

Newsletter

Inhalt

EuGH: Direktvergaben (Bus/Straßenbahn) weiterhin zulässig!	2
OLG Jena: Direktvergabe im Ilm-Kreis zulässig!	4
EuGH: Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens verlangt kein Angebot... ..	5
BGH: Mitarbeiter von Verkehrsunternehmen sind Amtsträger.....	6
VG Hamburg - Drittschutz für Taxenunternehmer nach PBefG?	7
Vollständigkeit von Vergabeunterlagen im zweistufigen Verfahren	8
OLG Düsseldorf: Direktlink zu Eignungs-anforderungen genügt gesetzlichen Vorgaben.....	9
Veranstaltungen.....	11
Ihre Ansprechpartner	12
Bestellung und Abbestellung.....	12

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 13-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

EuGH: Direktvergaben (Bus/Straßenbahn) weiterhin zulässig!

Am 21.03.2019 hat der EuGH sein lang erwartetes Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-266/17 und C-267/17 verkündet (Sondernewsletter Juni 2017). PwC Legal war in diesen Verfahren als Bevollmächtigter des Kreises Heinsberg tätig. Vorangegangen waren Angriffe von privaten Verkehrsunternehmen gegen kommunale Direktvergaben von Bus- und Straßenbahnverkehren in Nordrhein-Westfalen, die über zahlreiche vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren die wettbewerbliche Vergabe von ÖPNV-Leistungen erzwingen wollten.

In zwei dieser Nachprüfungsverfahren sah sich das OLG Düsseldorf veranlasst, verschiedene Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Anwendung und der Auslegung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 zur Vorabentscheidung an den EuGH zu richten. Kernfrage war dabei, ob Art. 5 Abs. 2 VO 1370 nur dann Anwendung findet, wenn eine Ausgestaltung als Dienstleistungskonzession (DLK) gewählt wird (Sondernewsletter Juni 2017). DLK verlangen, dass der Betreiber Marktrisiken ausgesetzt ist. Letzteres stellt insbesondere in den Fällen von Ergebnisabführungsverträgen und der damit einhergehenden Verlustübernahmeregelung eine kaum zu überwindende Hürde dar.

Sowohl das OLG Düsseldorf als auch der Generalanwalt des EuGH hatten zuvor angeregt, dass Art. 5 Abs. 2 VO 1370 auf alle Direktvergaben von ÖPNV-Leistungen unabhängig von der Ausgestaltung als DLK Anwendung findet (Sondernewsletter Juni 2017 sowie Newsletter August und September 2018). Diesen Vorschlägen hat sich der EuGH jedoch nicht angeschlossen. Stattdessen entschied er aus systematischen und entstehungsgeschichtlichen Gründen, dass das Sondervergaberecht des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 für Direktvergaben im Bus- und Straßenbahnbereich an einen internen Betreiber grundsätzlich eine DLK voraussetzt.

Anders als in einer Vielzahl von Pressemitteilungen behauptet, verpflichtet dieses Urteil Aufgabenträger jedoch nicht zur europaweiten Ausschreibung. Aus der Entscheidung des EuGH geht eindeutig hervor, dass auch Direktvergaben ohne DLK nach den Bestimmungen der allgemeinen Vergaberichtlinien zulässig sind (sogenannte Inhouse-Vergaben gem. § 108 GWB). Diese setzen im Kern voraus, dass der Betreiber wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird und mindestens 80 % seines Gesamtumsatzes aus Tätigkeiten für seinen Aufgabenträger erzielt. Ferner dürfen keine privaten Beteiligungen am Verkehrsunternehmen bestehen (vgl. § 108 GWB).

