



HERAUSRAGENDE MASTERARBEITEN AM DISC

FACHBEREICH ➤ Wirtschaftswissenschaften

STUDIENGANG ➤ Wirtschaftsrecht für die Unternehmenspraxis

MASTERARBEIT ➤

Ausschreibung oder nicht? – Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

AUTOR/IN ➤

Gajane Vasileva

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	II
A. ZIEL DER ARBEIT	1
B. AUFBAU UND GRUNDLAGEN DES VERGABERECHTS	3
I. Definition und Anwendungsbereich des Vergaberechts	3
II. Sinn und Zweck sowie Grundprinzipien des Vergaberechts	6
III. Aufbau und rechtliche Grundlagen des deutschen Vergaberechts	7
IV. Schwellenwerte und Wertgrenzen	9
V. Verfahrensarten.....	11
C. BEGRIFF DER NACHTRÄGLICHEN AUFTRAGSÄNDERUNG IM VERGABERECHT	13
I. Erfordernis vergaberechtlicher Regelungssätze für Änderungen.....	13
II. Rechtslage vor der Vergaberechtsreform 2016	14
1. Europäische Rechtsprechung.....	15
a) EuGH, 05.10.2000 – C-337/98 – Kommission/Frankreich.....	15
b) EuGH, 29.04.2004 – C-496/99 P – Kommission/CAS Succhi di Frutta	17
c) EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur.....	20
2. Deutsche Rechtsprechung	24
a) OLG Düsseldorf, 14.02.2001 – Verg 13/00	24
b) OLG Celle, 04.05.2001 – 13 Verg 5/00	26
c) OLG Düsseldorf, 20.06.2001 – Verg 3/01	26
d) OLG Celle, 29.10.2009 – 13 Verg 8/09.....	29
III. Rechtslage nach der Vergaberechtsreform 2016	33
1. Auftragsänderungen im Oberschwellenbereich	34
a) Wesentliche Auftragsänderungen	34
b) Vergaberechtlich neutrale Auftragsänderungen	38
aa) Überprüfungsklauseln und Optionen	39
bb) Zusätzliche Leistungen.....	41
cc) Unvorhersehbarer Änderungsbedarf.....	44
dd) Auftragnehmerwechsel.....	46
ee) Geringfügige Änderungen	48
c) Prüfungsreihenfolge des § 132 GWB.....	50
2. Auftragsänderungen im Unterschwellenbereich.....	51
D. KONSEQUENZEN UND RECHTSFOLGEN VON AUFTRAGSÄNDERUNGEN	53
E. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	55
F. LITERATURVERZEICHNIS	57
G. EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG ÜBER SELBSTSTÄNDIGES ARBEITEN	59

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundshaushaltsordnung
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT	Bundestag
bzw.	beziehungsweise
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende (Einzahl)
ff.	folgende (Mehrzahl)
GPA	Government Procurement Agreement (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, "Beschaffungsübereinkommen")
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
lit.	Litera (Buchstabe)
Nr.	Nummer
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SektVO	Sektorenverordnung
SZR	Sonderziehungsrechte
Urt.	Urteil
UVgO	Unterswellenvergabeordnung
VergRModG	Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung

VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A
VOL/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil B
VSVgV	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
WTO	Welthandelsorganisation
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung

A. Ziel der Arbeit

Das Thema der vorliegenden Masterarbeit „*Ausschreibung oder nicht? – Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit*“ ist dem mittlerweile eigenständigen Rechtsgebiet – dem Vergaberecht – zuzuordnen. Da das Vergaberecht ein dynamisches sowie komplexes Rechtsgebiet darstellt, wird die im Rahmen dieser Arbeit erforderliche Analyse auf die zum Zeitpunkt der Ausarbeitung gültigen Rechtsvorschriften sowie auf die zu diesem Zeitpunkt aktuelle Rechtsprechung gestützt. Zum Verschaffen eines Gesamtüberblicks über die Entwicklungen des Vergaberechts wird in dem für diese Arbeit relevanten Themenfeld zusätzlich die Rechtslage vor der Vergaberechtsreform im Jahr 2016 unterstützend untersucht.

Die Masterthesis befasst sich in ihrem Kern mit der Analyse von praxisrelevanten Sachverhalten, die vergaberechtlich als Änderungen zu charakterisieren sind und nach erfolgter Zuschlagserteilung auftreten beziehungsweise erst während der Vertragslaufzeit erforderlich werden. Im Rahmen dieser Analyse soll kritisch beleuchtet werden, welche dieser Ereignisse als „*wesentliche*“ und welche als „*vergaberechtlich neutrale*“ Änderungen im Sinne des Vergaberechts zu qualifizieren sind. Da diese beiden Änderungsarten an differente Rechtsfolgen anknüpfen, ist mithin die richtige Kategorisierung einer jeden nachträglichen Änderung von zentraler Bedeutung für die weitere Auftragsdurchführung.

Die Analyse im Rahmen dieser Arbeit konzentriert sich auf die Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Ober- und Unterschwellenbereich. Öffentliche Aufträge über die Beschaffung von Leistungen, die die Ausführung von Bauleistungen (Baufträge) zum Gegenstand haben, gehören hingegen nicht zum Bestandteil dieser Arbeit. Die relevanten Vergabevorschriften für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen sowie für die Vergabe von Konzessionen werden ebenfalls nicht thematisiert.

Der erste Teil der vorliegenden Masterarbeit widmet sich zunächst der terminologischen Klärung in Bezug auf das Vergaberecht. Ferner werden die rechtlichen Grundlagen sowie der Aufbau des deutschen Vergaberechts knapp dargestellt. Des Weiteren wird die vergaberechtliche Bedeutung von Schwellenwerten und Wertgrenzen erläutert. Darauf aufbauend werden die verschiedenen Verfahrensarten des Ober- und Unterschwellenvergaberechts vorgestellt sowie anschließend ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede ausgearbeitet.

Der Hauptteil der vorliegenden Arbeit konzentriert sich auf die Analyse der vergaberechtlichen Zulässigkeit von Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit. Im Rahmen dieser Analyse wird zunächst die Rechtslage vor der Vergaberechtsreform 2016 dargestellt. In diesem Zusammenhang wird nach dem zulässigen Ausmaß von Auftragsänderungen hinsichtlich des ursprünglichen Auftragswerts, der Art und des Umfangs der zu erbringenden Leistung geforscht. Darüber hinaus wird die Möglichkeit der Einbeziehung von Optionen und Überprüfungsklauseln im Ursprungsvertrag untersucht.

Darauf aufbauend wird die Rechtslage nach der Vergaberechtsreform 2016 dargestellt. Die hierbei erforderliche Analyse wird auf die relevanten Vorschriften des GWB und UVgO gestützt. In diesem Zusammenhang werden der Inhalt sowie die Prüfungsreihenfolge dieser Vorschriften näher erläutert. Schließlich wird der Frage nach der Rechtmäßigkeit von nachträglichen Änderungen nachgegangen. Im Rahmen der Auslegung der relevanten Vorschriften werden einerseits praktische Beispiele aus der Rechtsprechung und andererseits Beispiele aus der eigenen beruflichen Praxis herangezogen.

Der nächste Teil dieser Arbeit widmet sich der Frage nach dem Rechtsschutz für die Auftragnehmer. Dabei werden die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Nachprüfungsverfahrens sowie die Rechtsfolgen eines solchen Verfahrens untersucht. In diesem Zusammenhang werden auch die vergaberechtlichen Konsequenzen von nachträglichen Auftragsänderungen ausgearbeitet.

Zum Schluss werden die im Rahmen dieser Arbeit ausgearbeiteten Ergebnisse zusammengefasst und die Zielgruppe, für die eine Nutzung dieser Ergebnisse in Frage kommt, definiert.

B. Aufbau und Grundlagen des Vergaberechts

Zur Wahrnehmung seiner Verwaltungsaufgaben benötigt der Staat häufig Güter, die er nicht selbst herstellen kann oder Dienstleistungen, die er aufgrund fehlender personeller sowie sachlicher Ressourcen nicht selbständig erbringen kann. Um seinen erforderlichen Bedarf zu decken, tritt der Staat als „*Auftraggeber*“ auf dem freien Markt auf. Mithin beschreibt die „*Vergabe öffentlicher Aufträge sowie Konzessionen*“ den Einkaufsprozess der öffentlichen Hand zum Zwecke der staatlichen Bedarfsdeckung sowie zur Erfüllung von staatlichen Verwaltungsaufgaben.

Nach den Schätzungen der Europäischen Kommission und der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD; englisch: Organisation for Economic Co-operation and Development) beträgt das jährliche Auftragsvolumen in der Bundesrepublik Deutschland, welches in 2,4 Millionen Vergabeverfahren pro Jahr beschafft wird, mindestens 500 Milliarden Euro. Das macht 15 Prozent des Bruttoinlandsprodukts (BIP) und 34 Prozent der gesamten Staatsausgaben aus.¹ In der gesamten Europäischen Union werden jährlich rund 1,9 Billionen Euro für die Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen ausgegeben, was rund 14 Prozent des Bruttoinlandsprodukts für öffentliche Aufträge ausmacht.² In Anbetracht dieses hohen jährlichen Beschaffungsvolumens der öffentlichen Hand gewinnt die staatliche Nachfrage auf dem freien Markt an großer Bedeutung für die Volkswirtschaft und die Konjunkturpolitik.

I. Definition und Anwendungsbereich des Vergaberechts

Um zu einem tiefgreifenden Verständnis über den Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand und das damit einhergehende Erfordernis eines staatlich vorgegebenen Verfahrens zu seiner Ausgestaltung zu gelangen, ist zunächst eine Definition von zentralen Begriffen des Vergaberechts erforderlich.

Das Bundesverfassungsgericht definiert als Vergaberecht

*„die Gesamtheit der Normen, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat“.*³

¹ OECD (2019), Öffentliche Vergabe in Deutschland: Strategische Ansatzpunkte zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum, <https://doi.org/10.1787/48df1474-de>, S. 37.

² Europäische Kommission, Themenblatt zum Europäischen Semester, Öffentliches Auftragswesen vom 22.11.2017, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_de.pdf.

³ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/06/rs20060613_1bvr116003.html, Rn. 2.

Aus dem Wortlaut dieser Definition können außerdem sowohl die Anwender des Vergaberechts – „*Träger öffentlicher Verwaltung*“ als auch der Zweck des Vergaberechts – „*die Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt werden*“, abgeleitet werden. Durch die Zusammenfassung aller vergaberechtlichen Normen unter dem Oberbegriff des Vergaberechts unterliegen die Anwender des Vergaberechts einheitlichen Richtlinien beim Abschluss von Verträgen.

Der „**Auftraggeberbegriff**“ ist ein zentraler Begriff des Vergaberechts. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) trifft unter § 98 GWB eine Legaldefinition sowie eine dreiteilige Kategorisierung des Auftraggeberbegriffes im Rahmen des Vergaberechts. Als Auftraggeber werden demnach „**öffentliche Auftraggeber**“ im Sinne des § 99 GWB, „**Sektorenauftraggeber**“ im Sinne des § 100 GWB sowie „**Konzessionsgeber**“ im Sinne des § 101 GWB bezeichnet. Eine solche Unterteilung des Auftraggeberbegriffes ist auf die Umsetzung der Artikel 6 und 7 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Konzessionen im Zuge der Modernisierung des Vergaberechts zurückzuführen.⁴

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers umfasst nach § 99 Nr. 1, 3 GWB die Gebietskörperschaften, worunter Bund, Länder und Gemeinden fallen, einschließlich deren Sondervermögen sowie die aus ihnen bestehenden Verbände. Gemäß § 99 Nr. 2, 3 GWB sind darüber hinaus auch andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sowie die aus ihnen bestehenden Verbände vom Begriff des funktional auszulegenden öffentlichen Auftraggebers erfasst. Weitere Voraussetzungen, die an einen „**funktionalen öffentlichen Auftraggeber**“ geknüpft sind, sind ihre durch Gebietskörperschaften überwiegende Finanzierung, die Ausübung der Aufsicht über ihre Leitung durch Gebietskörperschaften oder die Bestimmung der Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs durch Gebietskörperschaften. Ferner sind nach § 99 Nr. 4 GWB auch natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, die für bestimmte Aufgaben überwiegend öffentlich subventioniert werden,

⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 08.07.2015, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/entwurf-gesetz-modernisierung-vergabe-recht.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 83 f; Amtsblatt der Europäischen Union, Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023#:~:text=Ein%20angemessener%2C%20ausgewogener%20und%20flexibler,strategische%20Dienstleistung%20gen%20f%C3%BCr%20die>, S. 21.

als öffentliche Auftraggeber einzustufen. In den §§ 100 und 101 GWB finden sich in Ergänzung zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers die Definitionen für Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber.

Der Begriff des „**öffentlichen Auftrages**“ ist ebenfalls von zentraler Bedeutung im Rahmen des Vergaberechts. §§ 103 bis 105 GWB enthalten Definitionen zu öffentlichen Aufträgen (§ 103 GWB), zu verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen (§ 104 GWB) sowie zu Konzessionen (§ 105 GWB). Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB „**entgeltliche Verträge**“ zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen „*über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen*“ zum Gegenstand haben. Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs handelt es sich dabei immer dann um einen solchen entgeltlichen Vertrag, „*wenn der öffentliche Auftraggeber sich seinerseits zu einer geldwerten Gegenleistung verpflichtet, wenn Leistung und Gegenleistung voneinander nicht trennbare Teile eines einheitlichen Leistungsaustauschgeschäfts sind*“.⁵ Dagegen stellen entgeltliche Verträge zur Beschaffung von Leistungen immer dann keine öffentlichen Aufträge im vergaberechtlichen Sinne dar, wenn die Leistungserbringung während ihrer gesamten Laufzeit jedem interessierten Unternehmen offensteht, das sich verpflichtet, die nach vorab festgelegten Kriterien definierte Leistung zu einem vorab festgelegten Preis zu erbringen.⁶

Unter § 103 Abs. 2 bis 4 und 6 GWB sind weitere Definitionen von Lieferaufträgen, Bauaufträgen, Dienstleistungsaufträgen und Wettbewerben als Auslobungsverfahren, die zum Gegenstand öffentlicher Aufträge gehören, enthalten. § 103 Absatz 5 GWB definiert den Begriff der Rahmenvereinbarung und dient der Umsetzung der Definition gemäß Artikel 33 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 51 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU.⁷ Abzugrenzen sind öffentliche Aufträge von Konzessionen nach § 105 GWB.

Nachdem einige der zentralen Begriffe, die im Rahmen des Vergaberechts Anwendung finden, definiert worden sind, kann daraus resultierend auch der

⁵ BGH, Beschluss vom 1. 2. 2005 – X ZB 27/04; OLG Düsseldorf (lexetius.com/2005,209).

⁶ Rechten/Röbke, Basiswissen Vergaberecht: Ein Leitfadens für Ausbildung und Praxis, S. 71.

⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 08.07.2015, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/entwurf-gesetz-modernisierung-vergabe-recht.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 90; Amtsblatt der Europäischen Union, Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=DE>, S. 50; Amtsblatt der Europäischen Union, Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025&rid=1>, S. 60.

Anwendungsbereich des Vergaberechts abgeleitet werden. Mithin stehen im Zentrum des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts die Begriffe des öffentlichen Auftrages und der Konzessionen, während im Zentrum des persönlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts die Begriffe des öffentlichen Auftraggebers, des Sektorenauftraggebers sowie des Konzessionsgebers stehen. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts sind unter §§ 107-109, 116-118, 137-140, 149-150 zu finden.

II. Sinn und Zweck sowie Grundprinzipien des Vergaberechts

Die Frage nach der Notwendigkeit eines Regelwerks für den Einkauf der öffentlichen Hand lässt sich vereinfacht einerseits durch den Einsatz öffentlicher Gelder im Beschaffungsprozess sowie andererseits durch die fehlenden Marktanreize, wodurch ein besonders wirtschaftliches und effizientes Einkaufen nicht mehr gewährleistet werden kann, beantworten.

Der Bundesgerichtshof hat bereits in seinem Urteil vom 10.01.1963 Sinn und Zweck des deutschen Vergaberechts wie folgt beschrieben:

„Alle Amtsträger, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts haben bei Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben die Gesetze zu beachten sowie gerecht und unparteiisch zu verfahren. [...] Die Verwaltung hat weiter darauf zu achten, dass für alle Bewerber gleiche Wettbewerbsbedingungen bestehen und erhalten bleiben. Sie darf ohne sachliche Gründe keinen Bewerber bevorzugen oder benachteiligen.“⁸

Mithin wird für die Aufrechterhaltung und Sicherung eines fairen sowie diskriminierungsfreien Wettbewerbs die öffentliche Hand bei ihrem Beschaffungsprozess zur Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften berufen. Diese wesentlichen Grundsätze wie Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung sowie weitere Grundsätze wie die Berücksichtigung von Aspekten der Qualität, des Sozialen, der Umwelt und mittelständischer Interessen und der Anspruch von Unternehmen auf die Einhaltung der Vergabebestimmungen sind unter § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verankert. Durch die Aufstellung dieser unentbehrlichen Grundsätze sowie die gesetzliche Verankerung und die damit einhergehende Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Einhaltung dieser Verfahrensgrundsätze wird dem Problem der fehlenden Marktanreize der

⁸ BGH, Urteil vom 10. Januar 1963 - III ZR 124/61 OLG Frankfurt (Main), LG Frankfurt (Main); https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_124-61; S. 8.

öffentlichen Hand zum wirtschaftlichen und effizienten Einkaufen entgegengewirkt, wodurch die Interessen aller Bürgerinnen und Bürger und insbesondere der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler gewahrt werden.

III. Aufbau und rechtliche Grundlagen des deutschen Vergaberechts

Das deutsche Vergaberecht ist zweigeteilt in die Bereiche der Unter- sowie Oberschwellenvergabe. Für die Festlegung der anzuwendenden Vorschriften im Beschaffungsprozess der öffentlichen Hand sind dabei einerseits die **Art des konkreten Auftrages** sowie andererseits der **voraussichtliche Wert des aususchreibenden Auftrages** maßgeblich. Da die jeweiligen Schwellenwerte bei der Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Bauaufträgen sich unterscheiden, ist mithin die richtige Einordnung des Auftragsgegenstandes wesentlich für die Wahl des Vergabeverfahrens und die damit anzuwendenden Vergabevorschriften.

Auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sowie die Ausrichtung von Wettbewerben finden unter Berücksichtigung des geschätzten Auftrags- oder Vertragswerts ohne Umsatzsteuer gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 GWB ab dem Erreichen oder Überschreiten der jeweils festgelegten Schwellenwerte die Bestimmungen des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Anwendung. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, auch als Kartellgesetz bezeichnet, trat am 1. Januar 1958 in Kraft und bestand damals aus den Bereichen der Kartellbekämpfung sowie der Missbrauchsaufsicht.⁹ Seitdem wurde das GWB bis heute zehnmal reformiert und in diesem Zusammenhang grundlegend überarbeitet sowie erweitert. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG) wurde der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen umfassend überarbeitet, wodurch mit seinem Inkrafttreten am 18. April 2016 ein Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen im Oberschwellenbereich entstand.

Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz diente der Umsetzung der drei Europäischen Vergaberichtlinien von 2014: der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), der Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

⁹ Bundeskartellamt (2018), 60 Jahre Bundeskartellamt: 1958 – 2018, https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publikation/DE/Broschueren/60_Jahre_Jubilaeumsbroschuere.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 11 f.

(Richtlinie 2014/25/EU) und der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU). Darüber hinaus wurden auch die Vorgaben der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit im deutschen Vergaberecht integriert.¹⁰

Die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien im Rahmen des GWB sowie der kaskadierenden Vergabeverordnungen hatte eine vollständige Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens im Oberschwellenbereich und damit die Herstellung eines europäischen Binnenmarkts, in dem ein freier Waren- und Dienstleistungsverkehr herrscht, zum Ziel. Darüber hinaus fanden durch den Systemwechsel bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch oder im Namen von Behörden der Mitgliedstaaten die im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Grundsätze Eingang in das nationale Vergaberecht. Insbesondere die Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie die sich daraus ableitenden Grundsätze wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz.¹¹

Die kaskadierenden Verordnungen ergänzen die vergaberechtlichen Vorschriften des GWB und reglementieren die Einzelheiten der Vergabeverfahren. Im Einzelnen sind das im Oberschwellenbereich die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV), die Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO), die Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV), die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV) sowie die Abschnitte zwei und drei der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A – EU und VOB/A – VS).¹²

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte findet das Haushaltsrecht Anwendung. Nach der Vergaberechtsreform und dem damit

¹⁰ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, S. 1 f.

¹¹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Erwägungsgrund 1.

¹² Ferber, Fristen im Vergabeverfahren: ab Bekanntmachung bis Zuschlag, S. 19.

einhergehenden Inkrafttreten neuer Regelungssätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge im Oberschwellenbereich am 18. April 2016 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) am 31. August 2016 den Diskussionsentwurf für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO). Die neue Unterschwellenvergabeordnung sollte ab 2017 den zu dem Zeitpunkt im Unterschwellenbereich für Liefer- und Dienstleistungsaufträge geltenden ersten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) ersetzen. Nach Angaben des BMWi zielte die Einführung der Unterschwellenvergabeordnung darauf ab, die flexiblen Regelungsansätze des Oberschwellenvergaberechts auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte zu übernehmen, wobei die schon deutlich einfacheren Regeln für den Unterschwellenbereich erhalten bleiben sollten.¹³

Da die UVgO – anders als die VgV – keine Rechtsverordnung im Sinne des Artikels 80 GG darstellt, trat diese nicht bereits mit ihrer Bekanntmachung am 7. Februar 2017 im Bundesanzeiger in Kraft, sondern auf der Bundesebene erst durch die Änderung der Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO am 2. September 2017 und auf der Ebene der Länder durch die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen.¹⁴ In den Bundesländern, in denen die Einführung der UVgO bisher nicht erfolgt beziehungsweise nicht vorgesehen ist (z.B. Hessen), gelten für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte weiterhin die Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A Abschnitt 1).

Die Vergabe von Bauleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte richtet sich nach dem ersten Abschnitt der Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A Abschnitt 1).

IV. Schwellenwerte und Wertgrenzen

Wie bereits im Kapitel zuvor beschrieben, ist bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sowie bei der Ausrichtung von Wettbewerben der

¹³ BMWi, Artikel -Öffentliche Aufträge und Vergabe, Reform der nationalen Vergaben, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/reform-der-nationalen-vergaben.html>.

¹⁴ Ley/Wankmüller, Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO 2017), Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (vormals VOL/A Abschnitt 1), S. 3; Rundschreiben des BMF vom 01.09.2017 - II A 3 - H 1012-6/16/10003:003; 2017/0747681Neufassung der VV zu § 55 BHO; Einführung der UVgO.

Anwendungsbereich des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemäß § 106 GWB erst mit dem Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte eröffnet. Die Höhe der für die unterschiedlichen Auftragsarten gültigen Schwellenwerte ergibt sich aus den EU-Richtlinien in der jeweils geltenden Fassung zum Zeitpunkt ihrer Anwendung. Diese basieren ihrerseits auf den Schwellenwerten des Übereinkommens der Welthandelsorganisation (WTO) über das öffentliche Beschaffungswesen („Agreement on Government Procurement“ – GPA), wobei die für jeweils zwei Jahre festen Schwellenwerte dort in sogenannten Sonderziehungsrechten (SZR) ausgewiesen sind.¹⁵ Die Europäische Union hat die Verpflichtungen aus dem GPA-Beschaffungsübereinkommen in ihren Richtlinien zum Vergaberecht umzusetzen.¹⁶

Die seit dem 1. Januar 2020 aktuell gültigen Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für oberste, obere Bundesbehörden und vergleichbare Bundeseinrichtungen liegen bei 139.000 Euro, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für alle anderen Auftraggeber bei 214.000 Euro. Diese Schwellenwerte basieren auf der delegierten Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019. Weitere Schwellenwerte für Soziale und andere besondere Dienstleistungen, für Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstleistungsaufträge, für Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Bauaufträge, für Konzessionen, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorenauftraggebern sowie für Bauaufträge von Sektorenauftraggebern können jeweils aus der Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014, der Verordnung (EU) 2019/1830 der Kommission vom 30. Oktober 2019, der delegierten Verordnung (EU) 2019/1827 der Kommission vom 30. Oktober 2019 sowie der delegierten Verordnung (EU) 2019/1829 der Kommission vom 30. Oktober 2019 entnommen werden. Gemäß § 97 Abs. 6 GWB haben die Unternehmen einen einklagbaren Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Neben den EU-Schwellenwerten existieren im Rahmen des deutschen Vergaberechts weitere Wertgrenzen, die mit ihrem Erreichen an unterschiedliche Rechtsfolgen anknüpfen. So erhält z.B. § 3 Abs. 9 VgV Wertgrenzen für die Vergabe sogenannter „*Bagatelllose*“. Danach dürfen im Fall der Losvergabe Lose bis zu einer Höhe des geschätzten Nettowerts bei Liefer- und Dienstleistungen von 80.000 Euro und bei Bauleistungen von 1 Million Euro außerhalb der Bestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werden, soweit sie die Höchstgrenze von 20

¹⁵ Rechten/Röbke, Basiswissen Vergaberecht: Ein Leitfadens für Ausbildung und Praxis, S. 100.

¹⁶ RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 17.

Prozent des Gesamtwertes nicht übersteigen. Mit dieser Bestimmung wird der Artikel 5 Absatz 10 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt.

Darüber hinaus bestehen unterhalb der EU-Schwellenwerte unterschiedliche Verordnungen auf den Ebenen des Bundes sowie der Länder, die mit dem Erreichen bestimmter Wertgrenzen Ausnahmetatbestände für die Durchführung einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder einer Verhandlungsvergabe ohne Einzelfallprüfung erfüllen.

V. Verfahrensarten

Insofern der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet sind, entfalten die Grundsätze des Vergaberechts ihre Wirkung (vgl. Kapitel B.I. dieser Arbeit). Einer der unter § 97 GWB für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen statuierten Grundsätze im Oberschwellenbereich ordnet an, dass die Auftragsvergabe im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu erfolgen hat (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB). Dieser Grundsatz gilt gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 UVgO, § 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A Abschnitt 1, § 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/A Abschnitt 1 ebenfalls für die Vergabe öffentlicher Aufträge im Unterschwellenbereich. Dagegen ist der unter § 97 Abs. 6 GWB für den Oberschwellenbereich normierte subjektive und damit einklagbare Anspruch der Unternehmen auf die Einhaltung der Vergabevorschriften in den Vergabebestimmungen des Unterschwellenbereichs nicht enthalten. Das führt dazu, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte der Primärrechtsschutz für Unternehmen zur Durchsetzung subjektiver Ansprüche nach §§ 160 f. GWB vor der Vergabekammer keine Anwendung findet. Inzwischen erkennen allerdings die meisten Gerichte an, dass bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich der Rechtsschutz vor Zivilgerichten durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 f. ZPO, die auf die vorläufige Untersagung des Zuschlags gerichtet ist, erreicht werden kann. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hindert jedoch aufgrund des fehlenden Zuschlagsverbots nach § 169 Abs. 1 GWB im Unterschwellenbereich den Auftraggeber nicht an der Zuschlagserteilung. Nach Erteilung des Zuschlags können lediglich Schadensersatzansprüche in Form eines Sekundärrechtsschutzes geltend gemacht werden.¹⁷

¹⁷ Contag/Götze (2019), Vergaberecht nach Ansprüchen: Entscheidungshilfen für Auftraggeber, Planer und Bauunternehmen, S. 64 f; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010 - I-27 U 1/09.

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Oberschwellenbereich erfolgt nach § 119 Abs. 1 GWB im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren mit und ohne Teilnahmewettbewerb, im wettbewerblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft. Unterhalb der EU-Schwellenwerte können öffentliche Aufträge gemäß § 8 Abs. 1 UVgO, § 3 Abs. 1 VOL/A Abschnitt 1, § 3 Abs. 1 VOB/A Abschnitt 1 im Wege der Öffentlichen Ausschreibung, der Beschränkten Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb und der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (früher Freihändige Vergabe) vergeben werden. Damit decken sich strukturell und systematisch einige Verfahrensarten aus dem Oberschwellenbereich mit den Verfahrensarten aus dem Unterschwellenbereich.¹⁸ So entspricht das offene Verfahren nach § 119 Abs. 3 GWB oberhalb der Schwellenwerte der Öffentlichen Ausschreibung nach § 9 Abs. 1 UVgO, § 3 Abs. 1 Satz 1 VOL/A Abschnitt 1, § 3 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A Abschnitt 1 unterhalb der Schwellenwerte, das nicht offene Verfahren nach § 119 Abs. 4 GWB der Beschränkten Ausschreibung nach §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 UVgO, § 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A Abschnitt 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A Abschnitt 1 und das Verhandlungsverfahren nach § 119 Abs. 5 GWB der Verhandlungsvergabe (Freihändige Vergabe) nach § 12 Abs. 1 UVgO, § 3 Abs. 1 Satz 3 VOL/A Abschnitt 1, § 3 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A Abschnitt 1. Der wettbewerbliche Dialog nach § 119 Abs. 6 GWB und die Innovationspartnerschaft nach § 119 Abs. 7 GWB kommen hingegen nur im Oberschwellenbereich vor.

Für die Anwendung der jeweiligen Verfahrensarten sind neben den geltenden Schwellenwerten auch ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen, die in Abhängigkeit des Auftragsgegenstandes in den anzuwendenden Vergabeordnungen verankert sind, zu beachten.

¹⁸ Rechten/Röbke, Basiswissen Vergaberecht: Ein Leitfadens für Ausbildung und Praxis, S. 110 ff.

C. Begriff der nachträglichen Auftragsänderung im Vergaberecht

Der Begriff einer nachträglichen Auftragsänderung wird im Rahmen des Vergaberechts weit verstanden. Zu differenzieren sind dabei Änderungen des öffentlichen Auftrages während der Angebotsfrist, Änderungen nach Ablauf der Angebotsfrist und unmittelbar vor der Auftragsvergabe sowie Änderungen nach Beendigung des Vergabeverfahrens durch die Zuschlagserteilung. Die verwandten, aber strukturell unterschiedlichen Problematiken sowie Rechtsfolgen nachträglicher Änderungen der ersten beiden Kategorien, die sich auf Auftragsänderungen während eines Vergabeverfahrens stützen, gehören nicht zum Gegenstand dieser Arbeit. Die Analyse im Rahmen der vorliegenden Masterthesis konzentriert sich ausschließlich auf die vergaberechtliche Zulässigkeit von Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit und damit nach erfolgter Zuschlagserteilung.

Ausgehend von der Legaldefinition des „*Öffentlichen Auftrages*“ nach § 103 Abs. 1 GWB umfasst der Begriff einer Auftragsänderung nach Zuschlagserteilung alle während der Vertragslaufzeit hervorgehenden Änderungen des bestehenden entgeltlichen Vertrages zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben (vgl. Kapitel B.I. dieser Arbeit). Dazu gehören Änderungen des Auftragsgegenstandes und des Auftragsinhaltes, Änderungen des Auftragsumfangs und/oder der technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Auftragsbedingungen oder etwaige Änderungen in der Person des Auftragnehmers. Darüber hinaus sind Vertragsverlängerungen, die Ausübung von Überprüfungs-klauseln oder Optionen sowie die Erbringung von zusätzlichen Leistungen ebenfalls als vergaberechtliche Änderungen zu qualifizieren.

I. Erfordernis vergaberechtlicher Regelungssätze für Änderungen

Häufig sehen sich öffentliche Auftraggeber nach erfolgter Zuschlagserteilung und insbesondere bei Aufträgen mit einer längeren Ausführungsdauer mit Umständen konfrontiert, die eine Änderung erforderlich machen, um das ursprünglich festgelegte Beschaffungsziel überhaupt noch verwirklichen zu können.¹⁹ Der nachträglich entstandene Anpassungsbedarf kann auf vielerlei Ursachen zurückzuführen sein. Dieser kann z.B. durch Planungs- oder Kalkulationsfehler, durch veränderten Beschaffungswunsch und/oder durch veränderte Beschaffungsbedingungen des

¹⁹ RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 109.

öffentlichen Auftraggebers oder durch externe Umstände, die zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht absehbar waren, hervorgerufen werden.

Unbeschadet der Tatsache, dass das Vergabeverfahren durch die Zuschlagserteilung beendet wird und das Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ab diesem Zeitpunkt zivilrechtlich geprägt ist, dürfen Änderungen während der gesamten Vertragslaufzeit nicht den vergaberechtlichen Grundsätzen und Zielen – insbesondere den Prinzipien der Transparenz und Gleichbehandlung – entgegenstehen.²⁰ Durch diese Bestimmung soll vermieden werden, dass Leistungen nicht unzulässig durch nachträgliche Änderungen des ursprünglichen Auftrags dem Wettbewerb entzogen werden. Des Weiteren soll auch sichergestellt werden, dass die Auftragserbringung durch alle Auftragnehmer derselben Leistung unter den gleichen Auftragsbedingungen erfolgt.

Da eine Neuausschreibung regelmäßig mit großem Verwaltungsaufwand und dem Einsatz von personellen sowie zeitlichen Ressourcen verbunden ist, wird die Notwendigkeit klarer Regelungssätze, die den Rahmen für zulässige Auftragsänderungen ohne das Erfordernis eines erneuten Ausschreibungsverfahrens festlegen, ersichtlich.

II. Rechtslage vor der Vergaberechtsreform 2016

Bis zu der Vergaberechtsreform 2014/2016 existierten bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte keine normierten Regelungssätze, die den Rechtsrahmen für Auftragsänderungen während eines laufenden Vertrages bestimmten. Die Zulässigkeitsgrenzen nachträglicher Auftragsänderungen orientierten sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und basierten insbesondere auf der Entscheidung „presstext“ vom 19. Juni 2008 (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06).²¹

Unterhalb der EU-Schwellenwerte bestand eine ähnliche Rechtslage. Vor der Reform der Unterschwellenvergabe fanden bei öffentlichen Auftragsvergaben im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen die Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A Abschnitt 1 alte Fassung) Anwendung. Da die VOL/A ebenfalls keine einschlägigen Regelungen hinsichtlich der Zulässigkeit von

²⁰ Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zur Vermeidung der häufigsten Fehler bei Projekten, die aus den Europäischen Struktur- und Investitionsfonds finanziert werden, S. 94 f.

²¹ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, S. 119.

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit enthielt, basierten die diesbezüglichen Vorgaben auf den Grundsätzen aus der Literatur und der Rechtsprechung von Vergabekammern und Oberlandesgerichten.

Bei Baubeschaffungen unterhalb der EU-Schwellenwerte richteten sich Vertragsveränderungen nach den Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A Abschnitt 1 alte Fassung). Bis zu der Neufassung der VOB/A 2016 enthielt diese ebenfalls keine normierte Regelung für Änderungen während der Vertragslaufzeit.

1. Europäische Rechtsprechung

Im Rahmen dieses Kapitels werden die wichtigsten Entscheidungen auf europäischer Ebene hinsichtlich der Zulässigkeit nachträglicher Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit dargestellt. Die durch den Europäische Gerichtshof aufgestellten Grundsätze dienen als Grundlage für die Normierung der zuvor fehlenden Regelungssätze unter Artikel 72 der Richtlinie 2014/24/EU.

a) EuGH, 05.10.2000 – C-337/98 – Kommission/Frankreich

In der Rechtssache C-337/98 betreffend den Rechtsstreit der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen die Französische Republik musste der Europäische Gerichtshof darüber urteilen, ob die Wiederaufnahme von Verhandlungen bei einem Bauvertrag für das Stadtbahnvorhaben des Stadtverbandes Rennes an die Firma Matra-Transport dazu führte, dass wesentliche Vertragsbestimmungen nachträglich verändert wurden, wodurch ein neuer Auftrag zustande gekommen ist, welcher die Einleitung eines erneuten Vergabeverfahrens unerlässlich machte.

Dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt kann entnommen werden, dass die Auftragsvergabe des Stadtverbandes Rennes an die Firma Matra-Transport im Wege eines Verhandlungsverfahrens erfolgte. Nach Angaben der französischen Behörden bildete Artikel 104 Abschnitt II des Code des marchés publics die rechtliche Grundlage für ihre Entscheidung. Demnach war die Firma Matra-Transport das einzige Unternehmen gewesen, welches in der Lage war, den Bedarf der Kommune zu decken.²²

²² EuGH, 05.10.2000 - C-337/98 - Kommission / Frankreich, Rn. 16 f.

Die Verhandlungen zwischen den Parteien erstreckten sich über mehrere Jahre und hatten schließlich zwei unterschiedliche Angebote in Bezug auf die einzusetzende Technologie und den zu entrichtenden Preis zum Gegenstand. Nach Angaben der französischen Regierung habe Marta am 9. Juli 1991 für den Einsatz der Technologie der automatischen Stadtbahn VAL 206 einen garantierten Endpreis von 953,2 Mio. FRF ohne Steuern zugesichert. Der Abschluss eines Bauträgervertrages zwischen dem Stadtverband Rennes und der Firma Marta-Transport wurde allerdings aufgrund einer Rücknahme des Beschlusses vom 30. März 1993 hinausgeschoben. Schließlich wurden mit den Beschlüssen vom 22. September 1995 die Verhandlungen mit Marta fortgesetzt. Mit dem Beschluss vom 22. November 1996 wurde der Bauträgervertrag für das Stadtbahnvorhaben unter Einsatz des Systems VAL 208 für 1 054 Mio. FRF ohne Steuern an die Firma Matra-Transport International vergeben.

Der Europäische Gerichtshof stellte im Rahmen seiner Rechtsprechung den Grundsatz auf, dass bei der Frage, ob die Wiederaufnahme von Verhandlungen ein neues Vergabeverfahren erfordert, geprüft werden muss, ob die

*„eingeleiteten Verhandlungen **wesentlich andere Merkmale auswiesen, als die zuvor geführten und damit den Willen der Partei zu Neuverhandlung wesentlicher Vertragsbestimmungen erkennen ließen.“***²³

Im Rahmen seiner Urteilssprechung führte der EuGH ferner aus, dass bei langfristigen Verträgen „geringfügige Änderungen“ zulässig sind. Damit eröffnet sich für die Parteien die Möglichkeit „im Laufe der Verhandlungen eintretende neue technologische Entwicklungen“ zu berücksichtigen.²⁴ Auch etwaige Preisunterschiede – „selbst, wenn diese über der Gesamtinflation für den genannten Zeitraum liegen sollten“ – stellen keine Neuverhandlung einer wesentlichen Vertragsbestimmung dar, sofern diese durch eine „Preisanpassungsformel“ im Rahmen des ursprünglichen Vertrages berücksichtigt worden sind.²⁵

Aus dieser Entscheidung lässt sich ableiten, dass das Wesentlichkeitskriterium einer Änderung den Rahmen für das Erfordernis eines neuen Vergabeverfahrens bestimmt. Ob eine Änderung als wesentlich qualifiziert werden kann, resultiert aus dem Maßstab dieser Änderung. Zudem sind auch die vertraglich vorbehaltenen Modifikationen bei der erforderlichen Auslegung zu berücksichtigen.

²³ EuGH, 05.10.2000 - C-337/98 - Kommission / Frankreich, Rn. 44.

²⁴ EuGH, 05.10.2000 - C-337/98 - Kommission / Frankreich, Rn. 51.

²⁵ EuGH, 05.10.2000 - C-337/98 - Kommission / Frankreich, Rn. 52 f.

b) EuGH, 29.04.2004 – C-496/99 P – Kommission/CAS Succhi di Frutta

Gegenstand des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 29. April 2004 in der Rechtsache C-496/99 P war eine im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens durch die Kommission nach erfolgter Zuschlagserteilung vorgenommene Änderung der Ausschreibungsbedingungen in Bezug auf die Zahlungsmodalitäten der Zuschlagsempfänger.

In dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf Grundlage der Verordnung Nr. 228/96 vom 7. Februar 1996 in einem Ausschreibungsverfahren Aufträge zur Lieferung von Fruchtsäften und Fruchtkonfitüren für die Bevölkerung von Armenien und Aserbaidschan gegen Bezahlung mit Erzeugnissen aus Interventionsbeständen vergeben. Die exakten Merkmale (Art, Menge, Qualität, Aufmachung) der zu liefernden Erzeugnisse sowie die Art der abzuholenden Rücknahmeerzeugnisse waren in sechs Partien ausgeschrieben. Die Unternehmen mit den günstigsten Konditionen in Bezug auf die angegebenen Mengen der abzuholenden Rücknahmeerzeugnisse erhielten die Zuschläge.

Im Rahmen ihres Angebots hatte eine der am Zuschlag beteiligten Unternehmen – die Trento Frutta SpA in ihrem Angebot erklärt, dass sie für den Fall, dass die von ihr als Zahlung angegebenen Mengen der Äpfel nicht ausreichten, sie auch zur Annahme von Pfirsichen bereit wäre. Mit dem Zuschlag vom 6. März 1996 wurden durch die Kommission Aufträge zur Lieferung der Partien 1 sowie 3 bis 6 an die Trento Frutta SpA erteilt. Im Rahmen des Zuschlagsschreibens wurden ferner konkrete Menge alternativer Rücknahmeerzeugnisse, die in der ursprünglichen Ausschreibung nicht vorgesehen waren, festgelegt. Am 13. März 1996 enthielt die Loma GmbH gegen Rücknahme von 13.500 Tonnen Äpfeln den Zuschlag für die Partie 2.

Da die tatsächlichen Abnahmemengen aus Interventionsbeständen stammender, vom Markt zurückgenommener Äpfel und Orangen zur Auszahlung der Auftragnehmer nicht ausreichten, erließ die Kommission – nachdem die Zuschläge bereits erteilt waren – Entscheidungen über die Festlegung von Äquivalenzkoeffizienten als Maßeinheit zur Umrechnung der Äpfel und Orangen in alternative Früchte (Pfirsiche, Aprikosen und Nektarinen). Die Möglichkeit zur Vornahme von nachträglichen Vertragsanpassungen in Bezug auf die Zahlungsmodalitäten war weder in der für die Ausschreibung als Grundlage dienenden Verordnung Nr. 228/96 noch

in der Ausschreibungsbekanntmachung durch die Kommission berücksichtigt worden.

Im Rahmen seiner Rechtsprechung stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass

*„die Ersetzung von Äpfeln und Orangen durch Pfirsiche als Bezahlung der betreffenden Lieferungen sowie die Festlegung von Äquivalenzkoeffizienten für diese Früchte eine erhebliche Änderung einer wesentlichen Bedingung der Ausschreibungsbekanntmachung darstellen, nämlich der **Modalitäten für die Bezahlung** der zu liefernden Erzeugnisse.“²⁶*

Der EuGH führte weiter aus, dass aufgrund des fehlenden Hinweises auf entsprechende nachträgliche Anpassungsmöglichkeiten im Rahmen der Ausschreibungsbekanntmachung und die Vornahme dieser erheblichen Änderungen ohne Einleitung eines neuen Ausschreibungsverfahrens durch die Kommission die Rechte der nichtberücksichtigten Bieter und damit die „**Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung**“ verletzt worden sind.²⁷

Gegen die Entscheidung des Gerichts vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung lediglich während des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen seien. Sie führte in diesem Zusammenhang aus, dass

„nach der Zuschlagserteilung ein vertragliches Verhältnis zwischen der Kommission und allein dem Zuschlagsempfänger bestehe und beide Parteien sich an den abgeschlossenen Vertrag zu halten hätten. Dagegen gebe es in diesem Verfahrensabschnitt keine Beziehungen mehr zwischen der Kommission und den nicht berücksichtigten Bietern.“²⁸

Damit sind die unterlegenen Bieter nach der Auffassung der Kommission zu diesem Zeitpunkt nicht mehr von den am Vergabeverfahren nicht teilgenommenen Dritten zu unterscheiden. In Anbetracht dieser Argumentation stellte der Europäische Gerichtshof den Grundsatz auf, dass der

„Gegenstand und die Bedingungen des Auftrages in der Ausschreibungsbekanntmachung verpflichtend für das gesamte Verfahren“

²⁶ EuGH, 29.04.2004 - C-496/99 P - Kommission / CAS Succhi di Frutta, Rn. 77 (I – 3855).

²⁷ EuGH, 29.04.2004 - C-496/99 P - Kommission / CAS Succhi di Frutta, Rn. 73, 81 (I – 3856).

²⁸ EuGH, 29.04.2004 - C-496/99 P - Kommission / CAS Succhi di Frutta, Rn.18 (I – 3861).

einschließlich des Abschnitts der Ausführung des zwischen dem Auftraggeber und dem erfolgreichen Bieter geschlossenen Vertrages gelten.²⁹

In diesem Zusammenhang führte er weiter aus, dass

„der Auftraggeber von den vorgesehenen Bedingungen und Modalitäten nur in den Fällen abweichen könnte, die in der Ausschreibungsbekanntmachung ausdrücklich aufgeführt seien. Es stehe daher nicht in seinem Belieben, den Vertrag mit dem oder den ausgewählten Unternehmen in einer Weise durchzuführen, die ihm am geeignetsten erscheine.“³⁰

Der EuGH hielt ferner fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz

„die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den Unternehmen, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, fördern soll.“

Dieser verlangt, dass

„die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen.“³¹

Daneben

„soll der damit einhergehende Grundsatz der Transparenz im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des Auftraggebers ausschließen. Er verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber im Stande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen.“³²

Die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen seiner Urteilsbegründung ist eindeutig sowie verständlich formuliert. Zusammenfassend lässt sich schlussfolgern, dass beim Fehlen einer entsprechenden Ermächtigungsklausel in der Ausschreibungsbekanntmachung der Auftraggeber zur Wahrung der

²⁹ EuGH, 29.04.2004 - C-496/99 P - Kommission / CAS Succhi di Frutta, Rn. 37 (I – 3864).

³⁰ EuGH, 29.04.2004 - C-496/99 P - Kommission / CAS Succhi di Frutta, Rn. 38 (I – 3864).

³¹ EuGH, 29.04.2004 - C-496/99 P - Kommission / CAS Succhi di Frutta, Rn. 110 (I – 3880).

³² EuGH, 29.04.2004 - C-496/99 P - Kommission / CAS Succhi di Frutta, Rn. 111 (I – 3880).

Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung bei nachträglichen Änderungen wesentlicher Vertragsbedingungen zur Einleitung eines erneuerten Vergabeverfahrens angehalten ist. Die Anordnung des Europäischen Gerichtshofs zur Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung nicht nur während des Ausschreibungsverfahrens, sondern auch nach erfolgter Zuschlagserteilung und damit während des gesamten Zeitraums der Auftragsdurchführung führt zu einer konsequenten Wahrung des freien Wettbewerbs und zu der damit einhergehenden Chancengleichheit für alle interessierten Bieter. Mithin soll durch diese Bestimmung vermieden werden, dass der Wettbewerb durch wesentliche Änderungen der ursprünglichen Auftragsbedingungen nachträglich verzerrt wird, wodurch die Grundsätze einer effizienten und diskriminierungsfreien Vergabe nachträglich ausgehebelt werden.

c) EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur

Im Rahmen des Rechtsstreits der presstext Nachrichtenagentur GmbH gegen die Republik Österreich, die APA-OTS Originaltext-Service GmbH und die APA Austria Presse Agentur musste das Europäische Gerichtshof ein Urteil über die Voraussetzungen sowie das zulässige Ausmaß von Änderungen eines zuvor ohne Anwendung des Vergaberechts geschlossenen unbefristeten Vertrages fällen.

Gegenstand des Sachverhalts war ein im Jahr 1994 zwischen der Republik Österreich und der APA Austria Presse Agentur (APA) – der führenden Anbieterin auf dem österreichischen Markt für Nachrichtenagenturen – auf unbestimmte Dauer geschlossener Basisvertrag über die Erbringung von Nachrichtenagenturleistungen gegen Entgelt. Da der Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union lag, erfolgte die Auftragsvergabe statthaft ohne Durchführung eines vorgeschalteten Vergabeverfahrens.

Im Jahr 2000 übertrug APA die zuvor durch sie erbrachten OTS-Dienstleistungen auf ihre Tochtergesellschaft APA-OTS, die sich zu 100 % in ihrem Besitz befand. In diesem Zusammenhang wurde ferner zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmerin APA vereinbart, dass Zahlungen künftig direkt an APA-OTS zu leisten sind. Aus Anlass der Umstellung auf den Euro wurde darüber hinaus durch einen im Jahr 2001 vereinbarten und ab dem 1. Januar 2002 wirksamen ersten Nachtrag der ursprüngliche Basisvertrag durch verschiedene Preisänderungen angepasst. Weitere Änderungen des Basisvertrages erfolgten durch den im Oktober 2005 vereinbarten und ab 1. Januar 2006 wirksamen zweiten Nachtrag,

der die Vereinbarung einer neuen Kündigungsverzichtsklausel sowie die Erhöhung der vereinbarten Rabatte auf die Preise bestimmter Dienstleistungen enthielt. Da diese Auftragsänderungen nach dem Beitritt Österreichs zur EU vorgenommen worden sind, war mithin der räumliche, zeitliche, sachliche sowie persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge eröffnet, wodurch sich die Frage nach der Zulässigkeit und dem Ausmaß von Änderungen bei zuvor ohne Anwendung des Vergaberechts erteilten öffentlichen Aufträgen stellte.

Im Rahmen seiner Urteilkundgebung nahm der Europäische Gerichtshof Bezug auf seine älteren Rechtsprechungen und definierte zunächst den grundsätzlichen Rahmen einer Änderung, die eine Neuvergabe erfordert. In diesem Zusammenhang argumentierte er angesichts seines zuvor aufgestellten Grundsatzes, dass

*„Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags anzusehen sind, wenn sie **wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag** und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen.“³³*

Ferner stellte das Gericht Kriterien auf, die das vorgenannte Wesentlichkeitsmerkmal einer Änderung definieren. Demnach ist die **Änderung** eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit immer dann **als wesentlich** anzusehen,

„wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären, [...] wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert und/oder [...] wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert.“³⁴

Hinsichtlich der vorgenommenen Änderung betreffend die Umrechnung der Preise in Euro entschied der EuGH, dass es sich bei einer bloßen Anpassung der Währung ohne Veränderung ihres inneren Wertes „*nicht um eine wesentliche Änderung*

³³ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 34.

³⁴ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 35 - 37.

des Auftrags handelt, sondern nur um eine Anpassung desselben an geänderte äußere Bedingungen.“³⁵ Im vorliegenden Fall wurde allerdings die Anpassung der Währung mit weiteren Preisanpassungen begleitet. So wurde die Jahresgebühr für die Nutzung der redaktionellen Artikel und Medienarchive um 0,3 % verringert und die Zeilenpreise für die Aufnahme der Presseaussendungen in den OTS-Dienst um 2,94 % bzw. 1,47 % für die Jahre 2002 bzw. 2003 ermäßigt. Da der „**Preis eine wesentliche Bedingung des öffentlichen Auftrages**“ darstellt, war durch das Gericht zu untersuchen, ob die vorgenommenen Änderungen ohne Durchführung eines neuen Ausschreibungsverfahrens zulässig waren.

Bezugnehmend auf seine ältere Rechtsprechung in der Rechtsache Kommission/CAS Succhi di Frutta (vgl. Kapitel C.II.1.b dieser Arbeit) führte der EuGH aus, dass bei langfristigen Verträgen „**geringfügige Änderungen**“, die die Durchführung des Auftrags erleichtern, **als unwesentlich zu qualifizieren sind**. Da vorliegend die Preisanpassungen in Form von Aufrundungen zur Vereinfachung der Berechnungen vorgenommen worden sind und diese sich insgesamt um einen geringen Betrag verändert haben, der sich zwar zum Nachteil des Auftragnehmers auswirkte, aber durch Umrechnungs- und Indexierungsregeln zu begründen war, stellte der EuGH fest, dass es sich hierbei um keine Änderung wesentlicher Bedingungen des ursprünglichen Auftrags handelte.³⁶

Die Verlängerung des Kündigungsverzichts qualifizierte der EuGH ebenfalls nicht als eine wesentliche Änderung des ursprünglichen Vertrages. Seine Entscheidung begründete er damit, dass vor der vereinbarten Kündigungsausschlussklausel im Jahr 2005 keine der Parteien von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machte. Auch die **vereinbarte Kündigungsverzichtsdauer** von drei Jahren erachtete das Gericht im Verhältnis zu der bereits bestehenden Auftragsausführungsdauer als gering und stellte fest, dass „**sofern sie nicht regelmäßig immer wieder in den Vertrag eingefügt wird, die Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs zum Nachteil potenzieller neuer Bieter mit sich bringt**“³⁷ **als unwesentlich** zu qualifizieren ist.

Auch die Erhöhung der vereinbarten Rabatte von 15 % auf 25 % auf die Preise bestimmter Dienstleistungen war nach der Argumentation des Gerichts nicht als eine wesentliche Vertragsänderung anzusehen. Die Rabatterhöhung war zwar in dem ursprünglichen Basisvertrag nicht explizit vorgesehen, allerdings hatte diese

³⁵ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 57.

³⁶ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 59 ff.

