



Abschließende Mitteilung

an das
Bundesministerium für Bildung und Forschung

über die Prüfung

Auftragsänderungen in der unmittelbaren Bundesverwaltung

Teilprüfung beim Bundesministerium für Bildung und Forschung

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 - 0009

Bonn, den 10. Juni 2021

Inhaltsverzeichnis

0	Zusammenfassung	3
1	Vorbemerkungen	10
1.1	Prüfungsanlass, -durchführung und -ziel	10
1.2	Das Bundesministerium für Bildung und Forschung	10
1.3	Regelungen des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zu Auftragsänderungen	12
2	Änderungen aufgrund von Verlängerungsoptionen	14
3	Änderung aufgrund unvorhersehbarer Umstände nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB	19
4	Vergütung von zusätzlichen Aufwendungen	22
5	Änderung wegen zusätzlicher Leistungen nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB	24
6	Bekanntmachungen nach § 132 Absatz 5 GWB	27
7	Dokumentation	28
8	Gesamtwürdigung und Empfehlung	31

0 Zusammenfassung

Der Bundesrechnungshof hat geprüft, ob und wie das Bundesministerium für Bildung und Forschung (Bundesministerium) bei Auftragsänderungen die seit den Reformen des Vergaberechts geltenden Regelungen beachtet.

Seine vorläufigen Feststellungen und Empfehlungen hat der Bundesrechnungshof mit Prüfungsmitteilung vom 18. November 2020 dem Bundesministerium übersandt. Das Bundesministerium hat dazu mit E-Mail vom 12. Februar 2021 Stellung genommen. Die Stellungnahme hat der Bundesrechnungshof in der Abschließenden Prüfungsmitteilung berücksichtigt. Er hat im Wesentlichen festgestellt:

- 0.1 In mehreren Fällen verzichtete das Bundesministerium auf ein erneutes Vergabeverfahren und rechtfertigte dies mit einer vertraglich vereinbarten Verlängerungsoption. Die vertraglichen Regelungen sahen jeweils eine Frist für die Ausübung der Option vor. Das Bundesministerium überschritt diese Frist. Der Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren wegen der Inanspruchnahme einer Verlängerungsoption ist nur dann zulässig, wenn der Auftraggeber die vertraglichen Voraussetzungen für die Optionsausübung erfüllt. Hierzu zählen insbesondere im Vertrag festgelegte Fristen. Das Bundesministerium hätte infolge der Fristüberschreitung die Aufträge neu vergeben müssen. Der Bundesrechnungshof hat dem Bundesministerium empfohlen, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Beschäftigten Fristerfordernisse für die Ausübung vertraglich vereinbarter Verlängerungsoptionen einhalten.

Das Bundesministerium hat mitgeteilt, es erfülle die Empfehlung des Bundesrechnungshofes bereits. Die Vertragsabwicklung und Überwachung sei grundsätzlich Aufgabe der jeweiligen Fachreferate. Daneben überwache die Zentrale Vergabestelle die Vertragslaufzeiten.

Das Bundesministerium hat die beanstandeten Mängel zwar nicht in Abrede gestellt. Die dargestellten Maßnahmen stellen aber nicht sicher, dass die Beschäftigten die Fristerfordernisse für die Ausübung vertraglich vereinbarter Verlängerungsoptionen künftig einhalten.

Der Hinweis auf die Zuständigkeit der Fachreferate für die Vertragsabwicklung und Überwachung ist in diesem Zusammenhang nicht zielführend. Erforderlich sind Maßnahmen, die gewährleisten, dass die Fachreferate diese Aufgabe ordnungsgemäß wahrnehmen und die vertraglichen Voraussetzungen der Verlängerungsoption beachten. Hierfür reicht es nicht aus, dass die Zentrale Vergabestelle durch Wiedervorlagen die Laufzeit von Verträgen überwacht und die Fachreferate an die Ausübung einer Verlängerungsoption erinnert. Das Bundesministerium sollte alle Verantwortlichen dazu anhalten, die vertraglichen Voraussetzungen für die Verlängerungsoptionen zu beachten. (Tz. 2)

- 0.2 Das Bundesministerium änderte einen Vertrag über die Erstellung und Durchführung von Umfragen, indem es nachträglich zusätzliche Fragen in den Fragenkatalog aufnehmen ließ. Es verzichtete auf ein erneutes Vergabeverfahren und berief sich auf den Ausnahmetatbestand des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Änderung sei aufgrund einer geänderten „politischen Interessenlage“ erforderlich geworden, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses drei Jahre zuvor nicht vorauszusehen gewesen sei. Es handelte sich jedoch bei der geänderten politischen Interessenlage um einen Umstand, der der Sphäre des Auftraggebers entstamme. Deshalb war der Ausnahmetatbestand nicht einschlägig und der Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren vergaberechtswidrig.

Das Bundesministerium hat in seiner Stellungnahme einen Dokumentationsmangel eingeräumt. Es habe aber kein materiellrechtlicher Verstoß vorgelegen. Das mitzeichnende Referat habe in dem Vorgang darauf hingewiesen, dass nicht § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB, sondern § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB einschlägig gewesen sei.

Die Stellungnahme rechtfertigt nicht die Annahme, es habe kein materiellrechtlicher Verstoß vorgelegen. Das Bundesministerium hat weder damals noch heute begründet, warum die Voraussetzungen dieses Tatbestands erfüllt gewesen sein sollen. Ohne Ausführungen dazu handelt

es sich um eine bloße Behauptung. Es ist daher nicht feststellbar, ob der Wettbewerbsverzicht nach dem geltend gemachten Ausnahmetatbestand materiellrechtlich vergaberechtskonform war. (Tz. 3)

- 0.3 Das Bundesministerium vergütete zusätzliche Aufwendungen eines Projektträgers. Dieser hatte mehr Projekte zu betreuen als bei Vertragsschluss angenommen. Das Bundesministerium änderte den Vertrag, weil es die Mehrvergütung aufgrund einer vertraglichen Regelung für zulässig hielt. Diese Regelung genügte nicht den Anforderungen des § 132 GWB an eine Überprüfungsklausel und rechtfertigte den Verzicht auf ein Vergabeverfahren nicht.

Das Bundesministerium hat mitgeteilt, es habe die Vertragsmuster geändert und von einer Anwaltskanzlei prüfen lassen. Welche Änderungen es konkret vorgenommen hat, hat das Bundesministerium nicht dargestellt. Ob die jetzigen Vertragsklauseln den Anforderungen des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB gerecht werden und eine Auftragsänderung ohne Wettbewerbsverzicht zulassen, kann der Bundesrechnungshof daher nicht beurteilen.

Der Bundesrechnungshof erwartet, dass das Bundesministerium künftig zusätzliche Vergütungen an Auftragnehmer unter Beachtung des Vergaberechts vereinbart. (Tz. 4)

- 0.4 Das Bundesministerium verlängerte einen Vertrag und rechtfertigte den Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 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 in der Regel nicht anwendbar. Das Bundesministerium 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.

Das Bundesministerium hat den Beanstandungen nicht widersprochen. Es hat mitgeteilt, durch die Zentralisierung der Vergabestelle seien die Vorgänge standardisiert und dadurch die Qualität der Vergabeverfahren im Allgemeinen sowie auch der Prüfungen zu Auftragsänderungen im Besonderen gesteigert worden.

Der Bundesrechnungshof sieht die Beanstandungen als zugestanden an. Ob die angeführte Standardisierung der Vorgänge dazu beiträgt, Vergaberechtsverstöße bei Auftragsänderungen zu vermeiden, bleibt abzuwarten.

Der Bundesrechnungshof erwartet, dass das Bundesministerium künftig die Regelungen des § 132 GWB vergaberechtskonform anwendet. (Tz. 5)

- 0.5 Mehrfach verstieß das Bundesministerium gegen die gesetzliche Pflicht, Auftragsänderungen im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen. Dies hat der Bundesrechnungshof als schwerwiegende Verstöße gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot beanstandet. Er hat das Bundesministerium aufgefordert, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Beschäftigten den Bekanntmachungspflichten nachkommen.