Auch besteht derzeit kein Anlass, den steuerlichen Querverbund im Zusammenhang mit Direktvergaben nach der VO 1370 als gefährdet anzusehen. Denn der EuGH hat (zumindest dem Wortlaut seines Urteils nach) die oben beschriebenen Direktvergabemöglichkeiten lediglich für die Vergabe von Verträgen entschieden. Nicht erwähnt sind hingegen gerade die in "steuerlichen Querverbund-Fällen" anzutreffenden Ausgestaltungen als Verwaltungsakt oder Rats-/Kreistagsbeschluss mit anschließender gesellschaftsrechtlicher Umsetzung. Zudem hat sich der EuGH nicht mit der naheliegenden Frage auseinandergesetzt, ob diese Ausgestaltungen Vertragsqualität besitzen und damit überhaupt dem § 108 GWB unterfallen können oder ihrerseits den Zugang zu Art. 5 Abs. 2 VO 1370 eröffnen. In beiden vorgenannten Fällen bestünde nämlich keine Ausschreibungspflicht.

Praxishinweis:

Letztlich erweist sich das bisher von PwC Legal verfolgte Vorsichtsprinzip als zielführend. Nach diesem Beratungsansatz sind bei Direktvergaben neben der Einhaltung der Inhouse-Voraussetzungen oder der Ausgestaltung als DLK jeweils die Anforderungen sowohl des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 als auch des § 108 GWB einzuhalten. Für kommunale Aufgabenträger, die diesem Ansatz gefolgt sind, folgen aus dem Urteil keinerlei

nachteilige Auswirkungen auf die Frage der Zulässigkeit von Direktvergaben.

Unter dem Strich könnte sich diese Entscheidung sogar als besonders positiv für die kommunale Direktvergabepraxis erweisen, da Direktvergaben im Anwendungsbereich des allgemeinen Inhouse-Geschäfts gemäß § 108 GWB nicht mehr von der Einhaltung der speziellen Beschränkungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 abhängen. Aus der Anwendbarkeit des allgemeinen Inhouse-Vergaberechts könnten sich im Vergleich zu Art. 5 Abs. 2 VO 1370 einige Erleichterungen für beabsichtigte Direktvergaben ergeben. Die alleinige Anwendung der GWB-Vorschriften zur Umsetzung einer Direktvergabe sollte u.E. aber auch steuerlich geprüft und bewertet sowie der Finanzverwaltung vorgelegt werden, um negative steuerliche Effekte insb. für den Querverbund auszuschließen.

So würde beispielsweise – bei Anwendung der GWB-Vorschriften – nicht die strenge Eigenerbringungsquote von bislang 50 % + X, sondern lediglich eine reduzierte Eigenerbringungsquote nach Art. 4 Abs. 7 der VO 1370 gelten. Diese abgesenkte Eigenleistungsquote ist auch bei Inhouse-Vergaben nach den GWB-Vorschriften zwingend einzuhalten. Sie ist zudem von der 80 %igen Umsatzschwelle, die entgegen anderslautender Pressemeldungen auch mit Nachunternehmern erbracht werden können, zu unterscheiden. Die hierdurch eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten könnten für die zukünftige unternehmerische Ausrichtung der jeweiligen Verkehrsunternehmen eine hohe Bedeutung besitzen. Bei Anwendung der GWB-Vorschriften wäre zudem die Verkehrstätigkeit des Betreibers, wie auch jede andere Einheit, auf die dieser einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, auch nicht mehr auf das Gebiet des Aufgabenträgers beschränkt, da das sog. Gebietskriterium im Rahmen des allgemeinen Vergaberechts ebenfalls nicht anwendbar ist. Zudem stünde es dem Betreiber, wie auch jeder anderen von ihm beeinflussten Einheit unter Wahrung der jeweils einschlägigen kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen frei, sich an wettbewerblichen Ausschreibungen von anderen Aufgabenträgern um ÖPNV-Leistungen zu beteiligen, da das Wettbewerbsverbot des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 keine Anwendung finden würde.

Jenseits von den Vergabevorschriften des Art. 5 VO 1370 bleiben die übrigen Regelungen der VO auch bei Direktvergaben nach Inhouse-Grundsätzen anwendbar. Dies betrifft beispielsweise die Ausgestaltung der Finanzierung als auch die Pflicht zur Vorabbekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370.

