

# Praxis der IT-Vergabe

Herausgegeben von

Dr. Marc Pauka  
Katharina Bartetzky-Olbermann

## Leseprobe

Werner Verlag 2024

**Zitiervorschlag:** Pauka/Bartetzky-Olbermann-Bearbeiter, Praxis der IT-Vergabe, Kap. ... Rn. ...

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN: 978-3-8041-5536-7

[www.wolterskluwer.com](http://www.wolterskluwer.com)

Alle Rechte vorbehalten.

© 2024 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: futurweiss kommunikationen, Wiesbaden

Satz: Datagroup-Int SRL, Timisoara, Romania

Druck und Weiterverarbeitung: Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu, Sandomierz, Polen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Leseprobe

## Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

dies ist kein rechtswissenschaftliches Werk. Dieser Hinweis ist uns besonders wichtig, weshalb er auch das Vorwort zum Handbuch der IT-Vergaben einleitet.

Im Rahmen unserer Arbeit haben wir täglich mit Kolleginnen und Kollegen zu tun, die keinen juristischen Hintergrund haben, sondern vielmehr in fachlicher Hinsicht ein Vergabeverfahren unterstützen, indem sie z.B. die Leistungsbeschreibung vorbereiten. Immer wieder begegnen uns in dieser Zusammenarbeit die gleichen Fragen:

Wann kann produktspezifisch ausgeschrieben werden? Wann sprechen wir von der »Alleinstellung« eines Unternehmens? Gibt es eine Möglichkeit auf eine Losaufteilung zu verzichten? Was ist eigentlich eine verifizierende Teststellung?

Diese Liste könnten wir noch mit vielen weiteren Fragen weiterführen. Was unseren Kolleginnen und Kollegen bisher gefehlt hat, ist ein Werk, das all diese Fragen in verständlicher Weise für Nichtjurist\*innen beantwortet und die juristisch komplexen Fragen entsprechend aufarbeitet.

Recht schnell war die Idee geboren, ein solches Buch zu schreiben und dabei darauf zu achten, auch Nichtjurist\*innen mit in die Autor\*innenschaft zu nehmen, um auch in diesem Buch die Vielfältigkeit der Mitarbeitenden innerhalb eines Vergabeverfahrens aufzuzeigen und andere Perspektiven zuzulassen. So finden sich in diesem Buch nicht nur Ausführungen zu den rein rechtlichen Fragestellungen, sondern z.B. auch zum Zusammenspiel zwischen Vergabestelle und Bedarfsträger.

Dieses Buch dient insbesondere nichtjuristischen Mitarbeitenden in einer Vergabe dazu, sich im IT-Vergaberecht zurecht zu finden. Es dient ebenso den Mitarbeitenden der Bieterunternehmen, um sich im Vergabeverfahren zu orientieren und die Scheu vor der Teilnahme und den umfangreichen Unterlagen zu nehmen. Dazu dient insbesondere das Kapitel zum »Finden von Bekanntmachungen und zur Analyse der Ausschreibungsunterlagen«.

Wir haben uns am chronologischen Ablauf einer Vergabe orientiert. Die Kapitel sind in sich abschließend. Auf Verweise haben wir weitestgehend verzichtet, damit ein Lese- und Gedankenfluss bei den Leserinnen und Lesern nicht unterbrochen wird.

Es ist ein Werk von Praktiker\*innen für Praktiker\*innen und ein lebendes Werk. Das Vergaberecht, insbesondere im IT-Bereich, befindet sich in ständiger Bewegung, nicht zuletzt dadurch, dass sich rein technisch im IT-Bereich viel verändert und dadurch rechtliche Fragestellungen überdacht werden müssen, wie zuletzt beispielsweise im Kontext »Cloud«.

Die Autorinnen und Autoren haben an den Stellen Rechtsprechung eingefügt, an denen sie es für sinnvoll erachtet haben, damit die Leserschaft noch einmal tiefergehen kann, sofern gewünscht.

## Vorwort

---

Das Grundrüstzeug findet sich jedoch in diesem Buch und soll allen nichtjuristischen Beteiligten, sei es auf Auftraggeber\*innenseite oder Bieter\*innenseite, die alltägliche Arbeit erleichtern und die Freude am Vergaberecht steigern.

Über Anregungen und Verbesserungsvorschläge der Leserinnen und Leser freuen wir uns unter folgender E-Mail-Adresse: [info@ius-publicum-procurationem.eu](mailto:info@ius-publicum-procurationem.eu)

St. Augustin/Düsseldorf im April 2024

Dr. Marc Pauka

Katharina Bartetzky-Olbermann

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Autorenverzeichnis . . . . .	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet . . . . .	IX
Inhaltsübersicht . . . . .	XI

<b>Abschnitt 1 Planung der Beschaffung (Strategische Vorüberlegungen des AG) . . . . .</b>	<b>1</b>
--	----------

<b>Kapitel 1 Bedarfsermittlung, Markterkundung, IT-Research Reports, PoC und PoT . . . . .</b>	<b>1</b>
A. Bedarfsermittlung . . . . .	1
B. Markterkundung . . . . .	2
I. Definition und Grundlagen der Markterkundung . . . . .	3
1. Mehrwerte der Markterkundung und Praxisbeispiele . . . . .	3
2. Gesetzliche Regelungen zur Markterkundung bei Liefer- und Dienstleistungen . . . . .	5
II. Art und Weise der Markterkundung (»Wie«) . . . . .	5
1. Internetrecherche . . . . .	6
2. Austausch mit anderen öffentlichen Auftraggebern . . . . .	6
3. Gespräche mit Marktteilnehmern (insb. IT-Unternehmen) . . . . .	6
4. Durchführung von Lieferantentagen und Start-Up-Tagen . . . . .	7
5. Besuch von Messen und Veranstaltungen . . . . .	7
6. Markterkundung in schriftlicher Form . . . . .	8
7. Zusammenfassung und Grenzen . . . . .	8
III. Empfehlungen für den Zweifelsfall . . . . .	9
IV. Zeitliche Bestandskraft einer Markterkundung . . . . .	10
C. IT-Research Reports . . . . .	10
I. Beauftragung von Anbietern . . . . .	10
II. Vergaberelevanz der Research-Ergebnisse . . . . .	11
D. Proof of Concept (PoC)/Proof of Technology (PoT) . . . . .	12
I. Beauftragung des PoC . . . . .	12
II. Beauftragung der auf dem PoC basierenden IT-Lösung . . . . .	12
III. Proof of Concept (PoC)/Teststellung als Teil des Vergabeverfahrens . . . . .	13

<b>Kapitel 2 Besondere Methoden und Instrumente, insbesondere Rahmenvereinbarungen und Dynamisches Beschaffungssystem (und sonstige Instrumente wie Elektronische Auktionen und Elektronische Kataloge) . . . . .</b>	<b>14</b>
A. Einführung . . . . .	14
B. Rahmenvereinbarungen . . . . .	15

I.	Allgemeines . . . . .	15
II.	Vor- und Nachteile einer Rahmenvereinbarung . . . . .	15
III.	Laufzeit . . . . .	16
IV.	Berechnung Wert einer Rahmenvereinbarung und Angabe Höchstmenge . . . . .	17
	1. Ermittlung Auftragsvolumen Rahmenvereinbarungen . . . . .	17
	2. Angabe des Höchstwertes . . . . .	17
V.	Abrufberechtigte . . . . .	18
VI.	Arten von Rahmenvereinbarungen . . . . .	19
	1. Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen . . . . .	20
	2. Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen . . . . .	20
	3. Miniwettbewerbe . . . . .	21
VII.	Vertragliche Ausgestaltung . . . . .	22
VIII.	Vertragsänderungen während der Laufzeit . . . . .	24
IX.	Missbrauchsverbot . . . . .	25
X.	Rechtsschutz . . . . .	25
C.	Dynamisches Beschaffungssystem (DBS) . . . . .	26
	I. Allgemeines . . . . .	26
	II. Verfahren . . . . .	27
D.	Elektronische Auktion . . . . .	28
E.	Elektronischer Katalog . . . . .	29

**Kapitel 3 Produkt- und Herstellervorgabe bei IT-Vergaben (Hardware, Software, Dienstleistungen) . . . . .** 31

A.	Problemstellung . . . . .	31
B.	Rechtliche Regelungen . . . . .	33
	I. Oberschwellen-Bereich . . . . .	33
	II. Unterschwellen-Bereich . . . . .	33
C.	Grundsätze . . . . .	34
	I. Allgemeines . . . . .	34
	1. Wettbewerbsprinzip . . . . .	36
	2. Transparenzgebot . . . . .	36
	3. Gleichbehandlungs- und Nicht-Diskriminierungsgebot . . . . .	36
	4. Gebot der Losvergabe . . . . .	36
	5. Grundsatz der Bieterneignung . . . . .	37
	6. Wirtschaftlichkeitsgebot . . . . .	37
	7. Einklang der Grundsätze . . . . .	38
	II. Produkt- und Herstellerneutralität nach § 31 Abs. 6 VgV . . . . .	38
	III. Produkt- und Herstellerneutralität nach § 23 Abs. 5 UVgO . . . . .	42
D.	Ausnahmen . . . . .	43
	I. Spannungsverhältnis: Leistungsbestimmungsrecht vs. vergaberechtliche Grundsätze . . . . .	43
	II. Ausnahmen von Produkt- und Herstellerneutralität nach § 31 Abs. 6 VgV . . . . .	44
	III. Ausnahmen von Produkt- und Herstellerneutralität nach § 23 Abs. 5 UVgO . . . . .	47

IV.	Auftragsgegenstand nicht hinreichend verständlich und genau beschreibbar, § 31 Abs. 6 VgV	49
V.	Auftragsgegenstand nicht hinreichend verständlich und genau beschreibbar, § 23 Ab. 5 UVgO	50
E.	Folgen	51
I.	»durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt«	51
II.	»oder gleichwertig«	52
F.	Dokumentation	54
G.	Rechtsschutzfragen	55
I.	Fehler bei »offenen« oder »verdeckten« spezifischen Vergabeunterlagen	55
II.	Fehler bei mangelnder Beschreibbarkeit der Leistung	56
H.	Praktische Hinweise	56
<b>Kapitel 4 Auftragswertschätzung</b>		59
A.	Einleitung	59
B.	Sinn und Zweck der Auftragswertschätzung	60
I.	»Weichenstellung« für das Vergabeverfahren	60
1.	Wahl der Vergabeart	60
2.	Rechtsschutz	62
II.	Ausgangspunkt Preisprüfung und Wirtschaftlichkeitskontrolle	63
1.	Preisprüfung	63
2.	Wirtschaftlichkeitskontrolle	63
III.	Gestaltungsmöglichkeit 20 %-Kontingent	64
IV.	Haushaltsplanung	64
C.	Ermittlung des Auftragswertes	65
I.	Grundsätze	65
II.	Möglichkeiten zur Ermittlung des Auftragswertes	66
1.	Wahl der Methode	66
2.	Umgehungsverbot	68
3.	Relatives Aufteilungsverbot	68
III.	Maßgeblicher Zeitpunkt der Schätzung	69
D.	Gesamtauftragswert oder Einzelwert: Was gilt wann bei der Vergabe von Losen?	70
I.	Lieferleistungen	71
II.	Planungsleistungen	71
E.	Besondere Konstellationen	72
I.	Daueraufträge und Rahmenvereinbarungen	72
1.	Rahmenvereinbarung	72
2.	Daueraufträge	73
II.	Liefer- und Dienstleistungsaufträge ohne Gesamtpreis	74
III.	Weitere Sonderkonstellationen	75
1.	Innovationspartnerschaft	75
2.	Bauleistungen	75
3.	Planungswettbewerbe	76
F.	Konsequenzen fehlerhafte Schätzung	77
I.	Wann liegt eine fehlerhafte Schätzung vor?	77