³⁷ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 79.

durch die enthaltene Bestimmung zur Preisermäßigung bei steigender Inanspruchnahme bestimmter Dienstleistungen durch den Auftraggeber eine „*vergleichbare wirtschaftliche Wirkung*,“ wie die Preisermäßigung. Ferner führte die Rabatterhöhung zur Verringerung des Entgelts des Auftragnehmers, wodurch sich „*das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags nicht zugunsten des Auftragnehmers*“ veränderte und damit „*nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil potenzieller Bieter*“ führte.³⁸

Daneben entschied der EuGH im Rahmen seiner Urteilsprechung auch darüber, wann ein Wechsel des Vertragspartners eine Neuvergabe erfordert. Dabei stellte das Gericht zunächst den allgemeinen Grundsatz auf, dass

*„die Ersetzung des Vertragspartners, dem der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich erteilt hatte, durch einen neuen als **Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung** des betreffenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen ist, wenn sie nicht in den Bedingungen des ursprünglichen Auftrags, beispielsweise im Rahmen einer Unterbeauftragung, vorgesehen war.“*³⁹

Im vorliegenden Fall entschied der EuGH, dass die Übertragung der OTS-Dienstleistungen durch APA auf ihre Tochtergesellschaft APA-OTS keine wesentliche Änderung des ursprünglichen Auftrags darstellt. Seine Argumentation stützte er auf die Vereinbarung zwischen der APA und APA-OTS darüber, dass die APA-OTS sich zu 100 % in Besitz von APA befindet, dass die APA gegenüber der APA-OTS ein Weisungsrecht besitzt, dass zwischen den beiden ein Gewinn- und Verlustausschließungsvertrag besteht sowie dass die APA weiterhin die Haftung für die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen übernimmt. Eine solche Vereinbarung stellt nach Ansicht des EuGH „*eine interne Neuorganisation des Vertragspartners dar, die die Vertragsbedingungen des ursprünglichen Auftrags nicht wesentlich ändert*.“⁴⁰ Etwas anderes anzunehmen wäre es allerdings dann, wenn die APA ihre Gesellschaftsanteile an APA-OTS während der Vertragslaufzeit an Dritte veräußert hätte. Darin wäre eine tatsächliche Änderung des Vertragspartners begründet gewesen, was grundsätzlich eine Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung darstellt und damit eine neue Auftragsvergabe unverzichtbar macht.⁴¹

³⁸ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 81 ff.

³⁹ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 40.

⁴⁰ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 45.

⁴¹ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur, Rn. 47.

Das im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits verkündete Urteil des Europäischen Gerichtshofs gilt als Meilenstein für die später unter Artikel 72 der Richtlinie 2014/24/EU normierten und durch den § 132 GWB in das nationale Recht überführten gültigen Regelungssätze für Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit. Zusammenfassend kann dem Urteil entnommen werden, dass eine Auftragsneuvergabe dann nicht erforderlich ist, wenn es sich bei der vorzunehmenden Änderung lediglich um eine als „*unwesentlich*“ einzustufende Änderung des Vertrages handelt. Die durch das Europäische Gerichtshof definierten Zulässigkeitsgrenzen für Vertragsänderungen, die aufgestellten Kriterien zur Definition des Wesentlichkeitsmerkmals einer Änderung sowie die Wettbewerbsrelevanz von Änderungen werden im Zuge der Analyse in den weiteren Kapiteln der vorliegenden Arbeit erneut aufgegriffen und in diesem Zusammenhang näher ausgeführt.

2. Deutsche Rechtsprechung

Lange vor dem Inkrafttreten der Vergaberechtsreform 2016 und der damit verbundenen Normierung von klaren Vorschriften über Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit wurde durch die deutsche Rechtsprechung ebenfalls über die Vergabepflicht bei Änderungen bestehender Verträge diskutiert. Fragestellungen nach der Zulässigkeit einer Verlängerung der Vertragslaufzeit bestehender beziehungsweise auslaufender öffentlicher Aufträge sowie nach der Möglichkeit und dem zulässigen Ausmaß von Änderungen betreffend den Vertragsinhalt mit und ohne vertraglich vorbehaltener Änderungsrechte dienten als Grundlage für die erforderliche Entscheidungsfindung der nationalen Gerichte. In diesem Zusammenhang wurden auch durch die deutsche Rechtsprechung Kriterien, die an einer Neuschreibung anknüpfen, ausgearbeitet. Im Folgenden werden diese näher thematisiert.

a) OLG Düsseldorf, 14.02.2001 – Verg 13/00

Gegenstand des Beschlusses des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Februar 2001 war ein zwischen einer Gebietskörperschaft und einem Unternehmen am 30. Juli 1977 geschlossener Vertrag über die Erbringung von Abfallentsorgungsdiensten, der nicht wie vertraglich vorgesehen durch ordentliche Kündigung zum 30. Juni 2002 beendet, sondern durch eine nachträgliche Vertragsänderung weitgehend modifiziert sowie verlängert worden ist.

Durch einen sogenannten „2. Änderungsvertrag“ zum Entsorgungsvertrag wurde zwischen den Parteien eine ab dem 1. Juli 2002 gültige inhaltliche Änderung des bestehenden Vertrages vereinbart, die einerseits eine Reduktion des Auftragsumfangs hinsichtlich der Entsorgung bestimmter Abfallarten sowie andererseits eine Minderung des vereinbarten Entgelts zum Gegenstand hatte. Die Beseitigung der Restabfälle sollte alsdann im Rahmen eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens durch den Auftraggeber neu vergeben werden. Unter diesen Bestimmungen wurde auch eine Fortsetzung des modifizierten Vertrages bis zum 30. Juni 2007 vereinbart. Die durch den Auftraggeber vorgenommenen inhaltlichen Änderungen waren auf den Umstand zurückzuführen, dass dieser durch eine zuvor in Auftrag gegebene Marktrecherche feststellte, dass das durch ihn zu entrichtende Entgelt im Rahmen des bestehenden Vertrages mit dem Auftragnehmer unwirtschaftlich und damit rechtlich nicht haltbar sei.⁴²

Im Rahmen seiner Urteilkundgebung stellte das Oberlandesgericht Düsseldorf zunächst fest, dass

„bereits die vertraglich vereinbarte Verlängerung eines Dienstleistungsvertrages [...] jedenfalls dann, wenn – wie hier – eine mehrjährige Prolongation stattfindet, in ihren rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen dem Neuabschluss eines entsprechenden Dienstleistungsvertrages gleich (steht).“⁴³

Ferner führte der Vergabesenat aus, dass diese Annahme durch den Umstand, dass vorliegend die Verlängerungsvereinbarung mit weiteren inhaltlichen Vertragsanpassungen einhergegangen ist, zu begründen ist. Da die Einwilligung der veränderten Bedingungen durch den Auftragnehmer ausschlaggebend für die Fortführung des Vertrages war, erklärte das OLG Düsseldorf, dass mithin *„die in dem Ursprungsvertrag vorgesehene Regelung über eine stillschweigende Vertragsverlängerung einvernehmlich außer Kraft gesetzt“* worden ist.⁴⁴ Damit unterfallen Vertragsverlängerungen, die umfangreiche Änderungen des Auftragsgegenstandes vorsehen, vorausgesetzt dass diese nicht vom Ursprungsvertrag gedeckt sind, dem Vergaberecht und sind als Neuvergabe des Auftrags zu klassifizieren.

⁴² OLG Düsseldorf, 14.02.2001 - Verg 13/00, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olgdue13-00.pdf>, Ziff. 1 a) aa), S. 4.

⁴³ OLG Düsseldorf, 14.02.2001 - Verg 13/00, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olgdue13-00.pdf>, Ziff. 1 b), S. 7 f.

⁴⁴ OLG Düsseldorf, 14.02.2001 - Verg 13/00, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olgdue13-00.pdf>, Ziff. 2 b) bb), S. 9.

b) OLG Celle, 04.05.2001 – 13 Verg 5/00

Gegenstand der Entscheidung des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Celle vom 4. Mai 2001 war eine vertraglich vereinbarte sich jährlich wiederholende stillschweigende Verlängerung eines am 11. Februar 1997 geschlossenen Dienstleistungsvertrages zwischen einem Landkreis und einem Busunternehmen zur Durchführung des gesamten Schülerfreistellungsverkehrs im Kreisgebiet.

Anders als das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Beschluss vom 14. Februar 2001 (vgl. Kapitel C.II.2.a dieser Arbeit) entschieden hat, erklärte das Oberlandesgericht Celle im Rahmen seiner Rechtsprechung, dass eine einvernehmliche Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern, die eine Nichtkündigung eines unbefristeten Vertrages zum Gegenstand hat, als vergaberechtlich irrelevant zu qualifizieren sei. Diese Entscheidung begründete der Vergabesenat damit, dass

„in dem Gebrauchmachen von einer Option durch den Auftraggeber oder dem Unterlassen einer Kündigung [...] kein neuer Vertragsabschluss (liegt). Der ursprünglich auf Grund zweier Willenserklärungen zu Stande gekommene Vertrag wird fortgesetzt.“⁴⁵

Die unterschiedlichen Entscheidungen der Gerichte können durch den Umstand begründet werden, dass in der Rechtssache „*OLG Düsseldorf, 14.02.2001 - Verg 13/00*“ die Vertragsverlängerung von weitgehenden inhaltlichen Modifizierungen begleitet worden ist, während in der Rechtssache „*OLG Celle, 04.05.2001 - 13 Verg 5/00*“ eine stillschweigende Vertragsverlängerung des ursprünglichen Vertrages, die als eine Option vorgesehen war, durchgeführt worden ist.

c) OLG Düsseldorf, 20.06.2001 – Verg 3/01

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf musste in seinem Beschluss vom 20. Juni 2001 darüber entscheiden, ob ein zwischen einem öffentlich-rechtlichen Träger der Abfallversorgung eines Landkreises und einem mittelständischen Entsorgungsunternehmen geschlossener Rahmenvertrag vom 30. September 1994 zur Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen durch die am 11./16. Mai 2000 unterzeichnete Eckpunktevereinbarung (EckPV), die eine Neuregelung des bestehenden Auftragsverhältnisses beinhaltete, ohne Durchführung einer

⁴⁵ OLG Celle, 04.05.2001 - 13 Verg 5/00, http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc3/olgcel13verg5_00.pdf, Ziff. 2, S. 8.

Neuausschreibung modifiziert werden durfte und damit als vergaberechtlich konform anzusehen war.

Dem vorliegenden Sachverhalt kann entnommen werden, dass im Rahmen der unterzeichneten Eckpunktevereinbarung nicht wie im Ursprungsvertrag vorgesehen lediglich der bestehende Vertrag durch die Ausübung einer Option verlängert wurde. Neben der durchgeführten Vertragsverlängerung wurden auch weitreichende Änderungen betreffend die Preise, die zu erbringende Leistung sowie die Erweiterung des Ursprungsauftrags unter Einbeziehung eines weiteren Vertragspartners in das bestehende Vertragsverhältnis eingeführt.⁴⁶

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf stellte im Rahmen seiner Rechtsprechung fest, dass

„ein öffentlicher Auftraggeber und ein Auftragnehmer, die durch ein über längere Zeit hinweg zu erfüllendes Auftragsverhältnis (im Sinne des § 99 GWB) schon miteinander verbunden sind, können die vom Auftraggeber vorzunehmende Beschaffung weiterer (im bestehenden Vertrag so noch nicht vorgesehener) Leistungen dem Vergaberecht nicht allein mit der Methode entziehen, daß sie bei der Vereinbarung der weiteren Leistungen an den bereits bestehenden Vertrag anknüpfen, diesen Vertrag also an den gewandelten Bedarf "anpassen" oder ihn – offen ausgedrückt – abändern. Wäre das möglich, so hätte es ein öffentlicher Auftraggeber in der Hand, ein einmal mit einer längerdauernden Leistung betrautes, ihm genehmes Unternehmen im Rahmen von dessen Leistungsfähigkeit immer wieder – am Wettbewerb vorbei – mit weiteren Leistungen zu beauftragen. Ein solches Ergebnis widerspräche, was nicht weiter begründet zu werden braucht, offensichtlich dem Zweck des Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB), wonach öffentliche Auftraggeber sich die von anderen Unternehmen zu erwerbenden Waren, Bau- und Dienstleistungen nur im Wettbewerb und mittels transparenter, das Gleichbehandlungsgebot wahrender Vergabeverfahren beschaffen sollen. Bei sogenannten Anpassungen oder Abänderungen schon bestehender Vertragsbeziehungen (im Sinne des § 99 GWB) ist daher zu beurteilen, ob die die "Anpassung" oder Abänderung ausmachenden vertraglichen Regelungen in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen bei wertender Betrachtung einer Neuvergabe gleichkommen. Bei einem solchen Beurteilungsergebnis fällt die Vertragsänderung (oder die sog. Vertragsanpassung) in den Anwendungsbereich des Vergaberechts.“

⁴⁶ OLG Düsseldorf, 20.06.2001 - Verg 3/01, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olqdue03-01.pdf>, S. 11 f.

Bezugnehmend auf seine vorgetragenen Ausführungen argumentierte das Gericht, dass durch die Parteien im Rahmen der Eckpunktevereinbarung vorgenommenen Abänderungen hinsichtlich der zu erbringenden Leistung sowie der Verlängerung der Vertragslaufzeit nicht vom bestehenden Rahmenvertrag gedeckt werden. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf hat „*das Leistungsspektrum der bisherigen Verträge eine erhebliche Leistungserweiterung und/oder Abänderung*“ gegenüber dem ursprünglichen Vertrag erfahren.⁴⁷ Auch die vorgenommene Laufzeitverlängerung für den Betrieb einer Mechanisch-Biologischen Restmüllbehandlungsanlage (MBRA) von mindestens 7 3/4 Jahren ist als „*eine ganz erhebliche Laufzeitverlängerung des Vertrags*“ anzusehen, da im Ursprungsvertrag vereinbart worden war, dass der Vertrag acht Jahre nach Inbetriebnahme der MBRA und damit am 31. März 2003 endet.⁴⁸ Ferner stellte das Gericht fest, dass die im Rahmen der Eckpunktevereinbarung vorgesehene thermische Behandlung von Restabfallmengen nicht zum Ursprungsvertrag gehöre. In diesem Zusammenhang stellte es folgenden Grundsatz auf:

„Wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber zur Erfüllung neu hinzukommender Aufgaben – und sei es nur in der Art und Weise der Bewältigung eines alten Problems (hier: Verbrennung statt bisher Deponierung nicht verwertbarer Restabfälle) – neuartige Dienstleistungen beschaffen muß, muß er unter der Voraussetzung des § 100 Abs. 1 GWB die §§ 97 ff. GWB beachten.“⁴⁹

Damit fallen auch Vertragsanpassung, die durch veränderte äußere Bedingungen verursacht werden, sofern sie den Vertragsinhalt wesentlich verändern und im Ursprungsvertrag nicht vorgesehen waren, unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts und sind als Neuvergabe des Auftrags zu qualifizieren.

Die vorgenommenen Änderungen hinsichtlich der „*Kompostierung und Verwertung von Grün- und Bioabfällen*“ wurden durch das Gericht ebenfalls als „*erhebliche Abänderung der bisherigen Vertragslage*“ qualifiziert. Die Eckpunktevereinbarung sah einen Verzicht auf den Bau einer eigenen Kompostierungsanlage im Kreisgebiet vor. Stattdessen sollte der Auftragnehmer eine Kompostierung und Verwertung der Grün- und Bioabfälle ohne die vorgeschriebene

⁴⁷ OLG Düsseldorf, 20.06.2001 - Verg 3/01, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olqdue03-01.pdf>, Ziff. 1 b) aa) S. 30.

⁴⁸ OLG Düsseldorf, 20.06.2001 - Verg 3/01, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olqdue03-01.pdf>, Ziff. 1 b) bb) S. 31.

⁴⁹ OLG Düsseldorf, 20.06.2001 - Verg 3/01, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olqdue03-01.pdf>, Ziff. 1 b) bb) S. 34.

Kompostierungsanlage annehmen und weiterverarbeiten, was nach Ansicht des Gerichts zu einer „**erheblichen Änderung der Preisgestaltung**“ führte.⁵⁰

Auch die Einbeziehung eines Dritten als Erfüllungsgehilfen zur Verwertung von Elektro- und Elektronikschrott war im Rahmen des Ursprungsvertrags nicht vorgesehen und ist mithin nach Auffassung des OLG Düsseldorf als eine „**Leistungserweiterung**“ zu qualifizieren.⁵¹

Unter Bezugnahme auf diese vorgebrachte Argumentation führte der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus, dass die im Rahmen der Eckpunktvereinbarung vorgenommenen „**erheblichen Abänderungen, Leistungserweiterungen sowie Laufzeitverlängerungen**“ nicht freihändig und ohne Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Vertragspartnern hätten vereinbart werden dürfen.

Anhand dieser Entscheidung wird ein deutliches Muster erkennbar, welches die Neuausschreibung eines öffentlichen Auftrags zwingend erforderlich macht. Bei nachträglichen Auftragsänderungen sowie Vertragsverlängerungen, die vom Ursprungsvertrag nicht erfasst sind, ist – unabhängig von der Ursache des erforderlich gewordenen Bedarfs – stets nach dem Ausmaß sowie den wirtschaftlichen Auswirkungen jeder dieser Änderungen gesondert zu forschen. Führen die beabsichtigten Vertragsanpassungen zu einer erheblichen Leistungserweiterung, Laufzeitverlängerung, Abänderung der bisherigen Vertragslage und/oder Änderung der Preisgestaltung ist mithin der Tatbestand eines neuen öffentlichen Auftrags stets erfüllt und damit der Weg zu einer Neuvergabe des Auftrags eröffnet.

d) OLG Celle, 29.10.2009 – 13 Verg 8/09

Grundlage des Beschlusses des Oberlandesgerichts Celle vom 29. Oktober 2009 war die Erweiterung eines zwischen einer Gebietskörperschaft und einem Unternehmen geschlossenen Entsorgungsvertrags durch die zusätzliche Beauftragung der „*blauen Tonne*“.

Dem Sachverhalt kann entnommen werden, dass der ursprüngliche Auftrag lediglich die Abfuhr von Altpapier im Rahmen einer vierwöchigen Straßensammlung von Pappe, Papier und Kartonagen (PPK) durch ein Holsystem mit 240 l bis 1.100

⁵⁰ OLG Düsseldorf, 20.06.2001 - Verg 3/01, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olqdue03-01.pdf>, Ziff. 1 b) cc) S. 34 f.

⁵¹ OLG Düsseldorf, 20.06.2001 - Verg 3/01, <http://www.oeffentliche-auftraege.de/doc4/olqdue03-01.pdf>, Ziff. 1 b) dd) S. 35 f.

