

Newsletter

Inhalt

Das Bundesumweltministerium fördert die Anschaffung von Elektrobussen	2
OLG Celle: Kein “Dulde und liquidiere” im Vergaberecht	2
BVerwG zur Frage nach dem Anspruch der Verkehrsunternehmen auf Erlass einer Allgemeinen Vorschrift	3
Stellungnahme des Bundesrates zur Änderung der VO (EG) 1073/2009	4
VK Bund/VK Thüringen: Angebotsausschluss und Aufklärung	5
VK Südbayern: Zur Angebotsöffnung durch externe Dienstleister	6
Veranstaltungen	7
Ihre Ansprechpartner	8
Bestellung und Abbestellung	8

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neueste Ausgabe unseres Newsletter *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 10-köpfigen ÖPNV-Teams an den Niederlassungen Düsseldorf, Frankfurt, Hannover, Berlin und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Veranstaltungen.

Viel Spaß beim Lesen.
Ihre
Maren Weber

Das Bundesumweltministerium fördert die Anschaffung von Elektrobussen

Das Bundesumweltministerium unterstützt die Modernisierung des ÖPNV. Im Rahmen des Sofortprogramms „Saubere Luft“ stehen Fördergelder (vorerst kurzfristig 35 Mio. Euro) für die Beschaffung von Elektrobussen für private und öffentliche Verkehrsunternehmen bereit. Die entsprechende „Richtlinie zur Förderung von Elektrobussen im öffentlichen Personennahverkehr“ ist nach Zustimmung der EU-Kommission im Februar nunmehr mit der Veröffentlichung im Bundesanzeiger im März 2018 in Kraft getreten und hat eine Laufzeit bis Ende 2021. Interessierte Verkehrsunternehmen können seit März Anträge auf Förderung durch die Einreichung von Projektskizzen stellen.

Konkret fördert das Bundesumweltministerium die Anschaffung von – mindestens 5 – neuen Elektrobussen mit bis zu 80 % der Investitionsmehrkosten. Plug-In-Hybridbusse werden mit bis zu 40 % der Investitionsmehrkosten gefördert. Förderfähig sind zudem die dazugehörige Ladeinfrastruktur sowie weitere Maßnahmen, die zur Inbetriebnahme und Einführung von Elektrobussen erforderlich sind, wie z.B. Kosten für Batteriegarantie/-leasing, Fahrer- und Werkstattschulungen etc.

Anträge, die die Umstellung ganzer Fahrzeugflotten oder zumindest ganzer Buslinien in Gebieten mit einer Überschreitung der zulässigen Grenzwerte für Luftschadstoffe oder in Gebieten mit erhöhter Verkehrslärmbelastigung zum Gegenstand haben und mit denen ein signifikanter Beitrag zur Verbesserung der Luftqualität bzw. zur Verringerung der Lärmbelastigung geleistet wird, werden von der Bewilligungsbehörde bevorzugt berücksichtigt. Ebenfalls bevorzugt berücksichtigt werden Anträge für Vorhaben, in deren Rahmen Fahrzeuge mit einem effizienten, umweltfreundlichen Betrieb der Nebenaggregate (z.B. Klimatechnik, Fahrgasraumheizung etc.) beschafft werden sollen.

OLG Celle: Kein “Dulde und liquidiere” im Vergaberecht

Das OLG Celle hat mit Urteil vom 18.01.2018 entschieden, dass ein von einem Vergabefehler betroffener Bieter sich in einem nachträglichen Zivilprozess nicht auf einen Vergabefehler berufen kann, wenn er diesen bereits in einem Nachprüfungsverfahren hätte geltend machen können. Nach Auffassung des OLG Celle gilt dies insbesondere dann, wenn der Bieter zunächst einen Nachprüfungsantrag erhoben, dann aber wieder zurückgenommen hat.

Der Entscheidung des OLG Celle liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagte schrieb Schülerbeförderungsleistungen europaweit aus. Die Klägerin beanstandete in einem Nachprüfungsverfahren zunächst eine Regelung zur Anpassung der Vergütung. Sie nahm den Nachprüfungsantrag aber noch vor Entscheidung der Vergabekammer wieder zurück. Das Vergabeverfahren wurde sodann fortgeführt und letztlich erhielt die Klägerin auf Grundlage des unveränderten Vertragsentwurfs den Zuschlag.