II.	Überprüfbarkeit & Folgen	77
1.	Überprüfbarkeit	77
2.	Folgen	78
G.	Dokumentation	78
<b>Kapitel 5 Losaufteilung</b>		<b>80</b>
A.	Erwägungen zum Leistungszuschnitt in Losen bzw. als Gesamtvergabe	80
I.	Grundsatz der losweisen Vergabe für Beschaffungskonzeption	81
1.	Einordnung des Losbegriffs	82
2.	Vorhandensein eines spezifischen Marktes	83
II.	Gesamtvergabe als Ausnahme in begründeten Einzelfällen	83
1.	Wirtschaftliche Gründe	84
2.	Technische Gründe	85
III.	Anforderungen an den Abwägungsvorgang	85
1.	Berücksichtigung der relevanten Erwägungen	86
2.	Dokumentation der Erwägungen und des Ergebnisses	86
3.	Nachprüfbarkeit der Ermessensausübung	87
B.	Möglichkeiten der Verfahrensausgestaltung bei Losvergaben	87
I.	Einschränkung der Beteiligungsmöglichkeiten und Zuschlagschancen	87
1.	Angebotslimitierung	87
2.	Zuschlagslimitierung	88
II.	Parallelausschreibungen als Sonderfall	88
<b>Kapitel 6 Datenschutz im Rahmen der IT-Vergabe</b>		<b>89</b>
A.	Einleitung	90
B.	Grundsätzliches zum Datenschutz	91
C.	Übersicht DSGVO	92
I.	Anwendungsbereich	92
1.	Räumlicher Anwendungsbereich	92
2.	Sachlicher Anwendungsbereich	94
3.	Regelungen neben der DSGVO	94
II.	Begriffsbestimmung und Grundsätze	94
1.	Personenbezogene Daten	94
2.	Besondere Arten personenbezogener Daten	95
3.	Beispiele personenbezogener Daten aus dem Vergabeverfahren	96
III.	Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	97
1.	Einwilligung	97
2.	Vertrag	98
3.	Verarbeitung auf Grundlage einer rechtlichen Verpflichtung	99
4.	Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt	99
5.	Berechtigte Interessen	99
6.	Besondere Arten personenbezogener Daten	100
IV.	Die richtige Rechtsgrundlage im IT-Vergabeverfahren	100



1.	Kontaktdaten	100
2.	Eignungskriterien	101
3.	Besonderheit bei Daten über Straftaten	101
V.	Zweckbindung	102
VI.	Datensparsamkeit/Datenminimierung und Erforderlichkeit	102
VII.	Rechenschaftspflicht	103
VIII.	Transparenz	103
D.	Rollen der Datenverarbeitung	104
I.	Verantwortlicher	104
II.	Auftragsverarbeiter	105
1.	Definition	105
2.	Die Auftragsverarbeitungsvereinbarung nach Art. 28 DSGVO	105
3.	Unterauftragsvergabe	106
4.	Einschränkung in der Vergabe	107
III.	Gemeinsame Verantwortliche	107
1.	Urteil des EuGH zur Facebook-Fanpage	108
2.	Folgen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit	108
E.	Rechte der Betroffenen	109
I.	Recht auf Auskunft	109
II.	Recht auf Berichtigung	109
III.	Recht auf Löschung	110
IV.	Recht auf Einschränkung der Verarbeitung	110
V.	Recht auf Widerspruch	110
F.	Datenschutz durch Technik und durch Voreinstellung	111
G.	Transfer von Daten ins Nicht-EU Ausland, insbesondere USA	112
I.	Gesetzliche Anforderungen	112
II.	Exkurs: 2 Stufen-Prüfung	113
III.	US-Transfer: Safe Harbor, Privacy Shield, Schrems	113
1.	Safe Harbor	113
2.	Privacy Shield	114
3.	Privacy Shield 2.0? – Das Trans-Atlantic Data Privacy Framework	114
4.	Standardvertragsklauseln	115
5.	Ausnahmen in Art. 49 DSGVO	117
H.	Einbindung von Datenschutzerfordernungen in den IT-Vergabeprozess	119
I.	Datenschutzerfordernungen in den Vergabeunterlagen	119
II.	Leistungsbeschreibung	119
III.	Datenschutzrechtliche Anforderungen als Eignungskriterium	121
I.	Datenschutzverstöße und Geldbußen	121
<b>Kapitel 7 Zusammenspiel zwischen Vergabestelle und Bedarfsträger</b>		122
A.	Einleitung	122
B.	Beteiligte in einem Vergabeverfahren	122
I.	Der Bedarfsträger	122
II.	Die Vergabeabteilung	123
III.	Der Bieter	124
C.	Gegenseitige Unterstützung zwischen Vergabestelle und Bedarfsträger	125

I.	Bereitstellung von Vorlagen/Arbeitshilfen . . . . .	125
II.	Wissensvermittlung durch die Vergabestelle . . . . .	125
	1. Markterkundung . . . . .	125
	2. Produktneutralität . . . . .	126
	3. Verfahrensart . . . . .	126
	4. Wertungskriterien . . . . .	126
	5. Bieterfragen/Rügen . . . . .	127
	6. Sichtbarkeit der Vergabe . . . . .	127
	7. Vergaberoadmap . . . . .	127
	8. Eignungskriterien . . . . .	128
III.	Wissensvermittlung durch den Bedarfsträger . . . . .	128

**Abschnitt 2 Design der Beschaffung  
(Ausgestaltung der Vorüberlegungen des AG)** . . . . . 129

**Kapitel 8 Die Wahl der Verfahrensart und deren Ablauf** . . . . . 129

A.	Vorbereitung der Beauftragung – Rechtliche Einordnung der Beschaffung und Vergabekonzept . . . . .	129
B.	Überblick über die Vergabeverfahrensarten . . . . .	130
C.	Übersicht wesentlicher Merkmale sowie Vor- und Nachteile der Verfahrensarten – strategische Entscheidung vor Beginn der Ausschreibung . . . . .	133

**Kapitel 9 Die Regelverfahren in VgV und UVgO** . . . . . 138

A.	Offenes Verfahren und öffentliche Ausschreibung . . . . .	138
	I. Offenes Verfahren . . . . .	140
	1. Verfahrensablauf . . . . .	140
	2. Überblick Angebotsfrist im offenen Verfahren . . . . .	144
	II. Öffentliche Ausschreibung . . . . .	146
B.	Nicht offenes Verfahren und beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb . . . . .	147
	I. Verfahrensablauf . . . . .	148
	II. Überblick Teilnahme- und Angebotsfristen im nicht offenen Verfahren . . . . .	150
	III. Sonderfall: Vorinformation (§ 38 Abs. 3 VgV) . . . . .	152
	IV. Abweichungen bei beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb . . . . .	152
C.	Fazit zur Festlegung auf ein Regelverfahren . . . . .	153

**Kapitel 10 Verhandlungsvergabe bzw. Verhandlungsverfahren mit und ohne Teilnahmewettbewerb** . . . . . 154

A.	Einführung . . . . .	155
B.	Verhandlungsvergabe bzw. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb . . . . .	156
	I. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bei Anpassung bereits verfügbarer Lösungen (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 5 UVgO) . . . . .	157

II.	Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bei Aufträgen mit konzeptionellen oder innovativen Lösungen (§ 14 Abs. 3 Nr. 2, § 8 Abs. 4 Nr. 1 UVgO) . . . . .	158
III.	Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wenn Verhandlungen aufgrund des Auftragsgegenstandes erforderlich sind (§ 14 Abs. 3 Nr. 3) . . . . .	160
IV.	Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb mangels ordnungsgemäßer oder bei Vorliegen nur unannehmbarer Angebote (§ 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO) . . . . .	160
C.	Verhandlungsvergabe bzw. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb . . . . .	161
I.	Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wegen eines Alleinstellungsmerkmals aus technischen Gründen oder wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten (§ 14 Abs. 4 Nr. 2b, c VgV; § 8 Nr. 10 UVgO) . . . . .	162
1.	Alleinstellungsmerkmal aus technischen Gründen (§ 14 Abs. 4 Nr. 2b, Abs. 6 VgV) . . . . .	162
2.	Alleinstellungsmerkmal wegen eines Ausschließlichkeitsrechts, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten (§ 14 Abs. 2c, Abs. 6 VgV) . . . . .	166
3.	Anwendung der Vorgaben aus § 14 Abs. 6 VgV im Rahmen der UVgO? . . . . .	167
II.	Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wegen äußerster Dringlichkeit (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO) . . . . .	168
III.	Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb aufgrund anderer Tatbestände . . . . .	172
1.	Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wegen eines vorangegangenen, aufgehobenen offenen oder nicht offenen Verfahrens (§ 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV) . . . . .	172
2.	Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bei Beschaffung zusätzlicher Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers (§ 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 12 UVgO) . . . . .	174
3.	Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zum Zwecke der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen bei besonders günstigen Bedingungen (§ 14 Abs. 4 Nr. 7 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 14 UVgO) . . . . .	175
IV.	Risiken eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, Methoden zur zeitlichen Absicherung . . . . .	176
V.	Vorteile des Verhandlungsverfahrens: Erste indikative Angebote . . . . .	177
D.	Exkurs: Wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft . . . . .	178
I.	Wettbewerblicher Dialog (§ 18 VgV) . . . . .	178
II.	Innovationspartnerschaft (§ 19 VgV) . . . . .	179
E.	Vergabedokumentation . . . . .	181
<b>Kapitel 11 Eignungskriterien . . . . .</b>		<b>182</b>
A.	Allgemeines . . . . .	182
I.	Eignungskriterien . . . . .	183
II.	Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB) . . . . .	184
III.	Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB) . . . . .	185
B.	Typische Eignungskriterien in IT-Bereich . . . . .	187
I.	Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung . . . . .	188
II.	Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit . . . . .	190

1.	Mindestjahresumsatz . . . . .	190
2.	Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung in bestimmter geeigneter Höhe . . . . .	191
III.	Technische und berufliche Leistungsfähigkeit . . . . .	192
1.	Geeignete Referenzen . . . . .	192
2.	Technische Fachkräfte, insbes. Verfügbarkeitsklärung . . . . .	194
3.	Qualitätssicherungsmaßnahmen . . . . .	195
4.	Studien- und Ausbildungsnachweise . . . . .	196
5.	Durchschnittliche jährliche Beschäftigtenzahl . . . . .	197
6.	Konformitätsbescheinigungen (bei Lieferleistungen) . . . . .	197
7.	Erfüllung von Qualitätssicherungsnormen . . . . .	197
8.	Datenschutzrechtliche Anforderungen . . . . .	198
9.	No-Spy-Erklärung . . . . .	199
10.	Ungleichbehandlung wegen des Herkunftslandes . . . . .	200
C.	Teilnahmewettbewerb im zweistufigen Verfahren, insb. Bewertungsmatrix . . . . .	200

**Kapitel 12 Zuschlagskriterien und Wertungsmethoden . . . . . 203**

A.	Bedeutung und Einordnung von Zuschlagskriterien und Wertungsmethoden . . . . .	204
I.	Bekanntgabe-Pflicht in Auftragsbekanntmachung oder Vergabeunterlagen . . . . .	204
II.	Nachträgliche Änderung von Zuschlagskriterien . . . . .	206
III.	Zusammenhang zwischen Zuschlagskriterien und Verhandlungsgegenständen . . . . .	207
1.	Verhandlung von Angebotsinhalten, insbesondere Konzepten . . . . .	208
2.	Öffnung von Verhandlungen über A- und B-Kriterien . . . . .	208
IV.	Weitere, insbesondere inhaltliche Anforderungen an Zuschlagskriterien . . . . .	209
1.	Verbindung mit dem Auftragsgegenstand . . . . .	210
2.	Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs und wirksamer Überprüfung . . . . .	210
3.	Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien . . . . .	211
4.	Sachgerechtigkeit von Bewertungsmethodiken . . . . .	212
B.	Weichenstellung: Nur Preis-/Kostenkriterien oder daneben Qualitätskriterien . . . . .	213
C.	Typische Zuschlagskriterien im IT-Bereich . . . . .	214
I.	Reine Preiswertung . . . . .	215
II.	Einfache Richtwertmethode . . . . .	216
III.	Erweiterte Richtwertmethode . . . . .	217
IV.	Inhaltliche Gestaltung von Zuschlagskriterien im IT-Bereich . . . . .	218
1.	Inhalt von Zuschlagskriterien . . . . .	218
2.	Bedeutung und Konsequenzen der Verwendung eines Kriterienkatalogs . . . . .	220
3.	Differenzierung nach »digital« und »mit Beurteilungsspielraum« gestalteten Kriterien . . . . .	221
4.	Konzepte für die Wertung nach Zuschlagskriterien . . . . .	224
D.	Verifizierende und wertende Teststellung . . . . .	226
I.	Einleitung . . . . .	226
1.	Verifizierende Teststellung . . . . .	227
2.	Wertende Teststellung . . . . .	227
3.	Anwendbarkeit . . . . .	228

