

Kann die Änderung einer Dienstleistungskonzession oder einer Baukonzession angesichts der vom Nationalen Sicherheitsrat getroffenen Gesundheitsmaßnahmen in Erwägung gezogen werden?

Art. 62 bis 68 des Königlichen Erlasses vom 25. Juni 2017 über die Vergabe und die allgemeinen Regeln für die Ausführung von Konzessionsverträgen

Die vom Nationalen Sicherheitsrat beschlossenen Gesundheitsmaßnahmen werden sich auf die laufenden Dienstleistungs- und Baukonzessionen insofern auswirken, als sie die Betriebsbedingungen der den Konzessionsnehmern anvertrauten Bauwerke und Dienstleistungen verändern dürften.

Konkret sind einige Konzessionsnehmer gezwungen worden, die von ihnen bewirtschafteten Betriebe zu schließen, ihr Umsatz ist erheblich zurückgegangen oder sie sind nicht in der Lage, den eigentlichen Zweck der Konzession zu erfüllen. Dies betrifft insbesondere die Konzessionen für die Bewirtschaftung:

- eines Gaststättenbetriebs;
- eines Casinos;
- eines Campingplatzes;
- von touristischen Aktivitäten;
- von Einrichtungen zur außerschulischen Betreuung und Ferienlagern / Ferienkursen
- eines Wochenmarkts, einer Messe oder eines Festivals;
- von kulturellen Infrastrukturen;
- usw.

Die Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession bedeutet die Übertragung an den Konzessionsnehmer eines Betriebsrisikos im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung dieser Bau- oder Dienstleistungen, einschließlich des Nachfragerisikos, des Angebotsrisikos oder beider Risiken. Der Anteil des auf den Konzessionsnehmer übertragenen Risikos impliziert eine reale Gefährdung durch die Marktrisiken. Es ist daher nicht Sache der öffentlichen Auftraggeber, alle Verluste zu tragen, die dem Konzessionsnehmer entstehen könnten.

Dennoch könnte ein öffentlicher Auftraggeber unter den derzeitigen pandemischen Umständen in Erwägung ziehen, bestimmte Konzessionen im Laufe ihrer Ausführung zu ändern, um das finanzielle Gleichgewicht des Vertrags wie ursprünglich vorgesehen wiederherzustellen. Diese Möglichkeit muss je nach den Umständen von Fall zu Fall analysiert werden. Um insbesondere die Qualifikation der Maßnahme nicht in Frage zu

stellen, darf die Änderung außerdem nicht zum Ziel oder zur Folge haben, dass die mit dem Betrieb der Dienst- oder Bauleistungen verbundene Risikoübertragung aufgehoben wird.

Konkret könnten die folgenden Änderungen in Erwägung gezogen werden:

- Verlängerung des laufenden Vertrags um einen Zeitraum, der dem Zeitraum entspricht, in dem der Betrieb gezwungen war, zu schließen;
- Aussetzung/Absenkung der vom Konzessionsnehmer an den öffentlichen Auftraggeber gezahlten Gebühr für einen Zeitraum, der dem Zeitraum entspricht, in dem der Betrieb gezwungen war, zu schließen oder von den getroffenen Gesundheitsmaßnahmen beeinträchtigt worden ist;
- Änderung der in dem Lastenheft / Konzessionsvertrag unter Androhung von Strafen vorgesehenen Fristen (insbesondere im Hinblick auf Baukonzessionen und die Durchführung von Bauleistungen oder die Ausführung von Bauwerken);
- Änderung der Termine für die Organisation von Festen, Messen, Festivals usw., die von einem Konzessionsnehmer bewirtschaftet werden;
- usw.

Diese Änderungen müssen jedoch die Hauptgrundsätze des Verwaltungsrechts und, wo anwendbar, das Gesetz vom 17. Juni 2016 über die Konzessionsverträge und seine Ausführungserlasse beachten.

In dieser Hinsicht ist es wichtig, zwischen Konzessionen zu unterscheiden, die in den Anwendungsbereich des genannten Gesetzes fallen, und solchen, die es nicht sind. Zur Erinnerung: Während alle Baukonzessionen unter diese Gesetzgebung fallen, gilt sie nur für Dienstleistungskonzessionen mit einem Wert von (derzeit) 5.350.000 EUR oder mehr.