Nachdem die Klägerin in den darauffolgenden zwei Schuljahren für die Beklagte die Schulbeförderungsleistungen erbracht hatte, erhob sie erfolgreich Klage vor dem LG Hildesheim und begehrte - wegen Unwirksamkeit der zunächst vergaberechtlich beanstandeten Regelung – nunmehr unter Verweis auf eine für sie in wirtschaftlicher

Hinsicht günstigeren Regelung der VOB/B zusätzliche Entgelte für die Schulbeförderung. Gegen die Entscheidung des LG Hildesheim legte die Beklagte (Schulträger/ Auftraggeber) Berufung vor dem OLG Celle ein.

Das OLG wies die Klage letztlich ab und verneinte einen Anspruch des Verkehrsunternehmens auf Erhöhung des Entgeltes nach den Regelungen der VOB/B. Nach Auffassung des OLG sei es der Klägerin verwehrt, sich in einem Zivilrechtsstreit auf einen Vergaberechtsverstoß zu berufen, sofern sie es versäumt hat, diesen in einem Nachprüfungsverfahren nach dem GWB zur Überprüfung zu stellen. Auch wenn dies keine gesetzliche Norm ausdrücklich vorsähe, sieht das OLG Celle dies aufgrund der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze als geboten an. Schließlich könne sonst ein Bieter, der einen späteren Nachforderungsanspruch bereits im Vergabeverfahren erkannt habe, bewusst ein Angebot abgeben, dass für ihn (zunächst) nicht wirtschaftlich auskömmlich sei. Nach Erhalt des Zuschlags könne er die Unauskömmlichkeit des Angebots aber dann durch ein anschließendes Zivilverfahren beseitigen und damit letztlich außerhalb des Vergabeverfahrens einen anderweitigen Preis durchsetzen.

In Bezug auf mögliche Schadensersatzansprüche des Verkehrsunternehmens stuft das OLG Celle den Umstand, dass die Klägerin den Vergabeverstoß in Form der fehlerhaften Vergütungsregelung offensichtlich auch schon im Rahmen des Vergabeverfahrens erkannt, aber nicht im Nachprüfungsverfahren durchgesetzt habe, als Mitverschulden ein. Dies wiege im Ergebnis so schwer, dass Nachzahlungsansprüche insgesamt nicht bestünden.

Gegen das Urteil des OLG Celle sind Rechtsmittel eingelegt worden. Das Verfahren ist derzeit beim BGH anhängig.

Praxishinweis:

Das OLG Celle stellt sich in seiner Entscheidung gegen eine Anwendung des zivilrechtlichen Grundsatzes „Dulde und liquidiere“ im Vergaberecht und spricht sich damit für einen Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes vor dem zivilrechtlichen Sekundärrechtsschutz aus. Ein erkannter Vergaberechtsverstoß müsste damit – schon zur Vermeidung einer möglichen Präklusion möglicher Sekundäransprüche – im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob der BGH die Entscheidung des OLG Celle bestätigen wird.

BVerwG zur Frage nach dem Anspruch der Verkehrsunternehmen auf Erlass einer Allgemeinen Vorschrift

Das BVerwG hat mit seinem Beschluss vom 13.12.2017 die Revision gegen das Urteil des OVG Münster vom 25.08.2016 (wir hatten hierüber bereits in unsere Ausgabe 6, November Dezember 2016 berichtet) zugelassen. Zu der Frage, ob Verkehrsunternehmen bei politisch vorgegebenen Tickettarifen einen Anspruch auf Erlass einer Allgemeinen Vorschriften gegen die Aufgabenträger haben, ist insoweit nunmehr mit einer obergerichtlichen Entscheidung zu rechnen sein.

Dem Verfahren liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Das OVG Münster hatte die Klage eines privaten Verkehrsunternehmens auf Erlass einer Allgemeinen Vorschrift für den Ausgleich von Tarifdefiziten durch die Anwendung von Verbundtarifen gegen einen Aufgabenträger abgewiesen. Das OVG hatte insoweit die

erstinstanzlich ergangene Entscheidung des VG Münster (wir hatten hierüber bereits in unsere Ausgabe 4, September Oktober 2015 berichtet) bestätigt. Inhaltlich war auch das OVG der Rechtsauffassung, dass den Aufgabenträgern bei der Entscheidung über die Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder den Erlass einer Allgemeinen Vorschrift ein Wahlrecht zukäme. Die Revision gegen diese Entscheidung ließ das OVG Münster nicht zu. Die Klägerin (privates Verkehrsunternehmen) wandte sich hiergegen erfolgreich mit der Revisionszulassungsbeschwerde.