II.	Veröffentlichung . . . . .	228
III.	Zeitplanung . . . . .	229
IV.	Vorbereitung der Teststellung . . . . .	229
V.	Durchführung der Teststellung . . . . .	230
VI.	Dokumentation . . . . .	231
<b>Kapitel 13 Leistungsbeschreibung und Vertrag bei der Beschaffung von IT-Leistungen und IT-Dienstleistungen. . . . .</b>		<b>232</b>
A.	Die Leistungsbeschreibung . . . . .	233
I.	Die Leistungsbeschreibung als Herzstück des Vergabeverfahrens. . . . .	233
II.	Die Erstellung der Leistungsbeschreibung bei IT-Beschaffungen . . . . .	234
III.	Die Erstellung der Leistungsbeschreibung . . . . .	234
1.	Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers . . . . .	235
2.	Produktneutrale vs. produktscharfe Leistungsbeschreibung . . . . .	235
3.	Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte . . . . .	236
4.	Funktionale vs. konstruktive Leistungsbeschreibung . . . . .	238
5.	Die agile Leistungsbeschreibung . . . . .	238
IV.	Verhältnis von Leistungsbeschreibung und Vertrag . . . . .	238
V.	Änderung der Leistungsbeschreibung . . . . .	239
B.	Die EVB-IT . . . . .	240
I.	Grundlagen der EVB-IT . . . . .	240
1.	Arbeitsgruppe EVB-IT . . . . .	240
2.	Verhandlungen zwischen öffentlicher Hand und IT-Wirtschaft . . . . .	241
3.	Entstehung und Weiterentwicklung der EVB-IT . . . . .	241
4.	Anwendungsverpflichtung für öffentliche Auftraggeber . . . . .	242
5.	Überblick über die EVB-IT Dokumente . . . . .	242
6.	Basisverträge und Systemverträge . . . . .	245
II.	Die einzelnen EVB-IT Verträge . . . . .	246
1.	EVB-IT Dienstleistung . . . . .	246
2.	EVB-IT Kauf . . . . .	249
3.	EVB-IT Überlassung Typ A . . . . .	249
4.	EVB-IT Überlassung Typ B . . . . .	250
5.	EVB-IT Pflege S. . . . .	251
6.	EVB-IT Instandhaltung. . . . .	251
7.	EVB-IT Cloud. . . . .	252
8.	EVB-IT Systemlieferung . . . . .	254
9.	EVB-IT Systemvertrag . . . . .	255
10.	EVB-IT Erstellung. . . . .	256
11.	EVB-IT Service . . . . .	257
III.	Perspektiven und zukünftige Vertragsmuster . . . . .	257
1.	EVB-IT Open-Source-Software (OSS) . . . . .	257
2.	EVB-IT agil . . . . .	258
3.	EVB-IT Rahmenvertrag . . . . .	260
4.	Digitalisierung der EVB-IT . . . . .	260
C.	Service Level Agreements . . . . .	260

D.	Sonstige Ausschreibungsunterlagen	261
I.	Bewerbungsbedingungen	262
II.	Formblätter	262
III.	Bekanntmachung	262

## **Kapitel 14 Besonderheiten bei agilen Projektgestaltungen** . . . . . 264

A.	Einführung	264
B.	Wie werden Projekte agil abgewickelt	266
I.	Agilität – eine erste (wichtige) Annäherung	266
II.	Welche Probleme lösen agile Vorgehensweisen? Wie laufen »normale« Projekte?	267
1.	Was ist eigentlich »normal« und was sind gängige Probleme?	267
2.	Welche Probleme des klassischen Vorgehens wollen agile Methoden verbessern?	269
III.	Grundlegendes zum Scrum-Modell	272
IV.	Das Scrum-Framework	274
1.	Prozessmodell und Organisationsprinzipien	274
2.	Wesentliche Rollen in Scrum	275
3.	Artefakte: Von der Produktvision zum geregelten Anforderungsmanagement	277
4.	Das Zusammenspiel im Scrum Framework – die Events	280
C.	Vergaberechtliche Aspekte	284
I.	Rahmenvereinbarung oder fester Vertrag	284
II.	Dienst- oder Werkvertrag	285
III.	Verhandlungsverfahren	287
IV.	Agile Eignungs- und Zuschlagskriterien	287
V.	Sonstige vertragsrechtliche Besonderheiten	288

## **Kapitel 15 Besonderheiten bei der Beschaffung von Open-Source-Produkten** . . . . . 291

A.	Open-Source-Software – Lösungsansatz für Digitale Souveränität in der Verwaltung	291
B.	Ausschreibungspflicht für Open-Source-Software?	293
I.	Reine Software-Beschaffung	293
II.	Beschaffung von Open-Source-Software mit Dienstleistungen	294
C.	Vergaberechtliche Zulässigkeit der Vorgabe von Open-Source-Kriterien	294
I.	Open-Source-Vorgaben und Leistungsbestimmungsrecht	294
II.	Produktneutralität der Leistungsbeschreibung	296
D.	Auftragswertschätzung	297
E.	Vergabeararten bei der Beschaffung von Open-Source-Software	298
I.	Wettbewerblicher Dialog	298
II.	Innovationspartnerschaft	299
F.	Losbildung	299
G.	Eignungskriterien	300
H.	Zuschlagskriterien	301

I.	Datenschutz und Auftragsverarbeitung . . . . .	302
J.	Open-Source-Software und EVB-IT-Verträge . . . . .	304

<b>Abschnitt 3 Teilnahme an einem Vergabeverfahren (strategische Überlegungen als AN)</b> . . . . .	307
---	-----

<b>Kapitel 16 Finden von Bekanntmachungen, Analyse der Ausschreibungsunterlagen.</b> . . . . .	307	
A.	Öffentliche Aufträge – Chancen und Besonderheiten . . . . .	307
B.	Aufträge finden, heißt nach Bekanntmachungen suchen . . . . .	309
C.	Sonderfall – Ausschreibungen ohne Bekanntmachung . . . . .	311
D.	Bewerbungsaufwand abschätzen . . . . .	312
E.	Die Must-Haves bei der Prüfung der Vergabeunterlagen . . . . .	313
F.	Prüfung weiterer Vergabeunterlagen . . . . .	314
G.	Rahmenvereinbarung oder Einzelauftrag . . . . .	317
H.	Prüfung der Zuschlagskriterien . . . . .	317
I.	Bewertungsmethoden . . . . .	319
J.	Zusammenfassung . . . . .	320

<b>Kapitel 17 Bietergemeinschaft, Nachunternehmen und Eignungsleihe.</b> . . . .	321	
A.	Einleitung . . . . .	321
B.	Bietergemeinschaft . . . . .	321
	I. Allgemeines . . . . .	321
	II. Zulässigkeit von Bietergemeinschaften . . . . .	322
	III. Eignungsprüfung . . . . .	324
	IV. Änderungen in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaftsmitglieder . . . . .	324
	V. Mehrfache Beteiligung . . . . .	325
C.	Unterauftragnehmer . . . . .	327
	I. Allgemeines . . . . .	327
	II. Mitteilung an Auftraggeber . . . . .	327
	III. Besonderes Informationsbedürfnis . . . . .	329
D.	Eignungsleihe . . . . .	329
	I. Allgemeines . . . . .	329
	II. Nachweis der Kapazität . . . . .	330
	III. Haftung . . . . .	331
	IV. Beschränkung der Eignungsleihe . . . . .	331
	V. Selbstaussführungsgebot . . . . .	332

<b>Kapitel 18 Strategie der Angebotserstellung</b> . . . . .	333	
A.	Einführung . . . . .	333
B.	Tipps und Strategien im Rahmen der Angebotserstellung . . . . .	334
	I. Formfehler . . . . .	334
	1. Vollständigkeit (Mindestangaben) . . . . .	334

2.	Nachforderung .....	335
3.	Mindestanforderungen .....	336
4.	Aufklärung .....	337
5.	Zusammenfassung Ausschlussgründe .....	338
II.	Fristen .....	339
1.	Bid-Manager .....	339
2.	Projektsteuerung und Teamwork .....	340
3.	Grundsatz der »angemessenen« Fristen .....	340
4.	Übersicht Fristarten .....	341
III.	Fragen .....	342
1.	Fragen Sie! .....	342
2.	Fragen Sie nach! .....	343
3.	Lesen Sie mit! .....	344
4.	Gute Fragen, schlechte Fragen .....	344
5.	Fragen bleiben Fragen .....	346
6.	Fragen Sie rechtzeitig .....	348
7.	Nutzen Sie das Portal! .....	348
IV.	Konzepte .....	349
1.	Rechtliches .....	349
2.	Keine Konzepte von der Stange! .....	350
V.	Anschreiben .....	351
1.	Formvorschriften .....	351
2.	Keine Änderung der Vergabeunterlagen .....	352
3.	Sonstiges .....	352
VI.	Checkliste .....	352

<b>Abschnitt 4 Durchführung des Vergabeverfahrens (strategische Überlegungen als AG) .....</b>	<b>355</b>
--	------------

<b>Kapitel 19 Prüfung und Dokumentation der Eignungswertung .....</b>	<b>355</b>
A. Allgemeines .....	355
B. Beleg der Eignung und des Nicht-Vorliegens von Ausschlussgründen (§ 48 VgV) .....	356
C. Beleg der Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung und des Umweltmanagements (§ 49 VgV) .....	357
D. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) .....	357
E. Präqualifikationsnachweise .....	358
F. Dokumentation .....	358

<b>Kapitel 20 Prüfung und Dokumentation der Zuschlagskriterien .....</b>	<b>360</b>
A. Bedeutung der Festlegung von Zuschlagskriterien bei Vorbereitung des Verfahrens .....	360
B. Hohe Anforderungen an die Transparenz der Wertung nach Zuschlagskriterien ..	361
C. Beispiel der Dokumentation der Bewertung eines Konzepts .....	363



D.	Gütezeichen und Zertifikate als Beleg . . . . .	365
E.	Anforderungen an die Prüfungstiefe des Auftraggebers. . . . .	366
F.	Mehr-Augen-Prinzip und Einsatz von Bewertungsgremien. . . . .	367
I.	Mehr-Augen-Prinzip. . . . .	367
II.	Einsatz von Bewertungsgremien . . . . .	368
1.	Sicherstellung der eigenverantwortlichen Entscheidung des Auftraggebers . . . . .	368
2.	Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Dokumentation des Einsatzes des Bewertungsgremiums. . . . .	368
G.	Prüfung und Dokumentation von »Personalwertung« . . . . .	370
<b>Kapitel 21 Nachforderungen . . . . .</b>		<b>372</b>
A.	Ausgangslage und Bedeutung von Nachforderungen im Vergabeverfahren. . . . .	372
I.	Die Forderung von Unterlagen im IT-Vergabeverfahren . . . . .	372
II.	Prüfung der eingereichten Unterlagen als Ausgangspunkt. . . . .	373
III.	Nachforderungen in verschiedenen Phasen verschiedener Vergabeverfahren möglich. . . . .	374
IV.	Vermeidung von Situationen, in denen Nachforderungen erforderlich werden . . . . .	374
V.	Ausschluss von Nachforderungen in den Vergabeunterlagen . . . . .	376
B.	Voraussetzungen einer zulässigen Nachforderung und Abgrenzungsfragen im Einzelfall . . . . .	376
I.	Vorbemerkung . . . . .	376
II.	»Unterlagen« als Gegenstand der Nachforderung . . . . .	377
III.	Nachgefordert werden kann nur, was wirksam gefordert wurde . . . . .	377
IV.	Nachforderung von unternehmensbezogenen vs. leistungsbezogenen Unterlagen. . . . .	378
V.	Nachforderung »fehlender« und »unvollständiger« Unterlagen . . . . .	379
VI.	Die »Korrektur« »fehlerhafter« Unterlagen . . . . .	382
VII.	Spezialfall: Nachforderung von Preisangaben . . . . .	382
C.	Durchführung der Nachforderung. . . . .	383
I.	Entscheidung über die Nachforderung: Ermessensausübung. . . . .	383
II.	Frist . . . . .	384
III.	Form. . . . .	385
IV.	Dokumentation . . . . .	385
<b>Kapitel 22 Umgang mit Interessenkonflikten und Projektantenstellung. . . . .</b>		<b>386</b>
A.	Ausgangslage . . . . .	386
B.	Projektantenstellung. . . . .	387
C.	Interessenkonflikt. . . . .	388
I.	Was ist ein Interessenkonflikt im Sinne des Vergaberechts? . . . . .	388
II.	Rechtsfolge des Interessenkonfliktes . . . . .	389
III.	Typische Fallbeispiele: . . . . .	389
1.	Interessenkonflikt bei einem Mitarbeiter des Auftraggebers im Vergabeverfahren . . . . .	389
2.	Interessenkonflikt des Auftragnehmers bei der Vertragsausführung. . . . .	389

<b>Kapitel 23 Möglichkeiten und Grenzen von Verhandlungen</b> . . . . .	390
A. Einführung . . . . .	390
B. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen von Verhandlungen . . . . .	390
I. Einordnung . . . . .	390
1. Nachforderung . . . . .	391
2. Aufklärung . . . . .	391
3. (nicht) offenes Verfahren . . . . .	391
II. Verhandlungsverfahren . . . . .	392
1. Zulässigkeit . . . . .	392
2. Zweckmäßigkeit . . . . .	392
3. Transparenz . . . . .	394
4. Verhandlungsverzicht . . . . .	395
5. Optionen, Soll- und Mussanforderungen . . . . .	396
6. Verhandlungsverbot über Mindestanforderungen? . . . . .	397
7. Anpassungs- und Entwicklungsleistungen . . . . .	398
III. Verhandlungsführung . . . . .	398
1. Formales . . . . .	399
2. Vorbereitung . . . . .	399
3. Verhandeln oder Präsentieren? . . . . .	400
4. Dokumentation – »Wer schreibt, der bleibt« . . . . .	401

