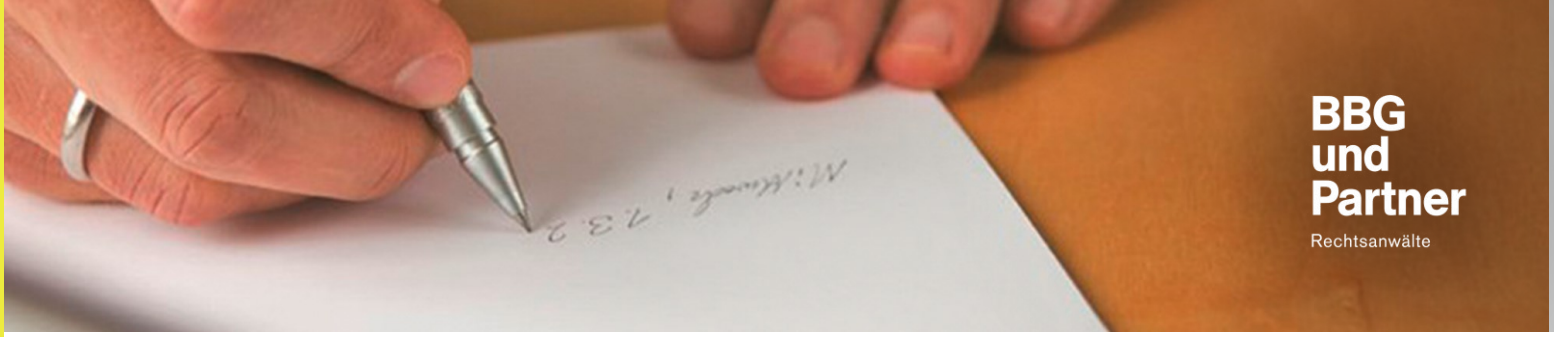

Update Vergaberecht

Kündigungspflicht bei Altverträgen?

VK Thüringen, Beschluss vom 19.01.2024 – 5090-250-4003/401

Der Auftraggeber A beauftragte 2003 ein und 2010 drei weitere Unternehmen mit der Erbringung von Rettungsdiensten. Die Verträge hatten eine Vertragslaufzeit von vier bzw. sechs Jahren und verlängerten sich jährlich um jeweils ein Jahr, soweit die Parteien nicht kündigten, was bisher nicht erfolgte. Mehrfach wurden Ergänzungsvereinbarungen über das zu erbringende Einsatzvolumen und die Vergütung mit allen Unternehmen geschlossen. Die Wettbewerberin W erkundigte sich bei A im Jahr 2021 schriftlich, wann die Leistungen das nächste Mal ausgeschrieben würden, erhielt aber keine Antwort. 2022 stieg der Bedarf, sodass der A die B - ein Unternehmen bestehend aus den vier Unternehmen - mit der Anschaffung weiterer Rettungsfahrzeuge und Einsatzzeiten beauftragte, ohne eine Laufzeit zu bestimmen. Ein förmliches Vergabeverfahren erfolgte hierzu nicht. A berichtete aber über die Beschaffung auf ihrer Homepage. W beantragt daraufhin die Nachprüfung bei der Vergabekammer.

Mit Erfolg! Der A wird zur Neuausschreibung verpflichtet. Die Beauftragung der B sei rechtswidrig. Zudem seien die Altverträge gemäß § 154 Nr. 4 i.V.m. § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu kündigen. Zwar bestehe nach § 133 GWB grundsätzlich keine Pflicht der A, einen bestehenden Altvertrag, der nach heutigem Recht gegen das Verbot unbegrenzter Konzessionsverträge (§ 3 KonzVgV) verstoße, zu kündigen, um ein rechtskonformes Vergabeverfahren unter den aktuellen Rahmenbedingungen durchzuführen, da hiernach ein Ermessen über die Kündigung der Altverträge eingeräumt werde. Dieses Ermessen sei hier aber auf null reduziert. Denn es läge eine wesentliche Vertragsänderung i.S.d. § 132 GWB vor, die die Kündigung nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB eröffne. Durch die Beauftragung der B sei eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als neue Vertragspartnerin mit eigener Rechtspersönlichkeit als Rechtsnachfolgerin in die weiter ausgeweiteten Altverträge eingetreten. Ist die Vertragsänderung nicht von dem ursprünglichen Auftrag abgrenzbar, weil die Änderung die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten insgesamt betrifft, sei der gesamte Vertrag zu kündigen. Da die ursprünglichen Unternehmen über die B die Leistungen weiter erbringen würden, läge eine Scheinkonzession vor. Denn B sei selbst nicht handlungsfähig. Damit sei eine Abgrenzung zu den Altverträgen nicht möglich und sie seien zu kündigen.

Bedeutung für die Praxis

Die Vergabekammer behandelt neben der Nichtigkeit eines vergaberechtswidrig neu abgeschlossen Vertrages nach § 135 GWB auch eine Pflicht zur Kündigung vergaberechtswidrig geschlossener Altverträge nach § 133 GWB. Eine solche Pflicht (d.h. ein auf null reduziertes Ermessen) dürfte allerdings nur in besonderen Konstellationen in Betracht kommen. Es bleibt daher abzuwarten, ob andere Nachprüfungsinstanzen in vergleichbaren Konstellationen ebenfalls eine Kündigungspflicht annehmen werden.