Das BVerwG ließ die Revision nunmehr mit dem Hinweis zu, dass der Rechtssache eine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zukomme. Das BVerwG wird die Frage nach dem Anspruch der Verkehrsunternehmen auf Erlass einer Allgemeinen Vorschrift – die nunmehr bereits eine Vielzahl von Gerichten beschäftigt hat (VG Münster - Urteil v. 24.10.2014, Ausgabe 6, November Dezember 2014; VG Augsburg, Urteil v. 24.03.2015 - Ausgabe 4, September Oktober 2015; VG Stade –Urteil v. 30.06.2016, Ausgabe 6, November Dezember 2016; VG Saarlouis – Urteil v. 27.09.2017, Ausgabe 1 Januar Februar März 2018) - einer Klärung auf höchstrichterlicher Ebene zuführen.

Stellungnahme des Bundesrates zur Änderung der VO (EG) 1073/2009

Der Bundesrat hat am 02.02.2018 eine Stellungnahme zum Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 (VO 1073) über gemeinsame Regeln für den Zugang zum grenzüberschreitenden Personenverkehrsmarkt beschlossen. Gegenstand der Änderungsvorschläge der EU-Kommission sind u.a. die Einführung eines Genehmigungsverfahrens auf Basis der VO 1073 für Verkehrsleistungen und die Einführung eines Anspruchs auf Zugang zu Busbahnhöfen für Verkehrsunternehmen, die solche grenzüberschreitenden Verkehrsleistungen anbieten.

In der Stellungnahme wird moniert, dass in der derzeit vorgeschlagenen Fassung der VO 1073 letztlich sowohl für den grenzüberschreitenden als auch den innerstaatlichen Linienverkehr (Nah- und Fernverkehr) Genehmigungsverfahren auf europarechtlicher Ebene eingeführt und das Genehmigungsverfahren nach PBefG (zumindest teilweise) von einem neuen Genehmigungsverfahren verdrängt würden. Das angedachte Genehmigungsverfahren weiche sowohl verfahrensrechtlich als auch materiell erheblich von den Vorgaben des PBefG ab. So würden bspw. in dem Verfahren Verkehrsleistungen mit einer Linienlänge von bis zu 100 km und über 100 km (jeweils Luftlinie) unterschieden, die Entscheidungsfristen für die Genehmigungsbehörden deutlich kürzer bemessen (in der Regel 2 Monate nach Antragstellung) und kein Schutz für eigenwirtschaftliche Verkehre, wie er im PBefG verankert ist, gewährleistet.

Im Rahmen des Zugangs zu Busbahnhöfen würden Busbahnhofbetreiber verpflichtet, Verkehrsunternehmen diskriminierungsfreien Zugang zu Busbahnhöfen und dort angesiedelten Einrichtungen sowie Dienstleistungen zu gewähren. Als einzig zulässiger Versagungsgrund würden hierbei fehlende Kapazitäten anerkannt, wobei der Busbahnhofsbetreiber in diesem Fall verpflichtet wäre, tragfähige Alternativen zu benennen.

Der Bundesrat tritt diesen Änderungsvorschlägen in seinem Beschluss deutlich entgegen und fordert die Bundesregierung auf, sich dahingehend einzusetzen, dass die o.a. Änderungen nicht in die Endfassung der VO 1073 übernommen werden. So soll der rein innerstaatliche Verkehr weiterhin der Regelungskompetenz des jeweiligen Mitgliedsstaates unterfallen und zudem der Schutz der eigenwirtschaftlichen Verkehre

aufrecht erhalten bleiben. Zudem sollten nach Auffassung des Bundesrates auch weitere Versagungsgründe für den Zugang zu Busbahnhöfen, wie bspw. Sicherheitsbedenken aufgenommen werden.

VK Bund/VK Thüringen: Angebotsausschluss und Aufklärung

Die Vergabekammer (VK) Thüringen hat mit Beschluss vom 08.11.2017 klargestellt, dass ein Angebot nur dann zuschlagsfähig ist, wenn es eindeutig und widerspruchsfrei ist. In einem anderweitigen Verfahren zum gleichen Themenkomplex „Angebotsausschluss und Aufklärung“ hat die VK Bund mit Beschluss vom 22.12.2017 betont, dass vor einem Ausschluss allerdings die hierzu erforderlichen Tatsachen ausermittelt sein müssen.