Das Bundesministerium hat auch diesen Beanstandungen nicht widersprochen. Es hat mitgeteilt, hier trügen die Zentralisierung und Standardisierung von Vorgängen ebenfalls dazu bei, die Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften zu gewährleisten. Die Bekanntmachungen würden nunmehr ausschließlich durch die Mitarbeitenden der Zentralen Vergabestelle veröffentlicht, da nur diese über eine Zugangsberechtigung zur eVergabe-Plattform des Bundes verfügten. Die Beschäftigten der Zentralen Vergabestelle seien im Hinblick auf die Bekanntmachungspflichten sensibilisiert und geschult worden.

Der Bundesrechnungshof bezweifelt, dass die Zentralisierung die Bekanntmachungsmängel abstellt. Bei einer der unterlassenen Bekanntmachungen war die Zentrale Vergabestelle bereits eingerichtet. Einen Verstoß gegen die Bekanntmachungspflichten hat dies nicht verhindert. Andere Auftragsänderungen hatte das Bundesministerium kurz

vor der Einrichtung der Zentralen Vergabestelle vollzogen. Hier hätte die Zentrale Vergabestelle die Bekanntmachungen nachholen können.

Es bleibt abzuwarten, ob die Standardisierung von Vorgängen und die Schulung der Beschäftigten der Zentralen Vergabestelle den erhofften Erfolg bringen. (Tz. 6)

- 0.6 In einigen Fällen versäumte das Bundesministerium, die Gründe für einen Verzicht auf ein Vergabeverfahren zu dokumentieren. Es verstieß damit gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot. Das Bundesministerium muss sicherstellen, dass die Beschäftigten ihren Dokumentationspflichten vollständig nachkommen. Die behördeninternen Regelungen des Bundesministeriums zur Dokumentation von Auftragsänderungen genügen nicht. Der Bundesrechnungshof hat empfohlen, den Beschäftigten standardisierte Vorgaben für die Dokumentation, beispielsweise durch einen Vordruck, zu machen.

Das Bundesministerium hat mitgeteilt, es entspreche der Forderung des Bundesrechnungshofes bereits. Die Prüfung von Änderungsgründen werde durch die Staatssekretärsvorlagen dokumentiert. Durch die verpflichtende Mitzeichnung der Zentralen Vergabestelle im Falle von Auftragsänderungen von mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswerts bzw. bei Projektträgerleistungen vor jeder Auftragsänderung sei sichergestellt, dass die Dokumentation überprüft werde. Zudem stelle die Zentrale Vergabestelle den Fachreferaten Muster-Vorlagen für unterschiedliche Tatbestände zur Auftragsänderung zur Verfügung.

Das Bundesministerium hat den Beanstandungen des Bundesrechnungshofes nicht widersprochen. Es hat jedoch nicht hinreichend sichergestellt, dass die Beschäftigten ihren Dokumentationspflichten vollständig nachkommen. Die Staatssekretärsvorlagen haben Dokumentationsmängel nicht verhindert. Bei Auftragsänderungen von mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes ist die Mitzeichnung der Zentralen Vergabestelle nur verpflichtend, wenn es sich um Aufträge handelt, deren ursprünglicher Auftragswert 25 000 Euro übersteigt. Ist dies nicht der Fall, kann sie daher kein wirksames Mittel sein, um vergaberechtliche Verstöße bei Auftragsänderungen zu vermeiden. Bei

allen anderen Auftragsänderungen bleibt abzuwarten, ob die Mitzeichnung der Zentralen Vergabestelle eine lückenlose Dokumentation von Auftragsänderungen sicherstellen wird.

Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass es sich bei den in der Stellungnahme erwähnten Muster-Vorlagen um die Muster-Staatssekretärsvorlagen für die Änderung von Projektträgerleistungen handelt, die die Zentrale Vergabestelle „auf Nachfrage“ zur Verfügung stellt (Tz. 1.3). Deren Verwendung ist jedoch nicht gewährleistet. Muster-Vorlagen für andere Auftragsänderungen existierten zurzeit der Prüfung nicht. Es war vielmehr in das Belieben der Beschäftigten gestellt, die Muster-Staatssekretärsvorlagen zu verwenden und diese anzupassen.

Der Bundesrechnungshof wiederholt daher seine Forderung, durch geeignete Maßnahmen eine ordnungsgemäße Dokumentation sicherzustellen, wenn das Bundesministerium bei Auftragsänderungen auf ein erneutes Vergabeverfahren verzichtet. Er hält seine Empfehlung aufrecht, standardisierte Vorgaben für die Dokumentation, z. B. durch einen Vordruck, zu machen. (Tz. 7)

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

In seiner Stellungnahme hat das Bundesministerium mitgeteilt, dass es durch die Einrichtung einer Zentralen Vergabestelle viele Fehlerquellen beseitigt habe. Die Beschäftigten der Vergabestelle verfügten über große Routine und Fachwissen. Sie würden regelmäßig geschult und als Multiplikatoren ihr Wissen an die übrigen Beschäftigten des Bundesministerium weitergeben. Das Bundesministerium nehme die Hinweise des Bundesrechnungshofes zum Anlass, die vorhandenen Mustervorlagen sowie Merkblätter zu überprüfen.

Der Bundesrechnungshof begrüßt zwar die Einrichtung der Zentralen Vergabestelle. Er hat aber Zweifel, dass sie und die Schulung der dortigen Beschäftigten ausreichen, um die aufgezeigten Defizite abzustellen. Das Bundesministerium verstieß auch nach Einrichtung der Zentralen Vergabestelle gegen Vergaberecht. Für Aufträge mit einem Auftragswert unter 25 000 Euro kann die Zentralisierung der Vergabestelle zudem keine Maßnahme der Verbesserung sein, da in diesem Bereich die Zuständigkeit allein bei den Fachreferaten verbleibt. Es bleibt abzuwarten, ob es hier genügt, dass die Beschäftigten der Zentralen Vergabestelle ihr durch Schulungen erweitertes Wissen an die Beschäftigten der Fachreferate weitergeben. Der Bundesrechnungshof hält eine intensive Schulung dieser Beschäftigten für erfolgversprechender. Er begrüßt die angekündigte Überprüfung der Mustervorlagen und Merkblätter und bittet, ihm das Ergebnis unaufgefordert mitzuteilen.

Der Bundesrechnungshof schließt alle Punkte mit seinen jeweiligen Hinweisen im laufenden Prüfungsverfahren ab, behält sich aber eine Kontrollprüfung vor. (Tz. 8)

1 Vorbemerkungen

1.1 Prüfungsanlass, -durchführung und -ziel

Anlass für die Prüfung des Bundesrechnungshofs 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 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 dieser Prüfung waren Auftragsänderungen, bei denen das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) 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 95 oberschwellige und 40 unterschwellige Auftragsänderungen.

Ziel der Prüfung war es, Erkenntnisse zu gewinnen, ob das BMBF die neuen Bestimmungen beachtet.

1.2 Das Bundesministerium für Bildung und Forschung

Das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) ist eine oberste Bundesbehörde mit erstem Dienstsitz in Bonn und zweitem Dienstsitz in Berlin.

Es hat die Aufgabe, Bildung, Wissenschaft und Forschung zu fördern. Seine Maßnahmen berühren vielfach den Zuständigkeitsbereich der Länder. Im Wesentlichen fördert das BMBF

- den Betrieb und die Investitionen außeruniversitärer Wissenschaftseinrichtungen (institutionelle Förderung),
- einzelne Vorhaben in Bildung, Wissenschaft und Forschung (Projektförderung) sowie
- die Aus- und Fortbildung mit Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) und dem Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz.

Im September 2018 richtete das BMBF eine Zentrale Vergabestelle ein.¹ Bis dahin hatten die Fachabteilungen Vergabeverfahren selbstständig durchgeführt. Hierfür waren sogenannte Vergabeverantwortliche zuständig, die jede Abteilung für diese Aufgabe benannt hatte.² Bevor eine Ausschreibung veröffentlicht und der Zuschlag erteilt wurde, hatten sie Referat Z 24³ zu beteiligen, wenn der Auftragswert 100 000 Euro überschritt.

