

Aktuelle Informationen

Ausgabe 4,
Juni und Juli 2013

Public Services Legal News

Verkehr und Infrastruktur



Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neueste Ausgabe unseres PDF-Newsletters *Public Services Legal News – Verkehr und Infrastruktur* übersenden zu können.

Mit unserem Newsletter wollen wir den eiligen Leser auf prägnante und übersichtliche Weise über die aktuellen Themen aus den Bereichen Verkehr und Infrastruktur informieren. Sie profitieren dabei von dem Expertenwissen unseres 9-köpfigen Beraterteams an den Niederlassungen Düsseldorf, Bielefeld, Hannover und Hamburg (siehe hierzu Seite 12). Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Praxisseminaren.

Viel Spaß beim Lesen.

Ihre

Christiane Kappe

Inhalt

Verkehr	2
VK Münster stärkt den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre	2
Aktuell: Verfahren gegen TV-N-NRW bzw. die RepTVVO	3
Empfohlene Betrauungsmethode: Gemeinderatsbeschluss mit gesellschaftsrechtlicher Wirkung	4
Änderung der Vergaberichtlinien haben Auswirkungen auf Verkehrsbereich	6
EuGH: Ryanair verliert Rechtsmittelentscheidung über die Genehmigung des Verkaufs der Aktiva von Alitalia	7
Allgemeines Beihilferecht	8
Befreiung von Netzentgelten großer Stromverbraucher – eine europarechtswidrige Beihilfe?	8
Allgemeines Vergaberecht	9
Prüfung (un)rechtmäßiger Beihilfen bei der Angebotswertung?	9
VK Südbayern: Das Vergaberecht begründet keinen Zwang zur Privatisierung	10

Das Team.....12

Bestellung und Abbestellung.....13

Verkehr

VK Münster stärkt den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre

Die Vergabekammer Münster hat durch Beschluss vom 29.05.2013 (Az: VK 5/13) dem Nachprüfungsantrag eines Busverkehrsunternehmens stattgegeben und das gegenständliche Vergabeverfahren weitgehend aufgehoben. Im Rahmen dieser mittlerweile rechtskräftigen Entscheidungen traf die Vergabekammer wegweisende Aussagen zum Verhältnis von vergaberechtlichen Ausschreibungen und den genehmigungsrechtlichen Fragstellungen des neuen Personenbeförderungsgesetzes (PBefG).

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Bezirksregierung Münster rief zum Ende des Jahres 2012 zu einem sog. Genehmigungswettbewerb nach dem PBefG für ein Linienbündel im Münsterland auf. Die Antragstellerin nahm diesen Aufruf zum Anlass, eigenwirtschaftliche Anträge einzureichen. Bevor die Bezirksregierung über diese Anträge entscheiden hatte, schrieb die Antragsgegnerin das streitige Linienbündel im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung nach der EG VOL/A aus. Die Antragstellerin unterlag mit ihrem Angebot in der europaweiten Ausschreibung als zweitplatzierte Bieterin. Gegen diese Entscheidung wendete sich die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag.

Mit Erfolg: Die Vergabekammer gab dem Nachprüfungsantrag statt und ordnete die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens bis zur Neuversendung der Vergabeunterlagen an.

Die Vergabekammer hob hervor, dass eine öffentliche Ausschreibung nach den Maßgaben des allgemeinen Vergaberechts nur dann zulässig ist, soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht durch eigenwirtschaftliche Verkehre möglich ist. Konkret bedeute dies, dass eine Vergabestelle zunächst im Zusammenwirken mit der Genehmigungsbehörde klären muss, ob die Busdienstleistungen "eigenwirtschaftlich" erbracht werden können. Dies folge schon daraus, dass auch das neue PBefG weiterhin vom Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit ausgehe (vgl. § 8 Abs. 4 PBefG). Um sicher feststellen zu können, ob ein eigenwirtschaftlicher Verkehr angeboten werde oder nicht, seien in §§ 8a Abs. 2 und 12 Abs. 6 PBefG entsprechende Fristenregeln enthalten. Daraus folge, dass die Vergabestelle zumindest gehalten sei, die Entscheidung der Genehmigungsbehörde abzuwarten. Weiter regt die Vergabekammer an, dass darüber hinaus ggf. auch ein Widerspruch des Busunternehmens abgewartet werden sollte. Dies habe die zuständige Vergabestelle in vergaberechtswidriger Weise missachtet.

