neuen Vertrages entsprechend zu gestalten. Die Vergabefristen bei einer erneuten Ausschreibung hätten dazu geführt, *dass der neue Vertrag nicht nahtlos an den alten hätte angeschlossen werden können*.

Aus dem nachgereichten Dokument ergibt sich nunmehr, dass diese Angaben unzutreffend sind. Der Netzbetreiber kündigte den Netznutzungsvertrag für den TVP am 1. August 2016 zum 30. November 2016. Der BT-Verwaltung gelang es, das

¹² Regierungsbegründung zu § 132 GWB, Bundestagsdrucksache 18/6281, S. 119; Erwägungsgrund 109 zur Richtlinie 2014/24/EU.

Ende der Vertragslaufzeit auf den 31. Dezember 2016 zu verschieben. Hätte die BT-Verwaltung unverzüglich nach Kenntnis von der Kündigung das laufende Vergabeverfahren aufgehoben und ein neues eingeleitet, hätte sie einen entsprechend angepassten Auftrag im Wettbewerb vergeben können. Den Zuschlag für den All-inclusive-Stromlieferungsvertrag erteilte die BT-Verwaltung erst am 12. Oktober 2016, mithin zweieinhalb Monate nach der Kündigung des Netznutzungsvertrages für den TVP. Es hätte daher noch die Möglichkeit bestanden, das Vergabeverfahren aufzuheben. Auch die Zeit für ein neues Vergabeverfahren wäre ausreichend gewesen. Vertragsbeginn für den neu abgeschlossenen All-inclusive-Stromlieferungsvertrag war der 1. Januar 2017. Es hätten demnach nahezu fünf Monate für ein neues Vergabeverfahren zur Verfügung gestanden. Mit oder ohne eine Verkürzung der vergaberechtlichen Fristen wegen „besonderer Dringlichkeit“ wäre dieser Zeitraum ausreichend gewesen, um den neuen Vertrag nach einem Vergabeverfahren nahtlos an den alten anzuschließen.

Somit waren im Zuschlagszeitpunkt am 12. Oktober 2016 die Umstände, die die Auftragsänderung erforderlich machten, nicht nur vorhersehbar, sondern bereits bekannt. Die BT-Verwaltung erteilte den Zuschlag, obwohl sie wusste, dass sie den Auftrag ändern würde. Sie hätte das Vergabeverfahren aufheben können. Dies hätte einer sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung entsprochen. Eine Überbrückungslösung hatte der Bundesrechnungshof in Unkenntnis der tatsächlichen Abläufe vorgeschlagen. Nachdem sich herausgestellt hat, dass für ein Vergabeverfahren nahezu fünf Monate Zeit zur Verfügung gestanden hätten, wäre diese Alternative nicht erforderlich gewesen. Eine Diskussion hierüber erübrigt sich daher. Da es bereits am Tatbestandsmerkmal „nicht vorhersehbare Umstände“ fehlt, bedarf es auch keiner Erörterung, ob die Änderung zur Erreichung des Auftragsziels erforderlich war.

Der Bundesrechnungshof hat aufgrund des veränderten Sachverhalts der BT-Verwaltung erneut Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

(5) Die BT-Verwaltung hat erklärt, die Kündigung des Netznutzungsvertrages am 1. August 2016 sei kein „Umstand“, der zur späteren Auftragsänderung geführt habe. Bis zu dieser Kündigung sei der Netzzugang für den TVP auf Grundlage eines Vertrages mit dem Netzbetreiber gewährleistet gewesen. Aus dem Schreiben des Fachreferats vom 20. Dezember 2016 ergebe sich, dass die BT-Verwaltung beabsichtigte, nach der Kündigung erneut einen Vertrag mit dem Netzbetreiber

über eine direkte Gewährung des Netzzugangs abzuschließen. Dies sei Anlass gewesen, Verhandlungen über die gewünschte Fortsetzung des Netznutzungsvertrages mit dem Netzbetreiber über den Kündigungszeitpunkt hinaus aufzunehmen. Diese Verhandlungen seien nicht erfolgreich gewesen. Es habe sich gezeigt, dass der Netzbetreiber – abgesehen von einer Verschiebung des Zeitpunkts der Wirksamkeit der Kündigung um einen Monat vom 30. November 2016 auf den 31. Dezember 2016 – nicht kompromissbereit gewesen sei. Er habe auf eine seinerzeit nicht umsetzbare elektronische Rechnungslegung nicht verzichten wollen. Als das Scheitern der Verhandlungen vom zuständigen Fachreferat im Schreiben vom 20. Dezember 2021 festgestellt worden sei, sei die Aufnahme einer Netznutzungsregelung in den am 12. Oktober 2016 bereits abgeschlossenen Ökostrom-Liefervertrag die einzige noch verbliebene Möglichkeit gewesen, für den TVP einen Netzzugang ab dem 1. Januar 2017 zu gewährleisten. Der Netzzugang für den TVP sei keine von unterschiedlichen Unternehmen im Wettbewerb angebotene Leistung. Im deutschen Stromnetz biete stets nur ein bestimmtes Unternehmen, der Netzbetreiber, den technischen Netzzugang für eine bestimmte Region an. Netznutzungsverträge könnten Letztverbraucher entweder direkt mit dem Netzbetreiber oder indirekt mit einem Stromlieferanten, der seinerseits den Netzzugang mit dem Netzbetreiber abwickelt, abschließen. Da nach dem Scheitern der Verhandlungen ein direkt mit dem Netzbetreiber vereinbarter Netzanschluss unmöglich gewesen sei, habe ausschließlich die Möglichkeit bestanden, den benötigten Netzanschluss über einen Stromlieferanten zu beauftragen. Diese Möglichkeit habe die BT-Verwaltung mit der Auftragsänderung genutzt. Eine wie auch immer geartete Vergabe eines Auftrages zur Herstellung des Netzzugangs, der ab 1. Januar 2017 benötigt wurde, sei im Dezember 2016 nicht möglich gewesen. Eine gemäß § 14 Absatz 4 Nummer 2 b VgV denkbare Vergabe an dieses Unternehmen sei nach den gescheiterten Verhandlungen aus tatsächlichen Gründen nicht mehr in Betracht gekommen. Eine Ausschreibung des Netzzugangs als Teil einer neuen Ausschreibung von Stromlieferleistungen sei zu diesem Zeitpunkt rechtlich ausgeschlossen gewesen, weil der bestehende erst rund zwei Monate zuvor im Wege eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens zustande gekommene Ökostrom-Liefervertrag hierfür zunächst hätte gekündigt werden müssen. Hierfür habe es keine rechtliche Grundlage gegeben. Eine Kündigung des Ökostrom-Liefervertrages einzig zu dem Zweck, die damit beschaffte Leistung

wegen des Netzzugangs neu auszuschreiben, hätte sich überdies aus Wirtschaftlichkeitsgründen verboten.

