

Aktuelle Informationen

**Ausgabe 1,
Januar und Februar
2016**

Public Services Legal News **Verkehr und Infrastruktur**

pwc

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 10-köpfigen ÖPNV-Teams an den Niederlassungen Düsseldorf, Frankfurt, Hannover und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Praxisseminaren.

Viel Spaß beim Lesen.

Ihre

Christiane Kappe

Inhalt

Verkehr – Recht und Steuern	2
VK Südbayern zur Vorabbenanntmachung durch unzuständige Behörde.....	2
OLG Frankfurt: Ab der Veröffentlichung der Vorabbenanntmachung besteht Dokumentationspflicht zu Direktvergabevoraussetzungen	3
BVerwG: Zum Erlöschen der Betriebsführung bei Kündigung des zugrundeliegenden Pachtvertrages.....	4
BVerwG: Shuttle-Dienste sind genehmigungspflichtig.....	5
VG Gießen: Weist eigenwirtschaften Konkurrenzantrag auf Vorabbenanntmachung wegen Zuschussbedarf im Schülerverkehr ab.....	6
OLG Düsseldorf: Aufgabenträger des ÖPNV sind Sektorenauftraggeber	7
VK Schleswig-Holstein: Ungewöhnlich niedrige Preise trotz Verpflichtung zur Zahlung von Mindestentgelt	9
Allgemeines Vergaberecht	10
OLG Schleswig: Unscharfe Anpassungsklausel verhindert geplante Vertragserweiterung	10

Das Team.....	11
Bestellung und Abbestellung.....	12

Verkehr – Recht und Steuern

VK Südbayern zur Vorabbekanntmachung durch unzuständige Behörde

Mit Beschluss vom 15.10.2015 hat sich die VK Südbayern als erste Nachprüfungsinstanz vertieft mit den vergaberechtlichen Folgen einer fehlerhaften Vorabbekanntmachung auseinandergesetzt. Die VK macht in ihrem Beschluss deutlich, dass es sich bei Vorabbekanntmachung um eine wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit einer anschließenden Direktvergabe handelt.

Im Bundesland Bayern plante eine kreisangehörige Stadt die Erteilung einer Direktvergabe an ihr eigenes Verkehrsunternehmen. Hierzu veröffentlichte die Stadt die erforderliche Vorabbekanntmachung, ohne in diesem Zeitpunkt selbst Aufgabenträger zu sein. Dies tat sie allerdings in der Erwartung, dass sie zum Zeitpunkt der Direktvergabe Aufgabenträger sein würde. Die Übertragung sollte beim zuständigen Landkreis beantragt werden. Die geplante Direktvergabe wurde durch ein privates Verkehrsunternehmen u.a. mit dem Argument gerügt, dass die Vorabbekanntmachung nicht von der eigentlich zuständigen Behörde veröffentlicht wurde.

Der daraufhin eingelegte Nachprüfungsantrag hatte Erfolg. Nach Auffassung der VK war die geplante Direktvergabe zu untersagen. Die Antragsgegnerin handelte zum Zeitpunkt der Vorabbekanntmachung nicht als Aufgabenträger des ÖPNV und konnte als unzuständige Behörde daher keine vergaberechtskonforme Vorabbekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 veröffentlichen.

Praxishinweis:

Der Beschluss der VK stellt mit großer Klarheit die Bedeutung der Vorabbekanntmachung heraus. Die Vorabbekanntmachungspflicht stellt danach eine zwingende Formvorschrift dar, auf deren Einhaltung sich ein Antragssteller im Nachprüfungsverfahren berufen kann. D.h. Verstöße gegen die Anforderung des Art. 7 Abs. 2 VO 1370 (Vorabbekanntmachung durch zuständige Behörde, Einhaltung der Jahresfrist, Vergabeart, betroffene Dienste und Gebiete) führen im Falle einer Beanstandung dazu, dass die Vorabbekanntmachung nicht wirksam erfolgt ist. Wir raten daher dringend dazu, die Vorabbekanntmachung mit großer Sorgfalt auszuarbeiten und den erforderlichen zeitlichen Vorlauf angemessen einzuplanen.