<b>Kapitel 24 Beendigung des Vergabeverfahrens (§ 134 GWB, Zuschlag, Aufhebung)</b> . . . . .	402
A. Zuschlagserteilung (§ 127 GWB) . . . . .	403
I. Vorliegen eines zuschlagfähigen Angebotes . . . . .	403
II. Zuschlagskriterien . . . . .	404
III. Bestimmungsrecht/Selbstbindung . . . . .	405
IV. Festlegung der Kriterien/Bekanntmachung . . . . .	406
1. Preisliche Zuschlagskriterien . . . . .	407
2. Leistungsbezogene Zuschlagskriterien . . . . .	408
3. Soziale Zuschlagskriterien . . . . .	409
4. Ökologische Zuschlagskriterien . . . . .	410
V. Transparenz/Beurteilungsspielraum . . . . .	410
VI. Wirtschaftlichstes Angebot . . . . .	412
VII. Rechtsschutz . . . . .	413
B. Informations- und Wartepflicht/Zeitpunkt der Zuschlagserteilung (§ 134 GWB) . . . . .	414
I. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich . . . . .	414
II. Informationspflicht . . . . .	416
1. Namen des erfolgreichen Bieters . . . . .	417
2. Gründe der Nichtberücksichtigung . . . . .	417
3. Frühester Zeitpunkt des Zuschlages . . . . .	418
4. Angabe weiterer Informationen . . . . .	419
5. Zugang . . . . .	420
6. Darlegungs- und Beweislast . . . . .	421
III. Folgen eines Verstoßes . . . . .	421

IV.	Vorabinformation entbehrlich bei besonderer Dringlichkeit . . . . .	422
V.	Vorabinformation entbehrlich bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen . . . . .	424
C.	Aufhebung des Vergabeverfahrens (§ 63 VgV) . . . . .	425
I.	Anwendungsbereich/Voraussetzungen einer Aufhebung . . . . .	426
II.	Aufhebungsgründe . . . . .	427
1.	Kein Angebot entspricht den Bedingungen . . . . .	427
2.	Wesentliche Änderung der Verfahrensgrundlage . . . . .	428
3.	Kein wirtschaftliches Ergebnis . . . . .	429
4.	Andere schwerwiegende Gründe . . . . .	430
III.	Dokumentationspflicht . . . . .	432
IV.	Mitteilungspflicht . . . . .	432
V.	Erneute Ausschreibung . . . . .	433
VI.	Überprüfung der Entscheidung . . . . .	433
VII.	Praktische Probleme . . . . .	434
1.	Pflicht zur Aufhebung . . . . .	434
2.	Teilaufhebung . . . . .	435
3.	Flucht in die Aufhebung . . . . .	436
VIII.	Rechtsschutz . . . . .	437
1.	Aufhebung der Aufhebung . . . . .	437
2.	Schadensersatzpflicht . . . . .	438

**Abschnitt 5 Vertragsausführung . . . . . 439**

**Kapitel 25 Änderungen von Aufträgen nach der Vergabe . . . . . 439**

A.	Ausgangslage . . . . .	440
B.	Strategische Vorüberlegungen . . . . .	440
I.	Der zu ändernde Auftrag wurde nach GWB-Vergaberecht vergeben . . . . .	441
1.	Keine wesentliche Änderung im Sinne von § 132 Abs. 1 GWB . . . . .	441
2.	20 %-Kontingent nach § 3 Abs. 9 VgV . . . . .	441
3.	Bagatelländerung nach § 132 Abs. 3 VgV . . . . .	442
4.	Erhöhung um bis zu 50 % des ursprünglichen Auftragswertes nach § 132 Abs. 2 GWB . . . . .	443
5.	Neues Vergabeverfahren erforderlich nach § 132 Abs. 1 GWB . . . . .	443
II.	Der zu ändernde Auftrag wurde unerschwerlich vergeben . . . . .	443
C.	Änderungen bei Aufträgen, die ins GWB-Vergaberecht fallen . . . . .	444
I.	Während der Vertragslaufzeit . . . . .	444
II.	Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen . . . . .	444
1.	Wesentliche und unwesentliche Änderungen . . . . .	444
2.	Änderung von Bedingungen des ursprünglichen Vergabeverfahrens . . . . .	445
3.	Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des AN . . . . .	446
4.	Änderung des Umfangs des öffentlichen Auftrags . . . . .	447
5.	Neuer Auftragnehmer . . . . .	449
III.	Bagatelländerung . . . . .	449
1.	Voraussetzungen der Bagatelländerung . . . . .	450

2. Begrenzung der Zulässigkeit von Bagatelländerungen. . . . .	450
IV. Ausnahmsweise zulässige wesentliche Änderungen . . . . .	450
1. Überprüfungsklauseln oder Optionen . . . . .	451
2. Wechsel des Auftragnehmers unmöglich oder unzumutbar . . . . .	453
3. Unvorhergesehene Änderung erforderlich. . . . .	455
4. Ersetzung des Auftragnehmers . . . . .	456
D. Änderungen bei Aufträgen, die unter die UVgO fallen . . . . .	457
E. Besonderheiten bei Rahmenvereinbarungen . . . . .	457
I. Änderung einer Rahmenvereinbarung nach Erreichen der Obergrenze . . . . .	458
II. Änderung der Rahmenvereinbarung oder Änderung des Einzelauftrags . . . . .	458
<b>Kapitel 26 Abnahme und Mängel . . . . .</b>	<b>460</b>
A. Einleitung . . . . .	460
B. Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag . . . . .	461
I. Pflichten des Unternehmers/Auftragnehmers . . . . .	461
1. Kennzeichen eines Werkvertrags. . . . .	461
2. Werkunternehmerpfandrecht/dingliche Sicherung . . . . .	463
3. Erfüllungsgehilfen/Unterauftragnehmer . . . . .	463
4. Sach- und Rechtsmängel . . . . .	464
II. Pflichten des Bestellers/Auftraggebers . . . . .	464
1. Werklohn, Abschlagszahlungen und Kostenanschlag . . . . .	465
2. Abnahme . . . . .	466
III. (Gewährleistungs-)Rechte des Bestellers bei Mängeln (nach Abnahme) . . . . .	470
1. Nacherfüllung . . . . .	471
2. Selbstvornahme . . . . .	471
3. Rücktritt und Minderung . . . . .	472
4. Schadensersatz . . . . .	473
5. Aufwendungsersatz. . . . .	474
6. Verjährung der Mängelansprüche. . . . .	474
IV. Besondere Kündigungsrechte des Auftraggebers . . . . .	475
V. Mitwirkung des Bestellers . . . . .	476
Stichwortverzeichnis. . . . .	479

# Abschnitt 5 Vertragsausführung

## Kapitel 25 Änderungen von Aufträgen nach der Vergabe

Übersicht	Rdn.
A. Ausgangslage	1
B. Strategische Vorüberlegungen	4
I. Der zu ändernde Auftrag wurde nach GWB-Vergaberecht vergeben	7
1. Keine wesentliche Änderung im Sinne von § 132 Abs. 1 GWB	8
2. 20 %-Kontingent nach § 3 Abs. 9 VgV	10
3. Bagatelländerung nach § 132 Abs. 3 VgV	12
4. Erhöhung um bis zu 50 % des ursprünglichen Auftragswertes nach § 132 Abs. 2 GWB	14
5. Neues Vergabeverfahren erforderlich nach § 132 Abs. 1 GWB	16
II. Der zu ändernde Auftrag wurde ungeschwellig vergeben	17
C. Änderungen bei Aufträgen, die ins GWB-Vergaberecht fallen	19
I. Während der Vertragslaufzeit	20
II. Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen	23
1. Wesentliche und unwesentliche Änderungen	23
2. Änderung von Bedingungen des ursprünglichen Vergabeverfahrens	28
3. Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des AN	34
4. Änderung des Umfangs des öffentlichen Auftrags	41
a) Änderung des Umfangs	42
b) »Erhebliche« Änderung des Umfangs	48
5. Neuer Auftragnehmer	53
III. Bagatelländerung	56
1. Voraussetzungen der Bagatelländerung	57
2. Begrenzung der Zulässigkeit von Bagatelländerungen	59
IV. Ausnahmsweise zulässige wesentliche Änderungen	61
1. Überprüfungs klauseln oder Optionen	62
a) Typische Überprüfungs klauseln und Optionen in der Praxis	62
b) Insbesondere Chance-Request-Klauseln	70
2. Wechsel des Auftragnehmers unmöglich oder unzumutbar	74
a) Zusätzliche Leistungen erforderlich geworden	75
b) Wechsel des Auftragnehmers nicht möglich	78
c) Wechsel des Auftragnehmers nicht zumutbar	80
d) Begrenzung der Erhöhung und Veröffentlichungspflicht	82
3. Unvorhergesehene Änderung erforderlich	84
4. Ersetzung des Auftragnehmers	87
a) Wechsel des Auftragnehmers im Vertrag vorgesehen	88
b) Wechsel im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung	91
c) Eintritt des Auftraggebers bei Insolvenz des Auftragnehmers	93
D. Änderungen bei Aufträgen, die unter die UVgO fallen	95
E. Besonderheiten bei Rahmenvereinbarungen	97
I. Änderung einer Rahmenvereinbarung nach Erreichen der Obergrenze	98
II. Änderung der Rahmenvereinbarung oder Änderung des Einzelauftrags	103

### A. Ausgangslage

- 1 Einige Aufträge sind nicht mit einer einmaligen Lieferung oder Dienstleistung erledigt, sondern werden für einen längeren Zeitraum geschlossen. Die Überlassung von Lizenzen für proprietäre Software erfolgt z.B. in der Regel für ein Jahr und schließt in diesem Zeitraum eine ständige Pflege und Wartung mit ein. Rahmenvereinbarungen, um ein weiteres Beispiel zu nennen, bieten dem Auftraggeber die Möglichkeit, über einen Zeitraum von mehreren Jahren Einzelaufträge bis zur Höhe einer vorab festgelegten Obergrenze abzurufen.
- 2 Kennzeichen derartiger Aufträge ist, dass der Auftragnehmer für eine bestimmte Dauer die Erbringung von Lieferungen oder Leistungen schuldet. Bei solchen Dauerschuldverhältnissen stellt sich die Frage, wie der Auftraggeber auf Änderungen im Bedarf, die während der Laufzeit der Aufträge eintreten, vergaberechtlich zulässig reagieren darf. Der Auftraggeber kann nämlich nicht immer sicher vorhersehen, wie sich ein Bedarf über einen längeren Zeitraum entwickelt. Wenn zum Beispiel deutlich mehr Mitarbeiter eingestellt werden, als bei Auftragsvergabe für einen Rahmenvertrag zur Lieferung von Arbeitsplatz-PC geschätzt wurde, stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber für den Mehrbedarf in einem Vergabeverfahren einen neuen Vertrag vergeben oder ob er den bestehenden Vertrag auf den Mehrbedarf anpassen darf.
- 3 Sowohl das Unterschwellenvergaberecht wie das GWB-Vergaberecht sehen die Möglichkeit vor, den Auftrag unter Umständen ohne erneutes Vergabeverfahren anzupassen. Welche Umstände das sind, wird in diesem Kapitel dargestellt. Zunächst zeigen wir, dass der Auftraggeber dazu in einem ersten Schritt seine strategischen Überlegungen zusammenfassen sollte, wie er auf eine erforderliche Änderung im Bedarf reagieren will, s.u. B. Die vergaberechtlichen Anforderungen an eine zulässige Vertragsanpassung werden danach dargestellt. Da das Vergaberecht der UVgO in Bezug auf Änderungen während der Vertragslaufzeit auf das GWB-Vergaberecht verweist, wird zunächst das GWB-Vergaberecht erläutert, s.u. C. Diese Erläuterungen, wie die anschließenden Darstellungen zur UVgO, s.u. D., beziehen sich auf Einzelverträge, die als Dauerschuldverhältnis geschlossen werden. Die Besonderheiten, die sich für Rahmenvereinbarungen ergeben, werden unter E. aufgezeigt.

