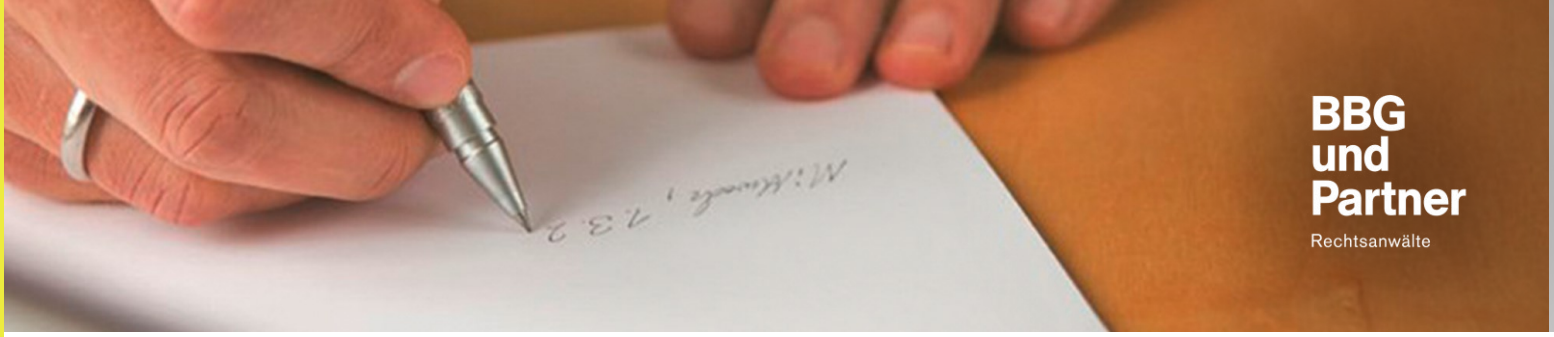

BBG und Partner
Rechtsanwälte

Update Vergaberecht

Auftragsänderung nach Wegfall der Inhouse-Fähigkeit?

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.06.2023 – Verg 29/22

Mitte der 90er Jahre schloss der Bund mit der bundeseigenen T AG bis heute gültige Konzessionsverträge. Mit diesen wird der T AG eingeräumt u.a. Tankstellen zu betreiben. 1998 wurde die T AG privatisiert. Bis 2019 wurden noch weitere Konzessionen an die T AG vergeben, z.T. ohne Ausschreibungsverfahren. Zur Umsetzung des Schnellladegesetzes von 2021 vereinbarte der Bund mit der T AG eine Ergänzung der Konzessionsverträge, um den Betrieb von Schnellladeinfrastruktur sicherzustellen. Im Amtsblatt der EU begründet der Bund den Verzicht einer Ausschreibung mit § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB, wonach eine Auftragsänderung zulässig ist, wenn dies aufgrund von Umständen erfolgt, die bei der Auftragsvergabe nicht vorhersehbar waren, den Auftrag aber im Charakter nicht verändern.

Die A - eine Betreiberin von Ladeinfrastruktur - wendet sich hiergegen mit einem Nachprüfungsantrag. Sie meint, die Ergänzungsvereinbarung sei unwirksam, da der Auftrag entgegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB (der die Unwirksamkeit von zu Unrecht direkt vergebenen Verträgen regelt) ohne EU-weite Vorabbekanntmachung vergeben worden sei. Eine Änderung nach § 132 Abs. 1 oder 2 GWB scheide aus, weil die Vorschrift keine Anwendung finde. Die Norm gelte nicht für Änderungen von ursprünglich nicht im Wettbewerb, also ohne Ausschreibung an eine Inhouse-Einrichtung, vergebene Aufträge bzw. Konzessionen. Dies müsse erst recht gelten, wenn die ursprünglichen Konzessionen vergaberechtswidrig vergeben wurden. Die Vergabekammer des Bundes weist den Antrag zurück. Zur Begründung heißt es, § 132 GWB sei auch bei Konzessionsverträgen anwendbar. Zudem sei zumindest bei funktionaler Betrachtung, die Ergänzung nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB zulässig, da die Anschaffung von Schnellladeinfrastruktur 1998 nicht vorhersehbar gewesen sei. Die Antragstellerin erhebt daraufhin sofortige Beschwerde.

Das OLG Düsseldorf legt die Sache zur Vorabentscheidung dem EuGH vor. Denn in der Ergänzungsvereinbarung sieht das OLG eine wesentliche Änderung i.S.d. § 132 GWB, die eine Neuvergabe auslöst. Unklar sei aber, ob § 132 GWB auch auf Konzessionsverträge anwendbar ist, bei denen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe vorlagen, und die somit nicht vom 4. Teil des GWB erfasst wurden. Zudem stellt sich die Frage, ob § 132 GWB auch auf Fälle anwendbar wäre, wenn die Inhouse-Kriterien vom Auftragnehmer nicht mehr erfüllt werden.

Bedeutung für die Praxis

Der EuGH wird nun entscheiden müssen, ob eine Auftragsänderung eines inzwischen nicht mehr die Inhouse-Kriterien erfüllenden Konzessionsnehmers ohne Vergabeverfahren möglich sein soll. Sollte dies nicht der Fall sein, sind zumindest die Auftragsänderungen neu auszuschreiben. Der bisherige Konzessionsnehmer müsste sich dann dem Wettbewerb mit anderen Bietern stellen.