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

OLG Frankfurt: Ab der Veröffentlichung der Vorabbekanntmachung besteht Dokumentationspflicht zu Direktvergabevoraussetzungen

Das OLG Frankfurt hat in einem weiteren Beschluss vom 10.11.2015 auf die sofortige Beschwerde eines Verkehrsunternehmens den Beschluss der VK Hessen vom 29.06.2015 aufgehoben. Ein Aufgabenträger beabsichtigte Busverkehrsleistungen eines Linienbündels an ein kleines und mittelständisches Unternehmen nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 im Rahmen einer Dienstleistungskonzession direkt zu vergeben. Das klagende private Verkehrsunternehmen äußerte Bedenken hinsichtlich der Realisierbarkeit dieser Vergabe.

Das OLG Frankfurt urteilte, dass der Aufgabenträger nicht berechtigt sei, auf Basis der im EU-Amtsblatt veröffentlichten Vorabbekanntmachung das Linienbündel direkt nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 zu vergeben. Nach Auffassung des OLG könne die Vergabe einer Dienstleistungskonzession wegen fehlender Angaben prüfungsfähiger Tatsachen nicht nachvollzogen werden. Bei einer Dienstleistungskonzession müsse der Auftragnehmer das Betriebsrisiko vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil tragen. Die europaweite Bekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 (Vorabbekanntmachung) sei bereits Teil der nachprüfungsfähigen Vergabehandlung. Sie begründe diesbezüglich bereits eine Dokumentationspflicht, welche sich speziell auf die Gründe für die Direktvergabe erstrecke. Aufgrund der Regelung des Art. 7 Abs. 4 VO 1370 sei der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, auf Nachfrage Gründe für die beabsichtigte Direktvergabe von Busverkehrsleistungen an ein kleines/mittleres Unternehmen mitzuteilen. Nach Auffassung des Gerichts müsse diese Begründung über eine bloße Behauptung hinausgehen und objektiv nachvollziehbare Angaben enthalten, aus denen auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Direktvergabe geschlossen werden kann. Das OLG betonte, dass beim Fehlen schriftlicher Unterlagen wie Vertragsangebote/Entwürfe, die zur Einordnung als Dienstleistungskonzession erforderlich seien, eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Vorabbekanntmachung ins Leere laufe. Der Aufgabenträger habe weder im Vergabebericht noch in dem Verfahren Gründe für die Absicht der Direktvergabe vorgebracht. Floskelhafte Formulierungen, wie das Risiko werde im erforderlichen Umfang getragen, seien zu unbestimmt.

Praxishinweis:

Aufgrund der restriktiven Entscheidung des OLG Frankfurt ist zu empfehlen bereits bei Veröffentlichung der Vorabbekanntmachung über eine Vergabeakte mit Unterlagen zu verfügen, die das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession begründen. Hierzu gehören Nachweise über den notwendigen Kostendeckungsgrad und zumindest ein Konzept für die Herstellung eines Betriebsrisikos (z.B. durch Verlustdeckelung). Gleiches gilt für die Dokumentation bereits durchgeführter oder geplanter Umstrukturierungsmaßnahmen zur Erfüllung der Direktvergabevoraussetzungen, insbesondere bzgl. der Kontrolle.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt verdeutlicht im Übrigen, dass die Vorabkennzeichnung Teil der Vergabeentscheidung ist, so dass bereits diese angegriffen werden kann.

RA Nils Rickert, Tel.: +49 211 981-2886, nils.rickert@de.pwc.com

BVerwG: Zum Erlöschen der Betriebsführung bei Kündigung des zugrundeliegenden Pachtvertrages

Das Bundesverwaltungsgericht wies in einem Beschluss vom 06.10.2015 die Beschwerde eines klagenden Verkehrsunternehmens gegen die Nichtzulassung der Revision gegen die Entscheidung des VGH München vom 20.10.2014 (wir berichteten in Ausgabe 6 des Newsletters November und Dezember 2014) zurück.