Vor diesem Hintergrund halte die BT-Verwaltung an ihrer Rechtsauffassung fest, dass die Auftragsänderung, mit welcher die Gewährung des Netzzugangs mit Wirkung zum 1. Januar 2017 in den am 12. Oktober 2016 geschlossenen Ökostrom-Liefervertrag aufgenommen wurde, gemäß § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB ohne Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens zulässig gewesen sei. Nicht die Kündigung des Netznutzungsvertrages vom 1. August 2016 sei der für die Auftragsänderung maßgebliche „Umstand“ im Sinne des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB, sondern das erst nach Abschluss des Ökostrom-Liefervertrags am 12. Oktober 2016 eingetretene endgültige Scheitern der Verhandlungen über einen Anschlussnetznutzungsvertrag mit dem Netzbetreiber. Erst zu diesem Zeitpunkt habe festgestanden, dass der Netzzugang rechtlich nur noch in Verbindung mit dem Ökostrom-Liefervertrag hätte sichergestellt werden können. Anhaltspunkte dafür, dass die BT-Verwaltung ein Scheitern der Verhandlungen mit dem Netzbetreiber hätte erkennen können, gebe es nicht.

Das Scheitern der Verhandlungen sei für die BT-Verwaltung nicht vorhersehbar gewesen. Hierzu beruft sich die BT-Verwaltung auf den in der Regierungsbegründung beschriebenen Maßstab für eine Beurteilung, wann Umstände als „unvorhersehbar“ anzusehen sind. Ziel der Verhandlungen sei stets die Fortführung des seit Langem bestehenden Konzepts gewesen. Danach seien Netzzugang und Stromlieferung für den TVP nicht in einem einheitlichen Stromlieferungsvertrag mit einem Stromlieferanten sicherzustellen, sondern voneinander unabhängige Verträge mit dem Netzbetreiber und dem Stromlieferanten abzuschließen gewesen. Es liege in der Natur der Sache, dass der Ausgang von Verhandlungen nie sicher vorhergesagt werden könne. Jedenfalls bis zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ökostrom-Liefervertrages sei es aber nicht als wahrscheinlich erschienen, dass die Verhandlungen mit dem Netzbetreiber hätten scheitern können. Die angestrebte Gewährung des Netzzugangs für den TVP auf Grundlage eines Vertrags direkt mit diesem Netzbetreiber habe einer langjährig bewährten Praxis entsprochen, die auf Grundlage eines neu zu verhandelnden Vertrags hätte fortgeführt werden sollen. Wie sich aus dem Schreiben vom 20. Dezember 2016 ergebe, sei bekannt gewesen, dass das Bundesministerium des Innern bereits an technischen Lösungen zur Bearbeitung elektronischer Rechnungen arbeitete. Das Fachreferat habe also mit guten Gründen annehmen dürfen, dass sich für die vom

Netzbetreiber geforderte elektronische Rechnungslegung eine technische Lösung würde finden lassen. Erst im Laufe der Verhandlungen habe sich gezeigt, dass eine solche Lösung nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen würde. Nach dem Scheitern der Verhandlungen sei im Dezember 2016 nur noch die Möglichkeit geblieben, den Netzzugang für den TVP ab dem 1. Januar 2017 im Wege eines All-inclusive-Stromlieferungsvertrags herzustellen. Da die Strombelieferung für den TVP bereits Bestandteil des am 1. Oktober 2016 geschlossenen Ökostrom-Liefervertrags gewesen sei und diese Stromlieferung ohne Netzzugang ab dem 1. Januar 2017 unmöglich geworden wäre, sei die Aufnahme einer Regelung über den Netzzugang für den TVP in den Ökostrom-Liefervertrag auch „erforderlich“ im Sinne des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB gewesen. Die Erbringung der Stromlieferleistung aus dem Ökostrom-Liefervertrag wäre ohne Netzzugang des TVP unmöglich geworden.

(6) Der Bundesrechnungshof hält auch nach dieser Stellungnahme der BT-Verwaltung seine Beanstandung aufrecht.

Die Stellungnahme gibt den Inhalt des Dokuments vom 20. Dezember 2016 zum Teil unzutreffend wieder. Entgegen der Darstellung der BT-Verwaltung hat sich nicht erst im Lauf der Verhandlungen mit dem Netzbetreiber herausgestellt, dass sich für die geforderte elektronische Rechnungslegung eine technische Lösung nicht rechtzeitig würde finden lassen. Vielmehr führt das Fachreferat aus: *„Da ein System zur elektronischen Rechnungsbearbeitung kurzfristig nicht eingeführt werden kann, hatte sich das Referat ZT 3 bemüht, eine Ausnahmeregelung zu dem übersandten Vertrag bei der (...) zu erwirken und den Kündigungszeitpunkt des laufenden Vertrages auf den 31. Dezember 2016 zu verschieben.“* Damit stand bereits vor Aufnahme der Verhandlungen fest, dass eine technische Lösung nicht kurzfristig realisierbar sein würde. Auch war es nicht so, dass erst bei Abfassen des Dokuments am 20. Dezember 2016 festgestanden hätte, dass die Verhandlungen mit dem Netzbetreiber gescheitert waren. Dies ergibt sich aus folgenden Ausführungen des Fachreferats: *„Einer Ausnahmeregelung zur elektronischen Rechnungsabwicklung wurde nicht zugestimmt, jedoch der Verschiebung des Kündigungszeitpunktes. Aufgrund der Ablehnung hat das Referat ZT 3 als Alternative die Aufnahme der Abnahmestelle Technikverbunds in den All-inclusive-Stromliefervertrag geprüft und hierzu den Vertragspartner (...) um Zustimmung gebeten. Mit Schreiben vom 17. November 2016 hat (...) der Aufnahme der Abnahmestelle TVP in den All-inclusive-Stromlieferertrag zugestimmt.“* Damit stand

das Scheitern bereits einige Zeit vor dem 17. November 2016 fest, keinesfalls erst am 20. Dezember 2016.

Auch die Ausführungen der BT-Verwaltung zu dem Umstand, der die Auftragsänderung erforderlich machte, überzeugen nicht. Anders als bisher von ihr vorgebracht, soll dies jetzt nicht mehr die Kündigung gewesen sein, sondern das endgültige Scheitern der Verhandlungen. Ohne die Kündigung des Netznutzungsvertrages hätte es jedoch keiner Auftragsänderung bedurft. Sie war kausal für die Auftragsänderung.