Fazit:

Direktvergaben von ÖPNV-Dienstleistungen bleiben im Ergebnis auch ohne DLK weiter zulässig und unterliegen möglicherweise sogar weniger Schranken als im Anwendungsbereich der VO 1370. Dies dürfte wohl genau das Gegenteil von dem sein, was die privaten Kläger eigentlich mit ihren Angriffen erreichen wollten.

Welche Reichweite das EuGH-Urteil für den Direktvergabemarkt in Deutschland tatsächlich hat und ob das OLG Düsseldorf die nicht vom EuGH beantworteten Fragestellungen ein zweites Mal vorlegt, werden die konkreten Entscheidung des OLG Düsseldorf in den zwei Fällen (Direktvergabe Rhein-Sieg Kreis und Kreis Heinsberg) zeigen.

OLG Jena: Direktvergabe im Ilm-Kreis zulässig!

Das OLG Jena ist in seinem Beschluss vom 12.06.2019 nicht nur der Rechtsauffassung von PwC Legal in Sachen Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 zu Gunsten des Ilm-Kreises gefolgt, sondern hat darüber hinaus auch weitere, seit langem strittige Fragen in der ÖPNV-Branche entschieden, nachdem der EuGH diese in seiner Entscheidung vom 21.03.2019 (Direktvergabe Rhein-Sieg-Kreis und Kreis Heinsberg) sowie vom 08.05.2019 (Direktvergabe Stadt Euskirchen) offengelassen hatte (vergleiche dazu vorstehender Artikel).

Zunächst stellte das OLG klar, dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag (öDA) i.S.d. VO 1370 durch einen Kreistagsbeschluss mit anschließender gesellschaftsrechtlicher Weisungen wirksam nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 erteilt worden sei. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich bei diesem öDA um eine Dienstleistungskonzession handle. Der Anwendungsvorrang des allgemeinen Vergaberechts (bzw. der auch von Seiten des EuGH aufgezeigten Inhouse-Vergabemöglichkeit nach § 108 GWB) sei bei einem solchen mittels Kreistagsbeschluss und anschließender gesellschaftsrechtlicher Umsetzung vergebenen öDA nicht eröffnet. In diesen Fällen liege gerade kein öffentlicher Auftrag im Sinne des GWB vor.

Der EuGH hatte sich in den vorstehenden Entscheidungen lediglich zu der Vergabe des öDA in Form von Verträgen, aber eben nicht in Form von einseitigen Rechtsakten, wie einer gesellschaftsrechtlichen Weisung oder eines Verwaltungsakts, geäußert. Seine Entscheidung wurde jedoch vielfach dahingehend missverstanden, dass es für die Anwendung des Art. 5 VO 1370 allein auf die Frage ankomme, ob eine Dienstleistungskonzession oder ein Dienstleistungsauftrag vorliege. Die Entscheidung des OLG bestätigt daher die - von uns bereits seit längerem vertretenen und auch im Nachgang der EuGH-Entscheidung publizierten – Rechtsmeinung, wonach es über die Dienstleistungskonzession hinaus eine weitere Option zur Ausgestaltung von Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 zu Gunsten kommunaler Verkehrsunternehmen gibt.

Des Weiteren äußert sich das OLG Jena auch zu der Frage, zu welchem Zeitpunkt die Direktvergabevoraussetzungen vorliegen müssen. Die Entscheidung des OLG stellt nunmehr klar, dass nicht sämtliche Unterlagen bereits zu dem frühen Zeitpunkt der europaweiten Vorabbekanntmachung nach Art. 7 VO 1370 in finaler Fassung vorliegen müssen. Das OLG erachtet die Dokumentation der grundlegenden Erwägungen für eine Direktvergabe sowie eine konkretisierungsbedürftige Entwurfsfassung des öDA zum Zeitpunkt der Vorabbekanntmachung als ausreichend. Nach Ansicht des OLG ziele die Vorabbekanntmachungspflicht auf eine ex-ante-Transparenz des Vorgehens des Aufgabenträgers ab und soll die Möglichkeit einer früheren Nachprüfung dieses Vorgehens ermöglichen; finale Unterlagen seien dafür nicht erforderlich. Diese praxisnahe Sicht des OLG ist zu begrüßen.