Nach der derzeit geltenden Beschaffungsanordnung für das BMBF (Beschaffungsanordnung)⁴ gelten folgende Zuständigkeiten für Vergabeverfahren:

Die Zentrale Vergabestelle ist grundsätzlich zuständig für alle Vergabeverfahren mit einem geschätzten Auftragswert ab 25 000 Euro (netto).⁵ Eine Ausnahme gilt für Vergaben in den Bereichen „Innerer Dienst, IT“. Diese führt das Referat „Innerer Dienst“ durch.⁶ Ab einem geschätzten Auftragswert von 25 000 Euro (netto) ist die Zentrale Vergabestelle frühzeitig vor der Vergabe zu beteiligen.⁷

Verhandlungsvergaben mit einem geschätzten Auftragswert unter 25 000 Euro (netto) führen die Fachabteilungen selbst durch. Sie setzen für diese Vergabeverfahren zentrale Ansprechpersonen aus den Abteilungen ein.⁸

Das Vergabevolumen des BMBF betrug im Jahr 2019 insgesamt 274,5 Mio. Euro.

¹ Hausanordnung des BMBF Nummer 5/2018.

² Abschnitt II Nummer 1.2 der Beschaffungsanordnung für das BMBF (Stand: September 2017). Sonderregelungen bestanden für IT-Beschaffungen, Abschnitt II Nummer 2.7 der Beschaffungsanordnung (Stand: September 2017).

³ Inzwischen Z 13.

⁴ Stand: Dezember 2019.

⁵ Abschnitt II Nummer 1.2.1 der Beschaffungsanordnung (Stand: Dezember 2019).

⁶ Ebenda.

⁷ Abschnitt II Nummer 2.1 der Beschaffungsanordnung (Stand: Dezember 2019).

⁸ Abschnitt II Nummer 1.2.2 der Beschaffungsanordnung (Stand: Dezember 2019).

1.3 Regelungen des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zu Auftragsänderungen

Die derzeit geltende Beschaffungsanordnung⁹ enthält in Abschnitt IV folgende Regelungen zu Auftragsänderungen:

„Eine wesentliche Auftragsänderung erfordert grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren (...). Eine Auftragsänderung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn die Änderung geringfügig ist im Sinne des § 132 Abs. 3 GWB bzw. § 47 Abs. 2 UVgO oder ein Ausnahmetatbestand (...) erfüllt ist. Zu beachten ist, dass die Tatbestände in § 132 Abs. 2 und 3 GWB als Ausnahmeregelungen restriktiv auszulegen sind. Insbesondere ist eine Vertragsverlängerung, die nicht auf eine vertraglich geregelte Verlängerungsoption gestützt ist, grundsätzlich nicht zulässig. Wiederholte Vertragsverlängerungen widersprechen dem zentralen Grundsatz der Vergabe, öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB).

Die Gründe und Voraussetzungen für eine Auftragsänderung sind umfassend und einzelfallbezogen zu dokumentieren.

Auftragsänderungen gemäß § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB sind im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen (§ 132 Abs. 5 GWB). Jede Auftragsänderung ist zudem im Änderungsregister zum Vertrag einzutragen.“¹⁰

Die Beschaffungsanordnung¹¹ verweist hinsichtlich der Einzelheiten zu Auftragsänderungen auf ein Merkblatt zu Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit¹² (Merkblatt), das die Zentrale Vergabestelle im Intranet des BMBF veröffentlicht hat. Es enthält Hinweise zur Anwendung des Vergaberechts bei Auftragsänderungen und erläutert die hausinterne Verfahrensweise.

⁹ Stand: Dezember 2019.

¹⁰ Die vor der aktuellen Beschaffungsanordnung geltenden Fassungen (Stand September 2017 und Stand August 2018) enthielten wortgleiche Regelungen.

¹¹ So auch die davor geltenden Beschaffungsanordnungen.

¹² Zuletzt mit Stand vom 22. November 2018.

Textauszug Merkblatt:

„Pflicht zur Neuvergabe bei wesentlichen Auftragsänderungen

§ 132 Abs. 1 S. 1 GWB normiert den Grundsatz, dass wesentliche Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass der öffentliche Auftrag erheblich vom Ursprungsauftrag abweicht (vgl. § 132 Abs. 1 S. 2 GWB). Eine wesentliche Auftragsänderung liegt insbesondere dann vor, wenn mit der Änderung

- neue Auftragsbedingungen eingeführt werden, die den ursprünglichen Auftrag ändern und Wettbewerbsrelevanz haben (Zulassung anderer Bewerber oder Bieter, Annahme anderer Angebote, weitere Teilnahmeinteressenten) oder*
- das wirtschaftliche Gleichgewicht zu Gunsten des Auftragnehmers verschoben wird oder*
- der Umfang des Auftrags erheblich ausgeweitet wird oder*
- der Auftragnehmer ersetzt wird (vgl. § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 bis 4 GWB).*

Die beispielhafte Aufzählung in § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 bis 4 GWB ist eine „insbesondere- Aufzählung“, so dass auch in Fällen, in denen die genannten konkreten Beispielsfälle nicht vorliegen, gleichwohl eine wesentliche Änderung nach § 132 Abs. 1 S. 2 GWB vorliegen kann.

§ 132 Abs. 1 GWB gilt im Bereich nationaler Vergaben entsprechend (§ 47 Abs. 1 UVgO).“

Der Zentralen Vergabestelle im Referat Z 24¹³ sind vor Umsetzung alle Vertragsänderungen vorzulegen, wenn der Wert der Auftragsänderung 10 % des ursprünglichen Auftragswertes überschreitet. Dies gilt nach Auskunft des BMBF nicht für Änderungen von Verträgen, deren Auftragswert ursprünglich unterhalb von 25 000 Euro (netto) lag und die durch die Fachabteilungen vergeben wurden.

Bei Projektträgerleistungen ist vor der Erstattung von Mehraufwendungen, Vertragsverlängerungen und sonstigen Vertragsänderungen die vorherige

¹³ Inzwischen Z 13.

Zustimmung des zuständigen Staatssekretärs oder der zuständigen Staatssekretärin erforderlich. Die Vorlagen hierfür erstellt das Fachreferat. Auf Nachfrage stellt die Zentrale Vergabestelle Muster-Staatssekretärsvorlagen für diese Auftragsänderungen zur Verfügung.

2 Änderungen aufgrund von Verlängerungsoptionen

(1) In mehreren Fällen teilte das BMBF dem Auftragnehmer mit, dass es die vertraglich vereinbarte Verlängerungsoption ausüben wollte.

Beispiel 1: Vertrag „Fachinformationen zum Innovationsgeschehen und zur Innovationsförderung im Bereich „Regionale Innovationsinitiativen – Neue Länder“

Das BMBF schloss diesen Vertrag zur Übernahme und Durchführung von Projektträgeraufgaben im Jahr 2015. Er sollte am 31. März 2017 enden.

Eine Option zur Verlängerung des Vertragsverhältnisses gestattet dem Auftraggeber, den Vertrag zu verlängern. Die Erklärung, diese Option ausüben zu wollen, musste das BMBF schriftlich bis spätestens drei Monate vor Ablauf der Laufzeit abgeben.

Am 15. März 2017 erklärte es gegenüber der Auftragnehmerin, den Vertrag verlängern zu wollen. Im internen Mitzeichnungsprozess hatte ein mitzeichnendes Referat folgenden Hinweis erteilt: *„Z14 weist darauf hin, dass dadurch, dass die vertraglich vereinbarte Frist zur Inanspruchnahme der Verlängerungsoption von drei Monaten nicht eingehalten wird, nicht sichergestellt ist, dass die PT-Leistung [Anmerkung des Verfassers: Projektträgerleistung] zu den Konditionen aus dem Ursprungsangebot in Anspruch genommen werden kann.“* Hierauf entgegnete Referat 114: *„Die Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Frist zur Inanspruchnahme der Verlängerungsoption von drei Monaten wurde im Vorhinein mit dem PT [Anmerkung des Verfassers: Projektträger] besprochen.“* Nach § 22 Ziffer 3 des Vertrages waren Vertragsänderungen schriftlich zu vereinbaren.