Den Entscheidungen lagen die folgenden Sachverhalte zu Grunde:

Im Verfahren der VK Thüringen schrieb ein öffentlicher Auftraggeber die mobile Sammlung und ordnungsgemäße Verwertung bzw. Beseitigung von gefährlichen Abfällen aus Haushalten nach den Bestimmungen der VOL/A aus. Eine Vergabe von Teilaufgaben an Nachunternehmer war ausdrücklich in den Bewerbungsbedingungen zugelassen. Im Falle eines Nachunternehmereinsatzes sollten vom jeweiligen Bieter die Art der übertragenen Leistungen sowie der Nachunternehmer an sich im Angebotsblatt benannt werden. Der Bestbieter stellte in seinem Angebot dar, dass keine Bietergemeinschaft und kein Nachunternehmer vorgesehen sei. Dies war allerdings widersprüchlich zu den seinem Angebot beigefügten Nachweisen anderer Unternehmen. Der zweitplatzierte Bieter beanstandete das Vergabeverfahren.

Im Verfahren der VK Bund schrieb der Auftraggeber die Beschaffung von speziell ausgerüsteten Fahrzeugen europaweit aus. Dabei mussten für die Fahrzeuge von den Bietern „Prüfbescheinigungen/Zertifikate“ als „Neuzertifizierung“ vorgelegt werden. Die Nichtbeachtung dieser Anforderung war als Ausschlusskriterium gekennzeichnet. Ein Bieter wies in seinem Angebot darauf hin, dass seine Zertifizierung in einigen Bereichen wiederholt werden müsste. Der Auftraggeber schloss diesen dann wegen der (vermeintlich) fehlenden Neuzertifizierung vom Verfahren aus. Dies beanstandete der ausgeschlossene Bieter.

In beiden Fällen wurden den von Bietern erhobenen Rügen nicht abgeholfen und daher im Anschluss jeweils ein Nachprüfungsantrag gestellt.

Die VK Thüringen gab der Beanstandung statt, da im Verfahren Vergabebestimmungen verletzt worden seien. So habe das Angebot des Bestbieters widersprüchliche Angaben zu einem Nachunternehmereinsatz enthalten, die auch im Bereich der VOL/A die Zuschlagsfähigkeit verhinderten. Der Eintrag des Bieters, „keine Bietergemeinschaft und keine Nachunternehmer“ impliziere, dass die auszuführenden Leistungen allein im Betrieb des Bestbieters ausgeführt werden würden. Gleichzeitig seien aber Entsorgungsnachweise einer anderen Firma dem Angebot beigelegt worden. Damit werde der Eindruck erweckt, dass tatsächlich ein Dritter als Nachunternehmer im Sinne des Vergaberechts eingesetzt werden solle. Das Angebot habe insoweit eindeutig widersprüchliche Angaben enthalten. Der Rüge des Zweitplatzierten war insoweit statt zu geben und der Auftraggeber wurde verpflichtet, die Wertung der eingegangenen Angebote zu wiederholen.

Auch das Verfahren vor der VK Bund war für den Bieter erfolgreich. Im Vorfeld zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren müssten alle erforderlichen Tatsachen abschließend ausermittelt und sichergestellt sein, dass der Erklärungsinhalt tatsächlich nicht eindeutig,

sondern zweifelbehaftet sei. In dem vorliegenden Fall habe sich aus den Gesamtzusammenhang und insb. der Kalkulation ergeben, dass der Angebotspreis auch die Kosten der Neuzertifizierung enthalte. Sei dies im Angebot unklar, müsste dies im Angebot nach Möglichkeit durch Auslegung der Erklärungen und Aufklärungsmaßnahmen, wie die Durchführung einer Angebotsaufklärung, aufgelöst werden. Dies geschah hier nicht, so die VK Bund.

Praxishinweis:

Die Beschlüsse konkretisieren Anforderungen an die Angebotswertung. Hieraus ergeben sich sowohl Hinweise für Bieter als auch für Auftraggeber.

Greifen Bieter auf Kapazitäten anderer Unternehmen im Rahmen der Leistungserbringung zurück, ist von einem Nachunternehmereinsatz auszugehen. Dies ist im Angebot entsprechend zweifelsfrei auszuweisen.

Der Auftraggeber wiederum hat (vermeintlichen) Widersprüchen im Angebot nachzugehen und diese aufzuklären. Im Fall eines drohenden Ausschlusses ist jedenfalls von einem rein schematischen Vorgehen abzuraten. In der Praxis kann es sich anbieten, den Bietern vor einem Ausschluss die Möglichkeit der Stellungnahme einzuräumen und so eine Angebotsaufklärung zu betreiben.