Im Übrigen entschied das OLG Jena auch, dass vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren auf Unterlassung der Direktvergabe nach wirksamer Erteilung des öDA unzulässig seien. Zwar sei auf Grundlage des Art. 5 Abs. 7 VO 1370 ein Primärrechtsschutz zu gewährleisten, das nationale Recht ließe eine solche nachträgliche Untersagung jedoch nicht zu. Konkret sähe § 168 Abs. 2 S. 1 GWB vor, dass nach Zuschlagserteilung, vorliegend mithin nach Erteilung des öDA, dieser nicht mehr aufgehoben werden könne.

EuGH: Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens verlangt kein Angebot

Der EuGH hat am 28.11.2018 entschieden, dass Unternehmen der Weg zu den Nachprüfungsinstanzen grundsätzlich auch dann offensteht, wenn sie sich aufgrund der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen daran gehindert sehen, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen und daher kein Angebot abgeben.

Ein italienischer Aufgabenträger schrieb Nahverkehrsleistungen in der Region Ligurien im Rahmen einer Gesamtlosvergabe europaweit aus. Bislang wurden die Verkehrsleistungen durch mehrere Verkehrsunternehmen auf der Grundlage mehrerer Aufträge erbracht. Diese Verkehrsunternehmen erachteten es aufgrund der Gesamtlosvergabe und der damit einhergehenden Anforderungen für unmöglich, den Nahverkehr weiterhin sicherzustellen und gaben daher kein Angebot ab. Stattdessen strengten die Verkehrsunternehmen ein Nachprüfungsverfahren an und beehrten die Aufhebung der Ausschreibung. Im Zuge dieses Verfahrens legte das italienische Gericht dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens die Frage vor, ob es mit den Vergaberichtlinien vereinbar sei, dass nur solche Unternehmen gegen ein Ausschreibungsverfahren bzw. dessen Anforderungen vorgehen dürften, die selbst ein Angebot abgegeben hätten.

Der EuGH stellte klar, dass die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Grundsatz von einer Beteiligung an der Ausschreibung - durch beispielsweise eine Angebotsabgabe - abhängig gemacht werden kann. Den Mitgliedstaaten sei es insoweit möglich, ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren nur den Unternehmen zur Verfügung zu stellen, die ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag haben. Unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung schränkt der EuGH jedoch ein, dass dies dann nicht gelten dürfe, wenn ein Unternehmen gerade deshalb kein Angebot abgebe, weil es sich aufgrund der Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen daran gehindert sehe, die ausgeschriebene Leistung auch zu erbringen und ein etwaiges Angebot insoweit keine Aussicht auf einen Zuschlag hätte. Insoweit sei es Sache der nationalen Gerichte, unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände umfassend zu prüfen, ob das Erfordernis einer Angebotslegung und ein damit verbundener Ausschluss vom Nachprüfungsverfahren das Recht des Unternehmens auf effektiven Rechtsschutz beeinträchtigen kann.

Praxishinweis:

Die EuGH-Entscheidung entspricht im Ergebnis der Rechtsprechung deutscher Oberlandesgerichte, die bereits in der Vergangenheit davon ausgingen, dass die Abgabe eines Angebots für den erforderlichen Nachweis des Auftragsinteresses dann nicht erforderlich ist, wenn der jeweilige Bieter gerade aufgrund der vergaberechtswidrigen Gestaltung der Ausschreibung an der Abgabe eines erfolgsversprechenden Angebots gehindert wird. Denn in derartigen Fällen wird das für die Antragsbefugnis erforderliche Interesse am Auftrag in ausreichender Weise bereits durch eine Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB sowie durch die nachfolgende Stellung des Nachprüfungsantrags ausreichend dokumentiert.

