

von Birgit Gressner

Ausschreibung unbefristeter Verträge: verboten oder erlaubt? - Standortbestimmung zwischen EuGH, VK Bund und Gesetz

In vielen Vergabestellen besteht große Unsicherheit, ob es generell zulässig ist, unbefristete Verträge abzuschließen. Dies ist auch mangels gesetzlicher Laufzeitbeschränkung für Einzelverträge vergaberechtlich umstritten. Sind fehlende Angaben zum Ausmaß der Verlängerungsmöglichkeit generell ein grundlegender Ausschreibungsmangel, wie die VK Bund für Briefpostdienstleistungen entschied? Widersprechen unbefristete Verträge per se dem Wettbewerbsgedanken als tragendem Prinzip des Vergabeverfahrens gemäß § 97 Abs. 1 GWB? Ist der EuGH in seinem Urteil presstext Nachrichtenagentur GmbH in diesem Sinne zu verstehen? Wir meinen "nein" und laden Sie zur Diskussion über unsere Argumente ein.

1. Unterschied zwischen Rahmenvereinbarung, Konzession und Einzelvertrag

RL 2014/24/EU Art 33 Abs. 1 Satz 3, § 21 VgV, § 3 KonzVG

Während die Laufzeit für Konzessionen und Rahmenvereinbarungen klar durch die entsprechenden Verordnungen bzw. die Vergaberichtlinie beschränkt wird, gibt es keine entsprechende Laufzeitbeschränkung für Einzelverträge.

Die dem Haushaltsrecht zu entnehmenden Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit legen zwar eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung von (Einzel)Verträgen nach Ablauf von fünf Jahren nahe, aber eine maximale Vertragslaufzeit ist in §§ 55, 7 Abs 2 BHO/LHO nicht geregelt. Letztlich kann eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ja durchaus auch zu einer Vertragsverlängerung bzw. dem Verzicht auf eine Kündigung in Bezug auf einen Einzelvertrag führen.

Als Grund für die Laufzeitbegrenzung bei Rahmenvereinbarungen leuchtet ein, dass dem Wettbewerb nur für einen begrenzten Zeitraum eine beliebige Menge an öffentlichen Aufträgen entzogen werden soll.

In der Literatur (Roman P. Willweber, LL.M., Vergabeblog.de vom 17/04/2016, Nr. 25511) wird mittelbar aus Art. 5 Abs. 14 lit. b Richtlinie 2014/24 der Schluss gezogen, dass öffentliche Aufträge mit einer längeren Laufzeit als vier Jahre aus EU-Sicht möglich sein müssen. Dort und in § 3 Abs 11 Nr. 2 VgV wird

geregelt, dass **"bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit** oder mit einer Laufzeit **von mehr als 48 Monaten"** der geschätzte Auftragswert auf Basis des geschätzten Monatswerts multipliziert mit 48 berechnet wird.

Daraus folge zwar nicht ipso iure eine pauschale Legitimierung, dass Verträge auf jeden beliebigen Zeitraum abgeschlossen werden können, es zeige jedoch, dass langfristige Verträge nicht per se vergaberechtlich unzulässig seien.

Halten wir also fest, dass wir aus den derzeit geltenden Rechtsnormen nationalen wie europäischen Ursprungs kein Verbot eines Abschlusses öffentlicher Dienstleistungsaufträge auf unbestimmte Dauer entnehmen können.

Wie wird diese Frage nun von der Rechtsprechung entschieden?

2. EuGH Presstext Entscheidung: fremde Systematik?

Der EuGH trifft in seinem Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06 ("Presstext") u.a. eine Entscheidung zur Dauer eines Dienstleistungsauftrages und urteilt wie folgt:

"Was zunächst die Vereinbarung einer neuen Kündigungsverzichtsklausel während der Laufzeit eines unbefristeten Vertrags angeht, so ist darauf hinzuweisen, dass **die Praxis der Vergabe eines unbefristeten öffentlichen Dienstleistungsauftrags an und für sich der Systematik und den Zielen der Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge fremd ist.** Eine solche Praxis kann auf lange Sicht den Wettbewerb zwischen potenziellen Dienstleistungserbringern beeinträchtigen und die Anwendung der Vorschriften der Gemeinschaftsrichtlinien über die Öffentlichkeit der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verhindern. Trotzdem verbietet das Gemeinschaftsrecht bei seinem derzeitigen Stand nicht den Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer. Auch eine Klausel, mit der sich die Parteien verpflichten, einen unbefristet geschlossenen Vertrag während eines bestimmten Zeitraums nicht zu kündigen, ist nach gemeinschaftsrechtlichem Vergaberecht nicht ohne Weiteres als rechtswidrig anzusehen."