I Behältern, die im Bereich Gewerbe, Handel, Heime, Mehrfamilienhausbebauung und bei Freizeiteinrichtungen aufzustellen waren, sowie die Gestellung von 120 Depotcontainern vorsah. Durch die nachträgliche Änderung des Vertrages wurde dem Auftragnehmer zusätzlich aufgetragen, blaue Tonnen für die Sammlung des Altpapiers, die jedem Grundstückseigentümer auf sein Grundstück zu stellen und in regelmäßigen Abständen zu entleeren waren, einzusetzen, was für ihn demgegenüber mit einer Erhöhung der Vergütung verbunden war.

Der zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer geschlossene Vertrag sah folgende Regelung für Vertrags- und Preisanpassungen vor:

„Bei anderen wesentlichen Änderungen der Leistung, etwa aufgrund von geänderten rechtlichen Bestimmungen oder aufgrund von Satzungsänderungen oder anderer Beschlüsse des Landkreises L., gelten bezüglich Vertragsanpassungen/Preisanpassungen die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere § 2 VOL/B und die §§ 313, 314 BGB, soweit in diesem Vertrag nichts abweichendes geregelt ist.“⁵²

Im Rahmen seiner Rechtsprechung nahm das Oberlandesgericht Celle zunächst Bezug auf das Urteil der Europäischen Gerichtshofs vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache „C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur“ (vgl. Kapitel C.II.1.c dieser Arbeit) und die ausgearbeiteten Kriterien für eine ausschreibungspflichtige Neuvergabe und argumentierte, dass

*„die Einführung des Holsystems „blaue Tonne“ [...] bereits die erste vom EuGH für die Annahme einer wesentlichen und damit vergaberechtlich relevanten Änderung gebildete **Fallgruppe der Wettbewerbsrelevanz** (erfüllt) [...], weil damit Bedingungen eingeführt werden, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.“⁵³*

Daneben sah das Oberlandesgericht Celle in der Einführung der blauen Tonne eine „**wesentliche Auftragserweiterung**“, was für einen „**anderen Leistungsgegenstand**“ als ursprünglich ausgeschrieben spricht. Es begründete seine Annahme damit, dass

⁵² OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09, <https://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=KORE229722009&st=null&showdoccase=1>, Rn. 3.

⁵³ OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09, <https://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=KORE229722009&st=null&showdoccase=1>, Rn. 29.

„[...] für die Umsetzung dieses Systems eine andere technische Ausrichtung der bisher entsprechend dem Entsorgungsvertrag ausgestatteten und eingesetzten Sammelfahrzeuge sowie die Aufstockung des Fuhrparks um ein Fahrzeug mit Personal erforderlich (ist). Dass **aufgrund dieser anderen technischen und organisatorischen Voraussetzungen** für ein Holsystem in Form der blauen Tonne, das mehr auf den Bedarf des privaten Grundstückseigentümers abstellt, bei einer entsprechenden Ausschreibung des ursprünglichen Entsorgungsvertrages die Annahme eines anderen Angebots als das der Beigeladenen möglich gewesen wäre, ist nicht ausgeschlossen.“⁵⁴

Auch der Umstand, dass die blauen Tonnen – anders als vertraglich vereinbart – bei jedem Grundstückseigentümer auf sein Grundstück zu stellen und in regelmäßigen Abständen zu entleeren waren, spricht nach der Auffassung des OLG Celle für die „**Annahme einer substanziiell anderen Leistung**“.⁵⁵

Ferner begründete das Gericht, dass der Einsatz von blauen Tonnen auch zu einer „**Änderung der Vergütungsstruktur und der daraus resultierenden Erhöhung des Entgelts um ca. 190.000 € netto jährlich zu Gunsten**“ des Auftragnehmers führte. Durch diesen Umstand der „**erheblichen Preisänderungen**“ sei der Tatbestand einer wesentlichen vergaberechtlich relevanten Auftragsänderung ebenfalls erfüllt. In diesem Zusammenhang führte das Gericht aus, dass

„der Preis [...] eine wesentliche Bedingung eines öffentlichen Auftrags (ist) [...]. Überschreitet der absolute Wert der Vertragsänderung den maßgeblichen Schwellenwert, ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts grundsätzlich bereits deswegen eröffnet [...]“. Das ist hier der Fall, weil der absolute Wert der Vertragsänderung umgerechnet auf die gesamte Vertragslaufzeit bis einschließlich 2016 mit über 1.500.000 € zu beziffern ist und damit den Schwellenwert isoliert betrachtet eindeutig übersteigt. Zudem stellt eine jährliche Entgelterhöhung in Höhe von ca. 12 % des gesamten Entgeltbetrages eine Größenordnung dar, bei der regelmäßig eine Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers

⁵⁴ OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09, <https://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=KORE229722009&st=null&showdoccase=1>, Rn. 33.

⁵⁵ OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09, <https://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psml?doc.id=KORE229722009&st=null&showdoccase=1>, Rn. 34.

anzunehmen ist, die die Gefahr eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter in sich birgt [...].⁵⁶

Zuletzt überprüfte das Gericht, ob die vorgenommenen Änderungen hinsichtlich der zu erbringenden Leistung sowie des zu entrichtenden Preises durch die vertraglich vorbehaltene Änderungsklausel zu rechtfertigen und damit als vergaberechtlich konform anzusehen waren. In diesem Zusammenhang erklärte das OLG Celle, dass eine wesentliche Vertragsänderung schon „*begriffsnotwendig eine vergaberechtlich relevante Änderung*“ darstellt und mithin als „*Neuvergabe von Leistungen*“ anzusehen ist. Ferner führte das Gericht aus, dass vom § 2 Nr. 3 Satz 1 VOL/B, welcher eine Neuvereinbarung des Preises unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zulässt, wenn durch Änderung in der Beschaffenheit der Leistung die Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehene Leistung sich verändert, nicht die „Änderungen von Art und Umfang der Leistungen, sondern qualitative Änderungen in der Sache selbst, wie z. B. ein anderer Ausführungstermin, ein anderer Ort der Leistungserbringung oder eine Veränderung der im Zusammenhang stehenden Rechte sowie alle nach der Verkehrssitte branchenüblichen Nebenleistungen“ erfasst werden.⁵⁷

Zusammenfassend lässt sich aus der vorliegenden Rechtsprechung die Schlussfolgerung ziehen, dass eine inhaltliche Vertragsänderung immer dann als eine wesentliche Auftragserweiterung zu qualifizieren und damit mit einer Ausschreibungspflicht verbunden ist, wenn sie einen Mehrbedarf an technischen und organisatorischen Voraussetzungen auslöst. Bei der Fragestellung, ob eine nachträgliche Vergütungserhöhung – sofern diese nicht schon vom Ursprungsvertrag erfasst ist – ausschreibungspflichtig ist, ist entscheidend, ob diese für sich genommen den für eine europaweite Ausschreibung maßgeblichen Schwellenwert übersteigt.

Bei Änderung der Leistung nach Maßgabe des § 2 VOL/B gilt, dass nur solche Änderungen zulässig sind, die den ursprünglichen Auftrag nicht wesentlich verändern. Dem Wortlaut des § 2 Nr. 1 VOL/B kann ferner entnommen werden, dass dieser lediglich „*nachträgliche Änderungen in der Beschaffenheit der Leistung*“ berücksichtigt. In der deutschen Literatur wird in diesem Zusammenhang auch über die „**Grenzen des Anordnungsrechts**“ des Auftraggebers gesprochen. Nach *Goede*⁵⁸ sind diese Grenzen „*dort erreicht, wo keine Änderungen der Beschaffenheit*

⁵⁶ OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09, <https://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psm1?doc.id=KORE229722009&st=null&showdoccase=1>, Rn. 35.

⁵⁷ OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09, <https://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsnd-prod.psm1?doc.id=KORE229722009&st=null&showdoccase=1>, Rn. 36.

⁵⁸ Goede in Goede/Herrmann, Kommentar zur VOL/B, § 2 VOL/B, Rn. 16, S. 62.

der Leistung mehr angeordnet werden, sondern die Beschaffenheit selbst geändert wird“ [...] und damit „der Gegenstand der Leistung derart grundlegend verändert wird, dass nicht mehr von ein und derselben Leistung die Rede sein kann“.

III. Rechtslage nach der Vergaberechtsreform 2016

Mit dem Inkrafttreten der Vergaberechtsreform 2016 wurden die drei EU-Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU aus dem Jahr 2014 im Rahmen des deutschen Rechts umgesetzt (vgl. Kapitel B.III. dieser Arbeit). In diesem Zusammenhang wurde das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) durch den neuerfassten § 132 GWB erstmals um klare Vorschriften hinsichtlich der Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit im Oberschwellenbereich erweitert. Durch diese rechtliche Festsetzung wurde Artikel 72 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt.⁵⁹

Mit der Bekanntmachung der Unterschwellenvergabeordnung am 7. Februar 2017 im Bundesanzeiger und der damit einhergehenden Änderung der Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO auf der Bundesebene und der entsprechenden Regelungen auf der Ebene der Länder wurde die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte in Kraft gesetzt (vgl. Kapitel B.III. dieser Arbeit). Im Zuge der Harmonisierung des deutschen Vergaberechts wurden auch die Bestimmungen des § 132 GWB nunmehr unter § 47 UVgO im Rahmen des nationalen Rechts für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte umgesetzt. Sofern die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in dem jeweiligen Bundesland noch nicht umgesetzt wurde (da die UVgO keine Rechtsverordnung i.S.d. Art. 80 GG darstellt), finden weiterhin die Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen in der jeweils gültigen Fassung (VOL/A Abschnitt 1) Anwendung.

Die VOL/A beinhaltet unter § 3 Abs. 5 lit. d lediglich eine Bestimmung zum Umgang mit quantitativen Änderungen in Form von geringfügigen Aufstockungen des bestehenden Vertrages bis zu einer Grenze von 20 % des ursprünglichen Auftragswertes, wobei bei der Änderung kein höherer Preis als für die ursprüngliche Leistung vereinbart werden darf. Daneben können auch die vertraglich vorbehaltenen Anordnungsrechte des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der nachträglichen Änderungen in der Beschaffenheit der Leistung nach § 2 VOL/B herangezogen

⁵⁹ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, S. 118.

werden. Weitere Hinweise zum Umgang mit qualitativen Auftragsänderungen sind im Rahmen von VOL/A weiterhin nicht enthalten. Daher richten sich die diesbezüglichen Vorgaben nach wie vor nach den Grundsätzen aus der Literatur sowie der entwickelten Kasuistik der aktuellen Rechtsprechung. Zur Orientierung werden daneben auch die Bestimmungen des § 47 UVgO herangezogen.

Die Vergabe von Bauleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte blieb ebenfalls nicht von den Auswirkungen der Novellierung des Vergaberechts unberührt. Im Nachgang zu der Vergaberechtsreform 2016 im Oberschwellenbereich wurde am 19. Februar 2019 eine Neufassung der VOB/A im Bundesanzeiger veröffentlicht. Mithin erfolgte eine Annäherung der VOB/A im Unterschwellenbereich an die UVgO. Seither richten sich Vertragsveränderungen bei Baubeschaffungen unterhalb der EU-Schwellenwerte nach den Bestimmungen des § 22 VOB/A Abschnitt 1 in der jeweils zum Anwendungszeitpunkt gültigen Fassung.

Durch die Reform des Vergaberechts im Ober- und Unterschwellenbereich wurden die durch die Rechtsprechung zuvor entwickelten Grundsätze erstmals gesetzlich verankert. Durch die erfolgte Kodifizierung der Normen im Rahmen des deutschen Vergaberechts wurden vergaberechtliche Maßstäbe von zulässigen Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit festgelegt. Das führte zur Entstehung von größeren Handlungsspielräumen für Auftraggeber sowie zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit für alle im Vergabeverfahren beteiligten Parteien.

1. Auftragsänderungen im Oberschwellenbereich

Wie bereits im Kapitel zuvor erläutert, finden nach der aktuellen Rechtslage mit dem Erreichen der für die jeweilige Auftragsart gültigen Schwellenwerte bei Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit die Bestimmungen des § 132 GWB Anwendung. Die weitere Analyse im Rahmen der vorliegenden Arbeit widmet sich der Auslegung des § 132 GWB. In diesem Zusammenhang wird auch die Prüfungsreihenfolge dieser Vorschrift näher erläutert. Schließlich wird die erforderliche Auslegung durch praktische Beispiele aus der Rechtsprechung und der eigenen beruflichen Praxis unterstützt.

a) Wesentliche Auftragsänderungen

Entscheidend für die Zulassung von Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ohne das Erfordernis eines erneuten Ausschreibungsverfahrens sind der Begriff der Wesentlichkeit sowie seine Auslegung.

Der Grundsatz des Artikels 72 Abs. 1 lit. e und Abs. 5 RL 2014/24/EU, dass **wesentliche Auftragsänderungen** mit einer Neuausschreibungspflicht verbunden sind, ist im Rahmen des deutschen Vergaberechts unter § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB normiert. Unter einer Änderung wird dabei jede Veränderung des bestehenden Vertragsverhältnisses zwischen einem Auftraggeber i.S.d. §§ 98 ff. GWB und einem Auftragnehmer verstanden. Aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Frankfurt kann ferner entnommen werden, dass eine vergaberechtlich relevante Änderung eine rechtsgeschäftlich verbindliche Änderungsvereinbarung voraussetzt. Etwaige Leistungsstörungen und deren Kompensation sind demgegenüber keine Vertragsänderungen.⁶⁰

Die Bestimmung unter § 132 Abs. 1 Satz 2 GWB knüpft an den vorigen Satz an und konkretisiert im Rahmen einer Legaldefinition, wann eine Änderung grundsätzlich als wesentlich zu qualifizieren ist. In diesem Zusammenhang wird vom Gesetzgeber erläutert, dass solche Änderungen wesentlich sind, die dazu führen, dass **„der öffentliche Auftrag sich erheblich vom ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet“**. Der Tatbestand einer wesentlichen Änderung kann mithin immer dann angenommen werden, wenn z.B. **wesentliche Vertragsinhalte** nachträglich geändert werden (vgl. OLG Düsseldorf, 14.02.2001 - Verg 13/00; OLG Düsseldorf, 20.06.2001 - Verg 3/01; EuGH, 29.04.2004 – C-496/99 P – Kommission/CAS Succhi di Frutta). Die wesentlichen Vertragsinhalte eines öffentlichen Auftrags (auch **„essentialia negotii“** genannt) sind regelmäßig **Art und Umfang der ausgeschriebenen Leistung**, der **Preis** sowie die **Laufzeit des Vertrages**.⁶¹ Gemäß der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung sind auch solche Änderungen wesentlich, die die **„Zuweisung der Rechte des geistigen Eigentums“** betreffen.⁶²

In Anlehnung an Artikel 72 Abs. 4 RL 2014/24/EU enthält § 132 Abs. 1 Satz 3 GWB unter den Ziffern 1 bis 4 einen nicht abschließenden („insbesondere“) Beispielkatalog von legaldefinierten Fällen, in denen eine wesentliche Änderung im Sinne von Absatz 1 regelmäßig anzunehmen ist. So sind nach § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GWB die Voraussetzungen einer wesentlichen Änderung immer dann erfüllt, wenn **„mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten, die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten (lit. a), die Annahme eines anderen Angebots**

⁶⁰ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 03.05.2016 - 11 Verg 12/15, openJur 2016, 11333, Rn. 79 ff.

⁶¹ von Engelhard/Kaelble in Müller-Werde Kommentar, GWB Vergaberecht Kommentar, § 132 GWB, Rn. 10.

⁶² Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, zu § 132 Abs. 1 GWB.

ermöglicht hätten (lit. b) oder **das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten** (lit. c) “. Mithin werden von den Bestimmungen dieser Vorschrift sämtliche „**Modifikationen wesentlicher Leistungspflichten**“ erfasst. Sie dient hauptsächlich dem Schutz des unverfälschten Wettbewerbs vor nachträglicher Verzerrung durch Änderung von ursprünglichen Vertragsbedingungen.⁶³

Daneben sind vom Ursprungsvertrag nicht gedeckte Änderungen, die dazu führen, dass „**das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers verschoben wird**“, nach Maßgabe des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB ebenfalls als wesentlich zu qualifizieren. Damit soll verhindert werden, dass der Auftragnehmer nachträglich wirtschaftliche Vorteile erlangt. Die Vergabekammer des Bundes entschied im Rahmen einer aktuellen Rechtsprechung (Beschluss vom 06.05.2021, VK 2 - 33 / 21), dass von einer Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts im Sinne des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB immer dann auszugehen ist, wenn „die Risikotragung oder unmittelbar die Entgelte bzw. Einheitspreise zugunsten des Bieters verändert werden“.⁶⁴ Dem Wortlaut dieser Vorschrift kann ferner entnommen werden, dass diese nicht auf etwaige Preissenkungen und damit auf die Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftraggebers anzuwenden ist. Ob eine Preissenkung oder eine Auftragsreduktion als wesentlich zu qualifizieren ist, ist stets durch das Heranziehen des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GWB im Einzelfall zu entscheiden.

Des Weiteren wird das Wesentlichkeitskriterium einer Änderung nach § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB auch durch eine „**erhebliche Erweiterung des Leistungsumfangs**“ erfüllt. Damit werden durch diese Vorschrift neben wesentlichen Leistungsänderungen (vgl. § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GWB) auch erhebliche Leistungsergänzungen bzw. Leistungserweiterungen berücksichtigt, die bei einem wirtschaftlichen Vergleich die Vertragsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer wesentlich ändern. Das Erfordernis der Erheblichkeit einer Änderung ist regelmäßig dann erfüllt, wenn die Vertragsausweitung isoliert einen neuen öffentlichen Auftrag darstellt.⁶⁵ Diese gesetzliche Normierung entspricht ebenfalls der älteren Rechtsprechung nationaler Gerichte. So entschied z.B. das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Beschluss vom 20. Juni 2001 zur Rechtsache „Verg 3/01“ (vgl. Kapitel C.II.2.c dieser Arbeit), dass die im Rahmen einer nachträglichen Eckpunktevereinbarung vorgenommenen Anpassungen der zu

⁶³ von Engelhard/Kaelble in Müller-Werde Kommentar, GWB Vergaberecht Kommentar, § 132 GWB, Rn. 17 ff.