BGH: Mitarbeiter von Verkehrsunternehmen sind Amtsträger

Der BGH hat mit Beschluss vom 31.06.2018 festgestellt, dass bei Bereitstellung des ÖPNV als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung nicht nur der Personenkreis des Aufgabenträgers Amtsträger i.S.d. Strafgesetzbuchs (StGB) ist, sondern auch die beim beauftragten Verkehrsunternehmen beschäftigten Personen als Amtsträger gelten.

Der Angeklagte war Angestellter der R-AG, die im Alleineigentum der Stadt D. stand und deren Kernaufgabe die Sicherstellung des ÖPNV im Stadtgebiet D war. Zum Kernbereich der Tätigkeit des Angeklagten gehörte die Verkehrsmittelwerbung auf den Flächen der Busse etc., wozu er eigenverantwortlich Aufträge an Unternehmen vergab. Diese reichten die Aufträge, etwa zur Herstellung und Verklebung der Werbefolien, teilweise wiederum an Subunternehmen weiter.

Der Angeklagte gründete mit seiner Frau eine Firma (Firma B.) im Bereich der Herstellung und Verklebung von Folien. Die Firma B wurde dann von den zuvor von der R-AG beauftragten Unternehmen in insgesamt 529 Fällen mit Verklebungen zu marktüblichen Preisen als Subunternehmer beauftragt, womit sie einen Gewinn von rund 338.000 Euro erzielte. Die Beauftragung der Firma B. durch die Hauptauftragnehmer erfolgte, um sich das Wohlwollen des Angeklagten zu sichern und die geschäftlichen Beziehungen zur R-AG nicht zu gefährden. Das LG hat den Angeklagten daraufhin wegen 529 (tatsmehrheitlicher) Fälle der Vorteilsannahme verurteilt, wogegen dieser Revision zum BGH einlegt hat.

Der BGH hatte zwar im Bereich des strafrechtlichen Konkurrenzverhältnisses Bedenken und änderte den Schuldspruch der Vorinstanz ab. Aber die grundsätzliche Verurteilung wegen Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 1 StGB) bejahte der BGH ausdrücklich. Der Angeklagte habe für seine Dienstausbübung einen Vorteil angenommen, mit dem sich die Vorteilsgeber (Hauptauftragnehmer der R-AG) einen Vorteil sichern wollten. Voraussetzung des Tatbestands sei stets eine Amtsträgerstellung des Täters. Da der Angeklagte als privatrechtlich Angestellter kein Beamter war, ergäbe sich die Amtsträgerstellung aus seiner Tätigkeit für eine „sonstige Stelle“ i.S.d. § 11 Abs.1 Nr. 2 lit. c StGB, die Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnimmt, so die Richter. Sie stellten sodann fest, dass der ÖPNV in der Stadt D. der Daseinsvorsorge unterfällt, was eine öffentliche Aufgabe darstellt. Dies folge aus Bundes- wie Landesgesetzen, etwa § 1 RegG oder dem ÖPNV-Gesetz NRW. Die nicht-hoheitliche Organisationsform der R-AG habe darauf keinen Einfluss, da diese hier im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als „verlängerter Arm des Staates“ erscheine. Neben den Genehmigungsbehörden und Aufgabenträgern würden im ÖPNV auch die Verkehrsunternehmen selbst Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Dabei zähle auch die Werbevermarktung zur öffentlichen Aufgabe, weil der Staat im engen Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe stehende Handlungen, die zu den Gemeinwohlzwecken bloß hinzutreten würden, vornehmen dürfe. Schließlich sei bei Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages (öDA) in jeden Fall von einer öffentlichen Aufgabe auszugehen, so der BGH, weil dieser ein öffentlich-rechtlichen Vertrag nach den §§ 54-62 VwVfG darstellt, was regelmäßig eine öffentliche Aufgabenwahrnehmung beinhalte.