Selbst wenn man mit der geänderten Argumentation der BT-Verwaltung das Scheitern der Verhandlungen als den Umstand identifizierte, aufgrund dessen die Auftragsänderung erforderlich geworden wäre, so hätte sie auch diesen Umstand bei einer sorgfältigen Vorbereitung der Zuschlagserteilung unter Beachtung des in der Regierungsbegründung genannten Maßstabs vorhersagen können. Nach ihren eigenen Ausführungen liegt es „in der Natur der Sache“, dass „der Ausgang von Verhandlungen nie sicher vorhergesagt werden kann“. Hieraus folgt aber, dass ein Scheitern der Verhandlungen jederzeit möglich war. Dieser Umstand war auch voraussehbar. Die BT-Verwaltung hätte ein Scheitern der Verhandlungen daher berücksichtigen müssen und sich nicht darauf verlassen dürfen, dass diese doch zu dem gewünschten Erfolg führen. Auch die Gefahr, dass der bezuschlagte Auftragnehmer nicht willens sein könnte, die Netznutzung des TVP zu übernehmen, hätte sie in die Risikoabwägung einbeziehen müssen. Dieses Risiko wog umso schwerer, als nach eigenem Vortrag der BT-Verwaltung eine Inanspruchnahme der Grundversorgung nicht möglich gewesen wäre. Da sie nicht sicher sein konnte, ob der bezuschlagte Stromlieferant einer nachträglichen Aufnahme der Netznutzung in den abgeschlossenen Vertrag zustimmen würde, hätte sie ein solches Risiko nicht eingehen dürfen.

Der Bundesrechnungshof hält daher daran fest, dass die Auftragsänderung aufgrund von Umständen erforderlich wurde, die die BT-Verwaltung vorhersehen konnte. Sie hätte unverzüglich nach der Kündigung des Netznutzungsvertrags das Vergabeverfahren aufheben und ein neues für einen Auftrag, der auch den Netzzugang für den TVP umfasste, einleiten müssen. Sie durfte die Verhandlungen mit dem Netzbetreiber nicht bis zur Zuschlagserteilung an den Stromlieferanten fortsetzen in der ungewissen Hoffnung, doch noch das gewünschte Verhandlungsergebnis zu erzielen, und dabei gleichzeitig das Risiko einer Versor-

gungslücke in Kauf nehmen. Dies entsprach nicht einer sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung. Vielmehr hätte sie so rechtzeitig vor dem Ende der Angebotsbindefrist die Verhandlungen als gescheitert ansehen müssen, dass sie das laufende Vergabeverfahren hätte beenden und ein neues hätte einleiten können.

Die Auftragsänderung war damit nicht nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB zulässig. Der Verzicht auf ein Vergabeverfahren war vergaberechtswidrig.

4 Auftragsänderung mit Auftragnehmerwechsel

(1) Im Jahr 2018 vergab die BT-Verwaltung den Auftrag „On-Air-Design Parlamentsfernsehen“ an Firma D. Im Juli 2018 änderte sie diesen Auftrag. Den Verzicht auf ein Vergabeverfahren begründete die BT-Verwaltung mit § 47 Absatz 1 UVgO in Verbindung mit § 132 Absatz 2 Nummer 2. Als Auftragnehmer nannte sie im Zuschlagsschreiben Firma C. Hierin teilte sie Firma C. mit, dass *„im Übrigen [...] die Bedingungen des Hauptauftrags [gelten]“*. Im Betreff des Vermerks zur Auftragsänderung und des Zuschlagsschreibens bezeichnete die BT-Verwaltung die Änderung als 1. Nachtrag zum Vertrag „On-Air-Design Parlamentsfernsehen“. Als Begründung für die Wahl von Firma C. gab sie an, es sei nur diese Firma in Betracht gekommen, da ansonsten mit Zusatzkosten durch die Einarbeitung anderer Mitarbeiter hätte gerechnet werden müssen. Zudem sei die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen bei einem Auftragnehmerwechsel erschwert.

Ebenfalls im Juli 2018 änderte die BT-Verwaltung den Auftrag ein weiteres Mal. Diesmal erteilte sie den Auftrag einem Unterauftragnehmer (Firma R.) von Firma C. Im Zuschlagsschreiben teilte sie auch Firma R. mit, dass *„im Übrigen [...] die Bedingungen des Hauptauftrags [gelten]“*. Im Betreff des Vermerks zur Auftragsänderung und des Zuschlagsschreibens nannte die BT-Verwaltung diese Änderung „2. Nachtrag zum Vertrag „On-Air-Design Parlamentsfernsehen“. Den Verzicht auf ein Vergabeverfahren begründete sie mit § 47 Absatz 2 UVgO.

Auf Nachfrage des Bundesrechnungshofes erklärte die BT-Verwaltung, dass der Auftragnehmer des Hauptauftrags nicht geändert worden sei. Die Auftragsänderungen hätten sich zwar ebenfalls thematisch mit dem „On-Air-Design Parlamentsfernsehen“ befasst, stünden aber in keinem direkten inhaltlichen Zusammenhang zum Hauptauftrag. Der Auftrag hätte neu vergeben werden müssen. Ein Schaden sei aber nicht entstanden. Der Auftrag hätte ausschließlich durch

Firma C. durchgeführt werden können, da die beim Parlamentsfernsehen vorhandenen Schriftgeneratoren ebenfalls von dieser Firma seien. Daher sei § 8 Absatz 4 Nummer 10 UVgO anwendbar gewesen.

(2) Der Bundesrechnungshof hat die Auftragsänderungen als vergaberechtswidrig beanstandet.

Nach dem Regelbeispiel des § 47 Absatz 1 UVgO in Verbindung mit § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 4 GWB liegt eine wesentliche Auftragsänderung, die ein erneutes Vergabeverfahren erfordert, vor, wenn ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer in anderen als in den in § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 GWB vorgesehen Fällen ersetzt. Zulässige Fälle des Auftragnehmerwechsels sind nach dieser Regelung

- ein Wechsel aufgrund einer Überprüfungsklausel im Sinne von § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB,
- die 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 § 132 Absatzes 1 GWB zur Folge hat, oder
- dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.

Die Erklärung der BT-Verwaltung, es habe kein Auftragnehmerwechsel stattgefunden und es habe sich um vom Hauptauftrag unabhängige Aufträge gehandelt, überzeugt nicht. Sie stimmt mit der Aktenlage nicht überein. Diese spricht dafür, dass es bereits vor den beschriebenen Auftragsänderungen einen Auftragnehmerwechsel beim Hauptauftrag gab. So führt die BT-Verwaltung selbst im Vermerk zur Auftragsänderung im Juli 2018 als Begründung an, die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen sei bei einem „Auftragnehmerwechsel“ erschwert. Demnach musste Firma C. bereits Auftragnehmer sein. Im Betreff der Änderungsvermerke und der Zuschlagsschreiben bezeichnet sie die Auftragsänderungen als „1. Nachtrag zum Vertrag ‚On-Air-Design Parlamentsfernsehen‘“ bzw. „2. Nachtrag zum Vertrag ‚On-Air-Design Parlamentsfernsehen‘“. Die Bezeichnung als „Nachtrag“ zeigt, dass diese Aufträge in einem tatsächlichen

Zusammenhang zum Hauptauftrag stehen. Zudem teilte sie sowohl Firma C. als auch Firma R. mit, dass die Bedingungen des Hauptauftrages gelten sollen. Bei vom Hauptauftrag unabhängigen Aufträgen hätten die Auftragnehmer keine Kenntnis von diesen Bedingungen gehabt. Nachfragen der Firmen zu diesen Bedingungen sind nicht dokumentiert.