Der Klägerin war die personenbeförderungsrechtliche Betriebsführung ursprünglich von der Genehmigungsinhaberin durch eine zivilrechtliche Vereinbarung (Pachtvertrag) übertragen worden. Nach Streitigkeiten über den Vertragsinhalt kündigte der Genehmigungsinhaber den Vertrag; in einem zivilrechtlichen Verfahren wurde entschieden, dass diese Kündigung wirksam gewesen sei. Die Genehmigungsbehörde stellte danach fest, dass die Betriebsführung bereits durch die zivilrechtlich wirksame Kündigung erloschen sei. Dagegen wandte sich die Klägerin im Rahmen eines Verwaltungsgerichtsverfahrens.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seinem Beschluss die Entscheidungen der Vorinstanzen. Wenn es in § 2 Abs. 2 Nr. 3 PBefG heiße, dass die Übertragung der Betriebsführung auf einen anderen der Genehmigung bedürfe, lasse das nur die Deutung zu, dass diese Norm einen solchen anderweitig zustande gekommenen Übertragungsakt voraussetze. Die behördliche Zustimmung ersetze diesen Übertragungsakt nicht, sondern verschaffe ihm lediglich die zur Umsetzung des Vereinbarten notwendige öffentlich-rechtliche Anerkennung. Die Entscheidung darüber, ob, an wen, in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen die aus einer personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung nach § 2 Abs. 1 PBefG resultierenden Rechte und Pflichten weitergegeben werden sollen, bleibe der privatautonomen Entscheidung der Vertragsbeteiligten überlassen. Das Personenbeförderungsrecht setze lediglich den Rahmen, innerhalb dessen solche Übertragungsakte zulässig sind und mache deren öffentlich-rechtliche Wirkungen und damit ihre Umsetzung von einer entsprechenden Genehmigung abhängig. Dies führe notwendigerweise dazu, dass eine solche Genehmigung ins Leere gehe, wenn der zu genehmigende Übertragungsakt seine Wirksamkeit verliere.

Auch die in § 13 Abs. 7 PBefG aufgestellten Genehmigungsvoraussetzungen führten zu keinem anderen Ergebnis. Die Regelung erleichtere die Übertragung der Betriebsführung. Bei dieser seien bei dem Betriebsführer nur die persönlichen Genehmigungsvoraussetzungen zu prüfen, da das restliche Prüfprogramm von der Behörde bereits bei Erteilung der Genehmigung an den Genehmigungsinhaber überprüft worden sei.

Praxishinweis:

Nach der Kündigung einer die Betriebsführung übertragenden zivilrechtlichen Vereinbarung (Pachtvertrag) ist ein Widerrufsbescheid der Genehmigungsbehörde nicht erforderlich. Die Wirkungen der Betriebsführung – z.B. die diesbezügliche Anerkennung als steuerlicher Verkehrsbetrieb (steuerlicher Querverbund) – entfallen bereits mit dem zivilrechtlichen Wirksamwerden der Kündigung.

Von RA Nils Rickert, Tel.: +49 211 981-2886, nils.rickert@de.pwc.com

BVerwG: Shuttle-Dienste sind genehmigungspflichtig

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat am 27.08.2015 entschieden, dass ein Anbieter von Zubringerdiensten („Shuttle“) mit Mietwagen, der als Vertragspartner der Fahrgäste auftritt, für die Planung und Organisation dieser Fahrten auch dann eine eigene personenbeförderungsrechtliche Genehmigung benötigt, wenn er die Fahrten von anderen konzessionierten Mietwagenunternehmen durchführen lässt.

Die Klägerin bietet Zubringerdienste zu Festpreisen zum Flughafen und zur Messe Stuttgart an. Außerdem plant und organisiert die Klägerin sogenannte Event-, Firmen- und Schnäppchen-Shuttle. Durchgeführt werden die Fahrten jedoch ausschließlich von Subunternehmern. Das Landratsamt als zuständige Genehmigungsbehörde forderte die Klägerin auf, für diese Tätigkeit eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigung zu beantragen. Die angebotenen Shuttle-Dienste seien Linienverkehre im Sinne von § 2 Abs. 6 i.V.m. § 43 PBefG. Hierfür müsse die Klägerin als Unternehmer im Sinne des PBefG nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 PBefG im Besitz einer Genehmigung sein.