Praxishinweis:

Vielfach wird die Ansicht vertreten, dass öffentliche Verkehrsunternehmen wegen ihrer Marktorientierung und dem Wettbewerb bloße Wirtschaftsunternehmen ohne Behördencharakter darstellen. Dass mit dieser deutlichen Entscheidung öffentliche Verkehrsunternehmen sonstigen Behörden quasi gleichgestellt werden, war nicht unbedingt zu erwarten. Inwieweit sich diese klare Feststellung von Gerichten auch auf andere Fragestellungen übertragen wird, bleibt abzuwarten. Die nunmehr anzunehmende

Amtsträgerstellung der Beschäftigten hat jedenfalls ein verschärftes strafrechtliches Sanktionsrisiko zur Folge.

VG Hamburg - Drittschutz für Taxenunternehmer nach PBefG?

Das VG hatte sich in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit der Frage zu befassen, ob die bloße Möglichkeit bestehe, dass ein Taxenunternehmer durch eine begünstigende Genehmigung an ein anderes Verkehrsunternehmen in seinem subjektiven Recht betroffen sein könnte.

Hintergrund war die Genehmigung einer Betriebserweiterung zu Gunsten eines anderen Verkehrsunternehmens. Das antragstellende Verkehrsunternehmen betreibt einen „On-Demand-Ride-Sharing-Dienst“ der mittels einer App gebucht werden kann. Der angebotene Mobilitätsdienst umfasst eine Beförderung von einem frei gewählten Startpunkt zu einem frei gewählten Zielpunkt. Die Fahrgastwünsche werden mittels eines Algorithmus derart gebündelt, dass die Beförderung mehrerer Personen in die gleiche Richtung mit leicht abweichenden Zielen von der Idealstrecke realisiert werden kann.

Gegen den Antrag auf Erweiterung der Betriebsgenehmigung hatte der Taxenunternehmer erfolglos Widerspruch bei der zuständigen *Genehmigungsbehörde* eingelegt. Diese hatte den Widerspruch wegen fehlender *Widerspruchsbefugnis* mit dem Hinweis abgelehnt, dass sich der Taxiunternehmer *nicht auf ein subjektives Recht berufen könne und das Personenbeförderungsrecht für Taxenunternehmer keinen Drittschutz kenne*.

Das VG bestätigt zunächst die bislang vorherrschende Auffassung, dass dem Taxenunternehmer kein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Marktzutritt des beigeladenen Verkehrsunternehmens zustehe. Allerdings bestünde grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Taxenunternehmer durch die Ausgestaltung der konkreten Genehmigung eines Dritten in seinen subjektiven Rechten betroffen sein könnte. Dies folge aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 2 Abs. 7 PBefG in Verbindung mit denjenigen marktverhaltensbezogenen Vorschriften des Personenbeförderungsrechts, die für Taxenunternehmer gelten.

Unter Heranziehung der Rechtsprechung des BVerfG bzgl. stark regulierter Märkte argumentiert das VG Hamburg dabei, dass es sich bei dem Taxenmarkt mit seinen engen Vorgaben ebenfalls um einen stark regulierten Markt handele. Eine Befreiung von diesen strengen Vorgaben durch die konkrete Ausgestaltung der Genehmigung nach § 2 Abs. 7 PBefG könne zu einer Begünstigung des beigeladenen Verkehrsunternehmens führen, die den Taxenunternehmer unter Umständen unangemessen benachteilige. Der Drittschutz beziehe sich folglich nicht auf den Marktzutritt, sondern auf die durch die Genehmigung manifestierten ungleichen Wettbewerbsvoraussetzungen. Dies könne etwa dann der Fall sein, wenn sich der „On-Demand-Ride-Sharing-Dienst“ tatsächlich weitestgehend mit Taxendienstleistungen überschneiden würde. Für eine Überschneidung spreche vorliegend die Ausgestaltung des Mobilitätsdienstes, der bei näherer Betrachtung erhebliche Gemeinsamkeiten mit Taxendienstleistungen aufweise.

Praxishinweis:

Das VG hat mit diesem Beschluss einen neuen Weg beschritten. Dies war nicht zuletzt auch deswegen möglich, weil das VG Hamburg in dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren in der komfortablen Lage war, gerade nicht darüber erkennen zu müssen, ob dem Taxenunternehmer tatsächlich ein subjektives Recht zustehe.

