

# Newsletter Vergaberecht

Dezember 2023



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Dezember 2023.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit vorweihnachtlichen Grüßen

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Ausschreibungsfreie Änderung eines Inhouse-Auftrags nach Wegfall der Ausnahmevoraussetzungen?

[zum Artikel](#)

## **Newsticker**

Neue Schwellenwerte für 2024/2025 veröffentlicht

Änderung des Thüringer Vergabegesetzes (ThürVgG) veröffentlicht

Tariftreue- und Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (TVgG M-V)

VK Westfalen 1-31/23

[zu den Artikeln](#)

Das gesamte **ADVANT Beiten**  
Vergaberechts-Team wünscht Ihnen  
frohe Festtage und einen guten Start  
ins Jahr 2024!



## Neuer Newsletter: Blickpunkt Öffentlicher Sektor

Mit dem „Blickpunkt Öffentlicher Sektor“ möchten wir Ihnen regelmäßig praxisrelevante Informationen für die öffentliche Hand zur Verfügung stellen, auf aktuelle Gesetzesänderungen und -vorhaben hinweisen und Ihnen ausgewählte Rechtsprechung, die wir für Sie gelesen und bewertet haben, kurz und knapp erläutern.

[zum Newsletter](#)

### REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt  
© Beiten Burkhardt  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

[Vergaberecht@advant-beiten.com](mailto:Vergaberecht@advant-beiten.com)  
[www.advant-beiten.com](http://www.advant-beiten.com)

Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

# Ausschreibungsfreie Änderung eines Inhouse-Auftrags nach Wegfall der Ausnahmeveraussetzungen?

Kann ein öffentlicher Auftrag auch dann ausschreibungsfrei geändert werden, wenn er zuvor außerhalb des Vergaberechts inhouse vergeben wurde, die Voraussetzungen für die Inhouse-Vergabe aber zum Zeitpunkt der Vertragsänderung nicht mehr vorliegen? Diese Frage hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 16. Juni 2023 (VII-Verg 29/22) dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt (Rechtssache C-452/23). Streitgegenständlich ist im Ausgangsverfahren die ohne Ausschreibung beauftragte Erweiterung von teilweise 30 Jahre alten Konzessionsverträgen über den Betrieb von Tankstellen und Raststätten an Bundesautobahnen um den Betrieb von Schnellladepunkten für Elektrofahrzeuge nach dem Schnellladegesetz. Hiergegen hatten zwei Betreiber von Lade-Infrastrukturen für Elektrofahrzeuge ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

## Der Sachverhalt

Im Jahr 1951 gründete der Bund die „Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH“, um so Tankstellen und Raststätten als Teil des Autobahnnetzes betreiben zu lassen. Auch nach Umwandlung in die „Tank & Rast AG“ 1994 blieb der Bund einziger Aktionär. Zwischen 1996 und 1998 wurden mit dieser etwa 280 Konzessionsverträge geschlossen, teils mit Laufzeiten von bis zu 40 Jahren. Dabei erfolgte die Vergabe der Konzessionen ohne Ausschreibung als Inhouse-Geschäft. Nach Privatisierung der Tank & Rast AG liefen die bestehenden Konzessionen weiter, neue kamen – weitgehend ohne Ausschreibung – hinzu.

Am 25. Juni 2021 trat das Schnellladegesetz in Kraft. Dieses verpflichtet in § 5 Abs. 3 Satz 1 Konzessionsnehmer zur eigenwirtschaftlichen Übernahme von Errichtung, Unterhaltung und Betrieb der festgesetzten Schnellladepunkte, soweit die Bereitstellung von Schnelllade-Infrastruktur noch nicht Teil des Konzessionsvertrages ist. Als Folge wurden die bestehenden Konzessionsverträge mit der „Tank & Rast AG“ um diesen Punkt erweitert. Die auf § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB beruhende vergaberechtsfreie Erweiterung (Vertragsänderung, wenn Umstände aufgetreten sind, welche die entsprechende Änderung erforderlich scheinen lassen, und diese Umstände für den öffentlichen Auftraggeber bei Vertragsschluss trotz Einhaltung jedweder Sorgfaltspflicht nicht vorhersehbar waren) machte der Auftraggeber nachträglich in TED bekannt.

Die Antragstellerinnen, zwei Betreiber von Lade-Infrastrukturen, beantragten hiergegen die Feststellung der Unwirksamkeit der Auftragserweiterung nach § 135 GWB vor der Vergabekammer des Bundes. Sie argumentierten u. a., dass die Auftragserweiterung eine vergaberechtswidrige de-facto-Vergabe sei, da § 132 GWB nicht einschlägig sei, da die ursprünglichen Konzessionen nicht im Rahmen einer Ausschreibung vergeben worden waren.