Praxishinweis:

Der Beschluss enthält Aussagen, deren Bedeutung über die Klärung des konkreten Einzelfalles hinausgehen. Diese Entscheidung ist die erste vergaberechtliche Entscheidung, die sich mit den Neuerungen des PBefG auseinandersetzt. Die Vergabekammer beleuchtet eingehend das Verhältnis zwischen PBefG-Genehmigungsverfahren und wettbewerblichen Ausschreibungen von Verkehrsleistungen. Aufgabenträger müssen in diesem Zusammenhang beachten, dass bei der Neuvergabe von Verkehrsverträgen stets mehrere Monate Vorlauf für den Genehmigungswettbewerb einzuplanen sind. Wichtig ist des Weiteren die exakte Einhaltung der in den §§ 8a Abs. 2 und 12 Abs. 6 PBefG vorgesehenen Fristen. Danach muss ein Antrag auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen oder Kraftfahrzeugen im Linienverkehr spätestens drei Monate nach der Vorabbekanntmachung gestellt werden.

RA Sascha F. Schaefer, Tel.: +49 211 981-2549, sascha.schaefer@de.pwc.com

Aktuell: Verfahren gegen TV-N-NRW bzw. die RepTVVO

Die Tatsache, dass ein Aufgabenträger in Ostwestfalen vor einigen Wochen eine Busverkehrsdienstleistung öffentlich ausgeschrieben hat, in deren Rahmen ein Bieter die Anwendung der Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs (RepTVVO) gerügt hat, ist ein offenes Geheimnis. Wir möchten Sie an dieser Stelle über die Hintergründe sowie den aktuellen Stand des Verfahrens informieren:

Zum 1. Mai 2012 trat das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) in Kraft. Nach § 4 Abs. 2 TVgG-NRW dürfen öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene ausschließlich an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Nordrhein-Westfalen für diese Leistung in einem einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag vorgesehene Entgelt zu zahlen.

Zum 1. Februar 2013 trat die konkretisierende RepTVVO in Kraft. Diese Verordnung sieht für den öffentlichen Personenverkehr ausschließlich den Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N NW) vom 25. Mai 2001, zuletzt geändert am 9. Mai 2012, als einschlägig und repräsentativ vor.

In den Vergabeunterlagen des ostwestfälischen Aufgabenträgers wurde ausdrücklich auf diesen Sachverhalt sowie auf die zwingend abzugebenden Verpflichtungserklärungen zur Zahlung des TV-N NW hingewiesen.

Einer der Bieter rügte fristgerecht die Forderung nach Abgabe der Verpflichtungserklärungen. Zur Begründung trug er vor, die RepTVVO sei rechts- bzw. verfassungswidrig, da das zuständige Ministerium für Arbeit lediglich den TV-N-NW für repräsentativ erklärt habe.

Der Aufgabenträger half dieser Rüge nicht ab mit dem Argument, dass kein Vergaberechtsverstoß vorliege. Denn die RepTVVO sei zum Zeitpunkt der Ausschreibung und auch jetzt noch in Kraft und weder für rechts- noch für verfassungswidrig erklärt worden. An deren Vorgaben sei er zwingend gebunden, ob er wolle oder nicht. Andernfalls würde er sich unter anderem kommunalaufsichtsrechtlichen, dienst- bzw. arbeitsrechtlichen sowie vergaberechtlichen Konsequenzen aussetzen.

Daraufhin stellte der Bieter einen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Detmold (VK Detmold). Um zu verdeutlichen, dass ihm bezüglich der Anwendung von TVgG-NRW und RepTVVO die Hände gebunden sind, hat der Aufgabenträger bei der VK Detmold beantragt, die Landesregierung als das für den Erlass bzw. die Änderung der RepTVVO verantwortliche Verfassungsorgan beizuladen. Eine Entscheidung der VK Detmold ist in den nächsten Tagen zu erwarten.