Der EuGH prüft in diesem Urteil, ob die Vereinbarung der im Basisvertrag bereits geregelten dreijährigen Kündigungsausschlussklausel in einer Verlängerungsvereinbarung als eine neue Vergabe zu sehen ist. Dies wäre dann der Fall, wenn sie eine wesentliche Änderung des ursprünglichen Vertrags darstellt.

Die Vorlagefrage lautete:

*"3. Sind der Begriff der "Vergabe" in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 und der Begriff "vergeben" in den Art. 8 und 9 der Richtlinie 92/50 dahin auszulegen, dass sie auch Sachverhalte umfassen, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber mit den Dienstleistungserbringern **während der Geltungsdauer eines auf unbestimmte Zeit mit diesen zur gemeinsamen Dienstleistungserbringung abgeschlossenen Vertrags im Wege einer Vertragsänderung einerseits einen zum Zeitpunkt der Neuvereinbarung nicht mehr geltenden Kündigungsverzicht erneut für drei Jahre vereinbart**, wobei bei dieser Vertragsänderung andererseits zusätzlich eine höhere Rabattierung als bisher für gewisse mengenabhängige Entgelte für einen bestimmten Leistungsbereich festgelegt wird?"*

Der EuGH verneint eine neue Vergabe, weil **keine wesentliche Änderung des Basisvertrags** vorliege. Der Grund: Wenn der öffentliche Auftraggeber eine Vertragskündigung und eine neue Ausschreibung beabsichtigt hätte, so wäre der 3-jährige Kündigungsverzicht nicht so lange gewesen, **dass diese drei Jahre ihn für einen - im Verhältnis zu der für die Organisation von Vertragskündigung und Ausschreibung erforderlichen Zeit - übermäßig langen Zeitraum daran gehindert hätte**. Allerdings darf eine solche Kündigungsausschlussklausel nicht regelmäßig immer wieder in den Vertrag eingefügt werden, wenn die Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs zum Nachteil potenzieller neuer Bieter ausgeschlossen werden soll.

Da somit mit dem Kündigungsverzicht keine neue Vergabe verbunden ist, findet dann auch das Hauptziel der Vergabe-Richtlinie keine Anwendung. D.h. es ist weder erforderlich, den freien Dienstleistungsverkehr zu gewährleisten noch, den Markt für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten zu öffnen und zwar durch die Anwendung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, durch die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter und der sich daraus ergebenden **Verpflichtung zur Transparenz**. Der Nachtrag mit dem dreijährigen Kündigungsverzicht war wirksam.

Nach dieser Rechtsprechung "kann" also ein langfristiger Vertrag vergaberechtsschädlich sein, "muss" es aber nicht. Der Entscheidung kann in Zusammenschau mit den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott entnommen werden, dass europarechtlich keine Bedenken an dem Abschluss von unbefristeten öffentlichen Aufträgen bestehen, sofern keine konkreten wettbewerblichen Bedenken dem Abschluss entgegenstehen (vgl. Roman P. Willweber, LL.M., Vergabeblog.de vom 17/04/2016, Nr. 25511).

3. VK Bund - Briefpostdienstleistungen: Rahmenvereinbarung in besonderem Markt

Das OLG Düsseldorf äußert sich mit Beschluss vom 16.12.2015 - VII-Verg 25/15 betreffend eine offene Vergabe von Briefdienstleistungen nicht inhaltlich zur Frage der Zulässigkeit unbefristeter Verträge, sondern rügt lediglich eine unstatthafte allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle durch die VK Bund. Es lohnt aber eine inhaltliche Auseinandersetzung.

Die VK Bund nimmt zu einer unbestimmten Vertragsverlängerungsoption wie folgt Stellung:

*"In der Auftragsbekanntmachung habe die Antragsgegnerin unter der Rubrik angegeben "Dieser Auftrag kann verlängert werden: ja". Dies sei als Vorbehalt einer Verlängerung der (vom 1. April 2015) an und für sich auf drei Jahre befristeten Vertragslaufzeit, und zwar auf eine unbestimmte Zeit, zu verstehen. **Ein Abschluss unbefristeter Verträge sei aus Wettbewerbsgründen im öffentlichen Auftragswesen jedoch nicht zugelassen, wobei erschwerend hinzukomme, dass es sich bei dem ausgeschriebenen Vertrag um einen Rahmenvertrag handele, bei dem die höchstzulässige Laufzeit auf vier Jahre beschränkt sei.** Auf diese Gesichtspunkte hat die Vergabekammer die Verfahrensbeteiligten nach Schluss der mündlichen Verhandlung hingewiesen und ihnen schriftlich rechtliches Gehör gewährt."*