Die Ausnahmetatbestände des § 132 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 GWB lagen nicht vor. Der Auftragnehmerwechsel war eine wesentliche Auftragsänderung und hätte ein neues Vergabeverfahren erfordert.

Selbst wenn die BT-Verwaltung bei den Beauftragungen im Juli 2018 verkannt haben sollte, dass die Firmen C. und R. nicht die ursprünglichen Auftragnehmer waren und es sich folglich nicht um Auftragsänderungen, sondern unabhängige Aufträge handelte, hätte sie unzulässigerweise jeglichen Wettbewerb bei diesen Auftragsvergaben ausgeschlossen. Die nachträgliche Begründung der BT-Verwaltung rechtfertigt den Wettbewerbsverzicht nicht. Nach § 8 Absatz 4 Nummer 10 UVgO ist eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb zulässig, wenn die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann. Warum ausschließlich das beauftragte Unternehmen zur Erbringung der Leistung imstande gewesen sein soll, hätte sie eingehend prüfen und begründen müssen. Die Prüfung wäre in der Vergabeakte zu dokumentieren gewesen. Die dort dokumentierten Gründe rechtfertigen jedoch keinen Wettbewerbsverzicht nach § 8 Absatz 4 Nummer 10 UVgO. Eine Verhandlungsvergabe ist nicht zulässig, wenn nur ein Unternehmen eine wirtschaftliche Leistungserbringung verspricht, aber weitere Unternehmen zur Auftragsausführung in der Lage sind.¹³

Die Beauftragungen der Firmen C. und R. waren demnach vergaberechtswidrig.

(3) Die BT-Verwaltung hat mitgeteilt, sie habe die falsche Norm als Rechtsgrundlage für diese beiden Aufträge gewählt. Die Aufträge stellten keine Änderungen im Sinne des § 132 GWB dar.

Der Zuschlag für den Auftrag zur Entwicklung eines neuen On-Air-Designs sei an die Firma D. erteilt worden, die diesen ohne Unterauftragnehmer hätte umsetzen sollen und umgesetzt habe. Mit diesem Auftrag seien Designelemente entwickelt worden. Um diese einsetzen zu können, seien in der Folge Anpassungen bei der

¹³ Hirsch/Kaelble in Müller/Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, 2017, § 8 UVgO, Rn. 136.

vorhandenen technischen Infrastruktur des Parlamentsfernsehens notwendig geworden. In deren Anschluss hätten die Designelemente manuell in diese Infrastruktur eingepflegt werden können.

Mit den Anpassungen der technischen Infrastruktur sei die Firma C. beauftragt worden. Die notwendigen Anpassungen an die beim Parlamentsfernsehen vorhandenen Schriftgeneratoren hätten nur von dieser Firma durchgeführt werden können, da die Schriftgeneratoren ebenfalls von ihr stammten. Das manuelle Einpflegen der Designelemente in die Schriftgeneratoren sei an die Firma R. vergeben worden, um Garantie- und Wartungsansprüche gegen diese als Hersteller der technischen Infrastruktur der Sendeabwicklung des Parlamentsfernsehens zu wahren. Thematisch würden sich diese beiden Aufträge zwar ebenfalls mit dem On-Air-Design befassen, stünden aber inhaltlich in keinem direkten Zusammenhang mit dem Hauptauftrag. Dieser enthalte eine rein kreative Leistung. Insofern sei die Rechtsgrundlage für die Nachträge falsch gewählt worden. Richtigerweise hätten beide Aufträge auf Grundlage von § 8 Absatz 4 Nummer 10 UVgO vergeben werden müssen. Da zum Zeitpunkt der Auftragserteilungen im Jahr 2018 jeweils nicht einschlägige Rechtsgrundlagen geprüft worden seien, sei in den Akten beider Verfahren zum Vorliegen der Voraussetzungen von § 8 Absatz 4 Nummer 10 UVgO nichts dokumentiert worden. Ein Nachliefern dieser Begründung zum jetzigen Zeitpunkt im Februar 2021 verbiete sich, da dies eine unerlaubte nachträgliche Änderung der Vergabeakten darstellen würde. Da die Auftragserteilungen rund zweieinhalb Jahre zurücklägen, könne der Sachverhalt beim zuständigen Fachreferat über die bisherigen Nachforschungen hinaus auch nicht mehr weiter aufgeklärt werden.

(4) Die BT-Verwaltung hat eingeräumt, dass § 132 GWB als Rechtsgrundlage nicht einschlägig und eine Beauftragung der Firmen im Wege einer Auftragsänderung nicht zulässig war. Es kann dahinstehen, ob die auf § 8 Absatz 4 Nummer 10 UVgO gestützten nachgeschobenen Gründe den Wettbewerbsausschluss gerechtfertigt hätten. Dies wäre nur der Fall gewesen, wenn sie dokumentiert gewesen wären. Eine nachträgliche Dokumentation ist – wie die BT-Verwaltung zutreffend ausführt – nicht zulässig. Damit war der Wettbewerbsausschluss nicht gerechtfertigt. Der Bundesrechnungshof hält seine Beanstandung aufrecht.

5 Laufzeitverlängerungen bei Rahmenvereinbarungen

(1) Im September 2017 verlängerte die BT-Verwaltung die vierjährige Laufzeit der Rahmenvereinbarung „Instandhaltung, Instandsetzung und Serviceunterstützung für die konferenz- und medientechnischen Anlagen in den Liegenschaften des Deutschen Bundestages“ um vier Monate. Im Januar 2018 verlängerte sie den Vertrag um weitere drei Monate. Als Begründung für den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren berief sich die BT-Verwaltung bei der ersten Vertragsverlängerung auf § 132 Absatz 3 GWB und bei der zweiten auf § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB. Bei letzterer vermerkte sie, dass die Neuausschreibung zeitintensiv und umfangreich sei und daher erst im April 2018 abgeschlossen sein würde. Die Gesamtlaufzeit des Rahmenvertrags betrug nach den beiden Verlängerungen vier Jahre und sieben Monate.