⁶⁴ VK Bund, Beschluss vom 06.05.2021, VK 2 - 33 / 21, Datenbank VERIS, Zugriff am 18.12.2021, S. 12.

⁶⁵ von Engelhard/Kaelble in Müller-Werde Kommentar, GWB Vergaberecht Kommentar, § 132 GWB, Rn. 24 f.

erbringenden Leistung als eine „*erhebliche Leistungserweiterung und/oder Abänderung*“ gegenüber dem ursprünglichen Vertrag zu qualifizieren sind und damit nicht ohne Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Vertragspartnern hätten vereinbart werden dürfen (vgl. auch OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09 unter Kapitel C.II.2.d dieser Arbeit).

Zuletzt sind die Voraussetzungen einer wesentlichen Änderung auch dann erfüllt, wenn nach § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GWB ein „**Wechsel des Auftragnehmers**“ vorgenommen wird. Ausgenommen hiervon ist ein Auftragnehmerwechsel nach Maßgabe des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB. Das normierte Verbot des Ersatzes eines Auftragnehmers durch einen neuen Auftragnehmer (z.B. im Falle einer Schlecht- oder Nichtleistung) ohne Durchführung einer Neuausschreibung dient ebenfalls dem Schutz des unverfälschten Wettbewerbs. Da die Auftragsvergabe regelmäßig auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgt, ist zur Bewahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz mit dem Wegfall des zugeschlagenen Angebots eine erneute Ausschreibung durchzuführen. Ein Wechsel des Auftragnehmers ist im Sinne dieser Vorschrift immer dann anzunehmen, wenn der neue Auftragnehmer eine vom ursprünglichen Auftragnehmer „**verschiedene Rechtspersönlichkeit**“ besitzt. Das kann dann der Fall sein, wenn z.B. die bisherige juristische oder natürliche Person des Auftragnehmers durch eine andere juristische oder natürliche Person ersetzt wird, einer von mehreren Anteilseignern des Auftragnehmers an dessen Stelle tritt oder wenn Teile einer Bietergemeinschaft unter Wegfall anderer Teile der Bietergemeinschaft den Auftrag übernehmen.⁶⁶

Bereits in einer älteren Rechtsprechung entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.05.2005 - VII-Verg 28/05) in einem Streitfall, dass die Beendigung einer zweigliedrigen Bietergemeinschaft und die Übernahme des Angebots durch einen der Partner aus der Bietergemeinschaft vergaberechtlich „**zu einem Wechsel in der Person des Bieters führt, denn die Person (die Identität) des Bieters Bestandteil des Angebots ist**“. Das Gericht begründete seine Annahme damit, dass „*der Inhalt des Angebots [...] nicht nur die Beschaffenheit der versprochenen Leistungen, sondern auch die Person des Leistenden (oder deren Mehrheit) ist*“.⁶⁷

⁶⁶ von Engelhard/Kaelble in Müller-Werde Kommentar, GWB Vergaberecht Kommentar, § 132 GWB, Rn. 28.

⁶⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.05.2005 - VII-Verg 28/05, openJur 2011, 37071, Rn. 22.

In einem anderen, ebenfalls älteren Rechtsstreit (vor der Reform des Vergaberechts im Ober- und Unterschwellenbereich), entschied das Oberlandesgericht Celle (OLG Celle, Beschluss vom 03.12.2009 - 13 Verg 14/09) gegen die Annahme des OLG Düsseldorf, dass eine nachträgliche Zusammensetzung einer mehrgliedrigen Bietergemeinschaft, die Identität des Bieters nicht zwingend ändert, da die „*Bietergemeinschaft als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst Trägerin von Rechten und Pflichten und in diesem Rahmen rechtsfähig ist*“. Damit kommt es nach der Auffassung des OLG Celle **bei unveränderter Rechtspersönlichkeit der Bietergemeinschaft** darauf an, ob die **Eignung der Bietergemeinschaft** nach dem Wegfall eines Mitglieds **noch zur Ausführung des Auftrags ausreichte**.⁶⁸

In einer jüngeren Rechtsprechung entschied die Vergabekammer Brandenburg (Beschluss vom 23.08.2018, VK 15/18), dass auch die **Wahl des falschen Vergabeverfahrens** bei der Neuvergabe eines Teils des gekündigten Auftrags als eine wesentliche Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit gemäß § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GWB zu qualifizieren ist. Im betreffenden Rechtsstreit hatte der öffentliche Auftraggeber infolge der Kündigung des Teilauftrags eines ursprünglich europaweit-ausgeschriebenen Auftrags bestehend aus fünf Losen diesen im Rahmen einer nationalen Ausschreibung an einen anderen Auftragnehmer erteilt. Die Vergabekammer Brandenburg qualifizierte diesen Umstand als ein vergaberechtswidriges Ersetzen des Auftragnehmers im Sinne des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GWB. Diese Annahme begründete sie damit, dass „*bei der Neuausschreibung eines vormals europaweit bekannt gemachten Schwellenwertauftrages auch der Restauftrag europaweit auszuschreiben (ist), selbst wenn der geschätzte Restauftragswert unterhalb der einschlägigen Schwellenwerte liegt*“.⁶⁹ Dies erfolgt aus dem Artikel 72 der RL 2014/24/EU, der in Abs. 1 und Abs. 5 festlegt, dass „*das neue Vergabeverfahren im Einklang mit dieser Richtlinie zu stehen hat*“. Daraus resultierend lässt sich schlussfolgern, dass auch bei der Neuausschreibung eines Teils des ursprünglich ausgeschriebenen Auftrags die vorausgegangenen Grundlagen der Ausschreibung zu berücksichtigen sind.

b) Vergaberechtlich neutrale Auftragsänderungen

Die Absätze 2 und 3 des § 132 GWB bilden Ausnahmetatbestände vom Absatz 1, der sich mit der Definition des Wesentlichkeitskriteriums einer Änderung

⁶⁸ OLG Celle, Beschluss vom 03.12.2009 - 13 Verg 14/09, openJur 2012, 49908, Rn. 59.

⁶⁹ VK Brandenburg, Beschluss vom 23.08.2018, VK 15/18, Datenbank VERIS, Zugriff am 18.12.2021, S. 9 f.

auseinandersetzt, an das das Gesetz als Rechtsfolge stets eine Neuausschreibungspflicht des Auftrags knüpft. Folglich werden vom Gesetzgeber unter den Absätzen 2 und 3 des § 132 GWB Beispielfälle definiert, wann eine nachträgliche Vertragsänderung nicht als wesentlich zu qualifizieren ist und damit keinen vergaberechtlichen Vorgang darstellt. Der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung kann entnommen werden, dass § 132 Abs. 2 GWB der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 1 und § 132 Abs. 3 GWB der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU dient.⁷⁰

aa) Überprüfungsklauseln und Optionen

Der Gesetzgeber führt unter § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB als Ausnahmetatbestand aus, dass solche Änderungen – unbeachtet des § 132 Abs. 1 GWB – als ausdrücklich zulässige Auftragsänderungen zu qualifizieren sind, die bereits „in den ursprünglichen Vergabeunterlagen“ durch **„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 verändern“**.

Unter ursprünglichen Vergabeunterlagen sind der Gegenstand und die Bedingungen des Auftrages (z.B. die Leistungsbeschreibung mit allen Vertragsunterlagen) zu verstehen. Da der § 132 GWB keine Legaldefinition der Begriffe „Überprüfungsklausel“ sowie „Option“ enthält, sind bei der Auslegung der Bestimmungen dieser Vorschrift die Definitionen aus der Literatur und der Rechtsprechung heranzuziehen. Laut von Engelhardt und Kaelble sind Überprüfungsklauseln *„Vertragsklauseln, nach denen einzelne Vertragsbestimmungen in einem vorab vereinbarten Mechanismus nach einiger Zeit angepasst werden können“*.⁷¹ Um den Anforderungen, die an Überprüfungsklauseln gesetzlich gestellt sind, zu genügen, müssen die Vertragsklauseln nach dem Wortlaut des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB hinreichend klar, präzise und eindeutig formuliert sein sowie Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen der Änderung enthalten. Der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung kann ferner entnommen werden, dass dem Auftraggeber durch diese Bestimmung kein unbegrenzter Ermessensspielraum

⁷⁰ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, zu § 132 Abs. 2, Abs. 3 GWB.

⁷¹ von Engelhardt/Kaelble in Müller-Werde Kommentar, GWB Vergaberecht Kommentar, § 132 GWB, Rn. 33.

eingräumt worden ist.⁷² Der Gesetzgeber sieht die Grenzen der Vertragsfreiheit immer dann als überschritten an, wenn die Änderungsklauseln eine Veränderung des Gesamtcharakters des Auftrags bewirken.

Laut Erwägungsgrund 111 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU kann eine Überprüfungsklausel etwa Preisindexierungen umfassen oder sicherstellen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt wird, seinen Leistungsgegenstand den technologischen Änderungen anzupassen oder auf technische Schwierigkeiten, die während des Betriebs oder der Instandhaltung auftreten, zu reagieren (vgl. dazu EuGH, 05.10.2000 – C-337/98 – Kommission/Frankreich sowie EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presstext Nachrichtenagentur).

Ein Nachunternehmeraustausch ist grundsätzlich ebenfalls eine durch den § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB gedeckte Vertragsänderung, sofern der Ursprungsvertrag hierfür eine klare, genaue und eindeutig formulierte Regelung vorsieht und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Die Vergabekammer des Bundes entschied in ihrem Beschluss vom 26.06.2019, dass ein vertraglich vorbehaltenener Nachunternehmeraustausch auch dann keine nach § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB wesentliche Änderung darstellt, wenn es sich um einen eignungsleihenden Nachunternehmer handelt und die erbrachte Dienstleistung zeitlich und finanziell einen größeren Teil des Gesamtauftrages einnimmt. Ihre Entscheidung begründete sie damit, dass unbeschadet der Tatsache, dass durch den Nachunternehmer der Gesamtvertrag im großen Umfang geprägt wurde, dieser nicht die Stellung eines zweiten Hauptauftragnehmers erlangt. Da der Vertrag eine ausdrückliche Regelung zur Übertragung von Pflichten auf Dritte enthielt, ist nach der Auffassung der Vergabekammer nicht der Einsatz eines konkreten Subunternehmens, sondern vielmehr die Eignung des eingesetzten Unternehmens entscheidend für das Vorliegen einer wesentlichen Auftragsänderung nach § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB.⁷³

Entgegen dieser Entscheidung wurde im Rahmen einer früheren Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshofs entschieden, dass in Ausnahmefällen der Wechsel eines Nachunternehmers, auch wenn diese Möglichkeit im Vertrag vorgesehen ist, eine wesentliche Auftragsänderung hervorrufen kann und zwar dann, wenn der Einsatz des Nachunternehmers anstelle eines anderen „unter

⁷² Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, zu § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

⁷³ VK Bund, Beschluss vom 26.06.2019, VK 2 - 34 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 22.12.2021, S. 7 f.

Berücksichtigung der besonderen Merkmale der betreffenden Leistung ein ausschlaggebendes Element“ für die Zuschlagserteilung war.⁷⁴

Eine Option i.S.d. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB ist eine Vertragsbestimmung, durch die einer Vertragspartei das Recht eingeräumt wird, durch eine einseitige Erklärung den Vertragsinhalt entsprechend dem klaren, genauen und eindeutig formulierten Inhalt der Option zu ändern, insbesondere zu verlängern.⁷⁵ Bei den Vertragsverlängerungsoptionen ist insbesondere darauf zu achten, dass die gesetzlichen Laufzeithöchstgrenzen (z.B. darf die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung nach § 21 Abs. 6 VgV höchstens vier Jahre betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor) nicht überschritten werden. Zwar sieht der Gesetzgeber grundsätzlich keine entsprechende Laufzeitbeschränkung für Einzelverträge vor, allerdings ist der öffentliche Auftraggeber durch die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und des Wettbewerbs haushaltsrechtlich dazu angehalten nach fünf Jahren eine Wirtschaftlichkeitsprüfung der bestehenden Verträge durchzuführen (vgl. §§ 55, 7 Abs 2 BHO/LHO).

bb) Zusätzliche Leistungen

§ 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB beinhaltet einen weiteren Ausnahmetatbestand, nach dem eine Änderung des öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist. Betroffen sind erforderlich gewordene zusätzliche Leistungen, welche in den ursprünglichen Vergabeunterlagen nicht enthalten waren und bei denen „ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann (lit. a) und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden wäre (lit. b)“.

Dem Gesetzeswortlaut kann entnommen werden, dass von den Bestimmungen dieser Vorschrift lediglich solche zusätzlichen Leistungen erfasst sind, die zum Ausschreibungszeitpunkt dem Auftraggeber nicht bekannt waren und erst nachträglich während der Ausführungsphase **„erforderlich geworden sind“**. Des Weiteren ist zu beachten, dass mit den zusätzlichen Leistungen ausschließlich der Auftragnehmer der Hauptleistung beauftragt werden darf (vgl. *„ein Wechsel des Auftragnehmers [...] nicht erfolgen kann“*). Bei mehreren Auftragnehmern

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 13.4.2010, C-91/08, Rn. 39.

⁷⁵ von Engelhard/Kaelble in Müller-Werde Kommentar, GWB Vergaberecht Kommentar, § 132 GWB, Rn. 35.

derselben Leistung kann der Auftraggeber unter Bezugnahme auf sachliche Kriterien einen der Auftragnehmer für die Beauftragung auswählen.⁷⁶ Eine weitere durch den Gesetzgeber definierte Anforderung ist das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer „*zusätzlichen Leistung*“. Dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung kann entnommen werden, dass der Anwendungsbereich dieser Vorschrift dann eröffnet ist, „*wenn die zusätzlichen Lieferungen entweder als Teilersatz oder zur Erweiterung bestehender Dienstleistungen, Lieferungen oder Einrichtungen bestimmt sind*“.⁷⁷ Damit wird ersichtlich, dass ein nachträglicher vollständiger Ersatz zuvor ausgeschriebener Leistung vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht gedeckt wird und damit nicht ohne Durchführung einer Neuausschreibung an bestehenden Auftragnehmer vergeben werden darf.

Schließlich erfordert die Beauftragung des bestehenden Auftragnehmers mit zusätzlichen Leistungen, dass ein Wechsel des Auftragnehmers aufgrund wirtschaftlicher oder technischer Umstände (lit. a) nicht erfolgen kann und dieser für den Auftraggeber mit Schwierigkeiten oder zusätzlichen Kosten verbunden wäre (lit. b). Vom Gesetzgeber wird als Beispiel der Fall aufgeführt, dass der öffentliche Auftraggeber Material, Bau- oder Dienstleistungen mit unterschiedlichen technischen Merkmalen erwerben müsste und dies eine Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Instandhaltung mit sich bringen würde.⁷⁸ Durch diese Bestimmung werden einerseits die Fälle der „*relativen Inkompatibilität*“ und andererseits die der „*absoluten Inkompatibilität*“ erfasst.⁷⁹

Eine relative Inkompatibilität liegt vor, wenn ein Austausch des Auftragnehmers für den Auftraggeber zwar faktisch möglich, allerdings aus wirtschaftlichen Gründen unvereinbar und unzweckmäßig wäre, da ein solcher Austausch einen unverhältnismäßigen finanziellen Aufwand für ihn auslösen würde. Neben den Erwerb von Material, Bau- oder Dienstleistungen mit unterschiedlichen technischen Merkmalen könnte ein solcher unverhältnismäßiger finanzieller Aufwand auch durch Fristüberschreitungen entstehen. Im Fall einer zweckgebundenen Projektförderung kann eine Neuschreibung aufgrund des Jährlichkeitsprinzips von Zuwendungen dazu führen, dass die bereitgestellten Haushaltsmittel nicht mehr fristgerecht

⁷⁶ von Engelhard/Kaelble in Müller-Werde Kommentar, GWB Vergaberecht Kommentar, § 132 GWB, Rn. 43.

⁷⁷ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, zu § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

⁷⁸ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, zu § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

⁷⁹ Hettich, in Hettich; Soudry: Das neue Vergaberecht, Band 49, Datenbank VergabePortal, Zugriff am 23.12.2021.

abgerufen werden können, wodurch der gesamte Zuwendungszweck nachhaltig gefährdet wäre (Beispiel aus eigener beruflicher Praxis).

Dementgegen wird durch die Unvereinbarkeit aus technischen Gründen der Tatbestand einer absoluten Inkompatibilität erfüllt. Eine absolute Inkompatibilität kann immer dann angenommen werden, wenn die Beauftragung eines weiteren Auftragnehmers dazu führen würde, dass der Auftraggeber unterschiedliche, miteinander unvereinbare Leistungen bekäme, wodurch die Zielerreichung des ursprünglichen Beschaffungsvorgangs erheblich beeinträchtigt wäre. Als Beispiel (aus eigener beruflicher Praxis) kann eine zur Erreichung des ursprünglichen Zuwendungszwecks erforderliche Ausweitung des Leistungsumfangs genannt werden. Da im besagten Fall mit Zuschlagserteilung sowohl die Vergabeunterlagen als auch die Umsetzungskonzepte der Auftragnehmer zum Vertragsbestandteil wurden, stand die beabsichtigte Ausweitung des Leistungsumfangs im unmittelbaren Zusammenhang mit den bezuschlagten Angeboten der Auftragnehmer. Mit der Beauftragung eines zweiten Auftragnehmers mit der Erbringung der zusätzlichen Leistung wäre der ursprüngliche Zuwendungszweck nicht mehr erreichbar gewesen, da im Ergebnis der Auftraggeber zwei unterschiedliche und nicht aufeinander abgestimmte Umsetzungskonzepte erhalten würde.