Beispiel 2: Vertrag „Projektträgerschaft Bioökonomie“

Diesen Vertrag über Projektträger-Leistungen schloss das BMBF im Jahr 2012. Er sollte am 30. September 2018 enden. Der Vertrag räumte dem BMBF eine Option zur Vertragsverlängerung ein.

Die Ausübung der Option hatte es schriftlich bis spätestens drei Monate vor Vertragsende zu erklären.

Mit Vorlage vom 30. August 2018 bat Referat 615 den Staatssekretär um Zustimmung zur Vertragsverlängerung. Es führte aus, mit Schreiben vom 13. März 2018 habe es die Verlängerungsoption vorbehaltlich der Leitungszustimmung fristgerecht ausgeübt.

Der Staatssekretär paraphierte die Vorlage am 13. September 2018. Im „Änderungsregister“, einem Anhang zum Vertrag, ist folgende Änderung genannt: „Verlängerung (...) bis zum 30.09.2020.“ Ein Datum der Änderungsvereinbarung ist nicht eingetragen. Der Auftraggeber unterzeichnete das Änderungsregister am 24. September 2018, der Auftragnehmer am 29. Oktober 2018.

Beispiel 3: Vertrag „Grundlegende FuE-Arbeiten in den Bereichen Energietechnologien und effiziente Energienutzung“

In diesem Vertrag hatte das BMBF für die Ausübung einer Verlängerungsoption eine Frist von sechs Monaten vor Ende der Vertragslaufzeit am 30. September 2017 vereinbart. Mit Vorlage vom 7. April 2017 bat es um Zustimmung der Staatssekretärin zur Vertragsverlängerung. Es führte aus, die Ausübung der Verlängerungsoption habe der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer schriftlich bis spätestens drei Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit, also bis spätestens 30. Juni 2017, zu erklären.

Das Merkblatt enthält unter Ziffer 1 am Ende folgenden Hinweis: *„Wenn die Vertragsverlängerungsoption in Anspruch genommen werden soll, ist die vertraglich vereinbarte Frist zu beachten.“*

Nach Abschnitt IV der Beschaffungsanordnung ist eine Vertragsverlängerung, die nicht auf eine vertraglich geregelte Verlängerungsoption gestützt ist, grundsätzlich nicht zulässig.

(2) Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass das BMBF in allen drei Beispielfällen gegen das Vergaberecht verstieß.

§ 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB lässt die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zu, wenn *„in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte (...) Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen*

möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert."

Auftragsänderungen ohne erneutes Vergabeverfahren sind aufgrund vertraglicher Verlängerungsoption aber nur gerechtfertigt, wenn auch die in den vertraglichen Regelungen festgelegten Voraussetzungen eingehalten werden. Das betrifft insbesondere Fristerfordernisse. Hierauf weist auch das Merkblatt hin.

In Fällen, in denen die Frist überschritten ist, liegen die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 132 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 GWB daher nicht vor.

Das BMBF hat in allen drei Beispielen die vertraglich vereinbarte Frist zur Ausübung der Verlängerungsoption nicht eingehalten.

Im Beispiel 3 führte die fehlerhafte Annahme einer sechsmonatigen statt der vereinbarten dreimonatigen Frist zu einer Fristüberschreitung.

In Beispiel 1 war dem BMBF dagegen die Fristüberschreitung zumindest durch den Hinweis des Referates Z 14 bewusst. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 132 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 GWB lagen nicht vor. Hieran vermag auch der Hinweis nichts zu ändern, dass Beschäftigte des BMBF über die Fristüberschreitung mit dem Auftragnehmer gesprochen haben. Sollte dies so zu verstehen sein, dass sich der Auftragnehmer damit einverstanden erklärt hatte, auf die Einhaltung der Frist zu verzichten, so wäre dies ebenfalls eine Auftragsänderung gewesen. Deren Zulässigkeit hätte das BMBF gemäß § 132 GWB prüfen müssen. Im Übrigen hätte diese Änderung des Vertrags der Schriftform bedurft.

Auch im Beispiel 2 hat das BMBF die Erklärung, den Vertrag verlängern zu wollen, nicht – wie vertraglich vorgegeben – sechs Monate vor Vertragsende, d. h. bis spätestens 30. März 2018, rechtswirksam abgegeben. Die Verlängerungsoption hat es den Ausführungen in der Staatssekretärsvorlage zufolge am 13. März 2018 ausgeübt, obwohl die Vertragsverlängerung der Zustimmung der Staatssekretärin bedurft hätte. Die Ausübung der Verlängerungsoption ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist eine Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig (§ 180 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch – BGB). Sofern der Auftragnehmer von der fehlenden Vertretungsmacht Kenntnis hatte und mit dem Procedere einverstanden gewesen sein

sollte, wären die Vorschriften über Verträge anzuwenden (§ 180 Satz 2 BGB). Danach wird bei nachträglicher Genehmigung das Rechtsgeschäft zwar rückwirkend wirksam (§ 184 Absatz 1 BGB). Dies setzt aber voraus, dass bei fristgebundenen Rechtsgeschäften die Genehmigung innerhalb der Frist erteilt wird.¹⁴ Der Staatssekretär hat der Vertragsverlängerung jedoch erst am 13. September 2018, also nach Ablauf der Frist, zugestimmt.

Da das BMBF die Vertragsverlängerungen in den genannten Fällen wegen Fristüberschreitung nicht auf eine vertraglich geregelte Verlängerungsoption stützen durfte, war der Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren nach § 132 GWB nicht gerechtfertigt. Auch nach Abschnitt IV seiner Beschaffungsanordnung waren die Vertragsverlängerungen grundsätzlich nicht zulässig. Andere Ausnahmetatbestände nannte es nicht. Das BMBF hätte die in dem zusätzlichen Vertragszeitraum zu erbringenden Leistungen mithin neu vergeben müssen.

Der Bundesrechnungshof hat dem BMBF empfohlen, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Beschäftigten Fristerfordernisse für die Ausübung vertraglich vereinbarter Verlängerungsoptionen einhalten. Der Hinweis im Merkblatt reicht offensichtlich nicht aus. Ist die vertraglich vereinbarte Frist für die Ausübung einer Verlängerungsoption überschritten, ist der Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren nicht nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB gerechtfertigt.

(3) Das BMBF hat mitgeteilt, es erfülle die Empfehlung des Bundesrechnungshofes bereits. Die Vertragsabwicklung und Überwachung sei grundsätzlich Aufgabe der jeweiligen Fachreferate. Daneben überwache die Zentrale Vergabestelle die Vertragslaufzeiten. Deren jeweiligen Sachbearbeitenden legten sich die Verträge sechs bis sieben Monate vor Ablauf ihrer Grundvertragslaufzeit auf Wiedervorlage. Sie gingen auf die Fachreferate zu und erinnerten an die Überprüfung, ob die Ausübung einer Verlängerungsoption gewünscht sei. So werde sichergestellt, dass entweder eine vertragliche Verlängerungsoption rechtzeitig ausgeübt werde oder erforderlichenfalls rechtzeitig mit einem neuen Vergabeverfahren begonnen werden könne. Die vertragliche Verlängerungsoption werde zudem in den meisten Fällen im Rahmen der sogenannten

¹⁴ Schäfer in Beck-Online-Kommentar, 55. Auflage, Stand: 1. August 2020, § 180 BGB, Rn. 9 mit Rechtsprechungsnachweisen.

Projektträgerverträge ausgeübt. Hier frage die Zentrale Vergabestelle zu Beginn eines jeden Jahres in den Fachabteilungen nach, welche Projektträgerverträge neu ausgeschrieben werden sollen. Auch diese Abfrage trage dazu bei, dass die Fachabteilungen ihre laufenden Verträge überprüften und Entscheidungen im Hinblick auf etwaig anstehende Verlängerungsoptionen oder Neuausschreibungen trafen.

(4) Das BMBF hat die beanstandeten Mängel zwar nicht in Abrede gestellt. Es hat aber nicht über Maßnahmen berichtet, die sicherstellen sollen, dass die Beschäftigten die Fristerfordernisse für die Ausübung vertraglich vereinbarter Verlängerungsoptionen einhalten. Der Hinweis auf die Zuständigkeit der Fachreferate für die Vertragsabwicklung und Überwachung ist in diesem Zusammenhang nicht zielführend. Erforderlich sind Maßnahmen, die sicherstellen, dass die Fachreferate diese Aufgabe ordnungsgemäß wahrnehmen und *die vertraglichen Voraussetzungen der Verlängerungsoption* beachten. Hierfür reicht es nicht aus, dass die Zentrale Vergabestelle durch Wiedervorlagen *die Laufzeit* von Verträgen überwacht und die Fachreferate an die Ausübung einer Verlängerungsoption erinnert. Im Übrigen kann eine Vorlaufzeit von sechs bis sieben Monaten vor Vertragsende in Fällen, in denen eine Option sechs Monate vor Vertragsende ausgeübt werden muss, ohnehin zu kurz bemessen sein. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Bedarfsermittlung (§ 6 Bundeshaushaltsordnung – BHO) und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (§ 7 Absatz 2 BHO). Eine Abfrage der Zentralen Vergabestelle zu Projektträgerverträgen am Beginn eines Jahres stellt ebenfalls nicht sicher, dass die Fachabteilungen vertraglich vereinbarte Fristerfordernisse für die Ausübung einer Verlängerungsoption einhalten.

Das BMBF sollte alle Verantwortlichen dazu anhalten, die vertraglichen Voraussetzungen für die Verlängerungsoptionen zu beachten. Der Bundesrechnungshof wiederholt seine Empfehlung, dies durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen. Er weist noch einmal darauf hin, dass der Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren nicht nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB gerechtfertigt ist, wenn die vertraglich vereinbarte Frist für die Ausübung einer Verlängerungsoption überschritten ist.

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

(1) Im Jahr 2015 schloss das BMBF einen Vertrag über die Erstellung und Durchführung von Umfragen zum Weiterbildungsverhalten der Bevölkerung. Es änderte diesen Vertrag, indem es nachträglich zusätzliche Fragen zum Thema Digitalisierung in den Fragenkatalog aufnehmen ließ. Zugleich erhöhte es die Vergütung des Auftragnehmers. Die Auftragsänderung ohne neues Vergabeverfahren begründete das BMBF mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB. Danach ist eine Neuausschreibung nicht erforderlich, wenn *„die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert“*.

Zur Begründung verwies das BMBF auf eine geänderte *„politische Interessenlage“*, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses drei Jahre zuvor nicht vorzusehen gewesen sei. Die Vertragsänderung sei zwingend erforderlich, *„um die erforderlichen Datengrundlagen für die anstehenden politischen Entscheidungen im Rahmen der Digitalen Agenda zu erhalten“*.

Die Digitale Agenda 2014 – 2017 definiert Meilensteine in der Digitalpolitik rund um die drei Kernziele Wachstum und Beschäftigung, Zugang und Teilhabe sowie Vertrauen und Sicherheit. Ein wichtiger Baustein der Digitalen Agenda ist die Wirtschafts- und Innovationspolitik. Sie wird gemeinsam mit Wirtschaft, Tarifpartnern, Zivilgesellschaft und Wissenschaft umgesetzt.¹⁵

Bei der Mitzeichnung des Vorgangs durch das Referat Z 24 (heute Z 13) wies dieses darauf hin, dass die Vertragsänderung im Ergebnis vergaberechtlich vertretbar sei. Einschlägig sei jedoch § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB. Weitere Ausführungen hierzu hat es nicht dokumentiert.

(2) Die vom BMBF angeführten Gründe rechtfertigten es nicht, den Vertrag nach § 132 Absatz 2 Nummer 3 GWB ohne erneutes Vergabeverfahren zu erweitern.

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.“*

¹⁵ <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Digitale-Welt/digitale-agenda.html>.

‘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.“¹⁶

Umstände im vorgenannten Sinne nannte das Bundesministerium nicht.

Eine „geänderte politische Interessenlage“ ist kein „externer“ Umstand, wie nach dieser Norm erforderlich.

Zur Klärung der Frage, was unter „externen Umständen“ zu verstehen ist, kann die zu § 14 Absatz 4 Nummer 3 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV)¹⁷ ergangene Rechtsprechung herangezogen werden. Nach ihr sind dem öffentlichen Auftraggeber Umstände zuzurechnen, die seiner Sphäre entstammen. Auf ein Verschulden kommt es nicht an.¹⁸

Die vom BMBF angeführten Umstände betrafen politische Entscheidungen der Bundesregierung und damit eines Organs desselben öffentlichen Auftraggebers, der Bundesrepublik Deutschland. Die Umstände entstammen also der Sphäre des Auftraggebers und sind damit nicht „extern“.

Die Auftragsänderung unter Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren war mithin nicht nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB zulässig. Dies hatte das Referat Z 24 (heute Referat Z 13) zutreffend erkannt. Nach seiner Auffassung war der Ausnahmetatbestand § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB

¹⁶ Regierungsbegründung zu § 132 GWB, Bundestagsdrucksache 18/6281, S. 119.

¹⁷ Nach § 14 Absatz 4 Nummer 3 VgV darf ein öffentlicher Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein.

¹⁸ Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht Kompaktcommentar, 4. Auflage 2017, § 14 VgV, Rn. 48 mit weiteren Nachweisen.

erfüllt. Das BMBF hat versäumt, eingehend darzulegen, ob die Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestands vorlagen. Hierzu hätte es einer entsprechenden Dokumentation bedurft (Tz. 7).

Das BMBF verstieß gegen Vergaberecht. Der Bundesrechnungshof hat das BMBF aufgefordert, wesentliche Auftragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren nur vorzunehmen, wenn dies vergaberechtlich zulässig ist.

(3) Das BMBF hat in seiner Stellungnahme behauptet, nach Ansicht des Bundesrechnungshofes habe kein materiellrechtlicher Vergabeverstoß vorgelegen und es habe die Auftragsänderung auf § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB stützen können. Das mitzeichnende Referat habe keinen Grund gehabt, die Vertragsänderung abzulehnen. Einzig die Dokumentation sei nicht vergaberechtskonform gewesen.

(4) Das BMBF räumt lediglich einen Dokumentationsmangel ein. Es ist offensichtlich der Auffassung, der Verzicht auf erneutes Vergabeverfahren sei materiellrechtlich gerechtfertigt gewesen. Hierfür lag und liegt jedoch keine Begründung vor. Der Bundesrechnungshof widerspricht nachdrücklich der Aussage des BMBF, er halte die Maßnahme materiellrechtlich für vergaberechtskonform. Er hat lediglich festgestellt, dass der Hinweis des mitzeichnenden Referates, der Ausnahmetatbestand des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB habe nicht vorgelegen, zutreffend gewesen ist. Er hat dagegen nicht festgestellt, der Ausnahmetatbestand des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB habe vorgelegen. Dies war ihm auch nicht möglich, da Ausführungen zu dessen Tatbestandsmerkmalen fehlten. Der Hinweis des mitzeichnenden Referates, dieser Ausnahmetatbestand sei einschlägig, stellt ohne jede Begründung eine bloße Behauptung dar. Hieran zeigt sich gerade die Bedeutung der Dokumentation. Ohne Ausführungen dazu, ob die Tatbestandsmerkmale des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB vorlagen, ist der Wettbewerbsverzicht vergaberechtswidrig. Das Referat Z 24 (heute Referat Z 13) hätte daher die Vertragsänderung ablehnen müssen.

Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass das BMBF seine Hinweise beachtet.

4 Vergütung von zusätzlichen Aufwendungen

(1) Bei verschiedenen Verträgen vergütete das BMBF nachträglich zusätzliche Aufwendungen der Auftragnehmer. In einem Fall änderte es einen Projektträgervertrag zur Betreuung von Fördermittelprogrammen. Bei der Vergabe dieses Vertrags war es von circa 130 zu fördernden Projekten ausgegangen. Tatsächlich hatte der Auftragnehmer 254 Projekte zu fördern. Ursprünglich hatten die Vertragsparteien eine maximale Vergütung von rund 13 800 000 Euro vereinbart.

