

Update Vergaberecht

Kalkulation kann auch bei Änderungsoptionen zumutbar sein

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2021 – Verg 16/21

Auftraggeberin A schrieb einen Auftrag zur Luftrettung im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Die Leistung umfasste den Betrieb eines Rettungshubschraubers, der an jedem Tag des Jahres frühestens ab Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang plus 30 Minuten vorzuhalten war. Zudem war in den Vergabeunterlagen die Pflicht des Auftragnehmers vorgesehen, nach entsprechender Aufforderung und Bedarfsdefinition durch den Auftraggeber ein Angebot für eine Ausweitung auf einen 24h-Betrieb zu „angemessenen Konditionen“ vorzulegen. A wurde für den Fall, dass dieses optionale Angebot „inhaltlich und preislich erkennbar unangemessen“ wäre, ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt. Bieterin B rügte erfolglos u.a. das Sonderkündigungsrecht des A. Gegen die Zurückweisung ihres Nachprüfungsantrags legte B sofortige Beschwerde ein.

Ohne Erfolg! Das OLG Düsseldorf bestätigt, dass kein Verstoß gegen das u.a. aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herzuleitende Gebot vorliegt, die Vergabeunterlagen so zu gestalten, dass den Bietern eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation zumutbar ist. Unzumutbar sei eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß, das Bietern typischerweise obliegt, hinausgehen und damit den Bieter entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben unangemessen belasten. Ob eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar sei, bestimme sich nach dem Ergebnis einer Abwägung aller Interessen der Bieter und des öffentlichen Auftragnehmers im Einzelfall. Vorliegend ergebe die Abwägung, dass keine unzumutbare Kalkulation vorliege. B habe sich bei Angebotsabgabe ohne Weiteres auf eine Möglichkeit der Erweiterung des Flugbetriebs einstellen können, zumal diese im Angebot noch nicht einzukalkulieren gewesen sei. Auch das Sonderkündigungsrecht mache die Kalkulation nicht unzumutbar, da das Risiko einer vorzeitigen Vertragsbeendigung jedes Vertragsverhältnis betreffe und ohne Weiteres kalkuliert werden könne. Zudem bestehe bei einer Vertragsbeendigung aufgrund des Sonderkündigungsrechts die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung.

Bedeutung für die Praxis

Nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf dürfen Änderungsoptionen und Sonderkündigungsrechte des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen vorgesehen werden, soweit diese von den Bietern in zumutbarer Weise in der Kalkulation berücksichtigt werden können. Auftraggeber sollten Vertragsklauseln daher darauf prüfen, ob eine Kalkulation zumutbar ist. Der Beschluss bietet einen abstrakten Leitfaden, wann vertragliche Regelungen eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar machen. Konkret kommt es danach auf eine Abwägung der Interessen anhand der Umstände des Einzelfalls an. Hier dürften die gesetzliche Risikoverteilung, die finanzielle Bedeutung des Risikos und die Frage, ob Wagnisaufschläge jedenfalls abschätzbar wären, eine Rolle spielen. Das Gericht deutet sodann an, dass die Überprüfbarkeit ggf. unwirksamer Vertragsklauseln zu deren Zumutbarkeit führen können.