

GPA-Mitteilung 12/2001

Az. 045.011; 045.014

01.12.2001

Pflicht zur Ausschreibung bei Verlängerung von Dienstleistungsverträgen

In vielen Bereichen (z.B. Gebäudereinigung, Kanalreinigung, Entsorgung) gibt es bei kommunalen Dienstleistungsverträgen, die teilweise schon seit langer Zeit bestehen und deren Laufzeit sich durch Option oder Nichtkündigung verlängert. Es stellt sich die Frage, ob die Fortsetzung solcher Vertragsverhältnisse durch Nichtausübung des Kündigungsrechts, durch Wahrnehmung einer Option oder im Wege einer von vornherein geplanten oder später verabredeten Vertragsverlängerung einen Beschaffungsvorgang darstellt, der möglicherweise ausschreibungspflichtig ist. Dabei sind vergaberechtliche und haushaltsrechtliche Aspekte zu berücksichtigen:

Vergaberecht

Grundsätzlich müssen die öffentlichen Auftraggeber Dienstleistungen ab den EU-Schwellenwerten im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren beschaffen (§ 97 Abs. 1 GWB). Dabei sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln und die Unternehmen haben einen Rechtsanspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch die Auftraggeber (§ 97 Abs. 4 und 7 GWB). Unterhalb der Schwellenwerte gilt landesrechtlich der Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung nach § 31 GemHVO.

Die in der Praxis schwierige Frage nach dem Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs, also ob eine Dienstleistung neu beschafft oder lediglich ein bestehendes Vertragsverhältnis fortgesetzt wurde, ist in der Rechtsprechung bisher noch nicht eindeutig geklärt. Allerdings lassen sich aus zwei Gerichtsbeschlüssen jüngeren Datums Anhaltspunkte für die Lösung dieser Frage ableiten (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.02.2001, VergabeR 2001, 210, sowie OLG Celle, Beschl. v. 04.05.2001, VergabeR 2001, 325).

In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall wurde ein bestehender Vertrag zwar nicht gekündigt, aber es wurde seine Verlängerung ausdrücklich vertraglich vereinbart. Dies

stehe jedenfalls dann, wenn eine mehrjährige Prolongation stattfindet, in ihren rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen dem Neuabschluss gleich und unterfalle somit dem Vergaberecht. Dies insbesondere deswegen, weil die Parteien in dem Änderungsvertrag den Auftragsinhalt gegenüber dem Ursprungsvertrag in wesentlichen Punkten abgeändert haben. Das OLG Celle hatte über einen Fall zu entscheiden, bei dem es nur um die (im Wesentlichen unveränderte) Fortsetzung eines bestehenden Vertragsverhältnisses ging. Eine bloße vereinbarungsgemäße (jährliche) Verlängerung eines Vertrags, soweit er nicht gekündigt wird, stelle keine de-facto-Vergabe dar. In dem Gebrauchmachen von einer Option durch den Auftraggeber oder dem Unterlassen einer Kündigung liege noch kein neuer Vertragsabschluss; der ursprüngliche Vertrag werde lediglich fortgesetzt. Dies sei vergaberechtlich irrelevant.

Diesen Entscheidungen lässt sich entnehmen: Das Vergaberecht knüpft die Ausschreibungspflicht an die Begründung neuer vertraglicher Pflichten. Die Nichtkündigung eines laufenden Vertrags oder die Ausübung eines Optionsrechts für die Vertragsverlängerung sind daher grundsätzlich keine Auftragsvergabe i.S. des Vergaberechts. Soll ein ursprünglicher Vertrag aber in wesentlich veränderter Form fortgesetzt werden, handelt es sich um eine neue Auftragsvergabe.

Für die Praxis bleibt festzuhalten, dass der öffentliche Auftraggeber **vergaberechtlich** nicht gehalten ist, Verträge - auch solche mit längerer Laufzeit - zu beenden und die erbrachten Leistungen neu auszuschreiben (zur haushaltsrechtlichen Sicht s.u.). Sobald sich der Vertragsgegenstand aber wesentlich ändern soll, ist eine Neuausschreibung erforderlich.

Haushaltsrecht

Daneben ist aber auch das Haushaltsrecht zu beachten. In den Fällen der Vertragsverlängerung stehen die Interessen öffentlicher Auftraggeber gegen die potenzieller Auftragnehmer. Einerseits kann es kaum sinnvoll sein, bei jeder Fortsetzung eines bestehenden Vertragsverhältnisses ein erneutes Ausschreibungsverfahren durchzuführen, andererseits muss eine Zementierung bestehender Vertragsverhältnisse unter Ausschluss von Mitbietern unterbleiben. Durch länger andauernde Verträge darf jedenfalls der Wettbewerb nicht behindert oder gar ausgeschlossen werden. Hier kann sich ein Handlungsbedarf aus den haushaltsrechtlichen Vorschriften ergeben. Der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (§ 77 Abs. 2 GemO) verlangt nämlich, dass für Leistungen nur marktgerechte Preise gezahlt werden. Wenn diese über einen längeren Zeitraum nicht mehr dem Wettbewerb unterworfen wurden, kann der Nachweis der Wirtschaftlichkeit der Leistung als nicht (mehr)

erbracht angesehen werden mit der Folge, dass (erneut) ein Wettbewerb durchzuführen ist.

Die Befürchtungen, die mancherorts vorgetragen werden, dass bei einem erneuten Wettbewerb schlechtere Konditionen zu erwarten sind, erweisen sich regelmäßig als unzutreffend. Üblicherweise haben die Firmen einen sehr genauen Überblick über ihre Kosten und beenden bei (drohender) Unrentierlichkeit schon von sich aus das Vertragsverhältnis oder es werden nicht alle vereinbarten Leistungen erbracht. Die Öffnung des Wettbewerbs birgt oftmals sogar die Chance einer Verbesserung.

Laufzeit von Verträgen

Eine allgemeingültige Empfehlung zur Laufzeit von Verträgen kann nicht gegeben werden. In jedem Einzelfall müssen die Vorteile gegen die Nachteile abgewogen werden. Für kurze Vertragslaufzeiten spricht insbesondere, dass die Verträge problemlos an veränderte Verhältnisse angepasst werden können und den Leistungen aufgrund der regelmäßigen Durchführung des Wettbewerbs gültige Marktpreise zugrunde liegen. Dagegen spricht der jeweils mit der Durchführung eines Wettbewerbs verbundene (personelle und finanzielle) Aufwand. Auch die Kosten eines Anbieterwechsels werden oft unterschätzt: Bei den „auslaufenden“ Leistungserbringern entstehen bisweilen Probleme und dem Nachfolger muss zunächst eine „Einarbeitungszeit“ zugestanden werden. Gegenüber einem befristeten Vertrag hat ein unbefristeter Vertrag mit Kündigungsmöglichkeit den Vorteil, dass er nicht zu einer vorbestimmten Zeit endet und deshalb insgesamt flexibler gehandhabt werden kann. Dies fordert allerdings auch Disziplin bei der (regelmäßigen) Überprüfung der Angemessenheit, um die vorgenannten Schwierigkeiten zu vermeiden. Bei der Gebäudereinigung geht man z.B. davon aus, dass der Nachweis der Wirtschaftlichkeit nach Ablauf von ca. 4 - 5 Jahren als nicht mehr erbracht angesehen werden kann.