Schließlich ist nach § 132 Abs. 2 Satz 2 GWB zu beachten, dass eine Neuausschreibung bei der Beauftragung des bestehenden Auftragnehmers mit zusätzlichen Leistungen i.S.d. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB nur dann entbehrlich ist, wenn die **Preiserhöhung** infolge der zusätzlichen Leistung **nicht mehr als 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags** beträgt. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt nach § 132 Abs. 2 Satz 3 GWB diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften des Vergaberechts zu umgehen. Daneben sind bei der Wertberechnung der Änderung auch die Bestimmungen des § 132 Abs. 4 GWB zu beachten. Demnach gilt für den Fall, dass der ursprüngliche Vertrag eine Indexierungsklausel enthält, der höhere Preis als Referenzwert. Über derartige Indexierungsklauseln haben die Vertragsparteien die Möglichkeit, den Preis automatisch an die Entwicklung äußerer Faktoren anzupassen.⁸⁰

⁸⁰ Kruse, in Malte Müller-Wrede: VgV-Kommentar, ZU § 132 Abs. 4 GWB, Rn. 78.

cc) Unvorhersehbarer Änderungsbedarf

Unter § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB definiert der Gesetzgeber einen weiteren Ausnahmetatbestand, dessen Vorliegen – unbeschadet der Bestimmungen des § 132 Abs. 1 GWB – keine Neuausschreibungspflicht des öffentlichen Auftrags auslöst. So sind Änderungen, welche „aufgrund von Umständen erforderlich geworden sind, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert“ zulässig.

Das Merkmal der „Unvorhersehbarkeit“ wird durch die Begründung des Gesetzesentwurfs näher definiert. Demnach sind „unvorhersehbare Umstände“

„[...] 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 spezifischen Projekts, der bewährten Praxis und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können. Voraussetzung ist allerdings, dass sich mit der Änderung nicht der Gesamtcharakter des gesamten Auftrags ändert, indem beispielsweise die zu beschaffenden Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch andersartige Leistungen ersetzt werden oder indem sich die Art der Beschaffung grundlegend ändert.“⁸¹

Damit fallen unter den Anwendungsbereich dieser Vorschrift alle externen Umstände, die sich unmittelbar auf den Leistungsgegenstand auswirken und eine Änderung erforderlich machen, die zum Zuschlagszeitpunkt durch den Auftraggeber bei verständiger Würdigung hätten nicht vorhergesehen werden können. In der Literatur werden zahlreiche, nicht abschließende Beispiele solcher Situationen genannt. So kann ein nachträglicher Änderungsbedarf durch ungewöhnliche Naturereignisse, geänderte Durchführungsvorschriften des Gesetzgebers, geänderte Handlungsanforderungen an den Auftraggeber, unvorhersehbare Leistungsschwäche des Auftragnehmers, erhebliche Marktpreisveränderungen oder Krisensituationen (z.B. Anstieg der Flüchtlingszahlen oder aktuell die Corona-Pandemie)

⁸¹ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>, zu § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB.

verursacht werden.⁸² Zu beachten ist allerdings, wie auch im Fall von erforderlich gewordenen zusätzlichen Leistungen nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB, dass durch die Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags erhalten bleiben muss und der Preis sich nach § 132 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht mehr als 50 % im Vergleich zum Wert des ursprünglichen Auftrags erhöht werden darf. Beim Überschreiten dieser Grenzen wird stets eine Neuausschreibungspflicht ausgelöst. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt nach § 132 Abs. 2 Satz 3 GWB diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung. Da dem Gesetzgeber bei dieser Bestimmung die Missbrauchsmöglichkeit bewusst ist, verlangt er ferner, dass die aufeinander folgenden Änderungen nicht zum Zweck der Umgehung des Vergaberechts vorgenommen werden. Für den Fall, dass der Vertrag eine Indexierungsklausel enthält, ist für die Wertberechnung gemäß § 132 Abs. 4 GWB der angepasste Preis maßgeblich.

Im Rahmen einer aktuellen Rechtsprechung musste die Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 7.5.2020 (Az. VK 2-31/20) darüber entscheiden, inwiefern die Auswirkungen der Corona-Pandemie die Aufhebung eines Vergabeverfahrens über Dienstleistungen der Konzeption und Durchführung von Maßnahmen zur Heranführung an den Ausbildungs- und Arbeitsmarkt rechtfertigen können. Der Auftraggeber führte in Hinblick auf die pandemische Ausbreitung des Coronavirus einen nach der Pandemie veränderten Bedarf am Arbeitsmarkt, die mögliche Umverteilung von Haushaltsmitteln und die praktischen Schwierigkeiten bei der Durchführung von Präsenzveranstaltungen als Gründe zur Aufhebung auf. Die Vergabekammer des Bundes verkündete, dass der Auftraggeber im Rahmen seiner Ermessensentscheidung über die Aufhebung eines Vergabeverfahrens unterschiedliche Aspekte betrachten und verschiedene Lösungsansätze abwägen muss. Dabei stellte sie fest, dass eine etwaig mildere Maßnahme in Gestalt einer **Verschiebung der Vertragslaufzeit** anstelle der Aufhebung des Vergabeverfahrens eine wesentliche Auftragsänderungen darstellen würde, die nach § 132 Abs. 1 GWB ausschreibungspflichtig wäre.⁸³ Nach Ansicht der Vergabekammer hat der Auftraggeber sein Ermessen zur Aufhebung des Verfahrens aufgrund einer erheblichen unvorhersehbaren Änderung der Rahmenbedingungen, die eine Fortsetzung des Verfahrens unmöglich bzw. unzumutbar machte, fehlerfrei ausgeübt. Daneben führte sie aus, dass auch eine **Änderung der Finanzierungsgrundlage**, in Form von durch unvorhergesehene Ereignisse überraschend gekürzte oder ganz

⁸² von Engelhard/Kaelble in Müller-Werde Kommentar, GWB Vergaberecht Kommentar, § 132 GWB, Rn. 56; Figgen/Schäffer, in: VF - VergabeFokus 6/2017, Seite 17, Datenbank VergabePortal, Zugriff am 22.12.2021.

⁸³ VK Bund, Beschluss vom 07.05.2020, VK 2 - 31 / 20, Bundeskartellamt, S. 18.

zurückgezogen Haushaltsmittel ebenfalls einen rechtmäßigen Aufhebungsgrund im Vergabeverfahren darstellen. Anhand dieser Entscheidung wird ersichtlich, dass auch einem nachträglichen unvorhersehbaren Änderungsbedarf und der damit verbundenen Ermessensausübung des Auftraggebers strenge Grenzen gesetzt sind und eine vergaberechtskonforme Vertragsanpassung nicht außerhalb des rechtlichen Rahmens des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB erfolgen kann.

In Anlehnung an das zuvor aufgeführte Beispiel zur Durchführung von arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen in der Corona-Pandemie könnte als eine etwaig mildere i.S.d. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB vergaberechtskonforme Änderungsmaßnahme z.B. eine „*alternative Durchführungsform*“ anstelle der Aufhebung des Vergabeverfahrens als Möglichkeit herangezogen gezogen werden. So hat die Bundesagentur für Arbeit für alle durch Regionale Einkaufszentren bzw. eine gemeinsame Einrichtung (Jobcenter) ausgeschriebenen Maßnahmen die Möglichkeit eröffnet, eine Maßnahmendurchführung in alternativer Form (z. B. telefonisch oder digital) zu beantragen, um jeweils flexibel von der Präsenzdurchführung auf alternative Formen umstellen zu können.⁸⁴ Die Leistungserbringung der Maßnahmen in alternativer Durchführungsform ist allerdings an strenge inhaltliche Rahmenbedingungen geknüpft. So ist durch die Auftragnehmer im Rahmen eines sogenannten „Erklärungsvordrucks“ zu bestätigen, dass die Leistung in alternativer Form bei einer unveränderten Vergütungshöhe zielgruppengerecht sowie datenschutzkonform erbracht wird und der Maßnahmeninhalt im Wesentlichen abgedeckt und das Maßnahmenziel erreicht wird.⁸⁵ Da diese nachträgliche 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, wird damit den Bestimmungen des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB Genüge getan.

dd) Auftragnehmerwechsel

Eine vergaberechtsfreie Auftragsänderung kann auch durch Auftragnehmerwechsel erfolgen. Die Voraussetzungen für einen zulässigen Vertragspartnerwechsel während der Vertragslaufzeit sind nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB dann erfüllt, „*wenn ein Auftragnehmerwechsel aufgrund einer Überprüfungsklausel i.S.v. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB erfolgt*“ (lit. a), „*wenn ein neuer Auftragnehmer den*

⁸⁴ Vgl. Bundesagentur für Arbeit, <https://www.arbeitsagentur.de/institutionen/weiterfuehrung-von-massnahmen>, Zugriff am 26.12.2021.

⁸⁵ Vgl. Bundesagentur für Arbeit, <https://www.arbeitsagentur.de/institutionen/weiterfuehrung-von-massnahmen>, Downloads, Erklärung für Vergabemaßnahmen, Abschnitt II: Rahmenbedingungen, Zugriff am 26.12.2021.

bisherigen Auftragnehmer aufgrund der Tatsache ersetzt, 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 i.S.v. § 132 Abs. 1 GWB zur Folge hat“ (lit. b) oder „aufgrund der Tatsache, dass **der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt**“ (lit. c).

Da § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GWB an den „Wechsel des Auftragnehmers“ stets eine Neuausschreibungspflicht knüpft, weil damit die Voraussetzungen einer wesentlichen Änderung erfüllt sind, ist der unter § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB aufgeführte Ausnahmekatalog abschließend. Diesen gesetzlich normierten Beispielfällen eines vergaberechtsfreien Ersatzes des Auftragnehmers sind jedoch strenge Grenzen gesetzt, da diese nicht zur Umgehung des Vergaberechts herangezogen werden dürfen. So sind vorbehaltene Vertragsanpassungsklauseln (lit. a) hinsichtlich eines nachträglichen Wechsels des Auftragnehmers nach den Bestimmungen des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB klar, genau und eindeutig zu formulieren. Außerdem müssen diese Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen enthalten und der Gesamtcharakter des Auftrags darf sich dabei nicht verändern.

Fehlen entsprechende Vertragsanpassungsklausel im ursprünglichen Vertrag, ist für den konkreten Einzelfall stets zu untersuchen, ob die Ersetzung des Auftragnehmers eine wesentliche Vertragsänderung begründet. Im Rahmen der „presetext“-Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof eine „Unternehmensumstrukturierung“ bzw. „eine interne Neuorganisation des Vertragspartners, die die Vertragsbedingungen des ursprünglichen Auftrags nicht wesentlich ändert“ als eine solche Ausnahme, die nunmehr unter § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. b GWB normiert ist, definiert.⁸⁶ In Anlehnung an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs entschied die Vergabekammer Münster auf nationaler Ebene, dass eine „*gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung beim Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers nur noch insoweit eine wettbewerbliche Relevanz hat, als sie Beschaffungsmaßnahmen der öffentlichen Hand unzulässig dem Wettbewerb entzieht (...). Das kann man sicher annehmen, wenn der bisherige Vertragspartner ausgetauscht wird oder noch ein anderer Vertragspartner hinzukommt. Liegt hingegen*

⁸⁶ EuGH, 19.06.2008 – C-454/06 – presetext Nachrichtenagentur, Rn. 45.

eine interne Neuorganisation des (bisherigen) Vertragspartners vor, dann stellt dies keine wesentliche Änderung dar.⁸⁷ Beim Ersatz des Auftragnehmers i.S.d. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. b GWB ist ferner zu beachten, dass der neue Auftragnehmer die ursprünglichen Eignungsvoraussetzungen erfüllt. Andernfalls wären durch die fehlende Eignung ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzungen einer wesentlichen Änderung nach § 132 Abs. 1 GWB erfüllt.

Schließlich kann nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. c GWB ein Ersatz des Auftragnehmers ohne entsprechende Vertragsanpassungsklausel im ursprünglichen Vertrag und ohne Neuausschreibung auch dann vorgenommen werden, wenn der Auftraggeber beim Ausscheiden des Auftragnehmers selbst die Verpflichtungen des ausgeschiedenen Auftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.

ee) Geringfügige Änderungen

§ 132 Abs. 3 GWB normiert einen weiteren Ausnahmetatbestand dafür, wann eine nachträgliche Änderung kein neues Vergabeverfahren erfordert. So ist eine Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit auch dann vergaberechtsfrei zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Vertrages nicht ändert, der Wert der Änderung die maßgeblichen Schwellenwerte des § 106 GWB nicht übersteigt (Nr. 1) und bei **Liefer- und Dienstleistungsaufträgen maximal 10 %** und bei **Bauaufträgen maximal 15 %** des ursprünglichen Auftragswertes beträgt (Nr. 2). Abweichend dazu ist bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen nach § 130 Abs. 2 GWB eine Auftragsänderung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn der Wert der Änderung nicht mehr als 20 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Damit fallen unter die Bestimmungen dieser Norm geringfügige Änderungen des Auftragswerts (auch „*Bagatelländerungen*“ genannt), die mit oder ohne eine Anpassung des Leistungsumfangs einhergehen. Der unter § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB gesetzlich normierte Maßstab einer zulässigen Auftragsänderung wird in der Literatur auch „*Geringfügigkeitsgrenze*“, „*Bagatellklausel*“ oder „*de-minimis-Grenze*“ genannt. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist außerdem zu beachten, dass nach § 132 Abs. 3 Satz 2 GWB der Gesamtwert aller Änderungen für die Berechnung der Bagatellgrenze maßgeblich ist. Damit gilt bei mehreren

⁸⁷ VK Münster, Beschluss vom 26.06.2009 – VK 7/09, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.12.2021, S 17.

geringfügigen Änderungen – anders als in den Fällen von erforderlichen zusätzlichen Leistungen oder eines erforderlichen unvorhersehbaren Änderungsbedarfs des § 132 Abs. 2 Satzes 1 Nr. 2 und 3 GWB – das sogenannte „*Kumulationsprinzip*“. Da die Zulässigkeit von nachträglichen geringfügigen Änderungen keinen besonders hohen Anforderungen ausgesetzt ist, möchte der Gesetzgeber mit dieser zusätzlichen Beschränkung eine missbräuchliche Umgehung des Vergaberechts vermeiden. Für den Fall, dass der Vertrag eine Indexierungsklausel enthält, ist für die Wertberechnung gemäß § 132 Abs. 4 GWB der angepasste Preis maßgeblich.

Dem Erwägungsgrund 109 der Richtlinie 2014/24/EU kann ferner entnommen werden, dass der europäische Gesetzgeber die im Rahmen des Artikels 72 Abs. 2 normierte Flexibilität für nachträgliche Vertragsanpassungen bzw. Vertragsänderungen ohne Neuvergabe dem öffentlichen Auftraggeber aus dem Grund gewährt, dass dieser die Möglichkeit hat, auf äußere nicht vorhersehbare und/oder von ihm nicht beeinflussbare Umstände zu reagieren.

Im Rahmen einer aktuellen Rechtsprechung vom 06.05.2021 musste die Vergabekammer des Bundes darüber entscheiden, ob durch eine **nachträgliche Reduzierung des Leistungsumfangs** ebenfalls die Voraussetzungen einer wesentlichen Vertragsänderung erfüllt sind. In Ihrer Urteilsbekundung führte sie aus, dass bei der Berechnung der prozentualen Abweichung vom ursprünglichen zu geänderten Auftragswert stets von dem bezuschlagten Angebot auszugehen ist.⁸⁸ In diesem Zusammenhang stellte sie ferner fest, dass eine bloße Mengenreduzierung keine wesentliche Änderung i.S.d. § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 b GWB darstellt und damit die Annahme eines anderen Angebots nicht ermöglicht, wenn beim ursprünglichen Vergabeverfahren der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium bestimmt war. Des Weiteren vertrat sie die Auffassung, dass eine reine Reduzierung der vertraglichen Menge auch nicht dazu führt, dass das Interesse weiterer Teilnehmer i.S.d. § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 c GWB dadurch geweckt wäre, „*da die ausgeschriebenen Leistungen sich inhaltlich nicht verändert haben, so dass weiterhin Unternehmen aus der gleichen fachlichen Branche für den Auftrag in Frage kämen*“. Schließlich stellte sie fest, dass bei einer geringfügigen Änderung die Wahrscheinlichkeit entsprechend gering ist, dass sich durch diese Veränderung ein erweitertes Bieterfeld i.S.d. § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 a GWB ergeben hätte. Eine Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts nach § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB aufgrund der Änderung lehnte die Vergabekammer ebenfalls ab, da

⁸⁸ VK Bund, Beschluss vom 06.05.2021, VK 2 - 33/21, Datenbank VERIS, Zugriff am 27.12.2021, S. 10.

„die Mengenreduzierung lediglich zur Folge hatte, dass der Einheitspreis in der jeweiligen Position mit einem geringeren Mengenvordersatz multipliziert wurde“, wodurch das ursprüngliche Gleichgewicht unverändert blieb. In diesem Zusammenhang stellte sie ferner fest, dass eine solche Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts immer dann anzunehmen ist, *„wenn zum Beispiel die Risiko-tragung oder unmittelbar die Entgelte bzw. Einheitspreise zugunsten des Bieters verändert werden“.*

c) Prüfungsreihenfolge des § 132 GWB

Die Entscheidungsfindung darüber, ob eine konkrete nachträgliche Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit vergaberechtsfrei zulässig ist, ist einer bestimmten Prüfungsreihenfolge zu unterziehen, die den inhaltlichen Aufbau der Vorschriften des § 132 GWB sinngemäß unterstützt. Da die Absätze 2 und 3 des § 132 GWB Ausnahmetatbestände definieren, deren Vorliegen unbeschadet der Bestimmungen des Absatzes 1 keine Neuvergabe auslöst, liegt es nahe, dass die Zulässigkeitsprüfung einer nachträglichen Änderung bei dem Ausnahmekatalog dieser Absätze ihren Anfang findet. Aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Rechtmäßigkeit einer Änderung von unter Absatz 2 definierten Beispielfällen höheren Anforderungen als dem von unter Absatz 3 definiertem Ausnahmetatbestand ausgesetzt hat, ist bei der erforderlichen Prüfung Absatz 3 vorrangig zu behandeln.