Das OLG Düsseldorf argumentiert pragmatisch, die Antragsgegnerin habe einen auf den Zeitraum vom 1. April 2015 bis zum 31. März 2018 befristeten Vertrag ausgeschrieben. Allerdings sei in der Auftragsbekanntmachung ungewollt angegeben worden: **"Dieser Auftrag kann verlängert werden: ja"**. Eine Diskussion über die Fehlerquelle sei müßig. Bei lebensnaher Würdigung könne die Abweichung vom Gewollten praktisch aber nur auf einem von der Antragsgegnerin und deren Bediensteten zu verantwortenden Eingabefehler beruhen.

Die Vergabekammer hatte von Amts wegen dieser Defizite die Bekanntmachung aufgegriffen, und argumentiert, dass es von großer Bedeutung für einen fairen Wettbewerb sei, dass die Parameter klar und transparent durch Auftraggeber vorgegeben und inhaltlich zulässig ausgestaltet werden, weil dieser Auftraggeber für die Branche der Briefsendungen aufgrund des hohen Sendungsvolumens so wichtig sei. Sowohl die Laufzeit eines Vertrags als auch die Information, dass es sich um einen Rahmenvertrag handelt, seien nach den europarechtlichen Vorgaben notwendige Angaben in der Bekanntmachung. In einer neuen Bekanntmachung müsste die Vergabestelle daher klare und bezüglich der Gesamtlaufzeit vergaberechtlich zulässige Vorgaben aufnehmen. Dabei müsse auch deutlich gemacht werden, dass es sich um eine Rahmenvereinbarung handele. Für die Einstufung als Rahmenvertrag spreche, dass das Sendungsvolumen im Vertragszeitraum gerade nicht feststehe, sondern vielmehr im vorliegenden Vertrag die Einzelpreise für die verschiedenen Briefformate, [...] festgelegt werden sollen [...].

Hierzu überzeugen jedoch die folgende Argumente der Kommentatoren (22.06.2015 Newsletter Vergabe; Gaßner, Groth, Siederer & Coll.):

Die Entscheidung der Vergabekammer lasse sich damit begründen, dass es sich

- vertragstechnisch um eine Rahmenvereinbarung handelte und
- darüber hinaus die Besonderheiten des Briefdienstleistungsmarktes berücksichtigt worden seien. Dieser sei erst, wie die VK Bund auch ausführt, seit wenigen Jahren für den Wettbewerb geöffnet. Dort sei es besonders wichtig, dass regelmäßig neuer Wettbewerb hergestellt werde, um auch anderen Marktteilnehmern die Chance auf Teilhabe zu eröffnen. Unbefristete Verträge stünden dazu im Widerspruch. Es sei gerade auf diesem Markt keinerlei Argument ersichtlich, das einen Abschluss von Verträgen mit einer längeren Laufzeit als vier Jahre erlauben würde.

Somit handelte es sich um eine spezifische Einzelfall-Beurteilung, die sich nicht per se auf Einzelverträge mit Dienstleistungscharakter übertragen lässt.

4. Zusammenfassung und Fazit

Halten wir also fest: Es existiert kein Verbot einer unbefristeten Laufzeit eines Einzelvertrags in den Rechtsnormen des Vergaberechts, weder auf europäischer noch nationaler Ebene.

Die Laufzeitbeschränkungen für Rahmenvereinbarungen und Konzessionen lassen sich nicht auf Einzelverträge übertragen, jedenfalls dann nicht, wenn sie diesen nicht inhaltlich extrem nahekommen. Bei der Beurteilung, ob ein Vertrag die Kriterien einer Rahmenvereinbarung erfüllt, ist besondere Sorgfalt anzuwenden. Trotz alledem darf es keine konkreten wettbewerblichen Bedenken gegen einen unbefristeten Vertrag oder einen vereinbarten Kündigungsverzicht geben und das Prinzip der Wirtschaftlichkeitsprüfung nach fünf Jahren aus dem nationalem Haushaltsrecht gilt nach wie vor. Auf Grund dieser Erkenntnisse, kann der Auftraggeber dann entscheiden, den Vertrag zu kündigen und neu auszuschreiben oder nicht. Innerhalb dieser Leitplanken sollten öffentliche Auftraggeber aber durchaus auf konkrete Laufzeitbeschränkungen für Einzelverträge verzichten können

Autor:

Birgit Gressner

freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei