ADVANT Beiten

Newsletter Vergaberecht

Juni 2025

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Juni 2025.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten
Rechtsanwalt
vCard

EuGH: Zur Änderung einer Konzession bei zwischenzeitlichem Wegfall der In-House-Fähigkeit

zum Artikel

Newsticker

(Zu viel) Wissen kann eine Rechtsverletzung darstellen!

Submissionsabsprachen im Straßenbau

Unzulässigkeit eines Bietungsfaktors

zu den Artikeln

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com
www.advant-beiten.com

Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit verzichten wir auf die Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen. Wir verwenden das generische Maskulinum, womit alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

EuGH: Zur Änderung einer Konzession bei zwischenzeitlichem Wegfall der In-House-Fähigkeit

Der EuGH hat sich in einer aktuellen Entscheidung (Rs.- C -452/23 vom 29. April 2025) zu den Voraussetzungen der Änderung einer Konzession positioniert, wenn diese ursprünglich an eine In-House-Einrichtung vergeben wurde, deren In-House-Fähigkeit mittlerweile aber entfallen ist. Hintergrund ist der Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 16. Juni 2023 – Verg 29/22) zur Beauftragung der Tank & Rast AG mit der Errichtung und dem Betrieb von Schnellladeeinrichtungen durch die Autobahn GmbH des Bundes. Diese Beauftragung erfolgte im Rahmen der bereits rund 30 Jahre laufenden Konzessionsverträge mit Tank & Rast als diese noch eine Gesellschaft des Bundes und damit in-house-fähig war. Durch eine Privatisierung ist diese In-House-Fähigkeit mittlerweile entfallen.

Gegen die Erweiterung der Konzessionen um die Errichtung und den Betrieb der Schnellladeeinrichtungen sind zwei Wettbewerber vorgegangen. Zunächst die 2. Vergabekammer des Bundes und sodann das OLG Düsseldorf haben die Frage geprüft, ob die Erweiterung der Konzessionen eine wesentliche Auftragsänderung i. S. v. § 132 GWB darstellt. Eine Wesentlichkeit der Änderungen hat das OLG Düsseldorf bejaht, diese aber zugleich als eine Änderung aufgrund "unvorhergesehener Umstände" für gerechtfertigt gehalten (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB). An einer Entscheidung sah man sich gleichwohl gehindert, weil es die Frage für entscheidungserheblich eingestuft hat, ob der Wegfall der In-House-Fähigkeit einer Anwendung der genannten Vorschriften zur zulässigen Änderung bestehender Verträge entgegensteht.

Diese Kernfrage hat der EuGH verneint und die Regelungen für die Änderung bestehender Aufträge auch dann für anwendbar erklärt, wenn die ursprünglich bestehende Rechtfertigung für eine Direktvergabe mittlerweile entfallen ist. Allerdings sah sich der EuGH zugleich – für ihn eher ungewöhnlich – veranlasst, außerhalb der eigentlichen Vorlagefragen die Frage aufzuwerfen, ob die Annahme des OLG Düsseldorf, die Änderung sei aufgrund unvorhergesehener Umstände gerechtfertigt, richtig ist.

Wesentliche Erwägungen des EuGH

Der EuGH führt zu der Frage des Wegfalls der In-House-Fähigkeit aus, dass dies keinen Einfluss auf die Vorschriften zur Änderung bestehender Aufträge habe. Die relevante Vorschrift des Art. 43 Abs. 1 lit. c) der Richtlinie 2014/23/EU enthalte keine Regelung dazu, in welcher Form der bisherige Auftrag vergeben wurde. Aus der Formulierung der Richtlinie (so auch in § 132 GWB), welche von einer Änderung der "ursprünglich vergebenen Konzession" spricht, kann also nicht geschlossen werden, dass damit nur Konzessionen (genauso öffentliche Aufträge) erfasst werden sollen, die ursprünglich im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben wurden. Der EuGH fasst das wesentliche Ergebnis so zusammen, dass eine Änderung von in-house-vergebener Aufträge dann ohne weitere Voraussetzungen zulässig ist, wenn die In-House-Fähigkeit fortbesteht. Ist diese – wie im Ausgangsfall –hingegen zwischenzeitlich weggefallen, dann muss eine Änderung mit den Vorschriften zur wesentlichen Änderung bestehender Verträge im Einklang stehen.

Der EuGH ist ferner nicht der Argumentation der Antragstellerinnen gefolgt, wonach die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen In-House-Vergabe inzident überprüft werden müsse. Die Rechtsmittelfristen, eine solche In-House-Vergabe überprüfen zu lassen (vgl. § 135 Abs. 2 S. 1 GWB –max. sechs Monate nach Vertragsschluss), waren lange abgelaufen. Diese Ausschlussfristen sind bewusst geschaffen worden, um für Rechtssicherheit zu sorgen. Diese Entscheidung kann nicht durch eine inzidente Überprüfung im Rahmen anderer Vorschriften unterlaufen werden.

Abseits von den eigentlichen Vorlagefragen geht der EuGH sodann auf die Voraussetzungen einer wesentlichen Auftragsänderung aufgrund unvorhergesehener Umstände ein. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass die Änderung demnach nicht bereits deshalb erforderlich sei, weil die vertraglichen Bestimmungen die Situation, die sich aus den eingetretenen unvorhersehbaren Umständen ergibt, nicht erfasst. Vielmehr müssen es die unvorhergesehenen Umstände erforderlich machen, die Konzession zu ändern, damit die ursprünglichen Verpflichtungen weiterhin ordnungsgemäß erfüllt werden können. Dabei dürfe zudem der Gesamtcharakter der Konzession nicht verändert werden.

Bewertung und Praxistipp

Der EuGH trennt die Rechtsinstitute "In-House-Vergabe" und "Auftragsänderungen" sauber voreinander und kommt so zu gut nachvollziehbaren Ergebnissen. Zudem lässt sich aus der EuGH-Entscheidung die klare Tendenz herleiten, dass Sachverhalte aus der Vergangenheit, die im Sinne der Rechtssicherheit nicht mehr selbstständig überprüft werden können, auch keine inzidente Relevanz für die Prüfung anderer Rechtsfragen mehr besitzen.

Spannend sind zudem die Ausführungen zur Auslegung der Vorschrift des § 132 Abs. 3 Nr. 3 GWB zur Änderung aufgrund unvorhergesehener Umstände. Der Gerichtshof führt hier aus, dass die unvorhergesehenen Umstände Auswirkungen auf die ursprüngliche Konzession (oder den Auftrag) haben müssen und diese deshalb geändert werden müsse, um den ursprünglichen Zweck weiterhin erfüllen zu können. Dies ist eine deutliche restriktivere Sichtweise als vom OLG Düsseldorf angenommen. Vorliegend liefen die Konzessionen auf den Betrieb der Autobahnraststätten. Dieser Zweck dürfte in seiner ursprünglichen Gestalt unabhängig davon gewahrt bleiben, ob die Konzession nunmehr auch den Betrieb einer Schnellladeeinrichtung umfasst oder nicht.

Es bleibt daher spannend, ob das OLG Düsseldorf an seiner Rechtsauffassung festhält, wonach die Änderung der Konzessionen aufgrund unvorhergesehener Umstände gerechtfertigt sei. Unter Umständen nimmt der Vergabesenat nunmehr die vom EuGH ebenfalls diskutierte Vorschrift des § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB in den Fokus, wonach zusätzliche Leistungen keine wesentliche Auftragsänderung darstellen, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre.

Sascha Opheys
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht
vCard

Newsticker

(Zu viel) Wissen kann eine Rechtsverletzung darstellen!

Es gehört zum vergaberechtlichen Grundwissen, dass Antworten auf Bieterfragen unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes allen Unternehmen mitgeteilt werden müssen. Eine selektive Weitergabe von Informationen verstößt hiergegen. Eine solche Rechtsverletzung kann nach der Vergabekammer Sachsen in ihrem Beschluss vom 21.01.2025 (1/SVK/022-24) auch das Unternehmen geltend machen, welches als einziges eine Antwort auf seine Fragen erhalten hat. Denn es ist nicht auszuschließen, dass dieses "Mehr an Wissen" im Vergleich zu seinen Wettbewerbern zu einem anderen Angebot geführt hat. Insoweit wirkt sich die selektive Beantwortung auch auf den Fragesteller aus, der als einziger die entsprechenden (kalkulationsrelevanten) Informationen durch den Auftraggeber erhalten hat.