VK Südbayern: Zur Angebotsöffnung durch externe Dienstleister

Die VK Südbayern hatte mit Beschluss vom 02.01.2018 über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb u.a. Leistungen der Objektplanung und der örtlichen Bauüberwachung für ein Krankenhaus europaweit aus. Mit der Konzeption und Durchführung der Ausschreibung wurde im Vorfeld ein Ingenieurbüro beauftragt. Zu den Aufgaben des Ingenieurbüros gehörte insbesondere auch die Öffnung der Angebote. Ein unterlegener Bieter rügte u.a. die Angebotsöffnung durch das beauftragte Büro. Seiner Ansicht nach obliegt die Öffnung der Angebote dem Auftraggeber und könne nicht auf einen externen Dritten übertragen werden.

Diese Ansicht wurde von der VK Südbayern bestätigt: Die VK konnte letztlich nicht aufklären, ob mehr als ein Mitarbeiter des beauftragten Büros an der Öffnung der Angebote teilnahm oder ob ein zweiter Mitarbeiter nur zufällig bei der Öffnung der Angebote anwesend war. Die VK gelangte jedoch zu der sicheren Überzeugung, dass jedenfalls kein Mitarbeiter des Auftraggebers anwesend war. Dies wertete die VK Südbayern als Verstoß gegen § 55 Abs. 2 VgV, wonach die Öffnung der Angebote von mindestens zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers gemeinsam durchgeführt werden müsse. Angesichts des Zwecks des § 55 Abs. 2 VgV - durch ein formalisiertes Verfahren mit 4-Augen-Prinzip - Manipulationen bei der Angebotsöffnung zu erschweren, könne die Öffnung der Angebote nicht vollständig an ein Büro übertragen werden, sondern sei vom Auftraggeber selbst durchzuführen. An Büros dürften grundsätzlich nur solche Tätigkeiten im Vergabeverfahren übertragen werden, bei denen der Auftraggeber das Handeln des beauftragten Büros im Nachhinein nachvollziehen und es sich zu Eigen machen könne. Nach Auffassung der VK erscheine es schwer vorstellbar,

dass sich der Auftraggeber das Vorgehen bei der Öffnung zu Eigen machen könne, wenn er dabei nicht mit zumindest einem eigenen Mitarbeiter beteiligt war.

Praxishinweis:

Die in der Praxis bislang nicht unübliche Beauftragung eines externen Dienstleisters (Ingenieure, Verkehrsplaner, Rechtsanwälte), die Öffnung der Angebote ohne Beteiligung eines Vertreters der Vergabestelle durchzuführen, ist vor dem Hintergrund der (inzwischen rechtskräftigen) Entscheidung der VK Südbayern aktuell zu hinterfragen. Es bleibt zwar gegenwärtig abzuwarten, ob weitere Vergabekammern oder Obergerichte dieser Entscheidung folgen. Solange keine abweichende Entscheidung vorliegt, sollten Auftraggeber den § 55 Abs. 2 VgV allerdings unter Beachtung dieser Entscheidung umsetzen und die Angebotsöffnung durch mindestens einen eigenen Mitarbeiter gemeinsam mit entweder einem weiteren eigenen Mitarbeiter oder einem externen Berater durchführen.

Veranstaltungen

PwC Roadshow „ÖPNV 2018“ - Vorankündigung

Wie bereits seit 2008 wollen wir auch in diesem Jahr den Beteiligten im ÖPNV aus Unternehmen von Aufgabenträgern und Verbänden und Behörden ein Forum geben, sich über neueste rechtliche und wirtschaftliche Entwicklungen im ÖPNV zu informieren und auszutauschen.

Merken Sie sich bereits jetzt die folgenden Termine und Standorte vor:

***13. November 2018
Hamburg***

***15. November 2018
Hannover***

***20. November 2018
Düsseldorf***

***21. November 2018
Frankfurt***

***27. November 2018
Stuttgart***

***28. November 2018
München***

***6. Dezember 2018
Leipzig***

Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei

Frau RA/StB Maren Weber

Tel.: +49 211 981 -4853, maren.weber@de.pwc.com

Ihre Ansprechpartner

RA/StB Maren Weber
Düsseldorf
Tel.: +49 211 981-4853
maren.weber@de.pwc.com

Bestellung und Abbestellung

Wenn Sie den PDF-Newsletter bestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Bestellung" an:
SUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com.

Wenn Sie den PDF-Newsletter abbestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Abbestellung" an:
UNSUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com.

Die Beiträge sind als Hinweise für unsere Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Teile dieser Veröffentlichung/Information dürfen nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung durch den Herausgeber nachgedruckt und vervielfältigt werden. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© Juli 2018 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten. „PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.