Praxishinweis:

Das Nachprüfungsverfahren vor der VK Detmold ist dem seit März rechtshängigen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Düsseldorf (VG Düsseldorf) in der gleichen Sache insofern voraus, als mit einer baldigen Entscheidung zu rechnen ist. Allerdings wird die VK Detmold – unserer Auffassung nach – nicht die Rechts- bzw. Verfassungsmäßigkeit der RepTVVO überprüfen können, da sie – anders als das VG Düsseldorf – nicht befugt ist, eine Rechtsverordnung wie die RepTVVO auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen (sog. Normverwerfungskompetenz). Von daher ist davon auszugehen, dass der Antrag auf Nachprüfung zurückgewiesen wird.

Anders sieht die Sachlage vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf aus, das als nächst höhere Instanz angerufen werden kann. Dieses ist befugt und sogar verpflichtet, die RepTVVO zu verwerfen, sofern es deren Rechts- bzw. Verfassungswidrigkeit feststellt.

Von RAin Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com

Empfohlene Betrauungsmethode: Gemeinderatsbeschluss mit gesellschaftsrechtlicher Wirkung

Liegen beihilferechtsrelevante Sachverhalte vor, so können diese in Abhängig der konkreten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DawI) häufig durch eine Betrauung entsprechend dem sog. Freistellungsbeschluss (Beschluss der EU-Kommission vom 20. Dezember 2011; (2012/21/EU) oder der Altmark-Trans-Rechtsprechung (Urteil des EuGH vom 24.8.2003, Az.: C-280/00) bzw. einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach der VO 1370/2007 beihilferechtskonform ausgestaltet werden. Wird eine Betrauung vorgenommen, stehen grundsätzlich drei verschiedene methodische Vorgehensweisen zur Verfügung:

- Erlass eines Verwaltungsakts
- Abschluss eines Vertrag
- Erlass eines Gemeinderatsbeschlusses und Umsetzung mittels gesellschaftsrechtlicher Weisung

Wird eine Betrauung durch einen Verwaltungsakt durchgeführt, ist eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Diese ist beispielsweise im Verkehrsbereich nach Auffassung des Oberlandesgerichts (OLG) München (Beschluss vom 22.6.2011, Az.: Verg 6/11, S. 12) nicht vorhanden. Liegt keine Ermächtigungsgrundlage vor, kann ein Verwaltungsakt gegebenenfalls auf einen entsprechenden Antrag des Beihilfenempfängers erlassen werden. Wird der Verwaltungsakt erlassen, so hat der Beihilfenempfänger einen Anspruch auf die im Verwaltungsakt definierten Leistungen. Der Verwaltungsakt kann nicht ohne weiteres wieder aufgehoben werden. Neben der fehlenden Rechtsgrundlage kann aus umsatz- und ertragssteuerlichen Gründen der aus dem Verwaltungsakt resultierende Anspruch des Beihilfenempfängers problematisch sein.

Eine Betrauung durch einen Vertrag ist ebenfalls möglich. Typisch für einen Vertrag ist aber die Definition der Leistung und der hierfür gewährten Gegenleistung. Gewährt der Vertrag einen Anspruch des Beihilfenempfängers für die Durchführung der in der Betrauung definierten Leistung, können wie im Fall des Erlasses eines Verwaltungsakts umsatz- und ertragssteuerliche Probleme auftreten.

Wir empfehlen daher regelmäßig die Betrauung durch einen Beschluss der städtischen Gremien mit einer Umsetzung durch eine gesellschaftsrechtliche Weisung vorzunehmen. Der Beschluss wird von der Stadt als für die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung verantwortliche Stelle gefasst. Für die Umsetzung des Beschlusses wird das ausführende Organ (z.B. der Oberbürgermeister), angewiesen, eine gesellschaftsrechtliche Weisung in der Gesellschafterversammlung des Beihilfeempfängers herbeizuführen. Durch den Beschluss auf städtischer Ebene gekoppelt mit der Umsetzung auf gesellschaftsrechtlicher Ebene wird dem beihilfeempfangenen Unternehmen die Erfüllung der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ auferlegt.