§ 4 Absatz 6 des Vertrags enthielt folgende Regelung: „Im Falle einer Mitteilung des (...) (Auftragnehmers) prüft der (...) (Auftraggeber), ob und in welchem Umfang eine Änderung der (...) vereinbarten jährlichen Höchstbeträge des Selbstkostenerstattungspreises notwendig und angemessen ist. Diese Prüfung nimmt der (...) (Auftraggeber) auch vor, wenn der Umfang der Leistung (...) sich erheblich verringert. Erweist sich aufgrund der Prüfung eine Änderung des Selbstkostenerstattungspreises als notwendig und angemessen, ist über die Vergütung einschließlich der Anpassung (...) eine neue Vereinbarung zu treffen.“

In einer Staatssekretärsvorlage legte das BMBF dar, dass die Voraussetzungen dieser Regelung vorlagen. Wegen des Mehraufwands vereinbarte es mit dem Auftragnehmer eine zusätzliche Vergütung von rund 660 000 Euro.

Ob eine Auftragsänderung ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig war, prüfte es nicht.

(2) Das BMBF verstieß gegen Vergaberecht, indem es die zusätzliche Vergütung im Wege einer Auftragsänderung vereinbarte und den Auftrag nicht neu vergab. Dies hat der Bundesrechnungshof beanstandet.

Das BMBF prüfte nur, ob die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen für die Vereinbarung einer Mehrvergütung vorlagen. Eine vergaberechtliche Prüfung ist nicht dokumentiert. Der Bundesrechnungshof hat die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass das BMBF von einem Ausnahmefall gemäß § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB ausging.

Danach muss der Auftraggeber kein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn „in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig

formulierte Überprüfungsklauseln (...) vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten (...).“

Diese Voraussetzungen lagen nicht vor. Die Regelung in § 4 Absatz 6 des Vertrages ist nicht klar, genau und eindeutig formuliert. Hierfür wäre es erforderlich gewesen, dass die Klausel Angaben zum Umfang der Änderungen und zu den Voraussetzungen der Anpassung enthalten hätte.¹⁹

Die vertragliche Regelung schreibt vor, dass die jährlichen Höchstbeträge des Selbstkostenerstattungspreises einer „Prüfung“ durch den Auftraggeber bedürfen. Er muss prüfen, ob und in welchem Umfang die Änderung des Selbstkostenerstattungspreises „*notwendig und angemessen*“ ist. Zum einen ist unbestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Änderung „*notwendig und angemessen*“ ist. Zum anderen ist der Umfang möglicher Anpassungen nicht festgelegt. Eine Anpassungsklausel ist in der Regel nicht ausreichend bestimmt, wenn Auftragsänderungen weder qualitativ noch quantitativ begrenzt sind.²⁰

Der Bundesrechnungshof hat das BMBF aufgefordert, die Vergütung von Mehraufwendungen im Wege einer Auftragsänderung ohne neues Vergabeverfahren nur zu vereinbaren, wenn dies nach § 132 GWB zulässig ist.

(3) Das BMBF hat darauf hingewiesen, dass Projektträgerverträge nicht mehr zum Selbstkostenerstattungspreis, sondern zum Marktpreis abgerechnet würden. Es habe die Vertragsmuster geändert und von einer Anwaltskanzlei prüfen lassen. Sollte es bei bestehenden Verträgen zu höheren Aufwendungen kommen, prüfe und dokumentiere es standardmäßig die Möglichkeit einer Auftragsänderung nach den Vorschriften des § 132 GWB. Vergabeunterlagen inklusive Vertragsmuster würden von einer Anwaltskanzlei regelmäßig auf vergaberechtliche Zulässigkeit geprüft. Diese überprüfe dabei auch die vertraglichen Anpassungsklauseln zu möglichen Auftragsänderungen und passe sie erforderlichenfalls an.

(4) Der Bundesrechnungshof nimmt die Ausführungen des BMBF zu den geänderten Vertragsklauseln zur Kenntnis. Das BMBF stellt nicht dar, welche

¹⁹ Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 132 GWB, Rn. 27; Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 132 GWB, Rn. 40; Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 132 GWB, Rn. 47.

²⁰ Vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 27. April 2015, 1/SVK/012-15 zur Richtlinie 2014/ 24/EU; Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Auflage 2020, § 132 GWB, Rn. 92.

Änderungen es konkret vorgenommen hat. Ob die jetzigen Vertragsklauseln den Anforderungen des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB gerecht werden und eine Auftragsänderung ohne Wettbewerbsverzicht zulassen, kann der Bundesrechnungshof daher nicht beurteilen. Ebenfalls zur Kenntnis nimmt der Bundesrechnungshof, dass das BMBF eine Anwaltskanzlei mit der Beantwortung vergaberechtlicher Fragestellungen beauftragt hat. Er geht davon aus, dass deren Beauftragung eine ordnungsgemäße Bedarfsermittlung nach § 6 BHO und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach § 7 Absatz 2 BHO vorangegangen sind und dass das BMBF den Erfolg dieser Maßnahme kontrolliert.

Der Bundesrechnungshof erwartet, dass das BMBF künftig zusätzliche Vergütungen an Auftragnehmer unter Beachtung des Vergaberechts vereinbart.

5 Änderung wegen zusätzlicher Leistungen nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB

(1) Einen Vertrag über den Betrieb einer Software und Betreuung bzw. Support verlängerte das BMBF mehrfach. Ursprünglich sei unklar gewesen, wie viele Nutzer es für die Software geben würde. Deshalb hätte das BMBF die Vertragslaufzeit kürzer bemessen.

Das BMBF passte insgesamt dreimal die Vertragslaufzeit an. Bei der ersten Verlängerung vereinbarte es eine zusätzliche Vergütung von 40 000 Euro (6,5 % des ursprünglichen Auftragswertes), bei der zweiten eine zusätzliche Vergütung von 150 000 Euro (ca. 25 % des ursprünglichen Auftragswertes) sowie die Verlängerung der Vertragslaufzeit bis zum 31. Oktober 2017. Am 12. Dezember 2017 vereinbarte es mit dem Auftragnehmer erneut eine Vertragsverlängerung, dieses Mal ohne zusätzliche Vergütung.

Das BMBF verzichtete bei allen Vertragsverlängerungen auf ein neues Vergabeverfahren und begründete dies jeweils mit § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB. Es seien zusätzliche Dienstleistungen erforderlich geworden, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen gewesen seien. Aus technischen und wirtschaftlichen Gründen käme nur der Auftragnehmer in Betracht. Den Katalog der zu erbringenden Leistungen änderte es nicht.

Nach Abschnitt IV der Beschaffungsanordnung ist eine Vertragsverlängerung, die nicht auf eine vertraglich vereinbarte Verlängerungsoption gestützt ist, grundsätzlich nicht zulässig.

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

Die Verlängerung der Laufzeit von befristeten Verträgen ist in der Regel als vergaberechtsrelevanter neuer Beschaffungsvorgang zu werten.²¹ Hierauf weist auch Abschnitt IV Ihrer Beschaffungsanordnung hin.

Nach dem vom BMBF zur Rechtfertigung genannten Ausnahmetatbestand des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB ist eine Auftragsänderung 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“.*

Diese Voraussetzungen lagen nicht vor. Die in dem verlängerten Vertragszeitraum zu erbringenden Leistungen waren keine „zusätzlichen“ Leistungen im Sinne von § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB.

Die Vorschrift 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 bloße Ausweitung von bereits im ursprünglichen Auftrag vorgesehenen Leistungen ist nach § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB zu bewerten.²² Nur wenn es sich um zusätzliche Leistungen handelt, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, die aber zur Erreichung des Leistungserfolges erforderlich sind, ist demnach die Auftragsänderung nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB zulässig, sofern die weiteren Voraussetzungen dieses Tatbestands gegeben sind.

²¹ OLG Jena, Beschluss vom 14. Oktober 2003 - 6 Verg 5/03; VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. Januar 2013 - 2 VK-LSA 40/12; Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 132 GWB, Rn. 13.