Die hiergegen gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das BVerwG hat die Revision der Klägerin nun zurückgewiesen. „Beförderer“ und damit Unternehmer im Sinne des PBefG, dessen Tätigkeit nach diesen Bestimmungen einer Genehmigungspflicht nach dem PBefG unterliegt, sei, wer die Beförderung verantwortlich durchführt. Abzustellen sei darauf, wer nach außen, also gegenüber den Fahrgästen, als Vertragspartner auftritt, auch wenn er mit der Durchführung der Fahrt einen anderen beauftragt. Eine Anwendung von § 2 Abs. 5a PBefG (Genehmigungsfreiheit reiner Planung und Organisation von Ausflugsfahrten und Fernzielreisen) lehnte das Gericht ab, da die tatsächliche Beförderung durch Dritte nicht transparent offen gelegt wurde. Zudem ging der Senat ebenso wie die Vorinstanz davon aus, dass es sich bei den streitigen Verkehren nicht um Mietwagenverkehre, sondern um Linienverkehr handelt. Bemerkenswert hierbei ist, dass das Gericht diese Annahme auf den im Zuge der PBefG-Novelle erweiterten § 2 Abs. 6 PBefG stützte, der eine Genehmigungspflicht entsprechend der Verkehrsart anordnet, dem der jeweilige Verkehr am meisten entspricht. Dies war vorliegend der Sonderlinienverkehr.

Praxishinweis:

Das Urteil zeigt, dass § 2 Abs. 6 PBefG neuer Fassung nicht nur Gestaltungsspielräume eröffnet, sondern auch dazu führen kann, dass bisher nicht als Linienverkehr konzessionierte Verkehrsleistungen von den Genehmigungsbehörden nunmehr als Linienverkehr angesehen werden und dementsprechend genehmigungspflichtig sind.

RA Jurkea Wachtendorf, Tel.: +49 40 6378-1258,
jurkea.wachtendorf@de.pwc.com

VG Gießen: Weist eigenwirtschaften Konkurrenzantrag auf Vorabbekanntmachung wegen Zuschussbedarf im Schülerverkehr ab

Mit Urteil vom 08.12.2015 hat sich das Verwaltungsgericht Gießen (VG) mit der Frage auseinandergesetzt, welche Anforderungen an die Eigenwirtschaftlichkeit eines Konkurrenzantrag zu stellen sind, der einerseits versucht, den Anforderungen der Vorabbekanntmachung gerecht zu werden und andererseits dem Umstand Rechnung tragen muss, dass im Hessen § 45a PBefG (Ausgleichsleistungen im Ausbildungsverkehr) durch eine eigenständige Landesregelung ersetzt wurde.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Im Juli 2013 veröffentlichte der ÖPNV-Aufgabenträger (eine kreisfreie Stadt in Hessen) die Absicht zur Erteilung einer Direktvergabe an einen internen Betreiber im EU-Amtsblatt. Als Reaktion auf die Vorabbekanntmachung beantragte ein Zusammenschluss dreier privater Verkehrsunternehmen diesbezüglich die Erteilung eigenwirtschaftlicher PBefG-Genehmigungen. Dabei gaben die Unternehmen an, dass sie neben den Ticketeinnahmen auch von einer „Zuscheidung“ von Ausgleichsleistungen im Ausbildungsverkehr gem. § 45a PBefG bzw. der jeweiligen Nachfolgeregelung zu ihren Gunsten ausgingen.

Die Genehmigungsbehörde lehnte den Antrag u.a. mit dem Hinweis ab, dass dieser den Anforderungen der Eigenwirtschaftlichkeit nicht genüge. Nachdem auch der Widerspruch der Unternehmen erwartungsgemäß abgewiesen wurde, reichten die drei privaten Unternehmen Klage vor dem VG mit dem Hinweis ein, dass es in Hessen zwar keine Ausgleichsleistungen nach § 45a PBefG mehr gebe, die §§ 4, 12 ÖPNVG Hessen würden aber eine Allgemeine Vorschrift im Sinne der VO 1370 darstellen. Insoweit hätten sie gegen den Aufgabenträger einen Anspruch aus Ausgleich für die Rabattierung von Schüler- und Ausbildungszeitfahrkarten.