Im März 2017 änderte die BT-Verwaltung die Rahmenvereinbarung über die „Instandhaltung und Betriebsunterstützung für die Breitbandkommunikationsanlage in den Liegenschaften des Deutschen Bundestages“. Sie verlängerte dessen vierjährige Laufzeit um zehn Monate. Im September 2018 verlängerte die BT-Verwaltung die Laufzeit erneut. Diese Verlängerung betrug zwölf Monate. Die Gesamtlaufzeit der Rahmenvereinbarung summierte sich hiernach auf fünf Jahre und zehn Monate. Den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren begründete die BT-Verwaltung bei beiden Verlängerungen mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB. Hierzu führte sie bei der ersten Verlängerung aus, die Erneuerung der Breitbandkommunikationsanlage solle im Oktober 2018 abgeschlossen sein. Dann müsse ein neuer Vertrag über die Instandhaltung und Betriebsunterstützung geschlossen werden. Hierfür sei ein europaweites Vergabeverfahren geplant. Bis zur Inbetriebnahme der neuen Anlage müsse die Instandhaltung und Wartung der bisherigen Anlage gesichert sein. Es sei unwirtschaftlich, einen anderen Vertragspartner einzusetzen, da ein *„Wechsel des Vertragspartner[s] (wenn es überhaupt einen Interessenten gäbe) (...) bedeuten [würde], dass dieser dann im Vorfeld viele Monate lang (...) eingearbeitet werden“* müsse. Bei der zweiten Verlängerung gab die BT-Verwaltung an, längere Krankheit und erhöhtes Arbeitsaufkommen hätten zu einer Verzögerung bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen für die Erneuerung der Anlage geführt. Nunmehr ging sie von einer Neuerrichtung Ende des Jahres 2019 aus. Nach wie vor sei eine Ausschreibung eines Instandhaltungsvertrags bis zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der neuen Anlage unwirtschaftlich sowie fachtechnisch nicht sinnvoll.

(2) Der Bundesrechnungshof hat die Auftragsverlängerungen als vergaberechtswidrig beanstandet, weil die BT-Verwaltung Rahmenvereinbarungen ohne ausreichende Begründung über die Regellaufzeit von vier Jahren hinaus verlängerte.

Die Auftragsänderungen verstießen gegen § 21 Absatz 6 Vergabeverordnung (VgV). Nach dieser Bestimmung darf die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung höchstens vier Jahre betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor.

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.¹⁴ 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.¹⁵ Auch technische Besonderheiten können eine längere Vertragslaufzeit rechtfertigen.¹⁶

Die Gründe für das Abweichen von der Regellaufzeit von Rahmenvereinbarungen sind zu dokumentieren.¹⁷

Die BT-Verwaltung setzte sich in ihren Vermerken mit den Voraussetzungen des § 132 GWB auseinander. § 21 Absatz 6 VgV beachtete sie jedoch nicht. Die BT-Verwaltung nannte keine Gründe für eine Überschreitung der vierjährigen Höchstlaufzeit. Keine der benannten Vertragsverlängerungen hat sie mit dem Gegenstand der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt. Die BT-Verwaltung hat weder Interessen der Auftragnehmer angeführt noch technische Besonderheiten des Auftragsgegenstands benannt.

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

¹⁴ Voppel/Osenbrück/Bubert, 4. Auflage 2018, § 21 VgV, Rn. 9.

¹⁵ Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 1. Auflage 2017, § 21, Rn. 63.

¹⁶ Müller/Wrede, VgV/UVgO, 1. Auflage 2017, § 21 VgV, Rn. 168.

¹⁷ Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht Kompaktcommentar, 4. Auflage 2017, § 21 VgV, Rn. 18; Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 21 VgV, Rn. 164.

Die BT-Verwaltung muss durch ein Vertragscontrolling sicherstellen, dass sie ein neues Vergabeverfahren so rechtzeitig von dem Ende der Laufzeit von Rahmenverträgen einleiten kann, dass sich ein neuer Vertrag unmittelbar anschließt.

Der Bundesrechnungshof hat die BT-Verwaltung aufgefordert, künftig § 21 Absatz 6 VgV bei Vertragsverlängerungen von Rahmenvereinbarungen zu beachten.

(3) Die BT-Verwaltung hält die beanstandeten Auftragsverlängerungen für vergaberechtskonform.

Sie habe die Regelung des § 21 Absatz 6 VgV bei der Vergabe der ursprünglichen Rahmenvereinbarungen beachtet.

Streitig sei, ob die ursprüngliche Laufzeit im Wege der Auftragsänderung erweitert werden dürfe. Hierzu habe es im Zeitpunkt der Auftragsänderungen keine gefestigte Rechtsprechung gegeben, an der sich die BT-Verwaltung habe orientieren können. Die Frage sei bislang von der Rechtsprechung nicht behandelt worden.

Die rechtliche Bewertung des Bundesrechnungshofes sei bei systematischer Auslegung der maßgeblichen Vorschriften weder zwingend noch naheliegend. Die in § 21 Absatz 6 VgV vorgesehene Grenze von vier Jahren sei für Vertragsverlängerungen nach § 132 GWB ohne Belang. Nach § 132 Absatz 2 GWB sei die Änderung eines öffentlichen Auftrags (beziehungsweise einer Rahmenvereinbarung) ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens unter den in der Norm genannten weiteren Voraussetzungen zulässig. Gleiches gelte für die De-Minimis-Änderungen nach § 132 Absatz 3 GWB. Die Voraussetzungen dieser beiden Normen seien im Fall der fraglichen Verlängerungen von Rahmenvereinbarungen erfüllt gewesen. Durch den Wortlaut „ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens“ stelle der Gesetzgeber klar, dass im Bereich von Auftragsänderungen gemäß § 132 GWB die für das Vergabeverfahren geltenden Vorschriften, insbesondere auch § 21 VgV, keine Berücksichtigung finden sollten. Das höherrangige GWB regle Auftragsänderungen, die unter bestimmten Voraussetzungen kein neues Vergabeverfahren erfordern, abschließend. Damit seien die rangniederen Vorschriften der VgV bei Auftragsänderungen nach § 132 Absatz 2 und 3 GWB nicht anwendbar.

Auch materiell sei der Anwendungsbereich der VgV bei den beanstandeten Auftragsänderungen nicht eröffnet gewesen. Die Bestimmungen der VgV gälten nach § 1 Absatz 1 VgV nur für die „Vergabe von öffentlichen Aufträgen“. Die BT-Ver-

waltung habe die Rahmenvereinbarungen nach § 132 Absatz 2 und 3 GWB ohne neues Vergabeverfahrens geändert. Deshalb stellten diese Änderungen gerade keine „Vergaben“ im Sinne des § 1 Absatz 1 VgV dar.

Auf die vom Bundesrechnungshof zitierte enge Auslegung des Sonderfalls einer nach § 21 Absatz 6, 2. Halbsatz VgV zulässigen längeren Rahmenvereinbarung komme es mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs der VgV nicht an. Der Begründung eines Sonderfalls hätte es nur dann bedurft, wenn die Rahmenvereinbarung schon beim ursprünglichen Vergabeverfahren für einen längeren Zeitraum als vier Jahre hätte ausgeschrieben werden sollen. Das sei nicht der Fall gewesen.