Ausreichend ist hingegen nicht, wie die Europäische Kommission in dem kürzlich erlassenen Eröffnungsbeschluss zum Nürburgring (Amtsblatt der Europäischen Union vom 30.10.2012, C333/1) ausgeführt hat, lediglich ein „Binnenbeschluss“ des beihilfeempfangenen Unternehmens (im Nürburgringfall des Aufsichtsrats). Notwendig ist, wie die Europäische Kommission betont, die Rückkoppelung an den städtischen Beschluss und eine auf diesen Beschluss zurückzuführende Bindung des Beihilfenempfängers.

Eine identische Vorgehensweise (Gemeinderatsbeschluss mit Weisung) lag auch dem Beschluss der Europäischen Kommission in der Entscheidung „Geothermie, Unterschleißheim“ (K(2011) 3053 endg. vom 10.5.2011) zugrunde. Dieses Vorgehen wurde beihilfenrechtlich nicht beanstandet.

Wie die Europäische Kommission nun auch in dem überarbeiteten Leitfaden (Dokument SWD(2013) 53 final/2 vom 29.4.2013, unter Frage 47) ausführt, bestehen nach wie vor viele Methoden, eine Betrauung vorzunehmen.

Praxishinweis:

Welche der verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Betrauungsaktes - insbesondere aus steuerlicher Sicht – vorteilhaft bzw. sinnvoll ist, sollte jeweils anhand des konkreten Einzelfalls geprüft und nach Maßgabe einer anschließenden Kosten-Nutzen-Analyse entschieden werden.

Von RAin/StBin Maren Weber, Tel.: +49 511 5357-5853,
maren.weber@de.pwc.com

Änderung der Vergaberichtlinien haben Auswirkungen auf Verkehrsbereich

Der Europäische Normgeber überarbeitet derzeit die Vergaberichtlinien 2004/17 und 2004/18. Bislang galt, dass bei Vorliegen der durch die Rechtsprechung entwickelten „Teckal-Kriterien“ kein Auftrag zwischen zwei Parteien, sondern eine Abwicklung „innerhalb eines Hauses“, eine Inhousevergabe, vorlag. Das Vergaberecht fand auf diese Vergaben keine Anwendung. Nunmehr werden innerhalb der Vergaberichtlinien die Anforderungen an die Inhousevergabe definiert.

Die in den Richtlinien vorgesehene Definition als solche unterscheidet sich von den „Teckal-Kriterien“ kaum. Allerdings können die Auswirkungen für den Verkehrsbereich gravierend sein.

Für den Verkehrsbereich gilt seit Ende 2009 die VO 1370/2007. Die VO 1370/2007 ist aber nur für den Fall anwendbar, dass die Vergaberichtlinien keine Anwendung finden. Keine Anwendung finden die Vergaberichtlinien bislang bei der Inhousevergabe und der Vergabe einer Dienstleistungskonzession. Hinsichtlich der Inhousevergabe hat insbesondere das OLG München (Beschluss vom 22.6.2011, Az.: Verg 6/11) entschieden, dass hierfür Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 die anzuwendende Spezialnorm darstellt.

Liegt eine Dienstleistungskonzession vor, ändert sich zukünftig nichts. Liegt allerdings ein Dienstleistungsauftrag vor, könnte die VO 1370/2007 zukünftig nur noch dann Anwendung finden, wenn die Voraussetzungen der Inhousevergabe der Vergaberichtlinien erfüllt sind. Diese sind beispielsweise insofern enger, als dass die Beteiligung eines Privaten an dem zu beauftragenden Unternehmen eine Inhousevergabe grundsätzlich verhindert. Ferner muss das beauftragte Unternehmen im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig sein. Ist das Unternehmen nicht nur im Verkehrsbereich tätig, könnte die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums unmöglich sein.