Die VG wie die Klage der privaten Unternehmen als unbegründet ab. Bei §§ 4, 12 ÖPNVG Hessen handele es sich nicht um eine Allgemeine Vorschrift im Sinne der VO 1370. Auch habe § 9a i.V.m. §§ 4, 12 ÖPNVG Hessen den § 45a PBefG wirksam ersetzt, so dass auch ein Rückgriff auf § 45a PBefG in Hessen ausgeschlossen sei. Insoweit hätten die Unternehmen keinen Anspruch auf Gewährung entsprechender Mittel gegen das Land oder einen Aufgabenträger.

Zwar hat das VG ausdrücklich die Berufung gegen die Entscheidung wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zugelassen, allerdings scheint diese nach den Ausführungen des VG nur dann Aussicht auf Erfolg zu haben, wenn die privaten Unternehmen nachweisen können, dass sie tatsächlich in der Lage sind, den Verkehr - unter Zugrundelegung der qualitativen und quantitativen Anforderungen der Vorabbekanntmachung - vollständig eigenwirtschaftlich, d.h. auch ohne öffentliche Ausgleichsleistungen für die Rabattierung von Zeitfahrausweisen im Schüler-/Ausbildungsverkehr zu erbringen.

Praxishinweis:

Die Vielzahl der aktuellen - zum Teil gerichtlichen, teilweise außergerichtlichen - Auseinandersetzungen rund um beabsichtigte Direktvergaben (u.a. an kommunale Betreiber: Pforzheim, Hildesheim, Gießen; aber auch an private VU: Ida-Oberstein, OLG Düsseldorf „Notvergabe“) machen deutlich, dass der Druck insbesondere auf die privaten Unternehmen auf Grund der geänderten Rahmenbedingungen weiter steigt und insoweit außerwettbewerbliche Vergaben zunehmend kritisch hinterfragt werden. Dies unterstreicht noch einmal die Notwendigkeit, beabsichtigte Direktvergaben nicht „auf die leichte Schulter zu nehmen“, sondern insbesondere rechtlich, verkehrswirtschaftlich und betrieblich, aber auch unter Berücksichtigung der individuellen Marktgegebenheiten vor Ort belastbar und ausgewogen auf- und vorzubereiten.

Die Entscheidung zeigt u.E. aber auch, wie wichtig es ist – kommen eigenwirtschaftliche Anträge tatsächlich in Betracht – die einzureichenden Genehmigungsunterlagen klar, eindeutig und nachvollziehbar aufzubereiten, um Missverständnisse und ggf. anschließende Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Dies gilt nicht nur für die Frage der Eigenwirtschaftlichkeit, sondern auch für den Nachweis, dass der Antrag (eigenwirtschaftlich, wie aber auch gemeinwirtschaftlich) den qualitativen und quantitativen Anforderungen der Vorabbekanntmachung entspricht.

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

OLG Düsseldorf: Aufgabenträger des ÖPNV sind Sektorenauftraggeber

Das OLG Düsseldorf hat in einem Beschluss vom 23.12.15 beiläufig entschieden, dass Aufgabenträger des ÖPNV Verkehrsleistungen nach Maßgabe der Sektorenverordnung (SektVO) vergeben können. Die mit dieser Festlegung verbundenen Rechtsfolgen haben weitreichende Auswirkungen auf die Gestaltung von wettbewerblichen Vergabeverfahren und ggf. auch auf die Durchführung von Direktvergaben.

Dem Beschluss lag eine Notvergabe von Busverkehrsleistungen nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370 durch zwei Gebietskörperschaften (ein Landkreis und eine kreisfreie Stadt) an ein privates Verkehrsunternehmen zugrunde. Hiergegen wendete sich ein Konkurrenzunternehmer unter anderem mit dem Argument, dass die

Zugangsvoraussetzungen für eine Notvergabe im unmittelbaren Anwendungsbereich der VO 1370 nicht erfüllt seien.

Dem schloss sich das OLG an. Mit der gewählten Vertragskonstruktion werde keine Dienstleistungskonzession, sondern ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne der allgemeinen Vergaberichtlinien vergeben. Das mit der Verkehrsleistung verbundene wirtschaftliche Risiko verbleibe nämlich bei den Gebietskörperschaften. Deshalb sei keine Notmaßnahme nach der VO 1370 zulässig gewesen, sondern es hätte vielmehr eine wettbewerbliche Ausschreibung nach der SektVO erfolgen müssen. Die Anwendbarkeit der SektVO begründete das OLG damit, dass es sich bei den Antragsgegnern um öffentliche Auftraggeber (Gebietskörperschaften) handelt, die Verkehrsleistungen vergeben. Diese würden ein Netz zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Bus betreiben, indem sie die Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne festlegen.