Das vom Bundesrechnungshof angemahnte Vertragscontrolling zur Sicherstellung rechtzeitiger Neuausschreibungen vor dem Ende der Laufzeit von Rahmenvereinbarungen sei in der BT-Verwaltung dezentral organisiert und falle gemäß Ziffer 20 (1) der Beschaffungsanweisung der BT-Verwaltung in die Zuständigkeit der Fachreferate als Bedarfsträger („Abrufe aus eigenen Rahmenverträgen einschließlich der Kontrolle der abgerufenen Mengen“). Ziffer 17 der Beschaffungsanweisung sehe zudem vor, dass sich der Bedarfsträger „bei absehbarer Unter- bzw. Überschreitung rechtzeitig mit dem Vergabereferat ZR 5 in Verbindung“ setze. Nach Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch das Referat ZR 5 werde der jeweilige Bedarfsträger stets ausdrücklich gebeten, im Rahmen seiner eigenverantwortlichen Vertragsdurchführung auch auf die Vertragslaufzeiten (ggf. einschließlich Kündigungs- und/oder Verlängerungsoptionen) zu achten und – sofern eine neue Vergabe erforderlich sei – den entsprechenden Vergabeantrag dem Referat ZR 5 möglichst frühzeitig zu übermitteln. Die BT-Verwaltung nehme den Hinweis des Bundesrechnungshofes auf das Vertragscontrolling zum Anlass, die Bedarfsträger in einem Rundschreiben an die Notwendigkeit der Vertragskontrolle und der rechtzeitigen Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens zu erinnern.

(4) Der Bundesrechnungshof hält daran fest, dass die Verlängerungen der Rahmenvereinbarungen vergaberechtswidrig waren. Die gegenteiligen Argumente der BT-Verwaltung überzeugen nicht.

Der systematischen Auslegung der BT-Verwaltung stehen Sinn und Zweck des § 21 Absatz 6 VgV entgegen. Die Laufzeitbegrenzung des § 21 Absatz 6 VgV soll verhindern, dass der öffentliche Auftraggeber mit Hilfe von überlangen Rahmen-

vereinbarungen seinen Beschaffungsbedarf über Jahre oder Jahrzehnte dem Wettbewerb entzieht.¹⁸ Daher konkretisiert die Laufzeitbegrenzung des § 21 VgV den allgemeinen Wettbewerbsgrundsatz des Vergaberechts¹⁹, der in § 97 Absatz 1 GWB normiert ist. Die Höchstlaufzeit darf auch nicht durch den Einsatz von Verlängerungsoptionen ausgedehnt werden. Sie darf nur überschritten werden, wenn ein im Gegenstand des Vertrags begründeter Sonderfall vorliegt.²⁰

Der Wettbewerbsgrundsatz gebietet es, § 21 Absatz 6 VgV nicht nur bei der ursprünglichen Vergabe, sondern auch bei einer Auftragsänderung zu beachten. Dürfte der Auftraggeber, wie die BT-Verwaltung meint, bei einer Auftragsänderung die Rahmenvereinbarung ungeachtet des § 21 Absatz 6 VgV verlängern, so unterliefe dies Sinn und Zweck dieser Regelung. Eine Überschreitung der in § 21 Absatz 6 VgV vorgegebenen Höchstlaufzeit einer Rahmenvereinbarung ist im Wege einer Auftragsänderungen daher nur dann zulässig, wenn ein im Gegenstand des Vertrags begründeter Sonderfall vorliegt.

Zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangt man, wenn man die mit der Laufzeitverlängerung verbundene Auftragsänderung an § 132 GWB misst. Die BT-Verwaltung hat bei der Auftragsänderung lediglich die zusätzlichen Leistungen gemäß § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB bzw. die Auftragswerterhöhung nach § 132 Absatz 3 GWB betrachtet. Es handelte sich aber darüber hinaus um eine weitere Auftragsänderung, da die vertraglich vereinbarte Laufzeit verlängert wurde. Zu einer Laufzeitverlängerung gibt es keinen einschlägigen Ausnahmetatbestand. Die Zulässigkeit ist daher nach § 132 Absatz 1 GWB zu prüfen. Zu der Frage, ob eine Vertragsverlängerung eine wesentliche Auftragsänderung darstellt, gibt es Rechtsprechung aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 132 GWB, die zur Orientierung herangezogen werden kann. Danach ist die Verlängerung eines befristeten Vertrages, die keine Verlängerungsoption enthält, in der Regel eine wesentliche Änderung.²¹ Die Laufzeit des Vertrages ist wesentlicher Vertragsbestandteil. Ändert sich nachträglich ein wesentlicher Vertragsbestandteil, ohne dass dies in der ursprünglichen Bekanntmachung und den Vertragsbedingungen vorgesehen war, so führt dies zu einem ausschreibungspflichtigen öffentlichen

¹⁸ Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. I, 3. Auflage 2017, § 103 Rn.16.

¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.4.2012 - Verg 95/11, beck-online.

²⁰ Erwägungsgrund 62 der RL 2014/24/EU.

²¹ Ritzenhoff in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, 132 GWB Rn. 15 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf 21.7.2010 – VII-Verg 19/10, NZBau 2010, 582 ff.

Auftrag.²² Eine nachträgliche Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung ist daher als neuer, ausschreibungspflichtiger Vertragsschluss zu werten.²³ Dies gilt angesichts der Regelung des § 21 Absatz 6 erst recht für eine Laufzeitverlängerung einer Rahmenvereinbarung, die die dort normierte Höchstlaufzeit überschreitet.

Der Bundesrechnungshof fordert die BT-Verwaltung erneut auf, künftig bei Änderungen von Rahmenvereinbarungen § 21 Absatz 6 VgV zu beachten. Es bleibt abzuwarten, ob das angekündigte Rundschreiben der BT-Verwaltung zu einem erfolgreichen Vertragscontrolling beiträgt.

6 Bekanntmachungen nach § 132 Absatz 5 GWB

(1) Die BT-Verwaltung änderte Aufträge nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 oder § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB. Diese Auftragsänderungen gab sie teilweise nicht im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt. Der Bundesrechnungshof nannte hierzu sechs Beispiele.

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

Dieser Verpflichtung kam die BT-Verwaltung nicht in allen Fällen nach. Diesen Verstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot hat der Bundesrechnungshof beanstandet.

Der Bundesrechnungshof hat die BT-Verwaltung aufgefordert, künftig Auftragsänderungen im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen, wenn diese Bekanntmachung vergaberechtlich vorgegeben ist.

(3) Die BT-Verwaltung hat die unterbliebenen Veröffentlichungen eingeräumt.

Die BT-Verwaltung habe intern nochmals auf die Bekanntmachungspflichten hingewiesen. Außerdem werde nunmehr in die Vermerke über Auftragsänderungen ein entsprechender Hinweis aufgenommen, sofern im konkreten Fall die Auftragsänderung gemäß § 132 Absatz 5 GWB bekannt zu machen sei. Zudem seien die Verfügungspunkte in den Musterschreiben zu Auftragsänderungen bezüglich

²² Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Auflage 2017, § 132 GWB, Rn. 14 m. Rechtsprechungsnachweisen.

²³ Hillmann in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 21 VgV (Stand: 7. November 2017), § 21 VgV, Rn. 60; Röwekamp/Kus, Portz/Prieß, Kommentar zum GWB, 5. Auflage 2020, § 132 GWB, Rn. 72; Burgi/Dreher, a. a. O., § 103 Rn.16.

der Bekanntmachung ergänzt worden, um künftig derartige *Büroversehen* zu vermeiden.

(4) Die Bezeichnung „*Büroversehen*“ wird den mehrfachen und schwerwiegenden Vergaberechtsverstößen nicht gerecht. Ob die ergriffenen und angekündigten Maßnahmen dazu beitragen, künftig solche Vergaberechtsverstöße zu vermeiden, bleibt abzuwarten.

7 Dokumentation

(1) Bei einigen Auftragsänderungen nannte die BT-Verwaltung die Gründe für den Verzicht auf ein Vergabeverfahren nicht oder zitierte ausschließlich den vergaberechtlichen Ausnahmetatbestand. Der Bundesrechnungshof benannte hierzu zwei Beispielfälle.

(2) Der Bundesrechnungshof hat diese Dokumentationen als mangelhaft beanstandet. Sie verstießen gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot.

Das Vergabeverfahren ist von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuches zu dokumentieren, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist.²⁴ Auch nach Zuschlagserteilung kann eine Dokumentation erforderlich sein. Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen ein öffentlicher Auftrag ohne erneutes Vergabeverfahren geändert wird.²⁵

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.²⁶

Diesen Anforderungen genügten die in Rede stehenden Dokumentationen nicht. Die BT-Verwaltung hätte

- die vergaberechtliche Vorschrift, die den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren rechtfertigt, bezeichnen,
- einen Sachverhalt benennen und

²⁴ § 8 Absatz 1 Satz 1 VgV; § 6 Absatz 1 UVgO.

²⁵ Vgl. Müller/Wrede, § 8 VgV, Rn. 26.

²⁶ Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 8 VgV, Rn. 18.

- ausführen müssen, warum die genannte Vorschrift durch den beschriebenen Sachverhalt erfüllt ist.

Der Bundesrechnungshof hat die BT-Verwaltung aufgefordert sicherzustellen, dass die Beschäftigten die Anforderungen an eine vollständige Dokumentation erfüllen.

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 empfohlen, den Beschäftigten standardisierte Vorgaben zur Dokumentation, beispielsweise durch einen Vordruck, zu machen.

Zudem hat er empfohlen, die Beschaffungsanweisung um Regelungen zu Dokumentationspflichten bei Auftragsänderungen zu ergänzen.

(3) Die BT-Verwaltung hat mitgeteilt, sie habe die beiden vom Bundesrechnungshof beispielhaft genannten Verfahren überprüft. Diese Überprüfung habe keine Mängel in der Dokumentation der beiden Auftragsänderungen ergeben. Allerdings habe sich dabei gezeigt, dass aufgrund der zwischen der BT-Verwaltung und dem Bundesrechnungshof zur Vermeidung von Infektionsrisiken während der Corona-Pandemie vereinbarten Vorgehensweise bei der Durchführung der Prüfung die Vollständigkeit der Dokumentation in der Vergabeakte vom Bundesrechnungshof nicht hätte nachvollzogen werden können.

Zum ersten Beispielfall hat die BT-Verwaltung ein Schreiben des Fachreferats nachgereicht.

Die Vergabeakte dokumentiere durch Unterlagen den Fortgang des Änderungsverfahrens von der Feststellung des Bedarfs durch das Fachreferat bis zum Abschluss der Änderungsvereinbarung lückenlos. Die Gründe und der Umfang der zusätzlich notwendigen Leistungen seien in dem nachgereichten Schreiben des Fachreferats ausführlich dokumentiert.

Da der Ursprungsvertrag im Wege einer unterschweligen Vergabe geschlossen worden sei, ergäben sich die Anforderungen an die Dokumentation dieser Auf-

tragsänderung aus § 6 UVgO. Die Ausführungen des Bundesrechnungshofes zum Maßstab der Dokumentationspflicht legten nahe, dass nach dessen Auffassung sowohl in über- als auch unterschwelligen Vergabeverfahren stets ein eigenständiger Vergabevermerk zu erstellen sei. Die BT-Verwaltung weise darauf hin, dass § 6 UVgO in Abweichung von § 8 VgV einen eigenständigen Vergabevermerk gerade nicht zum Gegenstand der Dokumentationspflicht mache. Den Dokumentationsanforderungen des § 6 UVgO sei vielmehr hinreichend Rechnung getragen, wenn die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in der Vergabeakte in Textform festgehalten seien.

Zum zweiten Beispielfall hat die BT-Verwaltung ebenfalls ein Dokument nachgereicht. In diesem von ihr so bezeichneten „*Vergabevermerk*“, der die Überschrift „*Aktenvermerk*“ trägt, sei die rechtliche Prüfung des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB und deren Ergebnis ausführlich dokumentiert.

(4) Die nachgereichten Dokumente zu den beispielhaft genannten Vorgängen enthalten die Dokumentationsschritte, die nach dem bisher bekannten Sachverhalt fehlten.

Der Bundesrechnungshof hat entgegen der Vermutung der BT-Verwaltung für Auftragsänderungen keinen „*Vergabevermerk*“, auch nicht im Unterschwellenbereich, gefordert. Dies wird bereits durch den Verweis auf die Vorschriften zur Dokumentation in der zugehörigen Fußnote deutlich. Dort sind ausschließlich § 8 Absatz 1 VgV und § 6 UVgO genannt. § 8 Absatz 2 VgV, der einen Vergabevermerk für *jedes Vergabeverfahren* verlangt, ist nicht aufgeführt. Ein Vergabevermerk ist nach dieser Vorschrift ein Vermerk über das Vergabeverfahren (§ 8 Absatz 2 Satz 1 VgV). Der Mindestinhalt ist in § 8 Absatz 2 Satz 2 VgV aufgelistet. Hierzu zählen Angaben zu Auftragsänderungen nicht. Der „*Vermerk*“, den der Bundesrechnungshof als Bestandteil einer ordnungsgemäßen Dokumentation empfiehlt, ist folglich nicht identisch mit dem vergaberechtlich belegten Begriff „*Vergabevermerk*“. Er bezeichnet vielmehr ein Dokument, das – wie der nachgereichte Aktenvermerk im zweiten Beispielfall – alle wesentlichen Angaben für die rechtliche Beurteilung enthält. Dieser Aktenvermerk ist im Übrigen kein „*Vergabevermerk*“ im Sinne von § 8 Absatz 2 VgV und musste es auch nicht sein. Einen solchen Vermerk empfiehlt der Bundesrechnungshof ebenfalls im Unterschwellenbereich zu fertigen, um eine ordnungsgemäße Prüfung der tatbestandlichen

Voraussetzungen für einen Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren bei Auftragsänderungen sicherzustellen. Standardisierte Vorgaben in Form von Vordrucken leisten hierzu einen wertvollen Beitrag.