Submissionsabsprachen im Straßenbau

Das Bundeskartellamt hat im Rahmen eines Urteils wegen Kunden- und Submissionsabsprachen gegen sieben Straßenreparatur-Unternehmen eine Geldbuße in Höhe von insgesamt EUR 10,5 Mio. ausgesprochen. Die Verstöße betrafen eine Vielzahl von Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber mit Auftragsvolumina zwischen EUR 40.000 und 200.000 und umfassten zumeist einfachere Maßnahmen der Straßenreparatur oder Belieferung mit Bitumenemulsion oder Split.

Im Vorfeld von öffentlichen Ausschreibungen vereinbarten die Unternehmen, wer jeweils zum Zuge kommen soll. Konkret teilten drei der Unternehmen in den Jahren 2018 und 2019 verschiedene Auftraggeber aus Sachsen, Thüringen und Sachsen-Anhalt unter sich auf. Unter Verwendung einer Codesprache wurde geklärt, wer jeweils an der Ausschreibung teilnimmt und über welchem Mindestpreis die Schutzangebote liegen müssen. Die hierfür notwendige Kontaktaufnahme zwischen den Unternehmen wurde mehrfach als Anfrage zur Aufnahme einer Bietergemeinschaft oder Zusammenarbeit als Unterauftragnehmer getarnt.

Ein ähnliches rechtswidriges Verhalten stellte das Bundeskartellamt bei vier Unternehmen schon seit dem Jahr 2016 in Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern fest. Diese trafen sich regelmäßig und klärten untereinander ab, wer die jeweiligen Ausschreibungen

gewinnen und welche Mindesthöhe die Schutzangebote der anderen Bieter haben sollten. Bei größeren Ausschreibungen wurde den Beteiligten auch ein Los zugewiesen.

Aufgrund der Strafbarkeit von Submissionsbetrug gem. § 298 StGB hat das Bundeskartellamt gemeinsam mit der Staatsanwaltschaft Düsseldorf und dem Landeskriminalamt Nordrhein-Westfalen 2019 eine Durchsuchungsaktion gegen die betroffenen Unternehmen durchgeführt. Die Verfahren konnten im Wege einvernehmlicher Verfahrensbeendigung abgeschlossen werden und die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig.

Unzulässigkeit eines Bietungsfaktors

Das Vorsehen eines sog. "Bietungsfaktors" im Rahmen der Wertung verstößt gegen § 127 Abs. 1 GWB sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.4.2025 – Verg 35/24).

Beim Vorsehen eines Bietungsfaktors kann der jeweilige Bieter selbst bestimmen, welches Gewicht ein vom öffentlichen Auftraggeber vorgegebenes qualitatives Zuschlagskriterium bei der Wertung seines Angebots haben soll. Bleibt ein Bieter in der Vertragsdurchführung hinter seinem versprochenen Leistungssoll zurück, soll dies mit einer anhand des angegebenen Bietungsfaktors berechneten Minderung der Vergütung einhergehen. Da der angegebene Bietungsfaktor allein durch die Bieter bestimmt wird, kann es zu unterschiedlichen Gewichtungen des gleichen Zuschlagskriteriums bei den Bietern kommen. Dies ist mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin
Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten
Rechtsanwalt
vCard

Max Stanko
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard

Düsseldorf
Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard

Frankfurt am Main
Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard

München
Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner
Rechtsanwalt
vCard

Hans Georg Neumeier
Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht
vCard

Katrin Lüdtke
Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht
vCard

Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweis: Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit abmelden.

Impressum

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München, HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Tel.: +49 89 35065-0, Fax: +49 89 35065-123 | E-Mail: munich@advant-beiten.com

Hier finden Sie unser vollständiges Impressum: www.advant-beiten.com/impressum und unsere Datenschutzerklärung: www.advant-beiten.com/datenschutz