### B. Strategische Vorüberlegungen

- 4 Bevor der Auftraggeber eine Vertragsänderung zur Deckung eines Mehrbedarfs prüft, ist es sinnvoll sich darauf zu besinnen, dass das Vergaberecht verschiedene Möglichkeiten bietet, auf einen plötzlichen Mehrbedarf zu reagieren. Dabei wird unterstellt, dass der Auftraggeber andere Bezugswege – wie zum Beispiel die Ausschöpfung bestehender Rahmenverträge – geprüft und verworfen hat.
  - **Beispiel:**
- 5 Die Vergabestelle der kreisfreien Stadt X in NRW erhält Ende des Jahres 2024 die Anfrage, ob für die Ausstattung neuer Mitarbeiter kurzfristig 20 Laptops beschafft werden kann. Der Auftragswert beträgt ca. 20000 €. Im Jahr zuvor hat-

te die Stadt X einen Rahmenvertrag für bis zu 2.000 Laptops europaweit vergeben. Nach der Prüfung der Vergabestelle sind bislang nur 1.900 Laptops abgerufen worden. In diesem Fall bedarf es keiner neuen Ausschreibung, sondern die 20 Laptops können aus dem bestehenden Rahmenvertrag ohne Änderung abgerufen werden.

Für die Deckung eines Bedarfs über einen laufenden Auftrag hinaus sieht das Vergaberecht verschiedene Werkzeuge vor, deren Anwendung vom Auftragswert der Änderung abhängig ist. Zuerst ist jedoch zu überlegen, ob der ursprüngliche Auftrag, der geändert werden soll, nach dem GWB-Vergaberecht vergeben wurde oder nach dem Unterschwellenvergaberecht. 6

### I. Der zu ändernde Auftrag wurde nach GWB-Vergaberecht vergeben

Wurde der zu ändernde Auftrag nach dem GWB-Vergaberecht vergeben, ergeben sich folgende Möglichkeiten, je nachdem, ob die Änderung »wesentlich ist« oder wie hoch der Auftragswert der Änderung selbst ist: 7

#### 1. Keine wesentliche Änderung im Sinne von § 132 Abs. 1 GWB

Am einfachsten vorzunehmen ist eine Änderung, wenn es sich nicht um eine wesentliche Änderung handelt. Das ist bei äußerst geringfügigen Änderungen der Fall, insbesondere bei geringfügigen Änderungen der Laufzeit. 8

##### ► Beispiel:

Die Vergabestelle der kreisfreien Stadt X in NRW erhält Ende des Jahres 2024 die Anfrage, ob für die Ausstattung neuer Mitarbeiter kurzfristig 20 Laptops beschafft werden können. Der Auftragswert beträgt ca. 20.000 €. Im Jahr zuvor hatte die Stadt X einen Rahmenvertrag für bis zu 2.000 Laptops europaweit vergeben. Nach der Prüfung der Vergabestelle sind bislang 1.800 Laptops abgerufen worden. Die Laufzeit des Vertrages endet mit Ablauf des Jahres 2024. Aus Kapazitätsgründen kann die Vergabestelle den Abruf erst Anfang 2025 vornehmen. Sie bittet daher den Auftragnehmer, die Laufzeit des Vertrages um einen Monat zu verlängern. Dies ist als unwesentliche Änderung zulässig 9

#### 2. 20 %-Kontingent nach § 3 Abs. 9 VgV

Die Variante des 20 %-Kontingents stellt eigentlich keine Änderung eines laufenden Auftrags dar, ist aber durchaus eine strategische Alternative. Sie bietet sich an, wenn der Auftraggeber die Vergabe eines neuen Auftrags plant, der den Auftragsgegenstand umfasst, aber vorab schnell einen Teil beschaffen muss. Hier kann der Auftraggeber ein Los von der anstehenden Ausschreibung aussondern und vorab unterschwellig vergeben. Voraussetzung ist, dass der geschätzte Nettowert des vorab zu vergebenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80.000 € und bei Bauleistungen unter 10

1 Mio. Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 % des Gesamtwertes aller Lose des anstehend zu vergebenden Auftrags nicht übersteigt.

► **Beispiel:**

- 11 Die Vergabestelle der kreisfreien Stadt X in NRW erhält Ende des Jahres 2024 die Anfrage, ob für die Ausstattung neuer Mitarbeiter kurzfristig 20 Laptops beschafft werden können. Der Auftragswert beträgt ca. 20000 €. Im Jahr zuvor hatte die Stadt X einen Rahmenvertrag für bis zu 2.000 Laptops europaweit vergeben. Nach der Prüfung der Vergabestelle sind bislang 1.990 Laptops abgerufen worden. 10 Laptops »fehlen« daher für den Abruf. Eine Option ist nicht vorgesehen. Die Vergabestelle bereitet aber gerade die Ausschreibung eines neuen Rahmenvertrages vor, der erneut 2.000 Laptops umfassen soll. Die Vergabestelle kann von diesem zukünftig zu vergebenden Auftrag bis zu 20 % des Auftragswert als Mengenlos aussondern und vorab unterschwellig vergeben, sofern der Auftragswert dieses Loses unter 80.000 € liegt. Die Vergabestelle kann daher in diesem Fall für die 10 fehlenden Laptops ein unterschwelliges Mengenlos bilden und die 20 Laptops beschaffen. In der anstehenden Ausschreibung werden dann nur noch 1.990 Laptops beschafft.

### 3. Bagatelländerung nach § 132 Abs. 3 VgV

- 12 Eine sogenannte Bagatelländerung eines laufenden Auftrags ist ohne ein erneutes Vergabeverfahren zulässig. Sie ist ebenfalls ohne großen Aufwand durchzuführen. Eine Bagatelländerung liegt vor, wenn die Änderung zwar wesentlich ist, sie aber den Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und ihr Wert einerseits die EU-Schwellenwerte nicht übersteigt sowie andererseits bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 % bzw. bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

► **Beispiel:**

- 13 Die Vergabestelle der kreisfreien Stadt X in NRW erhält Ende des Jahres 2024 die Anfrage, ob für die Ausstattung neuer Mitarbeiter kurzfristig 20 Laptops beschafft werden können. Der Auftragswert beträgt ca. 20.000 €. Im Jahr zuvor hatte die Stadt X einen Rahmenvertrag für bis zu 2.000 Laptops europaweit vergeben. Nach der Prüfung der Vergabestelle sind bislang 1.990 Laptops abgerufen worden. 10 Laptops »fehlen« daher für den Abruf. Eine Option ist nicht vorgesehen. Es steht auch gerade keine Ausschreibung eines neuen Rahmenvertrages für Laptops an.

Die Vergabestelle kann in diesem Fall die fehlenden 10 Laptops als Bagatelländerung des laufenden Rahmenvertrages beschaffen. Die Änderung beträgt weniger als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes und übersteigt die EU-Schwellenwerte nicht.



#### 4. Erhöhung um bis zu 50 % des ursprünglichen Auftragswertes nach § 132 Abs. 2 GWB

Liegt der Wert des Änderungsvertrages oberhalb der Wertgrenzen für das 20 % Kontingent oder der Bagatelländerung, prüft die Vergabestelle, ob die Voraussetzungen einer ausnahmsweise zulässigen Änderung nach § 132 Abs. 2 GWB vorliegen. Das ist z.B. der Fall, wenn die Änderung aufgrund der Kompatibilität zum bestehenden System nur von einem einzigen Unternehmen erbracht werden kann oder durch eine Option im Vertrag bereits angelegt und durch eine einseitige Willenserklärung des Auftraggebers vorgenommen werden kann. 14

##### ► Beispiel:

Die Vergabestelle der kreisfreien Stadt X in NRW erhält Ende des Jahres 2024 die Anfrage, ob für die Ausstattung neuer Mitarbeiter kurzfristig 20 Laptops beschafft werden können. Der Auftragswert beträgt ca. 20.000 €. Im Jahr zuvor hatte die Stadt X einen Rahmenvertrag für bis zu 2.000 Laptops europaweit vergeben. Nach der Prüfung der Vergabestelle sind bislang 1.990 Laptops abgerufen worden, der Rahmenvertrag deckt daher nur 10 der zu beschaffenden 20 Laptops ab. Der Vertrag enthält aber die Option, bis Ablauf des Jahres 2024 bis zu 100 weitere Geräte abzurufen, sollte sich der Bedarf an Mitarbeitern über die geschätzten 2.000 steigern. Die Vergabestelle kann durch einen bloßen Abruf die Option für die fehlenden 10 Laptops ausüben und die 20 Laptops beschaffen. 15

#### 5. Neues Vergabeverfahren erforderlich nach § 132 Abs. 1 GWB

Liegt keine der vorgenannte Alternativen vor, insbesondere weil der Wert der Änderung 50 % des ursprünglichen Auftragswertes übersteigt, ist ein neues Vergabeverfahren erforderlich. Ein solches Verfahren muss aber nicht zwingend eine wettbewerbliche Ausschreibung sein. Die Vergabestelle prüft dann, ob z.B. die Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb vorliegen, etwa bei einer Alleinstellung oder wegen einer besonderen Dringlichkeit. 16

#### II. Der zu ändernde Auftrag wurde unterschwellig vergeben

Wurde der zu ändernde Auftrag nach dem nationalen Vergaberecht unterhalb der EU-Schwelle vergeben, ist Folgendes zu überlegen: 17

Zunächst sollte die Vergabestelle prüfen, ob eine unterschwellige Bagatelländerung ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig ist. Das ist dann der Fall, wenn die Änderung entweder nicht wesentlich ist oder 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 für die Berechnung der 20 % der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich (§ 47 Abs. 2 UVgO). Anderenfalls gelten die oben ausgeführten Überlegungen in Rdn. 10 (vgl. § 47 Abs. 1 UVgO). 18

### C. Änderungen bei Aufträgen, die ins GWB-Vergaberecht fallen

- 19 [...] Sofern der ursprüngliche Auftrag nach den Vorschriften des GWB-Vergaberecht vergeben wurde, richtet sich die Frage, inwieweit Änderungen dieses Auftrags zulässig sind, nach § 132 GWB. Voraussetzung ist, dass eine Änderung während der Vertragslaufzeit vorgenommen werden soll (Rdn. 20 ff.). Danach ist zunächst zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen zu unterscheiden (Rdn. 23 ff.). Unter bestimmten Umständen dürfen auch wesentliche Änderungen ausnahmsweise durchgeführt werden, entweder weil es sich um eine »Bagatelländerung« handelt (Rdn. 56 ff.) oder ein Ausnahmetatbestand nach § 132 Abs. 2 GWB gegeben ist (Rdn. 61 ff.).

#### I. Während der Vertragslaufzeit

- 20 Zunächst ist Voraussetzung, dass die beabsichtigte Änderung während der Vertragslaufzeit eines öffentlichen Auftrags vorgenommen werden soll. Sofern der Vertrag bereits beendet ist, weil z.B. ein einmaliger Lieferauftrag durch ordnungsgemäße Lieferung erfüllt wurde oder ein Dauerschuldverhältnis beendet wurde, kommt die Änderung dieser Aufträge im Nachhinein nicht mehr in Betracht. Für diese Änderungen ist stets erneut ein Vergabeverfahren erforderlich.
- 21 Laufende Dauerschuldverhältnisse, wie unbeendete Rahmenvereinbarungen oder andauernde Dienstleistungsaufträge, können dagegen nach Maßgabe des § 132 GWB geändert werden.
- 22 Fraglich ist, wie mit einer Rahmenvereinbarung umzugehen ist, deren Obergrenze ausgeschöpft ist, bevor das Datum eintritt, an dem die vereinbarte Laufzeit enden soll. Dies werden wir als Besonderheit der Rahmenvereinbarung in Rdn. 97 diskutieren.

#### II. Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen

##### 1. Wesentliche und unwesentliche Änderungen

- 23 Nach der Regelung des § 132 GWB erfordern »wesentliche« Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren. Der Auftraggeber, der eine Änderung vornehmen möchte, muss daher bestimmen, ob die angedachte Änderung eine »wesentliche« Änderung darstellt. Das Gesetz führt dazu aus: »*Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet*« (§ 132 Abs. 1 Satz 2 GWB). Das hilft nicht wirklich weiter, denn jetzt wissen wir nur, dass eine wesentliche Änderung eine erhebliche Änderung darstellt. Was aber ist eine erhebliche Änderung?
- 24 Zunächst kann festgehalten werden, dass jedenfalls die weiteren Beispiele, die § 132 GWB anführt wesentliche Änderungen darstellen. Der erste Schritt des öffentlichen Auftraggebers, der die Änderung eines öffentlichen Auftrags vornehmen will, sollte daher sein zu prüfen, ob seine Änderung einer dieser Fallgruppen entspricht.

Sofern dies nicht der Fall ist, heißt das nicht, dass die Änderung zwingend zulässig ist. 25  
Vielmehr sollte der Auftraggeber als nächstens überlegen, ob die angedachte Änderung bei wertender Betrachtung einer der Fallgruppen gleichkommt. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Auftragsgegenstand ganz oder teilweise ausgetauscht wird.