Die Vergabekammer des Bundes sah § 132 GWB hingegen auf „Bestandskonzessionen“ als anwendbar an, ordnete den Betrieb der Schnellladepunkte bei funktioneller Betrachtung als „Tanken von Strom“ und damit als unwesentliche Änderung ein und erkannte im Übrigen die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Erweiterung nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB wegen unvorhersehbarer Entwicklungen als gegeben an.

### **Die Entscheidung**

Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde nahm das OLG Düsseldorf zum Anlass, dem EuGH die Frage vorzulegen, ob § 132 GWB bei richtlinienkonformer Auslegung auch für solche Verträge eröffnet ist, die außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts mit einer Inhouse-Einrichtung geschlossen worden sind, jedoch zum Zeitpunkt der Vertragsänderung die Inhouse-Kriterien nicht mehr erfüllt sind.

Nach Ansicht des Vergabesenats ist der Wortlaut des Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU, auf dem § 132 GWB basiert, nicht hinreichend eindeutig. Zwar spreche die Norm von der Durchführung „neuer Vergabeverfahren“ (was denklogisch auch ein vorangegangenes Vergabeverfahren erfordere) und knüpfe zugleich auch ausdrücklich an das „ursprüngliche Vergabeverfahren“ als Ausgang für die Auftragsänderung an. Dies bedeute aber nicht zwingend, dass das ursprüngliche Vergabeverfahren ein förmliches nach den Regelungen der Richtlinie 2014/24/EU sein müsse, da auch die Beauftragung einer Inhouse-Einrichtung als Vergabe eines Auftrags im Sinne einer „Inhouse-Vergabe“ und der zeitliche Ablauf bis zur Auftragserteilung als Verfahren verstanden werden könne.

Zugleich führe auch die bisherige Rechtsprechung des EuGH nicht zu einem eindeutigen Ergebnis: einigen Entscheidungen, wie u. a. der Preetext-Entscheidung von 2008 (C-454/06), die Grundlage der heutigen Regelungen über Auftragsänderungen war, lasse sich zwar die Ansicht entnehmen, dass die Möglichkeit der vergaberechtsfreien Änderung auch für Aufträge gelte, die vor Inkrafttreten bzw. Geltung der einschlägigen Unionsvorschriften zum Vergaberecht geschlossen

wurden – was dahingehend interpretiert werden könne, dass es auf das Zustandekommen des ursprünglichen Vertrags nicht ankomme. Andere Entscheidungen, wie die des EuGH vom 12. Mai 2022 (C-719/20 „Commune di Lerici“), in der die Übertragung einer Inhouse-Gesellschaft, die mit entsprechenden Aufträgen ausgestattet war, auf ein börsennotiertes Unternehmen, das die Aufträge fortsetzte, als unzulässige Vertragsänderung angesehen wurde, könnten hingegen für eine intendierte generelle Herausnahme von ursprünglich an eine Inhouse-Einrichtung vergebene Aufträge aus dem Anwendungsbereich des Art. 72 sprechen, wenn – wie im hier vorliegenden Fall – die Voraussetzungen für die Inhouse-Vergabe im Zeitpunkt der Vertragsänderung nicht mehr vorliegen.

Da der Vergabesenat – wie zuvor schon die Vergabekammer – die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB für die Erweiterung der Konzessionsverträge um den Betrieb von Schnelllade-Infrastruktur als erfüllt ansieht, kommt es nun nach seiner Ansicht maßgeblich auf die Klärung der vorgelegten Frage an.

### **Praxistipp**

In der Praxis ist § 132 GWB mit seinen Möglichkeiten der vergaberechtsfreien Änderung bestehender Aufträge wahrscheinlich eine der am häufigsten in Anspruch genommenen Vorschriften des Vergaberechts. Sein komplizierter Aufbau und die zahlreichen ungeklärten Rechtsfragen zu den Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung bilden aber auch immer wieder Stolpersteine und führen – wie hier – zu Nachprüfungsverfahren. Insofern ist es vielleicht auch nicht erstaunlich, dass das OLG Düsseldorf sich in seinem Vorlagebeschluss anders als sonst üblich einer eigenen rechtlichen Einschätzung vollkommen enthält und den EuGH machen lässt. Tatsächlich lassen sich ja für beide Ansichten auch gute Gründe und die entsprechenden Entscheidungen des EuGH heranziehen. Es bleibt insofern zu hoffen, dass der EuGH sich zeitnah der Sache annimmt und eine klare Entscheidung trifft.