²² 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.

Vorliegend änderte das BMBF den Katalog der zu erbringenden Leistungen nicht. Es waren die gleichen Leistungen, die auch zunächst zu erbringen waren.

Wenn der öffentliche Auftraggeber den Umfang von Leistungen ausweitet, die der Art nach bereits Gegenstand des Vertrags waren, ist dies kein Fall des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB, sondern ein Fall des § 132 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 GWB.²³

Eine zahlenmäßige Auftragserweiterung kann allenfalls dann ein Fall des § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB sein, wenn im Auftrag ein bestimmtes Leistungsziel definiert ist, das ohne die Erhöhung des Volumens nicht erreicht werden könnte.²⁴ Dies ist z. B. denkbar, wenn alle zu einem bestimmten Zeitpunkt neu eingestellten 150 Beschäftigten mit IT ausgestattet werden sollten, aber versehentlich nur IT für 120 Beschäftigte bestellt wurde. Allgemeine Bedarfsdeckung reicht nicht, damit die Leistungen „erforderlich“ sind. Denn jede Beschaffung muss erforderlich sein. Dies gebietet § 6 BHO.

Die dritte Vertragsverlängerung vereinbarte das BMBF am 12. Dezember 2017 und damit erst nach Vertragsende. Nach der zweiten Vertragsverlängerung war die Vertragslaufzeit bereits am 31. Oktober 2017 abgelaufen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 132 GWB sind Auftragsänderungen ohne erneutes Vergabeverfahren unter den in dieser Norm genannten Voraussetzungen nur *während der Vertragslaufzeit* zulässig. Das BMBF durfte den Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren bei der dritten Vertragsverlängerung also nicht mehr mit einem in dieser Vorschrift genannten Ausnahmetatbestand rechtfertigen.

(3) Das BMBF hat mitgeteilt, es habe durch die Zentralisierung der Vergabestelle die Vorgänge standardisiert und dadurch die Qualität der Vergabeverfahren im Allgemeinen sowie auch der Prüfungen zu Auftragsänderungen im Besonderen gesteigert.

(4) Das BMBF hat den Beanstandungen nicht widersprochen. Der Bundesrechnungshof sieht sie daher als zugestanden an. Ob die angeführte

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

²⁴ 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; Jäger, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, Vergaberecht I, 2. Auflage 2018, § 132 GWB, Rn. 32 und Rn. 33.

Standardisierung der Vorgänge dazu beiträgt, Vergaberechtsverstöße bei Auftragsänderungen zu vermeiden, bleibt abzuwarten.

Der Bundesrechnungshof erwartet, dass das BMBF künftig die Regelungen des § 132 GWB vergaberechtskonform anwendet.

6 Bekanntmachungen nach § 132 Absatz 5 GWB

(1) Das BMBF änderte Aufträge nach § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 oder § 132 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GWB. Dies machte es in keinem Fall im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt.

(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. Darauf weist auch Abschnitt IV der Beschaffungsanordnung hin (Tz. 1.3).

Der Bundesrechnungshof hat kritisiert, dass das BMBF dieser Verpflichtung nicht nachkam. Dies hat er als schwerwiegenden Verstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot beanstandet.

Er hat das BMBF aufgefordert sicherzustellen, dass die Beschäftigten die vergaberechtliche Bekanntmachungspflicht beachten. Ziffer IV der Beschaffungsanordnung ist offensichtlich nicht ausreichend.

(3) Das BMBF hat mitgeteilt, es habe die Feststellung des Bundesrechnungshofes bei der Neuorganisation der Zentralen Vergabestelle im BMBF bereits aufgegriffen. Auch hier trügen die Zentralisierung und Standardisierung von Vorgängen wesentlich dazu bei, die Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften zu gewährleisten. Die Bekanntmachungen würden nunmehr ausschließlich durch die Mitarbeitenden der Zentralen Vergabestelle veröffentlicht, da nur diese über eine Zugangsberechtigung zur eVergabe-Plattform des Bundes verfügten. Die Beschäftigten der Zentralen Vergabestelle seien im Hinblick auf die Bekanntmachungspflichten sensibilisiert und geschult worden.

(4) Das BMBF hat den Beanstandungen nicht widersprochen und daher die festgestellten Versäumnisse eingeräumt. Der Bundesrechnungshof bezweifelt, dass die Zentralisierung die Bekanntmachungsmängel abstellt. Bei einer der unterlassenen Bekanntmachungen war die Zentrale Vergabestelle bereits eingerichtet. Einen Verstoß gegen die Bekanntmachungspflichten hat dies nicht

verhindert. Andere Auftragsänderungen hatte das BMBF kurz vor der Einrichtung der Zentralen Vergabestelle vollzogen. Hier hätte die Zentrale Vergabestelle die Bekanntmachungen nachholen können.

Es bleibt abzuwarten, ob die Standardisierung von Vorgängen und die Schulung der Beschäftigten der Zentralen Vergabestelle den erhofften Erfolg bringen.

7 Dokumentation

(1) In einigen Fällen änderte das BMBF Aufträge, ohne die Gründe für den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren zu dokumentieren.

Beispiel 1: Delegationsreise nach Kasachstan

Es hatte einen Dienstleister mit dem Reise- und Aufenthaltsmanagement für eine Reise der deutschen Delegation nach Kasachstan beauftragt. In der Abschlussrechnung rechnete der Auftragnehmer höhere Verpflegungs-, Reise- und Dolmetscherkosten ab als ursprünglich vereinbart. Das BMBF bestätigte, diese Kosten hätten sich *„aufgrund der Reiselogistik und von Wünschen des BMBF während der Reise“* ergeben und beglich die Rechnung. Eine Begründung für den Verzicht auf ein neues Vergabeverfahren dokumentierte es nicht.

Beispiel 2: Vertrag „Nachweismessung“

Als Dokumentation einer Änderung über die Messung von Unterwasserschall eines Forschungsschiffes legte das BMBF einen Vermerk vor, der einen vom Projektträger ausgefüllten Vordruck „Stellungnahme Änderungsbescheid/Kürzungsbescheid“ und den Entwurf eines Zusatzvertrages enthielt. Im Vordruck konnten verschiedene Änderungen angekreuzt werden, beispielsweise „Laufzeitverlängerung“ und „Auftragserweiterung und Kostenerhöhung“. Der Projektträger hatte Letzteres angekreuzt. Der Vermerk ist am Ende von Beschäftigten des BMBF paraphiert. Es vereinbarte mit dem Auftragnehmer eine Auftragsänderung. Eine vergaberechtliche Begründung für den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren dokumentierte das BMBF nicht.

Beispiel 3: Vertrag „Projektträgerschaft, Bund-Länder-Programm für bessere Studienbedingungen und mehr Qualität in der Lehre (Qualitätspakt Lehre)“

Bei dieser Auftragsänderung prüfte es, ob die Voraussetzungen der vertraglichen Regelung für eine Mehrvergütung vorlagen. Ob die vertragliche Regelung

die Voraussetzung einer Überprüfungsklausel im Sinne des § 132 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 GWB erfüllte und die Auftragsänderung vergaberechtlich zulässig war, prüfte und dokumentierte das BMBF nicht (Tz. 4).

Die Beschaffungsanordnung bestimmt unter Abschnitt IV Absatz 2: „Die Gründe und Voraussetzungen für eine Auftragsänderung sind umfassend und einzelfallbezogen zu dokumentieren.“²⁵

(2) Die Dokumentationen in den drei Beispielfällen waren mangelhaft. Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass das BMBF damit gegen seine Beschaffungsanordnung und gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstieß.

Es versäumte, die Auftragsänderungen und den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren vollständig zu dokumentieren. In den drei Beispielfällen war zwar die Auftragsänderung als solche dokumentiert. Es fehlte aber eine Prüfung und entsprechende Dokumentation, ob diese vergaberechtlich ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig war. In keinem der dargestellten Beispiele nannte das BMBF Gründe für den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren.

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

Das BMBF hätte in allen drei Beispielen

- die vergaberechtliche Vorschrift, die den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren rechtfertigt, bezeichnen,
- einen Sachverhalt benennen und
- ausführen müssen, warum die genannte Vorschrift durch den beschriebenen Sachverhalt erfüllt ist.