Erschwert werden daher zukünftig Inhousevergaben insbesondere in folgenden Fällen:

- Beteiligung eines Privaten an dem Verkehrsunternehmen
- Unternehmen erbringt neben den Verkehrsleistungen auch Leistungen für Dritte (z.B. Energieversorgung)

Praxishinweis:

Könnte durch die Änderung der Vergaberichtlinien für die Zukunft die Vornahme einer Direktvergabe erschwert werden, ist zu empfehlen, eine vorzeitige Verlängerung der Betrauung zu prüfen. Kommt dies nicht in Betracht, sollte frühzeitig geprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine Inhousevergabe durch eine Umstrukturierung geschaffen werden können.

Von RA Jörg Manka, Tel.: +49 211 981-4737, joerg.manka@de.pwc.com

EuGH: Ryanair verliert Rechtsmittelentscheidung über die Genehmigung des Verkaufs der Aktiva von Alitalia

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) bestätigte mit Urteil vom 13.06.2013 die Entscheidung des europäischen Gerichts Erster Instanz (EuG) über die Rechtswidrigkeit eines Darlehens des italienischen Staates an die Fluggesellschaft Alitalia und die Genehmigung des Aktivaverkaufs dieser Fluggesellschaft. Der EuGH wies das Rechtsmittel der irischen Airline Ryanair Ltd. gegen die erstinstanzliche Entscheidung des EuG zurück. Rechtsmittelbeklagter war die Europäische Kommission, die von den Streithelfern, der Italienischen Republik und Alitalia - Compagnia Aerea Italiana SpA (CAI), unterstützt wurde.

Dem Urteil des EuGH liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Italien gewährte im Jahr 2008 der in finanzielle Probleme geratenen Fluggesellschaft Alitalia, die sich zu 49,9 Prozent im Eigentum des italienischen Staates befand, ein Darlehen über 300 Mio. Euro. Dieses konnte die Fluggesellschaft dem Eigenkapital zuführen. Das Darlehen wurde vor seiner Gewährung nicht bei der Kommission angemeldet. Diese forderte die italienischen Behörden auf, die Existenz des Darlehens zu bestätigen, es auszusetzen und ein Notifizierungsverfahren einzuleiten. In der diesbezüglichen Entscheidung konstatierte die Kommission, dass es sich bei dem Darlehen um eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare rechtswidrige Beihilfe handele, weshalb sie die Rückforderung der Beihilfe anordnete.

Später stellte die Alitalia ihre Zahlungen ein und wurde einer außerordentlichen Insolvenzverwaltung unterstellt. Die jetzige Streithelferin CAI gab für den Kauf einzelner Unternehmensteile der Alitalia ein Angebot ab, welches der Kommission mitgeteilt wurde. Dabei prüfte eine Bank als unabhängige Sachverständige, ob die Preise für den Verkauf der Aktiva den Marktpreisen entsprechen.

In einer zweiten Kommissionsentscheidung wurde festgestellt, dass dieser Aktivaverkauf der Alitalia keine Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Erwerber die CAI impliziere, wenn dieser zu Marktpreisen erfolge. Die außerordentli-

che Insolvenzverwaltung begründe keine Beihilfegewährung zugunsten der Erwerber, da keine wirtschaftliche Kontinuität zwischen Alitalia und der CAI bestehe. Auch führe der Verkauf nicht zu einer Umgehung der Rückforderung der Beihilfe durch die Kommission.

Der EuGH hat als zweite Instanz die Entscheidung des EuG bestätigt und das Rechtsmittel der irischen Fluggesellschaft Ryanair vollumfänglich zurückgewiesen:

Insbesondere konstatierte der Gerichtshof in Bezug auf die zweite Kommissionsentscheidung, dass der Kommission die Befugnis zustehe, eine Entscheidung zu erlassen, die feststellt, dass keine Beihilfe des italienischen Staates vorliegt und welche die freiwillig eingegangenen Verpflichtungen Italiens beachtet, die dadurch Bestandteil der angemeldeten Maßnahme werden.