Jedenfalls bis dahin kann Vergabestellen, die sich vor vergleichbaren rechtlichen Herausforderungen sehen, nur zu erhöhter Sorgfalt geraten werden. Dazu zählt neben der Kontrollüberlegung, ob die Erweiterungs-/Ergänzungsleistung nicht auch separiert und im Wettbewerb vergeben werden kann, die Nutzung der prozessualen Möglichkeiten, um das Risiko einer gerichtlichen Überprüfung zu reduzieren. Hierzu kann zusätzlich zu einer zeitnahen Veröffentlichung der in den Fällen des § 132 Abs. 5 GWB obligatorischen Ex-post-Bekanntmachung über die vergebene Auftragsänderung, mit der die Möglichkeit der

Feststellung einer Unwirksamkeit auf 30 Kalendertage ab Veröffentlichung reduziert wird, auch das Instrument der freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB für (beabsichtigte) Auftragsänderungen nach § 132 GWB genutzt werden – was das Risiko eines nachträglichen „Angriffs“ jedenfalls deutlich einschränkt.

Der Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf gibt der Vergabep Praxis aber nicht nur „Steine statt Brot“. Denn unmittelbar verwertbar ist jedenfalls die am Rande geäußerte Auffassung des Senats, dass gegen die Anwendbarkeit des § 132 GWB und damit die Möglichkeit der ausschreibungsfreien Auftragsänderung jedenfalls nicht angeführt werden kann, der Ursprungsvertrag sei vergaberechtswidrig zustande gekommen, wenn die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB (sechs Monate ab Vertragsschluss bzw. 30 Kalendertage nach Veröffentlichung einer ex-post-Bekanntmachung über den vergebenen (Ursprungs-)Auftrag) abgelaufen sind. Zumindest insoweit stehen Auftragsänderungen also schon heute auf einer sicheren rechtlichen Grundlage.

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[vCard](#)



# Newsticker

## Neue Schwellenwerte für 2024/2025 veröffentlicht

Die EU-Kommission hat am 16. November 2023 im EU-Amtsblatt die neuen Schwellenwerte für die Jahre 2024 und 2025 bekanntgegeben. Gegenüber den noch bis Ende 2023 geltenden Schwellenwerten liegen sie erneut geringfügig höher. Im Einzelnen müssen öffentliche Aufträge bzw. Konzessionen dann erst ab folgenden Auftragswerten EU-weit ausgeschrieben werden:

Bereich	Schwellenwert 2022/2023	Schwellenwert 2024/2025
Liefer-/Dienstleistungen von Vergabestellen des Bundes	140.000 EUR	143.000 EUR
Liefer-/Dienstleistungen von sonstigen Vergabestellen	215.000 EUR	221.000 EUR
Liefer-/Dienstleistungen von Sektorauftraggebern	431.000 EUR	443.000 EUR
Liefer-/Dienstleistungen im Bereich Verteidigung und Sicherheit	431.000 EUR	443.000 EUR
Baufträge	5.382.000 EUR	5.538.000 EUR
Bau- und Dienstleistungskonzessionen	5.382.000 EUR	5.538.000 EUR

Alle Werte beziehen sich auf Nettowerte. Unverändert bleiben die Schwellenwerte für soziale und andere besondere Dienstleistungen (EUR 750.000 für öffentliche Auftraggeber bzw. EUR 1.000.000 für Sektorauftraggeber) sowie die Werte für Bagatell-Lose nach § 3 Abs 9 VgV (EUR 80.000 für Lose über Liefer- und Dienstleistungen bzw. EUR 1.000.000 für Lose über Bauleistungen). Diese sind nicht an die GPA-Schwellenwerte gekoppelt und bedürfen daher nicht der Umrechnung gegenüber den Sonderziehungsrechten (SZR) als für die Schwellenwerte maßgebliche „Währung“.

Das BMWK wird die neuen Schwellenwerte noch vor Jahresende im Bundesanzeiger veröffentlichen (§ 106 Abs. 3 GWB).

## Änderung des Thüringer Vergabegesetzes (ThürVgG) veröffentlicht

Das Anfang November 2023 verabschiedete Gesetz zur Änderung des Thüringer Vergabegesetzes ist am 30. November 2023 im [Gesetz- und Verordnungsblatt](#) veröffentlicht worden. Die Zielstellung wird bereits aus dem für ein Gesetz ungewöhnlichen Untertitel deutlich: Bürokratieabbau

und Verfahrensvereinfachung im Thüringer Vergaberecht. Dazu soll der Prozess der Ausschreibung und Vergabe sowohl für die Vergabestellen als auch die Bieter vereinfacht werden und zugleich soziale Aspekte noch stärker verankern.