1. Konzessionen, die unter die spezifische Gesetzgebung fallen

Konzessionen, die unter die spezifische Gesetzgebung fallen, können ohne die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens nur dann geändert werden, wenn sie einen in den Artikeln 62 bis 68 des Königlichen Erlasses vom 25. Juni 2017 über die Vergabe und die allgemeinen Regeln für die Ausführung von Konzessionsverträgen erwähnten Fall betreffen, nämlich:

- Das Bestehen einer Überprüfungsklausel (Artikel 62);
- Die Anwendung einer Preisrevisionsklausel (Artikel 63);
- Die Durchführung von zusätzlichen Bau- und Dienstleistungen (Artikel 64);
- Das Eintreten von unvorhersehbaren Umständen seitens der Vergabestelle (Artikel 65);
- Den Ersatz des Konzessionsnehmers (Artikel 66);
- Die de-Minimis-Regel (Artikel 67);
- Nicht wesentliche Änderungen (Artikel 68).

In diesem Fall ist die in Artikel 65 angeführte Änderung besonders hervorzuheben, da er auf den ersten Blick unter den gegebenen Umständen am besten geeignet erscheint.

In der Tat könnte die Änderung einer Konzession im Laufe der Ausführung in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Artikels 65 des oben genannten Königlichen Erlasses in Betracht gezogen werden, der sich auf die Möglichkeit **unvorhersehbarer Ereignisse seitens der Vergabestelle** bezieht.

In dem Bericht an den König zu diesem Königlichen Erlass steht, dass dieser Begriff der unvorhersehbaren Ereignisse sich auf Umstände bezieht, *"die auch bei einer nach vernünftigen Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des konkreten Projekts, der vorbildlichen Praxis im betreffenden Bereich und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können (nach Artikel 76 der Richtlinie 2014/23/EU). Der unvorhersehbare Charakter der Umstände, der die Änderung der Konzession ermöglicht, ist also "in concreto" zu beurteilen"*. Es gibt also nichts, was die Vergabestellen daran hindert, unvorhersehbare Ereignisse zum Vorteil des Auftragnehmers zu berücksichtigen...

Im vorliegenden Fall scheinen die derzeitigen Umstände im Zusammenhang mit der Pandemie, die den Nationalen Sicherheitsrat dazu veranlasst haben, verschiedene Gesundheitsmaßnahmen zu ergreifen, ein unvorhersehbares Ereignis für jeden gewissenhaften Auftragnehmer zu sein.

In der Praxis muss jede mögliche Änderung angemessen und daher konkret begründet werden, unter Berücksichtigung der betreffenden Konzession, der Tatsache, dass die Änderung durch die gegenwärtigen Umstände notwendig ist, dass die geplante Änderung den Gesamtcharakter der Konzession nicht verändert und dass die daraus resultierende Erhöhung nicht mehr als fünfzig Prozent des ursprünglichen Betrags der Konzession beträgt.

Es ist zu beachten, dass eine "Änderungsbekanntmachung" veröffentlicht werden muss (außer im Falle der Änderung einer Baukonzession, deren geschätzter Wert weniger als 5.350.000 Euro beträgt).

Darüber hinaus und für alle praktischen Zwecke kann es auch nützlich sein, an die Bestimmungen der Artikel 62, 67 und 68 des oben genannten Königlichen Erlasses zu erinnern.

- **Überprüfungsklausel (Artikel 62)**, unter der Voraussetzung, dass sie im ursprünglichen Lastenheft / Vertrag vorgesehen war.

Die Änderung einer Konzession im Laufe der Ausführung kann im Rahmen einer Überprüfungsklausel in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Artikels 62 des oben genannten Königlichen Erlasses in Betracht gezogen werden.

Es ist zu beachten, dass die anzuwendende Klausel des Lastenheftes / Vertrags klar, präzise und eindeutig formuliert sein muss und den Anwendungsbereich und die Art möglicher Änderungen sowie die Bedingungen, unter denen sie zur Anwendung kommen können, angeben muss. Darüber hinaus darf der Gesamtcharakter der Konzession nicht geändert werden, z.B. indem die auszuführenden Arbeiten oder Dienstleistungen durch etwas anderes ersetzt werden oder die Art der Konzession grundlegend geändert wird.

Es muss also sichergestellt werden, dass die Klausel, wie sie in dem Lastenheft / Vertrag formuliert ist, in der Praxis auf die betreffende Situation anwendbar ist. Mit anderen Worten: eine Klausel mit einer zu allgemeiner Tragweite ist möglicherweise nicht anwendbar.

➤ **Die de-Minimis-Regel (Artikel 67)**

Die Änderung einer Konzession im Laufe der Ausführung kann in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Artikels 67 des oben genannten Königlichen Erlasses in Betracht gezogen werden.

Diese Hypothese - die für Änderungen von geringem finanziellen Wert gilt, sofern sie den Gesamtcharakter der Konzession nicht verändern - kann nur in Betracht gezogen werden, wenn der Betrag der Änderung weniger als 5.350.000 € und zehn Prozent des Betrags der ursprünglichen Konzession beträgt. Es sei wohl zu bemerken, dass eine "Änderung" im Sinne dieser Bestimmung sowohl eine Verminderung als eine Erhöhung des Wertes betreffen kann.