Es hat zwar in Abschnitt IV Absatz 2 seiner Beschaffungsanordnung interne Vorgaben zur Dokumentation gemacht. Dies ist aber offensichtlich nicht ausreichend. Möglicherweise verstehen die Beschäftigten diese Regelung nach ihrem Wortlaut so, dass sie lediglich „die Gründe und die Voraussetzungen für

²⁵ Stand: Dezember 2019; Die Fassungen vom September 2017 und August 2018 hatten denselben Wortlaut.

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

die *Auftragsänderung*“ dokumentieren müssen. Entscheidend ist aber, dass sie die Voraussetzungen und Gründe *für den Verzicht auf ein erneutes Vergabeverfahren* dokumentieren. Dies sollte das BMBF deutlicher herausstellen.

Der Bundesrechnungshof hat das BMBF aufgefordert, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Beschäftigten ihren Dokumentationspflichten vollständig nachkommen. Zu einer ordnungsgemäßen Dokumentation gehören:

- Vermerk über die vergaberechtliche Zulässigkeit der Auftragsänderung ohne neues Vergabeverfahren unter Beachtung vorgenannter Hinweise,
- Änderungsvertrag und
- Vermerk über die Bekanntmachung der Auftragsänderung im Amtsblatt der Europäischen Union, sofern nach § 132 Absatz 5 GWB vorgeschrieben.

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

(3) Das BMBF hat mitgeteilt, es entspreche bereits der Forderung des Bundesrechnungshofes. Die Prüfung von Änderungsgründen werde durch die Staatssekretärsvorlagen dokumentiert. Durch die verpflichtende Mitzeichnung der Zentralen Vergabestelle im Falle von Auftragsänderungen von mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswerts bzw. bei Projektträgerleistungen vor jeder Auftragsänderung sei sichergestellt, dass die Dokumentation überprüft werde. Zudem stelle die Zentrale Vergabestelle den Fachreferaten Muster-Vorlagen für unterschiedliche Tatbestände zur Auftragsänderung zur Verfügung. Hierin enthalten seien die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen und Erläuterungen zu den einzelnen Prüfungspunkten. Die Auftragsänderungen würden in der Vergabeakte der Zentralen Vergabestelle registriert.

(4) Das BMBF hat den Beanstandungen nicht widersprochen. Der Bundesrechnungshof sieht nicht, dass das BMBF der Forderung, eine ordnungsgemäße Dokumentation sicherzustellen, bereits vollumfänglich entspricht.

Die Staatssekretärsvorlagen verhinderten Dokumentationsmängel jedenfalls nicht (Beispiel 3, Tz. 4). Bei Auftragsänderungen von mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes ist die Mitzeichnung der Zentralen Vergabestelle nur verpflichtend, wenn es sich um Aufträge handelt, deren ursprünglicher

Auftragswert 25 000 Euro übersteigt. Ist dies nicht der Fall, kann sie daher kein wirksames Mittel sein, um vergaberechtliche Verstöße bei Auftragsänderungen zu vermeiden. Bei allen anderen Auftragsänderungen bleibt abzuwarten, ob die Mitzeichnung der Zentralen Vergabestelle eine lückenlose Dokumentation von Auftragsänderungen sicherstellen wird.

Zu der Empfehlung des Bundesrechnungshofes, die Regelung in der Beschaffungsanordnung klarstellend zu ändern, hat sich das BMBF nicht geäußert. Den Empfehlungen des Bundesrechnungshofes, den Beschäftigten standardisierte Vorgaben zur Dokumentation, beispielsweise durch einen Vordruck, zu machen, ist das BMBF nicht gefolgt. Bei den in der Stellungnahme erwähnten „Muster-Vorlagen“ geht der Bundesrechnungshof davon aus, dass es sich um die Muster-Staatssekretärsvorlagen für die Änderung von Projektträgerleistungen handelt. Diese stellt die Zentrale Vergabestelle „auf Nachfrage“ zur Verfügung (Tz. 1.3). Die Beschaffungsanordnung und das Merkblatt zu Auftragsänderungen enthalten keinen ausdrücklichen Hinweis auf diese Muster-Staatssekretärsvorlagen. Damit ist ihre Verwendung nicht gewährleistet. Muster-Vorlagen für andere Auftragsänderungen existierten zurzeit der Prüfung nicht. Es war vielmehr in das Belieben der Beschäftigten gestellt, die Muster-Staatssekretärsvorlagen zu verwenden und diese anzupassen.

Der Bundesrechnungshof wiederholt daher seine Forderung, durch geeignete Maßnahmen eine ordnungsgemäße Dokumentation sicherzustellen, wenn das BMBF bei Auftragsänderungen auf ein erneutes Vergabeverfahren verzichtet. Er hält seine Empfehlung aufrecht, standardisierte Vorgaben für die Dokumentation, z. B. durch einen Vordruck, zu machen.

8 Gesamtwürdigung und Empfehlung

(1) Die Feststellungen unter Tzn. 2 bis 7 belegen zahlreiche Vergaberechtsverstöße. Sie offenbaren, dass den Beschäftigten Kenntnisse der vergaberechtlichen Regelungen zu Auftragsänderungen fehlen.

Die Regelungen in der Beschaffungsanordnung, die Hinweise im Merkblatt und die Muster-Staatssekretärsvorlagen reichen offenbar nicht aus, um vergaberechtskonformes Vorgehen bei Auftragsänderungen zu gewährleisten.

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

(2) In seiner Stellungnahme hat das BMBF mitgeteilt, dass durch die Einrichtung einer Zentralen Vergabestelle viele Fehlerquellen beseitigt worden seien. Die Beschäftigten der Vergabestelle verfügten über große Routine und Fachwissen. Sie würden regelmäßig geschult und als Multiplikatoren ihr Wissen an die übrigen Beschäftigten des BMBF weitergeben. Das BMBF nehme die Hinweise des Bundesrechnungshofes zum Anlass, die vorhandenen Mustervorlagen sowie Merkblätter zu überprüfen.

(3) Der Bundesrechnungshof nimmt die Ausführungen des BMBF zur Kenntnis. Er begrüßt zwar die Einrichtung der Zentralen Vergabestelle. Er hat aber Zweifel, dass sie und die Schulung der dortigen Beschäftigten ausreichen, um die aufgezeigten Defizite abzustellen. Für Aufträge mit einem Auftragswert unter 25 000 Euro kann die Zentralisierung der Vergabestelle jedenfalls keine Maßnahme der Verbesserung sein, da in diesem Bereich die Zuständigkeit allein bei den Fachreferaten verbleibt. Es bleibt abzuwarten, ob es hier genügt, dass die Beschäftigten der Zentralen Vergabestelle ihr durch Schulungen erweitertes Wissen an die Beschäftigten der Fachreferate weitergeben. Der Bundesrechnungshof hält eine intensive Schulung dieser Beschäftigten für erfolgversprechender. Er wiederholt seine Empfehlung, den Beschäftigten standardisierte Vorgaben für die Dokumentation von Auftragsänderungen zu machen, die sämtliche vergaberechtlichen Erfordernisse und Hinweise des Bundesrechnungshofes berücksichtigen. Die Mustervorlagen und Merkblätter reichen hierzu nicht. Der Bundesrechnungshof begrüßt daher die angekündigte Überprüfung dieser Dokumente und bittet, ihm das Ergebnis unaufgefordert mitzuteilen.

Der Bundesrechnungshof schließt alle Punkte mit seinen jeweiligen Hinweisen im laufenden Prüfungsverfahren ab, behält sich aber eine Kontrollprüfung vor.

§ 132 GWB

(1) Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn

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

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

1. in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert,
2. zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers

- a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
 - b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre,
3. die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert oder
4. ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt
- a) aufgrund einer Überprüfungsklausel im Sinne von Nummer 1,
 - b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie zum Beispiel durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen im Sinne des Absatzes 1 zur Folge hat, oder
 - c) aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.

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

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

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

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

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

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

§ 47 UVgO

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

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