► **Beispiel:**

Die Vergabestelle hat eine laufende Lizenz für eine Software-Suite mit drei Funktionalitäten. Der Fachbereich möchte nun die eine Funktionalität abkündigen und dafür als Ersatz eine vierte Funktionalität beauftragen. Bei dieser Änderung handelt es sich um eine wesentliche Änderung. 26

Auch erhebliche Eingriffe in die Vertragsbedingungen, wie die Umstellung von on-premise auf Software-as-a-Service, von Subskription auf Kauf oder von einer Abrechnung nach Time & Material auf eine Pauschale sind stets wesentliche Änderungen. 27

## 2. Änderung von Bedingungen des ursprünglichen Vergabeverfahrens

Nach der gesetzlichen Regelung liegt eine wesentliche Änderung insbesondere vor, wenn mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten, die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten. Der öffentliche Auftraggeber muss hier prüfen, ob es im ursprünglichen Vergabeverfahren tatsächlich Bewerber oder Bieter gegeben hat, die an nicht erfüllten Eignungskriterien gescheitert sind oder wegen nicht abgegebener Unterlagen ausgeschlossen worden sind, die aber aufgrund der neuen oder geänderten Bedingungen, wenn sie seinerzeit gegolten hätten, bis in die Angebotswertung gekommen wären.<sup>1</sup> 28

► **Beispiel:**

In einem Verfahren für die Lieferung und Wartung einer Software verlangt die Vergabestelle den Nachweis, dass die Bewerber »Gold Partner« des Herstellers sind. Ein Bewerber, der den Nachweis nicht einreicht, wird vom Verfahren ausgeschlossen. Im Rahmen der Vertragsausführung teilt der Auftragnehmer nach wenigen Monaten mit, dass er ab dem kommenden Monat nicht mehr den Gold-Partner-Status des Herstellers habe, was seiner Einschätzung nach aber für die Vertragsausführung auch gar nicht notwendig sei. Die Vergabestelle kann dieser Änderung nicht zustimmen, da diese eine wesentliche Änderung darstellen würde. Hier muss der Vertrag ggf. beendet und in einem neuen Vergabeverfahren vergeben werden. 29

Ferner liegt eine wesentliche Änderung vor, wenn die neuen Bedingungen, die eingeführt werden sollen, im ursprünglichen Verfahren die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten. Dies ist der Fall, wenn durch die neuen oder geänderten 30

<sup>1</sup> Jaeger, in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 7.

Bedingungen die Zuschlagskriterien, etwaige Bedingungen für Nebenangebote oder besondere Bedingungen für die Vertragsausführung geändert werden.<sup>2</sup>

► **Beispiel:**

- 31 Die Vergabestelle hatte im Rahmen der Ausschreibung von Cloud-Dienstleistungen als besondere Bedingung der Vertragsausführung die Erklärung der Bieter mit der Angebotsabgabe nach der sog. »no spy«-Klausel verlangt, nach der diese nicht einer Jurisdiktion unterliegen, die es ausländischen Geheimdiensten ermöglicht, Zugriff auf die Daten zu nehmen. Im Rahmen der Vertragsausführung erklärt der Bieter, er werde seinen Hauptsitz in die USA verlegen, weshalb die Klausel nicht mehr gelte. Er werde aber technische Maßnahmen ergreifen, die eine Kenntnisnahme der US-amerikanischen Geheimdienste der Daten des Auftraggebers verhindern. Hier muss der Vertrag ggf. beendet und in einem neuen Vergabeverfahren vergeben werden.
- 32 Letztlich geht das Gesetz davon aus, dass eine wesentliche Änderung vorliegt, wenn die neuen Bedingungen im ursprünglichen Verfahren das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten.

► **Beispiel:**

- 33 Die Vergabestelle hat ursprünglich eine Lizenz als on-premise ausgeschrieben. Während der Laufzeit möchte die Fachabteilung die Software cloud-tauglich machen und deshalb auf Software-as-a-Service umstellen. Andere Anbieter als der Hersteller, der in Gebrauch befindlichen Lizenz, haben sich wahrscheinlich nicht am ursprünglichen Verfahren beteiligt, weil sie nur Software-as-a-Service-Lizenzen anbieten. Wegen einer wesentlichen Änderung muss der Vertrag ggf. beendet und in einem neuen Vergabeverfahren vergeben werden.

### 3. Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des AN

- 34 Das wirtschaftliche Gleichgewicht eines Vertrages besteht im Verhältnis der vereinbarten Leistung zur vereinbarten Gegenleistung, dem Entgelt, das in aller Regel durch den Preis der Leistung entweder als Einheitspreis für Leistungselemente oder Gesamtpreis für die Leistung als solche vereinbart wird. Das Gleichgewicht wird zugunsten des Auftragnehmers verändert, wenn der Preis erhöht wird, obwohl die Leistung gleich bleibt oder sogar weniger wird. Ebenso wird das Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers verändert, wenn der Preis gleichbleibt, aber die Leistung reduziert wird. Solche Änderungen sind ohne Durchführung eines vorherigen Vergabeverfahrens unzulässig.

► **Beispiel:**

- 35 Der Auftraggeber schreibt einen Rahmenvertrag zur Lieferung von 1.000 Stück Mobiltelefonen eines Herstellers vom Typ 10 aus. Nach einem Jahr Laufzeit des

<sup>2</sup> Jaeger, in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 8.

Vertrages kommt es zu unvorhergesehenen Lieferschwierigkeiten des Typs 10 beim Hersteller. Daher einigen sich Auftraggeber und Auftragnehmer, dass auch das noch vorrätige Model 9, das Vorgängermodell, das auf dem Markt um 20 % günstiger ist, zum selben Preis zu liefern ist. Hier liegt eine unzulässige Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers vor.

Darüber hinaus kann das Gleichgewicht zwischen Preis und Leistung verändert werden, wenn nicht die Leistung an sich, aber bestimmte andere Elemente des Vertrages verändert werden, welche der Preiskalkulation des Auftragnehmers zugrunde liegen. Hat der Auftragnehmer zum Beispiel Eigenkosten oder Risiken in seinen Preis kalkuliert, von denen er im Nachhinein befreit wird, ist dies ebenfalls eine Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers.

► **Beispiel:**

Das kann der Fall sein, wenn der Auftraggeber im Laufe der Vertragslaufzeit auf eine zunächst geforderte Versicherung verzichtet oder der Auftragnehmer Liefergegenstände zunächst selbst einlagern soll, diese im Nachhinein aber beim Auftraggeber einlagern kann.

Für die Frage, ob eine Änderung des Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers unzulässig ist, kommt es nicht auf die Höhe der Änderung an: jede auch noch so geringe Änderung ist unzulässig.

Allerdings sind nur Änderungen des Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers unzulässig. Zugunsten des Auftraggebers darf das Gleichgewicht jederzeit auch ohne erneute Ausschreibung geändert werden.

► **Beispiel:**

Der Auftraggeber hat einen Dienstleister im Wege eines Vergabeverfahrens beauftragt, 100 Stunden Beratungsleistung zur Entwicklung eines Konzepts zum ethischen Umgang mit AI zu erbringen. Der Gesamtauftragswert liegt bei 15.000 €. Kurz vor Ende der Beratungsleistung stellt sich heraus, dass der Dienstleister noch ca. 10 Stunden mehr braucht, die er bereit ist, ohne Anpassung des Gesamtpreises zu leisten. Diese Änderung ist zulässig.

#### 4. Änderung des Umfangs des öffentlichen Auftrags

Eine wesentliche Änderung des öffentlichen Auftrags liegt ferner dann vor, wenn mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird. Wann eine Änderung des Umfangs (a)) vorliegt und wann eine solche Änderung »erheblich« ist (b)) wird im Folgenden dargestellt:

a) *Änderung des Umfangs*

Unter dem »Umfang« ist einerseits die Menge der vereinbarten Leistungen zu verstehen.

## ► Beispiel:

- 43 Der Auftragnehmer wird damit beauftragt, für ein Jahr 1.000 Lizenzen einer bestimmten Software eines Collaborationstools für die Mitarbeiter des Auftraggebers zu Verfügung zu stellen. Der Auftrag soll um 200 Lizenzen erweitert werden. Hier liegt eine Änderung des Umfangs vor.
- 44 Das schließt nicht nur die Erhöhung des Mengengerüsts ein, das ursprünglich der Ausschreibung zugrunde lag und Grundlage der Kalkulation war. Auch die Verlängerung eines Dauerschuldverhältnisses ist grundsätzlich eine Änderung des Umfangs (zu Besonderheiten des Rahmenvertrages siehe Rdn. 97).

## ► Beispiel:

- 45 Ein Dienstleister ist damit beauftragt, den Auftraggeber als Projektmanager zu einem monatlichen Pauschalpreis bei dem Projekt zur Entwicklung und Inbetriebnahme einer neuen Software zum Austausch von Dokumenten innerhalb eines Rechenzentrumsverbundes zu unterstützen. Wegen unvorhergesehenen Verzögerungen im Projekt soll der Auftrag, der ursprünglich für 24 Monate beauftragt war, um sechs Monate verlängert werden. Hier liegt eine Änderung des Umfangs vor.
- 46 Andererseits ist eine Änderung des Umfangs gegeben, wenn neben den vereinbarten Leistungen zusätzlich weitere Leistungen vereinbart werden.

## ► Beispiel:

- 47 Der Auftraggeber beauftragt einen Dienstleister mit einem Benchmark zur Evaluation der Effektivität für drei seiner Abteilungen. Um die Ergebnisse optimal umsetzen zu können, sollen die Assessoren des Dienstleisters nachträglich damit beauftragt werden, auch im Projekt zu erforderlichen Maßnahmen zu beraten, die aus der Evaluation folgen. Hier liegt eine Änderung des Umfangs vor.

## b) »Erhebliche« Änderung des Umfangs

- 48 Zu den bislang ungelösten Problemen des Vergaberechts gehört die Frage, wann eine Änderung des Umfangs erheblich ist, nur dann liegt nämlich eine wesentliche Änderung vor.
- 49 Eine Änderung des Umfangs ist jedenfalls dann nicht »erheblich«, wenn sie den Vorgaben der Bagatelländerung (s.u. Rdn. 56) entspricht. Ob darüber hinaus noch Spielraum für eine Änderung des Umfangs besteht, die zwar die Bagatelländerung übersteigt, aber trotzdem nicht »erheblich« ist, wird in der juristischen Fachliteratur unterschiedlich beantwortet, da es bislang dazu keine klärende obergerichtliche Rechtsprechung gibt:
- 50 Nach einer Ansicht der »weiten Auslegung« soll im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu bewerten sein, ob mit der vorgenommenen Auftragsenerweiterung bereits vorab

gerechnet werden konnte oder ob es sich aus der Sicht eines verständigen objektiven Marktteilnehmers der Sache nach um einen neuen Auftrag handelt. Nur in letzteren Fall soll eine erhebliche Änderung vorliegen.<sup>3</sup>

Eine andere Ansicht der »engen Auslegung« lehnt dies mit Verweis auf die Erwägungsgründe der EU-Vergaberichtlinien und die Unsicherheit ab, die durch diese »wertende Gesamtbetrachtung« folgt. Nach dieser Auffassung ist jede Änderung des Umfangs, die über die Bagatelländerung hinausgeht, erheblich.<sup>4</sup> 51

Vertretbar sind beide Ansichten, d.h. ein öffentlicher Auftraggeber handelt nicht offensichtlich rechtswidrig, wenn er der weiteren Auslegung folgt und einen Beurteilungsspielraum oberhalb der Bagatellgrenze annimmt, der noch weitere Fälle einer nicht erheblichen Änderung des Umfangs zulässt. Allerdings empfiehlt sich es sich aus Gründen der Rechtssicherheit der engeren Ansicht zu folgen und davon auszugehen, dass jede Erweiterung des Umfangs zugunsten des Auftragnehmers eine erhebliche Änderung darstellt, wenn sie die Bagatelländerung überschreitet. 52

### 5. Neuer Auftragnehmer

Eine wesentliche Änderung in grundsätzlich immer gegeben, wenn ein neuer Auftragnehmer den beauftragten Auftragnehmer ersetzt. 53

#### ► Beispiel:

Der öffentliche Auftraggeber beauftragt ein Unternehmen im Wege eines offenen Verfahrens mit der Lieferung von Lizenzen für eine Software einschließlich Pflege und Wartung. Der Auftragnehmer teilt dem Auftraggeber während der Vertragsausführung mit, dass er den Unternehmensteil, der die Leistungen erbringt, an ein anderes Unternehmen verkauft, das nicht zum Konzern des Auftragnehmers gehört. Da der Vertrag für solche Fälle ein Zustimmungsrecht des Auftraggebers vorsieht, bittet der Auftragnehmer um Zustimmung, dass der Vertrag auf das erwerbende Unternehmen übergeht. Es handelt sich um eine (unzulässige) Änderung des Auftrags durch Ersetzung des Auftragnehmers. 54

Als Ausnahmen gelten nur die in § 132 Abs. 2 GWB besprochenen Ausnahmen. 55

### III. Bagatelländerung

Die Bagatelländerung, auch »de-minimis«-Änderung genannt, stellt von Gesetzes wegen keine wesentliche Änderung dar und ist daher ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig (a)). Bei mehreren Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen für die Berechnung der gesetzlichen Vorgaben maßgeblich (b)). 56

<sup>3</sup> So: Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 132 Rn. 26.