Ferner bestätigte der EuGH die Feststellungen des EuG, dass die CAI nicht der wirtschaftliche Nachfolger von Alitalia sei, da das Übernahmeangebot in Bezug auf die Fluggastbeförderung nicht sämtliche Unternehmensteile betreffe.

Praxishinweis:

Es handelt sich um eine beachtenswerte Rechtsmittelentscheidung des EuGH zur Darlehensgewährung und wirtschaftlichen Unternehmensnachfolge. Das Urteil befasst sich mit der Frage, ob vorliegend eine beihilferechtlich relevante wirtschaftliche Nachfolge gegeben ist. Diesbezüglich reicht es nicht aus, wenn nur bestimmte Vermögensgegenstände übernommen werden.

Von RAin Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com

Allgemeines Beihilferecht

Befreiung von Netzentgelten großer Stromverbraucher – eine europarechtswidrige Beihilfe?

Die europäische Kommission hat das Verfahren zur Beihilfenkontrolle bezüglich der Netzentgeltbefreiung großer Stromverbraucher in der Bundesrepublik eingeleitet. Geprüft wird, ob die Befreiung eine europarechtswidrige Beihilfe im Sinne des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union darstellt. Im Rahmen dessen sind alle staatlichen Mittelgewährungen verboten, die eine Begünstigung eines bestimmten Unternehmens oder Produktionszweiges darstellen, den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen sowie in der Folge den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen.

Seit 2011 werden große Stromverbraucher gesetzlich im Rahmen der Stromnetzentgeltverordnung von der Zahlung der Netzentgelte befreit. Sinn und Zweck dieser Regelung ist die Entlastung stromintensiver Betriebe von den Kos-

ten der Energiewende. Die Einnahmeausfälle werden von den vier Betreibern der Übertragungsnetze gesammelt und auf den Verbraucher umgelegt.

Diese sog. Paragraf-19-Umlage müsste, um als europarechtswidrige Beihilfe qualifiziert zu werden, staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt sein. Zu klären hat die Kommission nun, ob die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, die eine Begünstigung zur Folge hat, genügt, um die Voraussetzung „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“ zu erfüllen. Fraglich ist, ob eine solche Maßnahme vom Anwendungsbereich des Beihilfenverbots betroffen ist, die nicht zu einer tatsächlichen oder potenziellen Mittelbelastung öffentlicher Haushalte führt. Insbesondere der Umstand, dass der Staat als Verursacher der begünstigenden Maßnahme anzusehen ist, die Finanzierung durch den Verbraucher also auf die staatliche Gesetzgebung zurückzuführen ist, stellt ein Indiz für die Bejahung einer europarechtswidrigen Beihilfe dar. Hinzu kommt, dass eine Regelung wie die Netzentgeltbefreiung auch nur hoheitlich durchsetzbar ist.

Für den Fall, dass es sich bei der Netzentgeltbefreiung um eine Begünstigung handelt, die staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt wird, muss die Kommission noch prüfen, ob die Befreiung durch ein Ziel von gemeinsamem Interesse gewertet werden kann und somit die hieraus entstehenden negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgewogen würden. Somit wäre die Beihilfe gerechtfertigt und nicht europarechtswidrig.

Praxishinweis:

Als Folge des Beihilfenkontrollverfahrens durch die Kommission ergibt sich ein Durchführungsverbot der mutmaßlichen Beihilfe für den Mitgliedstaat. Ein Verstoß des Durchführungsverbotest kann auf zivilrechtlicher Ebene mindestens zur Teilnichtigkeit des zugrunde liegenden Vertrages sowie zu Rückforderungen führen.

Unabhängig von der Verfahrenseinleitung durch die Europäische Kommission hat der Kartellsenat des OLG Düsseldorf bereits im März dieses Jahres die Netzentgeltbefreiung mangels einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für nichtig erklärt.

Von RAin Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com

Allgemeines Vergaberecht

Prüfung (un)rechtmäßiger Beihilfen bei der Angebotswertung?