Praxishinweis:

Mit dieser Entscheidung stuft das OLG Düsseldorf Aufgabenträger nach § 3 ÖPNVG NRW (Kreise und kreisfreie Städte) als Sektorenauftraggeber im Verkehrssektor ein. Diese Feststellung des OLG weicht von seiner bisherigen Rechtsauffassung ab. Danach machte gerade die bloße Organisation von Verkehrsleistungen den Auftraggeber nicht zu einem Sektorenauftraggeber. Die nunmehr getroffene Entscheidung ist insofern umso überraschender, als die Änderung der Bewertung nicht begründet wird.

Die Einstufung als Sektorenauftraggeber würde es den Aufgabenträgern zukünftig ermöglichen, das für Sektorenauftraggeber geltende Sondervergaberecht anzuwenden. Hierzu zählen insbesondere die freie Wahl des Verhandlungsverfahrens sowie erhöhte Auftragsschwellenwerte. Zudem könnten Aufgabenträger sich ggf. auch auf die sog. Konzernprivilegien berufen, wonach die Vergabe von Aufträgen an verbundene Unternehmen oder mit anderen Sektorenauftraggeber gegründete Gemeinschaftsunternehmen nicht dem Anwendungsbereich des allgemeinen Vergaberechts unterfielen. Für Aufgabenträger in Nordrhein-Westfalen wäre damit ggf. auch ein vereinfachter Zugang zu den Direktvergabevorschriften außerhalb der Inhouse-Kriterien und der Gestaltung einer Dienstleistungskonzession denkbar. Ob dies einen belastbaren Weg in die Direktvergabe Voraussetzungen der VO 1370 eröffnet, bedarf jedoch einer vertieften Prüfung im Einzelfall. Aufgabenträger aus anderen Bundesländern sollten diesbzgl. lieber vorsichtig sein – es empfiehlt sich, die Rechtsprechung des „eigenen“ OLG im jeweiligen Bundesland zu beachten.

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

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

VK Schleswig-Holstein: Ungewöhnlich niedrige Preise trotz Verpflichtung zur Zahlung von Mindestentgelt

Gegenstand des Verfahrens war ein Auftrag zur Schülerbeförderung. Die Vergabekammer Schleswig-Holstein (VK) wies den Nachprüfungsantrag eines unterlegenen Bieters mit Beschluss vom 16.09.2015 ab. Zentraler Gegenstand des Verfahrens war die Rüge der Antragstellerin, dass aufgrund eines ungewöhnlich niedrigen Angebots i.S.d. § 19 EG Abs. 6 VOL/A der Zuschlag an die im Verfahren Beigeladene nicht hätte erfolgen dürfen. Die VK wies im Ergebnis diese Rüge zurück.

Die Vorschrift regelt, dass bei einem Angebot, das ungewöhnlich niedrig erscheint, ein Auftraggeber vom Bieter Aufklärung verlangen kann und bei einem offenbaren Missverhältnis von Leistung und Preis der Zuschlag nicht erfolgen darf. Im vorliegenden Fall erörterte die VK die Anwendung der Vorschrift im Zusammenhang mit der Frage, ob die von einem Bieter genannten Preise vor dem Hintergrund eines auf Basis von § 4 Abs. 3 Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein (TTG) verpflichtend zu zahlenden Mindestlohns plausibel haben sein können. Nach Auffassung der VK habe § 19 EG Absatz 6 VOL/A aber grundsätzlich keine drittschützende Wirkung, auf die sich Wettbewerber im Rahmen eines Vergabeverfahrens berufen könnten. Lediglich der vom Ausschluss bedrohte Bieter könne auf Basis dieser Vorschrift im Verfahren erfolgreich die erneute Bewertung durch die Vergabestelle erreichen, wenn sein Angebot wegen eines zu niedrigen Preises ausgeschlossen werden soll.