<sup>4</sup> Jaeger, in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 16.

### 1. Voraussetzungen der Bagatelländerung

- 57 Eine Bagatelländerung liegt vor, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung weder die jeweiligen EU-Schwellenwerte übersteigt noch mehr als 10 Prozent bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

#### ► Beispiel:

- 58 Die Vergabestelle der kreisfreien Stadt X in NRW erhält Ende des Jahres 2024 die Anfrage, ob für die Ausstattung neuer Mitarbeiter kurzfristig a) 20 Laptops [b) 30 Laptops] beschafft werden können. Der Auftragswert beträgt ca. 20.000 € [bzw. b) 30.000 €]. Im Jahr zuvor hatte die Stadt X einen Rahmenvertrag für bis zu 2.000 Laptops europaweit vergeben. Nach der Prüfung der Vergabestelle ist die Obergrenze mit 2.000 Laptops abgerufen worden. Eine Option ist nicht vorgesehen, die Laufzeit des Vertrages ist aber noch nicht beendet.

In der Variante a) ist eine Änderung des Vertrages um die Erweiterung von 20 Laptops zulässig, da der EU-Schwellenwert für Lieferleistungen mit einem Auftragswert von 20.000 € nicht überschritten wird und um nicht mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes erweitert werden soll. Die Variante b) dagegen ist unzulässig. Zwar wird der EU-Schwellenwert mit 30.000 € nicht überschritten. Die Änderung beträgt aber mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes.

### 2. Begrenzung der Zulässigkeit von Bagatelländerungen

- 59 Die Anzahl der Bagatelländerungen ist nicht begrenzt. Aber bei mehreren Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen für die Berechnung der gesetzlichen Vorgaben maßgeblich. Das bedeutet, dass der Gesamtwert aller Änderungen weder die jeweiligen EU-Schwellenwerte übersteigen noch mehr als 10 Prozent bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes betragen darf.
- 60 Im oben dargestellten Beispiel bedeutet das, dass die Vergabestelle zweimal 10 Laptops beschaffen darf, insgesamt also 20 Laptops, nicht jedoch zweimal 20 Laptops.

### IV. Ausnahmsweise zulässige wesentliche Änderungen

- 61 Selbst wenn eine wesentliche Änderung im Sinne der vorstehenden Ausführungen gegeben ist, darf eine Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens vorgenommen werden, wenn eine der folgenden Fallgruppen gegeben ist:



## 1. Überprüfungsklauseln oder Optionen

### a) Typische Überprüfungsklauseln und Optionen in der Praxis

Eine Änderung ist zulässig, wenn diese bereits in den Vergabeunterlagen angelegt ist. Das kann einerseits bei einer Option der Fall sein. Optionen sind Vertragsbestimmungen, die einer Partei – oftmals dem Auftraggeber – einseitig ein Recht auf Änderung des Vertrages einräumen. Eine typische Option ist bspw. eine Vertragsverlängerungsoption. 62

#### ► Beispiel:

Nach dem Vertrag hat der Auftraggeber das Recht, durch einseitige Willenserklärung bis drei Monate vor Beendigung der Laufzeit den Vertrag um ein weiteres Jahr zu verlängern. 63

Optionen sind auch sog. Bedarfs- oder Eventualpositionen. Dabei handelt es sich um Leistungen, bei denen zum Zeitpunkt der Erstellung der Leistungsbeschreibung noch nicht feststeht, ob und ggf. in welchem Umfang sie tatsächlich zur Ausführung kommen werden. Die Entscheidung, ob die Leistungen beauftragt werden sollen, fällt der Auftraggeber erst während der Leistungserbringung. Solche Positionen dürfen nur vereinbart werden, wenn ihre Notwendigkeit zum Zeitpunkt der Aufstellung der Leistungsbeschreibung objektiv nicht festzustellen ist und ihr Wert insgesamt nur untergeordneten Anteil am Gesamtauftrag ausmacht.<sup>5</sup> 64

#### ► Beispiel:

Die Leistungsbeschreibung sieht die Lieferung von 5.000 Kopfhörern mit Mikrofon mit USB-Anschluss für die Internet-Telefonie vor. Für den Fall eines unvorhergesehenen Aufwuchses an Mitarbeitern sieht die LB eine Option von bis zu weiteren 2.000 Stück vor. 65

Andererseits kann dies bei einer Überprüfungsklausel der Fall sein. Überprüfungsklauseln räumen üblicherweise beiden Parteien das Recht ein, eine Vertragsbestimmung nach einer bestimmten Zeit zu prüfen und unter bestimmten Voraussetzungen eine Änderung zu vereinbaren. Eine typische Überprüfungsklausel ist zum Beispiel eine Preisanpassungsklausel. 66

#### ► Beispiel:

Der Vertrag regelt, dass Auftraggeber und Auftragnehmer das Recht haben, nach jeweils einem Jahr Vertragslaufzeit zu überprüfen, ob sich die Bedingungen der Preiskalkulation wesentlich geändert haben und in diesem Fall eine Anpassung des Preises auf Basis der ursprünglichen Kalkulation bereinigt um die Änderung zu verlangen. 67

<sup>5</sup> Pauka/Krüger, in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 27.

- 68 Voraussetzung für eine wirksame Option oder Überprüfungs Klausel ist aber stets, dass diese klar, genau und eindeutig formuliert sind, Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten sind und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.

► **Beispiel:**

- 69 Ein Rahmenvertrag für die Lagerung, Betankung und Auslieferung von Arbeitsplatz-PCs eines öffentlichen Auftraggebers ist ein Preis pro Abruf eines PC vereinbart. Der Vertrag soll vier Jahre laufen. Die Parteien haben nach den Vertragsbestimmungen das Recht, nach jeweils einem Jahr Vertragslaufzeit eine Preisanpassung zu verlangen, falls sich die Kalkulationsgrundlagen wesentlich geändert haben sollten. Der Vertrag muss dann auch regeln, wann eine wesentliche Änderung vorliegt (z.B. bei mehr als 10 % Änderung eines Kostenelements gegenüber dem Basisjahr des Zuschlags) und wie die Änderung eindeutig zu bestimmen ist (z.B. durch Referenzierung auf einen passenden, konkret zu benennenden Index des Statistischen Bundesamtes).

*b) Insbesondere Chance-Request-Klauseln*

- 70 Fraglich ist, inwieweit die sog. »Change-Request-Klauseln« zulässige Optionen oder Überprüfungs Klauseln sind, die eine Änderung des Auftrags ohne erneutes Vergabeverfahren ermöglichen. »Change-Request-Klauseln« stellen einen Eskalationsmechanismus zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer dar, der vertraglich vereinbart wird. Dieser Mechanismus soll greifen, wenn sich die Anforderungen des Auftraggebers an die Leistung des Auftragnehmers im laufenden Auftrag ändern. Das kann der Fall sein, wenn sich während der Auftragsausführung Lücken der Leistungsbeschreibung auftun oder der Auftraggeber eine Anordnung für eine Leistung trifft, die so in der Leistungsbeschreibung nicht vorgesehen ist. Für diesen Fall erhält der Auftragnehmer das vertragliche Recht, gegenüber dem Auftraggeber anzuzeigen, dass die Änderung der Leistung auch eine Änderung des Vertrags bedeutet und damit auch eine Änderung der Gegenleistung, etwa eine Erweiterung des vereinbarten Mengengerüsts an Stunden, erforderlich ist.

► **Beispiel:**

- 71 Ein Auftragnehmer wird mit der Programmierung einer App beauftragt, über welche die Mitarbeiter des Auftraggebers, einer Behörde mit Aufgaben der inneren Sicherheit, verschlüsselt dienstlich kommunizieren können. Die App soll nach der Leistungsbeschreibung nur Textnachrichten versenden. Im Laufe der Programmierung ordnet der Auftraggeber an, dass die App auch Bilder verschlüsselt versenden soll. Der Auftragnehmer zeigt an, dass diese Funktionalität nicht in der ursprünglichen Leistungsbeschreibung vereinbart war und fordert eine Änderung der Leistungsbeschreibung und eine entsprechende Erhöhung der Vergütung (»Change Request«).

In aller Regel wird gelten, dass die Change-Request-Klauseln für sich allein nicht bestimmt genug sind, um den Anforderungen der Ausnahmvorschrift des § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu entsprechen. Die Zulässigkeit einer Änderung aufgrund einer Vertragsklausel sieht nämlich vor, dass diese klar, genau und eindeutig formuliert sind sowie konkrete Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten. Das ist bei Change-Request-Klauseln nicht der Fall, da diese nur das Verfahren möglicher Änderungen regeln, aber weder Inhalt und Umfang der Änderungen festlegen. 72

Für jede Änderung, die aufgrund eines Change Requests vorgenommen werden soll, muss daher stets im Einzelnen geprüft werden, ob die Zulässigkeit der Änderung nach einer anderen Variante des § 132 GWB zulässig ist. 73

## 2. Wechsel des Auftragnehmers unmöglich oder unzumutbar

Eine wesentliche Änderung ist ausnahmsweise zulässig, wenn diese Änderung aus zusätzlichen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen besteht, die erforderlich geworden sind und die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, sofern ein Wechsel des Auftragnehmers nach einer neuen Ausschreibung entweder aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann oder mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre. Für diese Voraussetzungen ist Folgendes maßgeblich: 74

### a) Zusätzliche Leistungen erforderlich geworden

Zunächst muss die Änderung aus Leistungen bestehen, die erforderlich geworden sind und die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren. Aus dieser Voraussetzung folgt einerseits, dass die Leistungen »erforderlich« geworden sein müssen. Das bedeutet, dass der Auftraggeber auf diese Leistungen nicht verzichten kann, ohne dass die Erfüllung des Auftrags in Frage steht. Bloße »nice to have«-Zusatzleistungen, die eigentlich nicht erforderlich sind, dürfen nach dieser Variante nicht beauftragt werden. 75

#### ► Beispiel:

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer damit, ein Plug-In für eine standardisierte Textverarbeitungssoftware zu programmieren, mit dem die Mitarbeiter des Auftragnehmers leichter PDF erstellen und austauschen können. Nach Auftragserteilung stellt sich heraus, dass in der Leistungsbeschreibung nicht vorgesehen ist, dass dazu auch ein Button im Menü der Software programmiert werden soll, der die Speicherung des Textes als PDF mit einem Klick im Ordner »Dokumente« auf dem PC des Mitarbeiters ermöglicht. Ohne diesen Button müsste der Mitarbeiter umständlich mehrere Menüpunkte öffnen, um das Plug-In zu nutzen. In diesem Fall erfordert der Zweck der einfachen Bedienbarkeit die zusätzliche Programmierleistung des Buttons. 76

77 Dass diese Leistungen nicht schon in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen sind, ist selbstverständlich, denn sonst würde es sich nicht um eine Änderung i.S.d. § 132 GWB handeln.

*b) Wechsel des Auftragnehmers nicht möglich*

78 Ferner müsste der Wechsel des Auftragnehmers in einem neuen Vergabeverfahren entweder aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen können. Eine wirtschaftliche Unmöglichkeit liegt z.B. vor, wenn die Leistung durch einen anderen als den Auftragnehmer Mehrkosten verursachen würde, die der Auftraggeber nicht finanzieren kann, weil ihm die Haushaltsmittel fehlen und er nicht auf die Aufstellung eines neuen Haushalts warten kann. Die technische Unmöglichkeit setzt voraus, dass aus technischen Gründen nur der Auftragnehmer die Leistung erbringen kann, weil die Leistungen anderer Auftragnehmer nicht kompatibel sind oder Ausschließlichkeitsrechte des Auftragnehmers die Leistung durch andere verhindert.<sup>6</sup>

► **Beispiel:**

79 Der Auftraggeber beauftragt die Änderung einer Software zum Rechnungswesen, mit der bestimmte Abläufe der Software an die Prozesse im Haus des Auftraggebers angepasst werden sollen. Nach Auftragserteilung stellt sich heraus, dass in der Leistungsbeschreibung ein Prozess unzureichend beschrieben ist. Da die Software proprietär ist und die Änderung für diesen Prozess nur der Quellcodeinhaber vornehmen kann, kann die Leistung technisch nur von Auftragnehmer erbracht werden.

*c) Wechsel des Auftragnehmers nicht zumutbar*

80 Alternativ zur objektiven Unmöglichkeit darf die zusätzliche Leistung durch den Auftragnehmer durchgeführt werden, wenn ein Auftragnehmerwechsel aufgrund einer neuen Vergabeverfahrens für den Auftraggeber unzumutbar ist. Dass ist der Fall, wenn dieser mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre. Die Beschaffung der benötigten Leistungen von einem anderen Unternehmen muss dazu zwar möglich, aber beträchtlich schwieriger oder teurer sein als die Beschaffung vom ursprünglichen Auftragnehmer.<sup>7</sup> Pauschale Angaben, ab welchem Wert eine neue Beschaffung als unzumutbar gilt, kann man nicht abgeben. Das bleibt eine Frage des Einzelfalles. Jedenfalls kann man aber als Richtwert davon ausgehen, dass 50 % Mehrkosten gemessen am ursprünglichen Auftragswert unzumutbar sind. Darüber hinaus kommt es auf jeweilige Begründung an. Bei extrem hohen Auftragswerten dürften weniger als 50 % Mehrkosten genügen, um eine Unzumutbarkeit anzunehmen, dann dürften z.B. 30 % vertretbar sein.

<sup>6</sup> Jaeger, in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 35.

<sup>7</sup> Jaeger, in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 132 Rn. 36.

► **Beispiel:**

Der Auftraggeber vergibt die Erstellung und Implementierung eines Privileged Access Managements (»PAM«) für seine komplexe Systemlandschaft, basierend auf einem Open Source Code. Nach der Auftragserteilung an den Auftragnehmer und Beginn der Leistungen stellt sich heraus, dass der Auftraggeber die Richtlinien des PAM ändern muss. Die Mehrleistungen betragen ca. 40 %, würde ein anderer Auftragnehmer die Mehrleistungen erbringen. Da der Auftragswert weit über der EU-Schwelle liegen dürfte, darf davon ausgegangen werden, dass diese Mehrkosten für den Auftraggeber unzumutbar sind. 81

*d) Begrenzung der Erhöhung und Veröffentlichungspflicht*

Werden erforderliche, zusätzliche Leistungen beauftragt, weil der Wechsel des Auftragnehmers objektiv unmöglich oder subjektiv unzumutbar ist, darf der Preis durch die zusätzlichen Leistungen um nicht mehr als 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen. Im letzteren Fall gilt die Beschränkung von 50 % nur einmal. 82

Außerdem ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Änderung im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen. 83

**3. Unvorhergesehene Änderung erforderlich**

Weiterhin ist eine wesentliche Änderung zulässig, wenn die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Auch hier müssen die Leistungen erforderlich sein, also der Auftraggeber auf diese Leistungen nicht verzichten können, ohne dass die Erfüllung des Auftrags in Frage steht. Hat der Auftraggeber die Leistung sorgfältig geplant und die erforderliche Änderung nicht nur aus Fahrlässigkeit nicht eingeplant, kommt es nicht darauf an, ob ein Wechsel des Auftraggebers durch eine neue Ausschreibung unmöglich oder unzumutbar ist. 84

► **Beispiel:**

Der Auftraggeber vergibt das Customizing einer Softwarelösung an den Auftragnehmer. Während der Auftragsausführung teilt der Hersteller der Software überraschend mit, dass die Version der Software, die customized werden soll, end of life gehen wird. Der Auftraggeber muss daher den Auftrag auf eine neuere Version der Software umstellen, um den zukünftigen Support durch den Hersteller sicherzustellen. Die Abkündigung des Supports der ursprünglichen Softwareversion war objektiv nicht durch eine sorgfältige Markterkundung vor Zuschlagserteilung abzusehen. 85

- 86 Die Beauftragung der unvorhergesehen erforderlich gewordenen Leistungen darf den Preis des ursprünglichen Auftrags um nicht mehr als 50 % erhöhen. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen. Im letzteren Fall gilt die Beschränkung von 50 % nur einmal. Außerdem ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Änderung im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

#### 4. Ersetzung des Auftragnehmers

- 87 Der Wechsel des Auftragnehmers ohne neues Vergabeverfahren stellt grundsätzlich eine unzulässige Auftragsänderung dar. Davon macht § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB drei Ausnahmen:

##### *a) Wechsel des Auftragnehmers im Vertrag vorgesehen*

- 88 Eine Änderung ist zulässig, wenn diese bereits in den Vergabeunterlagen als Option oder Überprüfungsklausel angelegt ist (siehe Rdn. 105).

##### ► Beispiel:

- 89 Der Auftraggeber sieht in seinen Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) vor, dass er den Auftrag an den zweitbesten Bieter des Vergabeverfahrens erteilen kann, falls der Vertrag mit dem Bestbieter und Auftragnehmer während der Vertragslaufzeit gekündigt wird. Dieser Regelung stimmt auch der zweitbeste Bieter zu.
- 90 Selbstverständlich muss das Unternehmen, das den Auftragnehmer ersetzen soll, sämtliche Eignungskriterien erfüllen, die auch im ursprünglichen Vergabeverfahren gegolten haben.

##### *b) Wechsel im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung*

- 91 Ein Wechsel des Auftragnehmers ohne erneutes Vergabeverfahren ist ferner zulässig, wenn dies aufgrund einer Unternehmensumstrukturierung erfolgt. Darunter sind zum Beispiel die Übernahme durch ein anderes Unternehmen, der Zusammenschluss mit einem anderen Unternehmen, Erwerb durch ein anderes Unternehmen oder die Umstrukturierung aufgrund einer Insolvenz zu verstehen. Der neue Auftragnehmer muss selbstverständlich die Eignungskriterien erfüllen, die im ursprünglichen Vergabeverfahren gegolten haben. Außerdem darf in diesem Zusammenhang keine weitere wesentliche Änderung vorgenommen werden, d.h. der Vertragsinhalt bleibt gleich, es ändert sich nur der Vertragspartner.

##### ► Beispiel:

- 92 Der Auftragnehmer vermietet dem Auftraggeber Lizenzen für eine Virenschutz-Software. Er nimmt eine Umstrukturierung seines Konzerns vor, in dem er eine Tochtergesellschaft ausgründet, auf die er den öffentlichen Auftrag des Auftraggebers überträgt. Erfolgt dies nach Zuschlag, ist die Übertragung zulässig, wenn

das Tochterunternehmen geeignet ist und sonst keine wesentlichen Änderungen vorgenommen werden. Erfolgt die Ausgründung vor Vertragsschluss, ist die Übertragung nicht zulässig, wenn diese nicht im Vertrag als Option berücksichtigt wird.<sup>8</sup>

### c) Eintritt des Auftraggebers bei Insolvenz des Auftragnehmers

Der Wechsel des Auftragnehmers ist ferner zulässig, wenn der Auftragnehmer des ursprünglichen Auftrags insolvent wird und der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt. 93

#### ► Beispiel:

Der Auftraggeber beauftragt den Hauptauftragnehmer mit der Erstellung und dem Betrieb einer Software-Suite, mit welcher der Auftraggeber bestimmte IT-Sicherheitsparameter in seinem IT-System überwachen kann. Den größten Teil der Leistungen überträgt der Hauptauftragnehmer auf einen Unterauftragnehmer. Der Hauptauftragnehmer nimmt im Wesentlichen nur die PMO-Leistungen und einige untergeordnete Programmierleistungen wahr. Nach einigen Monaten geht der Hauptauftragnehmer insolvent und kann seine Leistungen nicht mehr erbringen. Der Auftraggeber, der die Leistungen des Hauptauftragnehmers mit eigenem Personal erbringen kann, tritt als Auftraggeber in den Vertrag mit dem Unterauftragnehmer ein. 94

## D. Änderungen bei Aufträgen, die unter die UVgO fallen

Für die Änderung eines öffentlichen Liefer- oder Dienstleistungsauftrags gilt die Oberschwellenregelung des § 132 GWB entsprechend. 95

Abweichend ist nur bestimmt, dass die Bagatelländerung zulässig ist, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung nicht mehr als 20 % (oberschwellig: 10 %, siehe Rdn. 57) des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist auch unterschwellig der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich. 96

## E. Besonderheiten bei Rahmenvereinbarungen

Rahmenvereinbarungen werfen häufig besondere Fragen auf. Im Zusammenhang mit der Änderung von Rahmenvereinbarungen ist fraglich, ob eine Rahmenvereinbarung noch geändert werden kann, wenn die Obergrenze ausgeschöpft ist, bevor das Datum eintritt, an dem die vereinbarte Laufzeit enden soll. Ferner stellt sich die Frage, ob sich die Änderung auf die Rahmenvereinbarung oder den Einzelauftrag beziehen muss. 97

<sup>8</sup> Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 132 Rn. 66.

Darüber hinaus ist zu betrachten, ob die bloße Verlängerung eines Rahmenvertrages oder eines Einzelauftrags eine ggf. wesentliche Änderung des Umfangs darstellt.

### I. Änderung einer Rahmenvereinbarung nach Erreichen der Obergrenze

- 98 Der EuGH hat entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber in einem Rahmenvertrag eine Obergrenze angeben muss und dieser Rahmenvertrag »seine Wirkung verliert, wenn diese Obergrenze erreicht ist«. Fraglich ist, was das genau bedeutet, wenn der öffentliche Auftraggeber während der Laufzeit des Rahmenvertrages die Obergrenze erreicht.
- 99 Bei enger Auslegung der Formulierung, dass der Rahmenvertrag seine »Wirkung« verliert, ist davon auszugehen, dass der Rahmenvertrag jede Rechtswirkung verliert, also in dem Moment aufhört zu existieren, in dem die vereinbarte Menge die Obergrenze erreicht. Selbst wenn dann im Vertrag eine längere Laufzeit angegeben ist, geht der Vertrag unter. Eine Änderung des Vertrages wäre dann nicht mehr möglich, da die Regelung des § 132 GWB eine Änderung »während der Vertragslaufzeit« vorsieht.
- 100 Die besseren Gründe sprechen jedoch dafür, dass der Rahmenvertrag bei Erreichen der Obergrenze lediglich seine vergaberechtliche Wirkung verliert und die zivilrechtliche Laufzeit damit nicht beendet wird. Grund dafür ist, dass der EuGH in seiner Entscheidung lediglich die EU-Vergaberechtlinien auslegt und nicht das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Er hatte damit wahrscheinlich gar nicht vor Augen, dass sich die Frage stellt, ob ein Vertrag nach Erreichen der vergaberechtlichen Obergrenze zivilrechtlich noch weiterlaufen kann.
- 101 Im Ergebnis läuft der Vertrag damit zivilrechtlich weiter, auch wenn die Obergrenze erreicht ist. Eine Änderung nach § 132 GWB ist daher auch noch möglich, solange die vereinbarte Laufzeit des Vertrages nicht beendet ist.

#### ► Beispiel:

- 102 Ein Auftraggeber vergibt einen Rahmenvertrag zur Lieferung von Laptops, dessen Obergrenze bei 5.000 Stück liegt und dessen Laufzeit vier Jahre beträgt. Nach bereits 3,5 Jahren hat der Auftraggeber 5.000 Laptops abgerufen. Einen Monat später meldet der Bedarfsträger des Auftraggebers einen Bedarf von weiteren 100 Laptops bis zum Ablauf der ursprünglich geplanten Laufzeit. Die Änderung darf noch nach Maßgabe des § 132 GWB vorgenommen werden, da die zivilrechtliche Laufzeit nicht beendet ist.

### II. Änderung der Rahmenvereinbarung oder Änderung des Einzelauftrags

- 103 Nach § 132 GWB sind Änderungen wesentlich und bedürfen eines neuen Vergabeverfahrens, die dazu führen, dass sich »der öffentliche Auftrag« erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Bei einer Rahmenvereinbarung kann sowohl die Rahmenvereinbarung als auch ein Einzelauftrag nach § 132 GWB geändert werden.



**► Beispiel:**

Ein Auftraggeber vergibt an den Auftragnehmer einen Rahmenvertrag zur Lieferung von Laptops, dessen Obergrenze bei 5.000 Stück liegt. Er ruft in mehreren Einzelaufträgen 4.900 Laptops ab. Kurz vor Ende der vereinbarten Laufzeit ruft er erneut 100 Laptops ab und erreicht damit die Obergrenze. Kurz danach, aber noch vor Lieferung der letzten 100 Laptops und vor Ende der vereinbarten Laufzeit meldet die Fachabteilung einen weiteren Bedarf von 20 Laptops. Der Auftraggeber kann nun prüfen, ob er den letzten Einzelauftrag nach § 132 GWB ändern und 20 weitere Laptops abrufen darf, oder ob er den Rahmenvertrag nach § 132 GWB ändern darf und einen erneuten Einzelabruf über 20 Laptops erteilt. Beide Varianten sind zulässig. 104

Bei Rahmenvereinbarungen kann in die Allgemeinen Vertragsbedingungen für unvorhergesehene Mengenänderungen eine Klausel aufgenommen werden, die eine sog. »strategische Bedarfsreserve« enthält, denn die Obergrenze der Rahmenvereinbarungen muss nicht der Auftragswertschätzung entsprechen, sie kann diese überschreiten. 105