Die Antragsgegnerin schrieb europaweit die beabsichtigte Vergabe der Betriebsführung bestimmter Kläranlagen aus. Das Angebot der Antragstellerin lag preislich unter dem Angebot des erfolgreichen Bieters, einem Zweckverband. Nach Ansicht der Antragstellerin war das Angebot des Zweckverbandes u.a. auszu-

schließen, da dieser von seinen Mitgliedern Umlagen erhebe und somit unzulässige Beihilfen erhalten habe. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin blieb jedoch – auch aus anderen Gründen - erfolglos.

Nach Ansicht der Vergabekammer Bund (VK Bund, Beschluss vom 24.04.2013 - VK 3-20/13) war das Angebot des Zweckverbandes nach § 19 EG Abs. 7 VOL/A nicht auszuschließen. Hiernach können Angebote, die aufgrund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig sind, allein aus diesem Grund nur dann zurückgewiesen werden, wenn das Unternehmen nicht nachweisen kann, dass die Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde.

Vorliegend sei diese Vorschrift jedoch bereits nicht anwendbar gewesen, da das Angebot des Zweckverbandes nicht ungewöhnlich niedrig gewesen sei. Die könne nur dann bejaht werden, wenn der Preis in keinem angemessenen Verhältnis zur angebotenen Leistung stehe. Das Angebot des Zweckverbandes habe aber preislich deutlich über demjenigen der Antragstellerin gelegen. Die VK wies im Übrigen darauf hin, dass die Prüfung der Unzulässigkeit einer Beihilfe vergaberechtlich ausschließlich im Rahmen des § 19 EG Abs. 7 VOL/A geprüft werde. Eine parallele Prüfung auf Basis des allgemeinen Wettbewerbsgrundsatzes komme nicht in Betracht. Auf die Frage, ob die Umlage eine unzulässige Beihilfe sei, kam es daher nicht an. Nach einer „ersten Einschätzung“ sei dies nach der VK aber eher zu verneine, da der Zweckverband Zahlungen erhalte, denen entsprechende Ausgaben gegenüberstünden.

Praxishinweis:

Weshalb die Antragstellerin, deren eigenes Angebot preislich unter dem des Zweckverbandes lag, gerade das Angebot des Zweckverbandes als ungewöhnlich niedrig erachtete, bleibt unklar. Jedenfalls macht die VK deutlich, dass vor der Prüfung einer unzulässigen Beihilfe zunächst überhaupt ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ vorliegen muss. Erst dann ist zu prüfen, ob dieses gerade wegen einer unzulässigen Beihilfe ungewöhnlich niedrig ist. Zu beachten ist außerdem, dass die Prüfung der Zulässigkeit der Beihilfe ausschließlich im Rahmen des § 19 EG Abs. 7 VOL/A erfolgt, denn grundsätzlich kann diese Frage nicht zum Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemacht werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2002 – Verg 22/02).

Von RAin Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com

VK Südbayern: Das Vergaberecht begründet keinen Zwang zur Privatisierung

Die Vergabekammer Südbayern hat sich in einer jüngeren Entscheidung mit den Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe im Rahmen des kommunalen Krankenhauswesens befasst. Die Bedeutung der darin getroffenen Aussagen, geht über den Einzelfall hinausgehen. Dies gilt insbesondere für weitere Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge. Hierzu zählt auch und gerade der Bereich der kommunalen Verkehrsversorgung.

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zu Grunde:

Die Antragsgegnerin, Trägerin eines Bezirkskrankenhauses in der Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts, betreibt in ihrem Dienstleistungs- und Logistik-

zentrum (DLZ) eine Krankenhausapotheke. Sie beabsichtigt, diese Krankenhausapotheke mit der künftigen Arzneimittelversorgung ohne (EU-weite) Ausschreibung zu beauftragen. Der bisherige Auftragnehmer meint, in der beabsichtigten Beauftragung liege eine unzulässige Direktvergabe. Die Beauftragung stelle kein vergabefreies Inhouse-Geschäft dar, da das DLZ mehr als 90% seines Umsatzes mit anderen Leistungsempfängern erwirtschaftete (sog. Wesentlichkeitskriterium). Selbst wenn man dies anders sehen wolle, sei aufgrund der aufwendigen, auf externe Kunden abzielenden Akquisetätigkeiten des DLZ das Wesentlichkeitskriterium nicht erfüllt.