Damit ist bei einer beabsichtigten Auftragsänderung durch den öffentlichen Auftraggeber zunächst zu prüfen, ob es sich dabei um eine geringfügige Änderung im Sinne des § 132 Abs. 3 GWB handelt. Ist die „de-minimis-Grenze“ für den Wert der Änderung nicht überschritten und der Gesamtcharakter des Auftrags gewahrt, ist mithin die beabsichtigte Auftragsänderung zulässig. Liegen die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien Änderung des Absatzes 3 nicht vor, ist die Prüfung beim Absatz 2 fortzusetzen. Sind die Voraussetzung einer der besonderen Ausnahmetatbestände des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 GWB erfüllt, ist die beabsichtigte Auftragsänderung auch dann zulässig, wenn es sich dabei um eine wesentliche Änderung nach § 132 Abs. 1 GWB handelt. Finden die unter Absatz 2 definierten Alternativen ebenfalls keine Anwendung, so ist weiterhin zu überprüfen, ob eine sonstige unwesentliche Auftragsänderung vorliegt. In diesem Zusammenhang ist zunächst eine Untersuchung der Beispielfälle entlang des Katalogs des § 132 Abs. 1 Satz 3 GWB vorzunehmen. Sind keine der dort genannten Fallgruppen einschlägig, ist abschließend der Auffangtatbestand des § 132 Abs. 1 Satz 2 GWB

der Prüfung hinzuziehen. Liegen die Voraussetzungen einer wesentlichen Änderung des § 132 Abs. 1 Satz 1 und 2 GWB vor, so ist eine Auftragsänderung stets mit einer Neuausschreibungspflicht verbunden.

2. Auftragsänderungen im Unterschwellenbereich

Bei nachträglichen Änderungen eines öffentlichen Liefer- oder Dienstleistungsauftrags unterhalb der EU-Schwellenwerte finden auf Bundesebene und auf Ebene der Länder, in denen die Einführung der UVgO bereits erfolgt ist, die Bestimmungen des § 47 UVgO Anwendung (für Baubeschaffungen unterhalb der Schwellenwerte gilt § 22 VOB/A, dessen Auslegung kein Bestandteil dieser Arbeit ist).

Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Auftragsänderungen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verweist der Gesetzgeber unter Absatz 1 des § 47 UVgO auf die entsprechende Anwendung des § 132 Abs. 1, 2 und 4 GWB. Darüber hinaus ist nach § 47 Abs. 2 UVgO die Änderung eines öffentlichen Auftrags auch zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung nicht mehr als 20 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich, was den Bestimmungen des § 132 Abs. 3 Satz 2 GWB entspricht. Damit gilt im Unterschwellenbereich eine höhere Wertgrenze als im Oberschwellenbereich nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB, wonach der Wert der zulässigen Änderung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auf maximal 10 % beschränkt ist.

Bei einer Gegenüberstellung der Vorschriften des § 132 GWB und des § 47 UVgO wird ferner ersichtlich, dass der Anwendungsbereich des § 132 GWB lediglich auf Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit beschränkt ist. Dementgegen ist der Geltungsbereich des § 47 Abs. 2 UVgO bei sämtlichen, zeitlich unbestimmten Änderungen national vergebener öffentlicher Liefer- oder Dienstleistungsaufträge eröffnet. Mithin sind auch nachträgliche Änderungen bereits abgewickelter Verträge erdenklich. Den Erläuterungen des Bundeswirtschaftsministeriums (BMWi) zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte vom 07.02.2017 kann entnommen werden, dass die Einschränkung aus dem Oberschwellenbereich für den Unterschwellenbereich bewusst nicht übernommen wurde.⁸⁹ Damit wird für den

⁸⁹ BMWi, Erläuterungen zur Unterschwellenvergabeverordnung, zu § 47 UVgO, Bundesanzeiger BAnz AT 07.02.2017 B2.

Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, ehemalige Auftragnehmer mit der Erbringung geringfügiger zusätzlicher Leistungen, die in einem unmittelbaren Verhältnis zum ursprünglichen Auftrag stehen und dessen Gesamtcharakter nicht ändern, nachträglich zu beauftragen. Schließlich bedarf es – mangels des Verweises in § 47 Abs. 1 UVgO auf § 132 Abs. 5 GWB – im Unterschwellenbereich auch keiner anschließenden Vergabebekanntmachung über die erfolgte vergaberechtsfreie Auftragsänderung.

Unterhalb der einschlägigen EU-Schwellenwerte unterscheidet sich die Prüfungsreihenfolge der zulässigen Auftragsänderung eines öffentlichen Liefer- oder Dienstleistungsauftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nicht von dem Prüfschema im Oberschwellenbereich (vgl. Kapitel C.III.1.c dieser Arbeit). Zu beachten ist lediglich, dass die Prüfung der „de-minimis-Grenze“ abweichend nach § 47 Abs. 2 UVgO und nicht nach § 132 Abs. 3 GWB zu erfolgen hat. Die weitere Prüfungsreihenfolge bleibt davon unberührt.

D. Konsequenzen und Rechtsfolgen von Auftragsänderungen

Dem Gesetzeswortlaut des § 132 Abs. 5 GWB kann entnommen werden, dass vergaberechtsfreie Auftragsänderungen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und 3 im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen sind. Damit fallen unter den Anwendungsbereich dieser Vorschrift nachträgliche Änderungen oberhalb der einschlägigen EU-Schwellenwerte vergebener Aufträge, die in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen nicht enthaltenen waren und dessen Erforderlichkeit sich erst während der Vertragslaufzeit ergeben hat. Betroffen sind von der Bekanntmachungspflicht konkret Änderungen in Form von zusätzlichen Leistungen nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB und solche, die aufgrund von unvorhersehbaren Umständen nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB hervorgerufen worden sind. Nach § 39 Abs. 5 VgV ist für die erforderliche Bekanntmachung das Muster gemäß Anhang XVII der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 zu nutzen. Die Ex-post-Bekanntmachung („nachträglich“) dient der Wahrung des Transparenzgrundsatzes. Ferner wird durch die Bekanntmachung auch eine Überprüfungsmöglichkeit für Dritte geschaffen. Diese können schließlich den Vorgang auch rügen und nachprüfen lassen, wenn sie Vergaberechtsverstöße befürchten (vgl. § 135 GWB).⁹⁰

Demgegenüber sind im Umkehrschluss Änderungen, welche gemäß § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB in den ursprünglichen Vergabeunterlagen in Form von Prüfungsklauseln oder Optionen enthalten sind, die aufgrund eines in den Fällen des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB zulässigen Ersatzes des Auftragnehmers vorgenommen worden sind, die nach § 132 Abs. 3 GWB geringfügig sind oder solche, die sonstige unwesentliche Auftragsänderungen darstellen (vgl. § 132 Abs. 1 GWB), nicht bekannt zu machen. Im Unterschwellenbereich ist die Bekanntmachungspflicht aufgrund fehlender Bestimmungen gänzlich entbehrlich.

Aufgrund der Bestimmungen des § 135 GWB ist jedoch ratsam, auch solche Änderungen im Oberschwellenbereich, die keiner gesetzlichen Bekanntmachung bedürfen, zu veröffentlichen. § 135 Abs. 3 GWB ordnet einer freiwilligen EU-weiten Ex-ante-Bekanntmachung („im Voraus“) über die Absichtsbekundung des Vertragsschlusses, welcher nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung, erfolgen darf, die Vermeidung der Unwirksamkeitsfolge an. Denn im Fall einer unterlassenen verpflichtenden Bekanntmachung (auch wenn diese aufgrund der

⁹⁰ Grünhagen, in Malte Müller-Wrede: KonzVgV-Kommentar, Datenbank VergabePortal, Zugriff am 29.12.2021, Rn. 45.

falschen Eingruppierung der Änderung erfolgt ist) droht nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Nichtigkeit des Vertrages, falls ein Nachprüfungsverfahren mit dem Ergebnis einer unzulässigen de-facto-Vergabe angestrengt wird. Die Frist für Geltendmachung der Unwirksamkeit beträgt nach § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union, spätestens jedoch 6 Monate nach Vertragschluss (§ 135 Abs. 2 Satz 1 GWB).

Neben der Bekanntmachungspflicht einer zulässigen Auftragsänderung nach § 132 Abs. 5 GWB steht dem öffentlichen Auftraggeber im Fall einer vergaberechtswidrigen Vornahme einer wesentlichen Auftragsänderung auch ein Gestaltungsrecht in Form einer Kündigung nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu. Die Ausübung der Kündigung richtet sich nach dem Ermessen des Auftraggebers. Die Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidung des Auftraggebers kann allerdings vor der Vergabekammer angegriffen werden.⁹¹ Darüber hinaus sind unter den Absätzen 2 und 3 des § 133 GWB die Kündigungsfolgen aufgeführt. So können die Auftragnehmer in Folge einer Kündigung den entsprechenden Teil der Vergütung ihrer bisherigen Leistungen und/oder Schadensersatz verlangen. Ein Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers setzt allerdings voraus, dass der Auftraggeber die wesentliche Vertragsänderung herbeigeführt hat (Verschulden des Auftraggebers).⁹²

Im Unterschwellenbereich fehlt im Rahmen des UVgO eine dem § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB entsprechende Kündigungsmöglichkeit des Auftraggebers bei einer rechtswidrigen Auftragsänderung.⁹³

⁹¹ Braun, in Malte Müller-Wrede: KonzVgV-Kommentar, Datenbank VergabePortal, Zugriff am 29.12.2021, Rn. 234 f.

⁹² Leinemann, in Ralf Leinemann; Eva-Dorothee Leinemann; Thomas Kirch: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Kapitel 2.4.6 Ausschreibungsfreie Veränderungen und Verlängerungen bestehender, Rn. 185.

⁹³ Kruse, in Malte Müller-Wrede: VgV-Kommentar, zu § 47 UVgO, Rn. 88.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

Insbesondere bei öffentlichen Aufträgen mit einer längeren Ausführungsdauer kommt es in der Praxis häufig vor, dass ein nachträglicher Anpassungsbedarf zur Erreichung des ursprünglichen Beschaffungsziels erforderlich wird. Da der Gesetzgeber die Rechtsfolge einer vergaberechtswidrigen Auftragsänderung stets mit einer Neuausschreibungspflicht knüpft, ist für die Anwender des Vergaberechts – insbesondere für die Vergabestellen – eine gewisse rechtliche Kompetenz zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben unverzichtbar. Mithin trägt die Kenntnis der aktuellen Rechtslage und damit der eigenen Handlungsmöglichkeiten wesentlich für ein schnelles und sicheres Agieren am Markt bei.

Im Rahmen der vorliegenden Masterarbeit wurden unterschiedliche Problematiken nachträglicher Vertragsänderungen behandelt. Aufgrund der bis zu der Vergaberechtsreform 2014/2016 fehlenden Kodifizierung konkreter Regelungssätze für Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit wurde die erforderliche Analyse zunächst auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und die der nationalen Gerichte gestützt. Anschließend wurde die Rechtslage nach der erfolgten Reform des europäischen Vergaberechts und der damit einhergehenden Harmonisierung des deutschen Vergaberechts im Ober- und Unterschwellenbereich untersucht. Dabei wurden die Bestimmungen der §§ 132 GWB, 47 UVgO als Maßstab für zulässige Änderungen von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen herangezogen. In diesem Zusammenhang konnte der allgemeine Grundsatz, dass wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit stets mit einer Neuausschreibungspflicht verbunden sind, herausgearbeitet werden. Das Wesentlichkeitskriterium einer Änderung konnte dabei entlang des unter § 132 Abs. 1 GWB normierten Maßstabs definiert werden. Daraus resultierend konnte abgeleitet werden, dass bei der Frage, ob eine nachträgliche Änderung mit einer Neuausschreibungspflicht verknüpft ist, entscheidend ist, ob diese dazu führt, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet und damit als ein neuer Auftrag zu bewerten ist. Weitere Hinweise dazu, wann eine wesentliche Auftragsänderung anzunehmen ist, wurden durch die Einbeziehung des unter § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 4 GWB aufgeführten Beispielkatalogs sowie der Fälle aus der Rechtsprechung herausgearbeitet.

Daneben wurde auch untersucht, welche Auftragsänderungen als vergabeneutral gelten und damit kein neues Vergabeverfahren initiieren. Durch die gesetzliche

Normierung von Ausnahmetatbeständen unten den Absätzen 2 und 3 des § 132 GWB konnten Handlungsspielräume für Auftraggeber identifiziert werden. In diesem Zusammenhang konnte festgestellt werden, dass insbesondere durch die Möglichkeit der Aufnahme von Überprüfungsklauseln und Optionen bereits in den ursprünglichen Vergabeunterlagen i.S.d. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB die öffentlichen Auftraggeber ein hohes Maß an Flexibilität gelangen. Weitere Ausnahmetatbestände des § 132 Abs. 2 und Abs. 3 GWB tragen zu einer zusätzlichen Erweiterung der Handlungsbefugnisse der Auftraggeber bei. So können die Vergabestellen bei Eintritt von unvorhersehbaren Umständen nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB oder im Fall von erforderlichen zusätzlichen Leistungen nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB Auftragsänderungen, auch wenn diese in den ursprünglichen Vergabeunterlagen nicht vorgesehen waren, vornehmen. Daneben sind auch geringfügige Auftragsänderungen nach § 132 Abs. 3 GWB oder der Ersatz des Auftragnehmers i.S.d. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB, sofern der neue Auftragnehmer keine vom ursprünglichen Auftragnehmer verschiedene Rechtspersönlichkeit besitzt, ohne Durchführung einer Neuausschreibung zulässig.

Die vorliegende Masterthesis hatte zum Ziel, die vergaberechtliche Relevanz von nachträglichen Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit hervorzuheben. Da die gesetzliche Normierung konkreter Vorschriften für Auftragsänderungen im Rahmen des Vergaberechts auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der letzten rund zwanzig Jahre basiert und damit recht jung ist, müssen die Entwicklungen der Rechtslage – nicht zuletzt aufgrund der aktuellen Corona-Pandemie und ihren Folgen für die Volkswirtschaft und die Konjunkturpolitik der einzelnen Staaten der europäischen Union – weiterhin beobachtet werden.

Diese Masterarbeit kann durch öffentliche Auftraggeber von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bei einer beabsichtigten nachträglichen Auftragsänderung zur Entscheidungsfindung herangezogen werden. Sie gibt Hinweise dazu, welche Auftragsänderungen mit einer Ausschreibungspflicht verbunden sind und welche hingegen vergaberechtsfrei umgesetzt werden können. Der Prozess der erforderlichen Entscheidungsfindung wird durch die im Rahmen dieser Arbeit enthaltene Auslegung der einschlägigen Vorschriften des Ober- und Unterschwellenbereichs sowie die dargestellte Prüfungsreihenfolge dieser Vorschriften in Verbindung mit den ausgearbeiteten Ergebnissen der praxisrelevanten Beispiele aus der Rechtsprechung unterstützt. Zu beachten ist jedoch, dass diese Ausarbeitung keinesfalls die Pflicht der Vergabestelle zur Überprüfung des Einzelfalls und gegebenenfalls zur Heranziehung eines juristischen Rats ersetzt.

F. Literaturverzeichnis

Bundeskartellamt, 60 Jahre Bundeskartellamt: 1958 – 2018, Warlich Druck Meckenheim GmbH, Bonn, 2018.

Contag, Corinna / Götze, Stephan, Vergaberecht nach Ansprüchen: Entscheidungshilfen für Auftraggeber, Planer und Bauunternehmen, 2. Auflage, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, Wiesbaden 2019.

Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zur Vermeidung der häufigsten Fehler bei Projekten, die aus den Europäischen Struktur- und Investitionsfonds finanziert werden, Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, Luxemburg, 2015.

Ferber, Thomas, Fristen im Vergabeverfahren: Ab Bekanntmachung bis Zuschlag, Bundesanzeiger Verlag GmbH, 4., vollständig überarbeitete Edition, Köln 2017.

Figgen, Markus / Schäffer, Rebecca, VergabeFokus, Ausgabe 6, Jahrgang 2017.

Goede, Matthias / Herrmann, Alexander, Kommentar zur VOL/B, Werner Verlag, 7. Auflage, Köln 2017.

Hettich, Lars / Soudry, Daniel, Das neue Vergaberecht: Eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014, Band 49, Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln 2014.

Leinemann, Ralf / Leinemann, Eva-Dorothee / Kirch, Thomas, Die Vergabe öffentlicher Aufträge: GWB-Vergaberecht, VgV, KonzVgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A - Erläuterungen aller Vergabeordnungen, Nachprüfung von Vergabeverfahren, Vergabestrafrecht, Compliance, 7., überarbeitete Auflage, Reguvis Fachmedien GmbH, Köln 2021.

Ley, Rudolf / Wankmüller, Michael, Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO 2017): Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (vormals VOL/A Abschnitt 1), Deutschland: Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, 2020.

Müller-Werde, Malte, GWB Vergaberecht Kommentar, Reguvis Fachmedien GmbH, Köln 2016.

Müller-Werde, Malte, VgV/UVgO Kommentar, 5., völlig neu bearbeitete Auflage, Reguvis Fachmedien GmbH, Köln 2017.

Müller-Wrede, Malte, KonzVgV-Kommentar, 1. Auflage, Reguvis Fachmedien GmbH, Köln 2018.

OECD, Öffentliche Vergabe in Deutschland: Strategische Ansatzpunkte zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum, OECD Publishing, Paris 2019.

Rechten, Stephan / Rübke, Marc, Basiswissen Vergaberecht: Ein Leitfaden für Ausbildung und Praxis, 2. aktualisierte Auflage, Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln 2017.

G. Ehrenwörtliche Erklärung über selbstständiges Arbeiten

Hiermit versichere ich, (**Gajane Vasileva**), dass ich die Masterarbeit (bei einer Gruppenarbeit gemäß § 14 Absatz 8 StuPrO den entsprechend gekennzeichneten Teil der Arbeit) selbstständig verfasst und weder diese Arbeit noch Teile davon an anderer Stelle zu Prüfungszwecken eingereicht habe, sowie keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe.

Düsseldorf, 03.01.2022

Ort, Datum

Unterschrift