➤ **Nicht wesentliche Änderungen (Artikel 68)**

Die Änderung einer Konzession im Laufe der Ausführung kann auch in Übereinstimmung mit Artikel 68 des oben genannten Königlichen Erlasses in Betracht gezogen werden, wenn die Änderung als nicht wesentlich angesehen werden kann.

Konkret ist nachzuweisen, dass die Änderung:

- keine Bedingungen einführt, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten, die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots ermöglicht hätten oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Konzessionsvergabeverfahren geweckt hätten;
- das wirtschaftliche Gleichgewicht der Konzession nicht zugunsten des Konzessionsnehmers in einer Weise verschiebt, die in der ursprünglichen Konzession nicht vorgesehen war;
- den Anwendungsbereich der Konzession nicht erheblich ausweitet.

Der wesentliche oder nicht wesentliche Charakter der in Erwägung gezogenen Änderung hängt von den spezifischen Umständen des jeweiligen Falles ab und muss daher angemessen und konkret begründet werden.

2. Konzessionen, die vom Anwendungsbereich der spezifischen Gesetzgebung ausgeschlossen sind

Die Vergabe von Konzessionen, die vom Anwendungsbereich des vorgenannten Gesetzes vom 17. Juni 2016 ausgenommen sind, wird insbesondere durch die wichtigsten Grundsätze des Verwaltungsrechts, die Rechtsprechung und gegebenenfalls den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union geregelt.

Wenn es also möglich ist, einen Dienstleistungskonzessionsvertrag während der Ausführung zu ändern, ist es wichtig, sehr vorsichtig zu sein. Diese Änderung muss in der Tat angemessen begründet werden, um nicht als neuer Vertrag betrachtet zu werden, der eine Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens erfordert.

Eine Änderung könnte zum Beispiel in Anwendung einer im Lastenheft vorgesehenen, klaren, präzisen und eindeutigen Überprüfungs Klausel, oder wenn es sich um eine nicht wesentliche Änderung handelt, in Erwägung gezogen werden.

Darüber hinaus könnten das oben erwähnte Gesetz vom 17. Juni 2016 und seine Ausführungserlasse trotz des Fehlens spezifischer Rechtsvorschriften erforderlichenfalls einen relevanten Vergleichspunkt für die Bestimmung der Bedeutung der Änderung darstellen.

Nachdem die Hypothesen der Änderung eines Konzessionsvertrags im Laufe der Ausführung erwähnt wurden, ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die angetroffenen Situationen - die vielfältig und unterschiedlich sind - von Fall zu Fall analysiert werden müssen, sowohl hinsichtlich der vorzunehmenden Vertragsänderung als auch hinsichtlich der Gründe, die diese rechtfertigen.

Es ist in der Tat unmöglich, einen allgemeinen Rahmen auf alle Konzessionen anzuwenden, da insbesondere die folgenden Parameter berücksichtigt werden müssen: die konkreten Auswirkungen der Gesundheitsmaßnahmen, die Besonderheiten der betreffenden Konzession, die Kontinuität des (ggf. öffentlichen) Dienstes, die spezifischen Klauseln des abgeschlossenen Vertrags usw.

In jedem Fall sollten mögliche Änderungen in Absprache mit den betroffenen Konzessionsnehmern in Betracht gezogen werden. Darüber hinaus müssen die vorgenommenen Änderungen im Hinblick auf die konkreten Auswirkungen der vom Nationalen Sicherheitsrat beschlossenen Gesundheitsmaßnahmen auf die betreffende Konzession und die Notwendigkeit der Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts des ursprünglich festgelegten Vertrags angemessen begründet werden.

Darüber hinaus ist hinsichtlich der Auswirkungen der aktuellen Gesundheitsmaßnahmen auf die Ausführung des abgeschlossenen Vertrages mangels spezifischer gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen auch auf das

allgemeine Recht, insbesondere auf die Artikel 1134, 1147 und 1148 des Zivilgesetzbuches (höhere Gewalt), zu verweisen.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Streitigkeiten über die Auslegung, Ausführung oder Auflösung von Verträgen Bürgerrechte betreffen, die gemäß Artikel 144 der Verfassung nur von den ordentlichen Gerichten entschieden werden können.

Wenn schließlich die Vertragsklauseln undurchführbar werden (z.B. im Falle der Organisation von Feierlichkeiten zu einem während der Periode mit Ausgangsbeschränkungen bereits festgelegten Termin, ohne die Möglichkeit einer Änderung) und die einzige Lösung daher in der Kündigung der Konzession besteht, wird empfohlen, dies in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches gütlich zu regeln.