Die VK verwarf den Nachprüfungsantrag als unzulässig. Zwar sei das Krankenhaus öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB, da es eine „im Allgemeininteresse liegende Aufgabe“ erfülle, nämlich eine Daseinsvorsorge- bzw. Gesundheitsfürsorgeaufgabe, die nach der Satzung auch nicht gewerblicher Art sei. Allerdings liege kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB vor. Das DLZ mit der Krankenhausapotheke sei eine unselbständige Abteilung des Krankenhauses. Die VK berief sich hierbei auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 18.11.1999, Az. C-107/98 – Teckal). Erforderlich für einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts sei ein Vertrag zwischen zwei voneinander getrennten juristischen Personen. Deshalb seien auch die vom Antragsteller vorgebrachten tatsächlichen Umstände des DLZ – Werbung um externe Kunden – unerheblich. Auf das Wesentlichkeitskriterium musste die VK daher nicht mehr eingehen.

Praxishinweis:

Die VK macht deutlich, dass sich die Inhouse-Problematik erst dann stellt, wenn der Auftraggeber einer von ihm rechtlich getrennten Einrichtung einen Auftrag erteilen will. Andernfalls müssen die Inhouse-Grundsätze nicht bemüht werden. Insofern lag es in dem Fall nahe, dass der bisherige Auftragnehmer mit seinem Antrag nicht durchdrang. Die VK hob unter Bezugnahme auf den EuGH (Urteil vom 11.01.2005 – C-26/03 – Stadt Halle) zudem hervor, dass das Vergaberecht keine Privatisierung öffentlicher Aufgaben erzwingt; vielmehr liege die Entscheidung über externe Beschaffungen allein in der Gewalt der öffentlichen Hand. Das gilt entsprechend für die „Rückführung“ öffentlicher Aufgaben (Stichwort: Rekommunalisierung).

Von RA Jörg Manka, Tel.: +49 211 981-4737, joerg.manka@de.pwc.com

Das Team

Für Ihre Fragen, Hinweise und Anmerkungen zum Newsletter stehen Ihnen die nachfolgenden Ansprechpartner gern zur Verfügung. Wir freuen uns auf Ihr Feedback.

RA/StB Christiane Kappe

Tel.: +49 211 981-2700
christiane.kappe@de.pwc.com

RA/ StB Michael Prechtl

Tel.: +49 211 981-4775
michael.prechtl@de.pwc.com

RA Jörg Manka

Tel.: +49 211 981-4737
joerg.manka@de.pwc.com

RA Bettina Werres

Tel.: +49 211 981-4966
bettina.werres@de.pwc.com

RA/StB Maren Weber

Tel.: 49 511 5357-5853
maren.weber@de.pwc.com

RA Erik Pelizäus

Tel.: +49 211 981-2325
erik.pelizaesus@de.pwc.com

RA Sascha Schaefer

Tel.: +49 211 981-2549
sascha.schaefer@de.pwc.com

RA Jurkea Wachtendorf

Tel.: +49 40 6378-1258
jurkea.wachtendorf@de.pwc.com

Ass. iur. Nils Rickert

Tel.: +49 211 981-2886
nils.rickert@de.pwc.com

Bestellung und Abbestellung

Für Fragen stehen Ihnen die in dem Newsletter genannten Ansprechpartner gerne zur Verfügung.

Sollten weitere Personen Interesse an diesem Newsletter haben, können Sie diese E-Mail gerne weiterleiten.

Die Interessenten können sich hier anmelden: SUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com.

Sofern Sie unseren Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten möchten, bitten wir Sie um eine kurze Benachrichtigung an UNSUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com.

Die Beiträge dieser Publikation sind zur Information unserer Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© Oktober 2012 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-Gesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

„PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-Gesellschaft, die zum Netzwerk von PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Netzwerkgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.