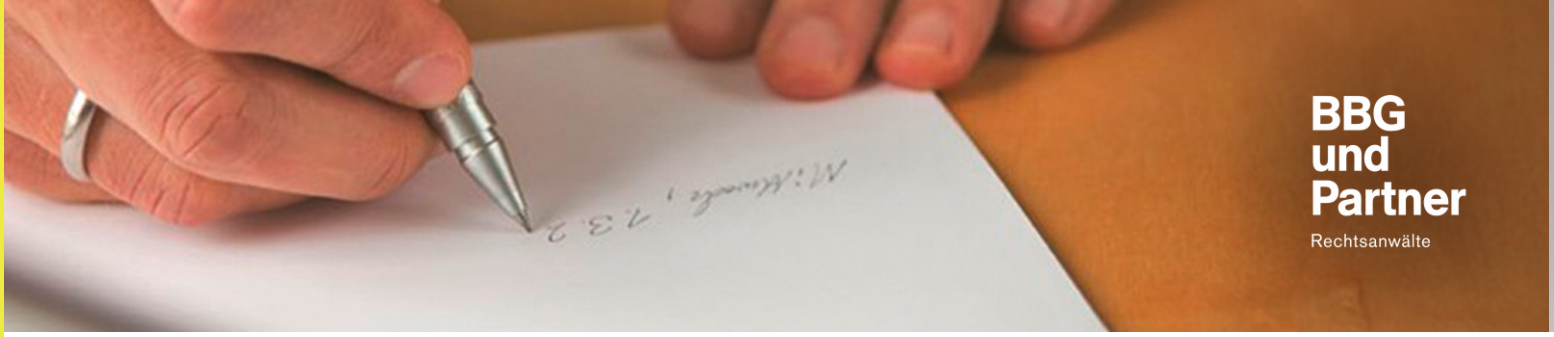

Update Vergaberecht

Ausschreibung offener Restleistungen nach Kündigung

BayOblG, Beschluss vom 21.02.2024 – Verg 5/23

Ein Auftraggeber (A) kündigte den Vertrag mit seinem Auftragnehmer (B) und beabsichtigte, ein anderes Unternehmen mit den offenen Restleistungen des gekündigten Vertrags direkt zu beauftragen. A sah sich hierzu nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB berechtigt, wonach eine Änderung eines öffentlichen Auftrags dann nicht wesentlich ist und kein neues Vergabeverfahren erfordert, wenn sie aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Nachdem A vor der Vergabekammer unterlag, legte er sofortige Beschwerde ein.

Ohne Erfolg! § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB sei, so das BayOblG, in der hiesigen Konstellation schon nicht anwendbar. Denn trotz der erfolgten Kündigung des Vertrags mit B handele es sich um einen Fall der Ersetzung des Auftragnehmers während der Vertragslaufzeit. Nach der Systematik des § 132 GWB könne in einem solchen Fall der Auftragnehmer ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nur unter den - hier nicht vorliegenden - Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB ersetzt werden. Insbesondere hielt es das BayOblG für möglich, dass A mithilfe einer sog. Überprüfungsklausel im Sinne von § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Nr. 4 lit. a) GWB Vorsorge für die Vertragskündigung hätte treffen können. Da die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB hier nicht vorlägen, dürften die Restleistungen nicht direkt vergeben werden, sondern müssten öffentlich ausgeschrieben werden.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung überzeugt und ist angesichts des Wortlauts und der Systematik von § 132 GWB wenig überraschend. Nicht entscheiden musste das BayOblG die Frage, ob die beabsichtigte Direktbeauftragung des Dritten zulässig wäre, wenn es bereits ein Vertragsverhältnis des A mit diesem Dritten gegeben hätte und dieses um die gekündigten Leistungen erweitert worden wäre. Diese Vorgehensweise könnte ggf. dann zulässig sein, wenn der Gesamtcharakter des dortigen Auftrags durch die Auftragserweiterung nicht verändert würde. In jedem Fall aber sollten Auftraggeber bei der Vertragsgestaltung großen Wert darauf legen, mögliche Störungen während der Vertragslaufzeit zu antizipieren und in den Vertragsunterlagen entsprechende Änderungsmechanismen vorzusehen, mit denen auf die Störungen reagiert werden kann. Nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB müssen solche Klauseln exakt formuliert sein und klare Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Anpassungen enthalten. Eine derartige Klausel kann auch die Ersetzung eines Auftragnehmers durch einen anderen Auftragnehmer regeln, vgl. § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a) GWB. Ohne eine solche Regelung sind offene Restarbeiten eines öffentlichen Auftrags nach erfolgter Kündigung desselben öffentlich auszuschreiben. Auf „unvorhergesehene Umstände“ im Sinne des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB können sich Auftraggeber dann nicht berufen.