8 Gesamtwürdigung

(1) Der Bundesrechnungshof hat in seinen Feststellungen Belege für zahlreiche Vergaberechtsverstöße gesehen. Sie offenbaren, dass den Beschäftigten Kenntnisse der vergaberechtlichen Regelungen zu Auftragsänderungen fehlen.

Der Bundesrechnungshof hat gebeten, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Beschäftigten künftig das Vergaberecht beachten. Er hat der BT-Verwaltung empfohlen, die Beschaffungsanweisung unverzüglich um Regelungen zu Auftragsänderungen einschließlich Dokumentationspflichten zu ergänzen und den Beschäftigten einen Vordruck (siehe hierzu Tz. 7) zur Verfügung zu stellen.

(2) Die BT-Verwaltung hat mitgeteilt, sie sehe keine Anhaltspunkte für zahlreiche Vergaberechtsverstöße. Die in einigen Fällen aufgrund eines *Büroversehens* unterlassene Veröffentlichung von Auftragsänderungen sowie die festgestellte Auswahl einer nicht tragfähigen Rechtsgrundlage für die Erteilung von zwei Einzelaufträgen im Zusammenhang mit dem On-Air-Design des Parlamentsfernsehens rechtfertigten nicht den Schluss, den Beschäftigten fehlten Kenntnisse der vergaberechtlichen Regelungen zu Auftragsänderungen. Von diesen Einzelfällen abgesehen, sei die Anwendung der seinerzeit noch völlig neuen Regelung zu Auftragsänderungen des § 132 GWB rechtsfehlerfrei und sachgerecht gewesen.

Die Beschaffungsanweisung sei zwischenzeitlich um eine Regelung erweitert worden, die auch Auftragsänderungen gemäß § 132 GWB betreffe. Darüberhinausgehender Regelungsbedarf in der Beschaffungsanweisung habe nicht bestanden und bestehe nicht. Die für Auftragsänderungen ohne erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens geltenden Regelungen ergäben sich aus § 132 GWB und bedürften keiner Wiederholung in der Beschaffungsanweisung.

Um künftig Fehler bei der Bekanntmachung von Auftragsänderungen, wie sie in den geschilderten Einzelfällen aufgetreten seien, zu vermeiden, habe die BT-Verwaltung die Beschäftigten nochmals auf die Bekanntmachungspflichten hingewiesen. Außerdem werde nunmehr in die Vermerke über Auftragsänderungen ein entsprechender Hinweis aufgenommen, sofern im konkreten Fall eine Bekanntmachung gemäß § 132 Absatz 5 GWB erforderlich sei. Zudem seien die Ver-

fügungspunkte in den Musterschreiben zu Auftragsänderungen bezüglich der Bekanntmachung ergänzt worden, um künftig derartige *Büroversehen* zu vermeiden. Die Wahl einer falschen Rechtsgrundlage bei der Erteilung von zwei Einzelaufträgen habe die BT-Verwaltung zum Anlass genommen, alle zuständigen Beschäftigten nachdrücklich auf das in jedem Einzelfall erforderliche Maß an Sorgfalt bei der rechtlichen Prüfung der richtigen Vergabeart hinzuweisen.

(3) Der Bundesrechnungshof hält seine Gesamtbewertung aufrecht.

Die BT-Verwaltung hat lediglich die in Tz. 4 und 6 dargestellten Vergaberechtsverstöße eingeräumt. Die unterlassenen Bekanntmachungen der Auftragsänderungen bezeichnet sie als „Büroversehen“. Dies spricht dafür, dass sie sich der Schwere der mehrfachen Verstöße gegen den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz nicht bewusst ist. Ob die von der BT-Verwaltung angekündigten und ergriffenen Maßnahmen ausreichen, um derartige Vergabeverstöße künftig zu vermeiden, bleibt abzuwarten.

Der Bundesrechnungshof widerspricht der BT-Verwaltung, die Anwendung der Regelungen des § 132 GWB sei im Übrigen rechtsfehlerfrei gewesen. Er erkennt nicht, dass diese Regelungen zur Zeit der überprüften Auftragsänderungen vergleichsweise neu waren. Allerdings hält die BT-Verwaltung auch nach inzwischen verstärkter Besprechung in der Literatur an ihrer Rechtsauffassung und der Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidungen fest. Der Bundesrechnungshof hat in seiner abschließenden Würdigung der jeweiligen Textziffer seine abweichende Rechtsauffassung noch einmal verdeutlicht. Bislang gab es zu den streitigen Fragen keine Rechtsprechung. Die BT-Verwaltung sollte aber bedenken, dass ihre Entscheidungen im Oberschwellenbereich in einem Nachprüfungsverfahren der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Die Anwendung ihrer bisherigen Rechtauffassungen zum Verzicht auf ein Vergabeverfahren birgt ein erhebliches Prozessrisiko, das es zu vermeiden gilt. Der Bundesrechnungshof erwartet, dass die Beschäftigten der BT-Verwaltung seine rechtlichen Hinweise bei künftigen Entscheidungen beachten. Dies sollte die BT-Verwaltung durch geeignete Maßnahmen sicherstellen. Eine Ergänzung der Beschaffungsanweisung und ein Vordruck wären hierzu geeignete Mittel. Dass sich die Regelungen zum Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren bei Auftragsänderungen aus § 132 GWB ergeben, sollte die BT-Verwaltung nicht an einer Ergänzung hindern. Die Diskussion über die Aus-

legung verschiedener Regelungen dieser Norm zeigt, dass es Aufklärungsbedarf gibt.

Mit diesen Hinweisen schließt der Bundesrechnungshof alle Punkte im laufenden Prüfungsverfahren ab. Er behält sich eine Kontrollprüfung vor.

Moebius

Ringel

§ 132 GWB²⁷

(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,

²⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist.

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 UVgO²⁸

(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.

²⁸ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterswellenvergabeordnung – UVgO) – Ausgabe 2017 – vom 2. Februar 2017 (BANZ AT 07. Februar 2017 B1).