Die VK machte aber auch deutlich, dass ein Bieter, der seinen Mitarbeitern nicht das gesetzlich vorgeschriebene Entgelt nach TTG zahlt, gemäß § 19 EG Abs. 5 VOL/A ausgeschlossen werden könnte. Dieser Umstand ließe nämlich auf eine mangelnde Eignung im Sinne des § 19 EG Absatz 5 VOL/A wegen fehlender Gesetzestreue schließen. Da im vorliegenden Fall weder der Vortrag der Antragstellerin noch die Vergabeakte hinreichende Anhaltspunkte für diese Annahme lieferte, hat die VK eine fehlende Eignung aus diesem Gesichtspunkt aber nicht festgestellt.

Praxishinweis:

Auch wenn die vordergründig einschlägige Norm des § 19 EG Abs. 6 VOL/A offensichtlich nicht greift: Die Entscheidung zeigt, dass § 19 EG Abs. 5 VOL/A die Handhabe liefern könnte, um Bieter vom Verfahren auszuschließen, die sich zwar zur Zahlung von Mindestentgelt verpflichten, aber vor diesem Hintergrund ungewöhnlich niedrige Preise angeben.

RA Stefan Bahrenberg, Tel.: +49 211 981-2242, stefan.bahrenberg@de.pwc.com

Allgemeines Vergaberecht

OLG Schleswig: Unscharfe Anpassungsklausel verhindert geplante Vertragserweiterung

Das OLG Schleswig hat sich mit der Frage beschäftigt, wann ein vertraglich vereinbartes Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt werden kann und wann eine Erweiterung eines bestehenden Auftrages trotz Klausel zur Anpassung ausgeschrieben werden muss. Im vorliegenden Fall hat ein DRK-Kreisverband einen seit 1978 bestehenden Auftrag zweimal innerhalb von zwei Jahren durch „Aufstockung“ des Umfangs an zu erbringenden Rettungsmittelwochenstunden erweitert. Das OLG hat diese „Aufstockungen“ um insgesamt 16 % zum ursprünglichen Auftragsvolumen als vergaberechtlich unwirksam gewertet. Die bestehenden Verträge zwischen Kreis und DRK Kreisverband hätten dies nicht mehr abgedeckt, weil trotz einer dort enthaltenen Anpassungsklausel keine klar definierte Reichweite für solche Erweiterungen vorgelegen habe. Der Kreis hätte die von ihm vorgenommenen Auftragserweiterungen öffentlich ausschreiben müssen.

Praxishinweis:

Soll ein öffentlicher Auftrag in der Weise flexibel gestaltet werden, dass nachträgliche Erweiterungen einseitig durch den Auftraggeber bestimmt werden können, müssen diese bereits im Ursprungsvertrag hinreichend konkret beschrieben worden sein. Insbesondere müssen diese limitiert sein, beziehungsweise hinsichtlich ihrer Reichweite bestimmbar sein. Es kommt in diesem Zusammenhang somit entscheidend auf eine eindeutige Formulierung solcher Regelungen an. Altverträge, die lediglich über sehr allgemein gehaltene Erweiterungsklauseln verfügen, bergen somit die Gefahr, bei entsprechender Ausübung solcher Leistungsbestimmungen angegriffen zu werden.

Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit derart lange (hier seit 1978) bestehende Verträge, die über eine nicht begrenzte Laufzeit verfügen, Bestandsschutz genießen, wenn diese nicht geändert werden. Das OLG sah im vorliegenden Fall trotz deutlich angemerakter europarechtlicher Bedenken keine Handhabe, diese im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu beenden.

RA Stefan Bahrenberg, Tel.: +49 211 981-2242, stefan.bahrenberg@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](mailto:joerg.manka@de.pwc.com)

RA Bettina Werres

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

RA/StB Maren Weber

Tel.: +49 69 9585-5853
maren.weber@de.pwc.com

RA Erik Pelizäus

Tel.: +49 40 6378-1323
erik.pelizaeus@de.pwc.com

RA Stefan Bahrenberg

Tel.: +49 211 981-2242
stefan.bahrenberg@de.pwc.com

RA Jurkea Wachtendorf

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

RA Sascha Schaefer

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

RA 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](mailto: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](mailto: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.

© 2015 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft.

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