Auf Entbürokratisierung zielen Maßnahmen wie

- die stärkere Bezugnahme auf Eigenauskünfte der Bieter statt der Forderung von Formblättern,
- die einheitliche Festschreibung von (hohen) Mindestgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen, Verhandlungsvergaben / Freihändige Vergaben und Direktvergaben, von denen das Wirtschaftsministerium als Verordnungsgeber noch nach oben abweichen kann, und
- die Schaffung von erleichterten Vorgaben, Angebote digital per E-Mail abgeben zu können.

Schließlich wurde der Anwendungsbereich des Gesetzes für Bauaufträge auf EUR 75.000 und für Liefer- und Dienstleistungsaufträge auf EUR 30.000 erhöht.

Die Änderungen treten am 1. Januar 2024 in Kraft.

### **Tariftreue- und Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (TVgG M-V)**

Auch das Land Mecklenburg-Vorpommern ändert zum 1. Januar 2024 sein Landesvergabegesetz (Tariftreue- und Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (TVgG M-V)). Am 8. November 2023 wurde der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts in 2. Lesung angenommen und weitere Änderungsanträge abgelehnt. Ziel des Änderungsgesetzes ist der Schutz von Arbeitnehmern sowie die Förderung regionaler und lokaler Leistungserbringung. Hauptaspekte sind eine vergaberechtliche Tariftreueregelung, ein vergaberechtlicher Mindestlohn sowie eine Regelung bei Betreiberwechsel im öffentlichen Personennahverkehr.

Die Tariftreueregelung sieht vor, dass öffentliche Aufträge zukünftig nur an diejenigen Unternehmen vergeben werden, die sich durch Erklärung verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei Ausführung der Leistung Arbeitsbedingungen repräsentativer Tarifverträge zu gewährleisten. Soweit eine Branche keinen Tariflohn oder keine tarifähnliche Regelung aufweist, greift der vergaberechtliche Mindestlohn. Er richtet sich nach dem Tariflohn für Gebäudereiniger und liegt aktuell bei EUR 13,50. Zudem sollen bei einem Betreiberwechsel im öffentlichen Personennahverkehr

der neue Betreiber den bislang Beschäftigten ein Angebot zur Übernahme unter den bislang geltenden Arbeitsbedingungen anbieten müssen.

### **VK Westfalen 1-31/23**

Mit Beschluss vom 27. Oktober 2023 (VK 1-31/23) hat die Vergabekammer Westfalen bestätigt, dass auch dann ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung vorliegt, wenn zwar kein bestimmtes Produkt vorgegeben wird, aufgrund der Vielzahl von zu erfüllenden Vorgaben aber nur ein bestimmtes Produkt die Leistungsbeschreibung erfüllen kann (sog. verdeckte Produktvorgabe).

Auftragsgegenständlich waren vorliegend Bodenverlege- und Bodenbelagsarbeiten zum Einbau eines Sportbodens in einer Mehrzweckhalle. Das Leistungsverzeichnis enthielt zahlreiche Vorgaben an die Materialbeschaffenheit, so unter anderem eine Nuttschichtdicke von 1,0 mm in Verbindung mit einem Glasfasergitter als Trägerschicht.

Die Antragstellerin bemängelte, dass die geforderten technischen Eigenschaften derzeit nur von dem angegebenen Richtfabrikat und einem Hersteller erfüllt werden könne. Mithin seien auch keine gleichwertigen Angebote möglich. Es läge somit ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität gemäß § 7 EU Abs. 2 VOB/A vor. Die Vergabekammer bestätigte den Vergabeverstoß. Nicht nur die offene Vorgabe eines Produkts in der Leistungsbeschreibung verstoße gegen den Grundsatz der Produktneutralität, sondern auch der Fall, in dem durch die Vielzahl vermeintlich neutraler Vorgaben verdeckt ein bestimmtes Produkt vorgegeben wird, wenn nur mit diesem sämtliche Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt werden können. Einen nachvollziehbaren Grund für die Spezifizierung eines einzelnen Produktes sah die Kammer nicht. Es sei insbesondere nicht ausreichend, den sachlichen Grund lediglich zu behaupten, ohne diesen nähergehend zu begründen. Der reine Verweis auf die „hohen Anforderungen an die Qualität, der hohen Strapazierfähigkeit bei Belastungen, der Langlebigkeit und Pflegeleichtigkeit des Materials“ sei unzureichend.

# 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 Lüdtkke

Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für  
Verwaltungsrecht

[vCard](#)





## Zur Newsletter Anmeldung

### E-Mail weiterleiten

#### **Hinweise**

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2023

#### **Impressum**

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

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

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.