

UPDATE VERGABERECHT

ANFORDERUNGEN AN AUFTRAGNEHMERWECHSEL

VK Bund, Beschluss vom 03.08.2021 - VK 2-41/21

Mehrere öffentliche Auftraggeberinnen (AG) schlossen nach Durchführung einer europaweiten Ausschreibung einen Rahmenvertrag über die Beschaffung eines Markenportals als „Software as a Service“ (SaaS) mit einem Bieter (B1) ab. Nach Insolvenz des B1 wurde der Vertrag von einem Dritten (B2) im Zuge eines Asset-Deals übernommen. Daraufhin erfolgte eine Änderung der Rechtsform von B2. Zuletzt lagerte die B2 ihr Kundengeschäft durch eine „Ausgliederung zur Aufnahme gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG“ auf eine hundertprozentige Tochtergesellschaft (B3) aus. Die AG vergaben durch Einzelabruf einen Auftrag an B3. Mit einem Nachprüfungsantrag wandte sich der Mitbewerber (M) hiergegen.

Ohne Erfolg! Nach Auffassung der VK Bund habe B2 den Rahmenvertrag zunächst wirksam übernommen. Nach § 135 Abs. 2 GWB sei die absolute Frist von sechs Monaten, in der eine Unwirksamkeit des Auftragnehmerwechsel hätte geltend gemacht werden können, für alle Vorgänge (insbesondere die Übertragung des Vertrags von B1 zu B2) bereits verstrichen. Auch die Änderung der Gesellschaftsform von B2 stelle keine Vertragsänderung dar, da der Vertragspartner nur seine Rechtsform geändert habe, aber identisch geblieben sei. Die Auslagerung des Geschäfts von B2 auf B3 im Zuge einer Umstrukturierung bedurft nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. b) GWB keines neuen Vergabeverfahrens, denn die Tatsache, dass ein Unternehmen Partner eines öffentlichen Auftrags ist, könne nicht indirekt zu einem Verbot von Unternehmensumstrukturierungen führen. Auch aus den zivilrechtlichen Nichtigkeitsnormen der §§ 134, 138 BGB folge keine Nichtigkeit, da kein „kollusives Zusammenwirken“ zwecks Umgehung des Vergaberechts von AG und B3 bzw. deren Rechtvorgängerinnen ersichtlich sei. Der streitige Auftrag stelle einen Einzelabruf aus der Rahmenvereinbarung dar und bedurft infolgedessen keines gesonderten Vergabeverfahrens.

Bedeutung für die Praxis

Die Regelung des § 132 GWB zur Anpassung laufender Verträge hat eine hohe praktische Relevanz. Da Mitbewerber oftmals keine Kenntnis von Vertragsänderungen erlangen, ist diese Norm bislang gleichwohl nur selten Gegenstand von Nachprüfungsverfahren. Auch wenn die VK Bund in dieser Entscheidung im Ergebnis die Zulässigkeit der hier streitigen Auftragnehmerwechsel bejaht hat, macht die Entscheidung deutlich, dass ein Wechsel des Auftragnehmers in der Regel vergaberechtlich problematisch und nur in sehr engen Grenzen möglich ist.