Vollständigkeit von Vergabeunterlagen im zweistufigen Verfahren

Für die Vergabe von Reinigungsdienstleistungen führte ein öffentlicher Auftraggeber ein nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb (zweistufiges Verfahren) durch. In der Bekanntmachung gab der Auftraggeber einen Internet-Link für einen uneingeschränkten, vollständigen, direkten und gebührenfreien Zugang zu den Auftragsunterlagen bekannt. Unter dem Link war zunächst nur ein Bewerberanschreiben und ein Vordruck für einen Teilnahmeantrag abrufbar. In der Bekanntmachung wurden die zu reinigenden Räumlichkeiten beschrieben und mitgeteilt, dass die vollständigen Vergabeunterlagen nur den im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Nach Rüge der Antragstellerin wurden die zu diesem Zeitpunkt vorhandene Leistungsbeschreibung und die für das weitere Vergabeverfahren vorgesehenen Bewerbungsbedingungen ergänzend zum Download bereitgestellt. Hieraus ergaben sich Reinigungsumfang und -häufigkeit. Die Antragstellerin verlangte zudem, dass der Entwurf des Dienstleistungsvertrags zur Verfügung gestellt werde, da dieser für die Entscheidung zur Teilnahme am Verfahren wegen seiner Kalkulationsrelevanz erforderlich sei. Diesem Verlangen wurde jedoch nicht entsprochen. Die Antragstellerin reichte keinen Teilnahmeantrag, dafür jedoch einen Nachprüfungsantrag ein. Mit diesem unterlag sie bereits vor der Vergabekammer Westfalen. Ebenso wenig Erfolg hatte sie mit ihrer sofortigen Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf.

Das OLG Düsseldorf sah die Voraussetzungen an die Bereitstellung der Vergabeunterlagen durch den Auftraggeber gemäß § 29 und § 41 VgV als erfüllt an, ohne dass der Vertragsentwurf bereits mit der Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs zur Verfügung gestellt wurde. Die Pflicht des Auftraggebers in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter die die Vergabeunterlagen „vollständig“ abgerufen werden können (§ 41 VgV), beziehe sich auf den Umfang der Unterlagen, welche nicht nur teilweise abrufbar sein dürften. Was zu den Vergabeunterlagen gehört, bestimme § 29 VgV. Danach seien nur diejenigen Unterlagen bereitzustellen, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung über eine Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Dies sei eine Einzelfallentscheidung, die u.a. von der gewählten Verfahrensart abhängen. Bei einem Teilnahmewettbewerb sei es ausreichend, wenn es dem Unternehmen möglich sei zu erkennen, ob die ausgeschriebenen Leistungen nach Art und Umfang in sein Tätigkeitsfeld fallen und es aus unternehmerischer Sicht sinnvoll ist, in den Teilnahmewettbewerb einzutreten. Auch für die Entscheidung des Unternehmens, ob es sich alleine oder in einer Bietergemeinschaft beteiligen könne, sah das OLG Düsseldorf den Vertragsentwurf nicht als notwendig an.

Praxishinweis:

Das OLG München hatte sich bereits mit Beschluss vom 13.03.2017 mit der zu § 41 VgV inhaltlich identischen Vorschrift des § 41 SektVO befasst. Dieser Beschluss wurde so verstanden, dass die Vergabeunterlagen – ohne Unterscheidung zwischen ein- und zweistufigen Verfahren – bereits mit der Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs vollständig abrufbar sein müssten. Davon weicht das OLG Düsseldorf nunmehr ab, ohne dabei mehr Rechtssicherheit herzustellen. Schließlich kann die Prüfung, welche Vergabeunterlagen für die Entscheidung des Unternehmens an dem Verfahren teilnehmen zu können „erforderlich“ sind, in jedem Einzelfall anders ausfallen. Bei Ausschreibungen von Verkehrsleistungen kann es aufgrund unterschiedlicher Risikoverteilung z.B. durchaus relevant sein, ob ein Brutto- oder Nettovertrag ausgeschrieben wird. Im Lichte der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf sind Auftraggeber zwar nicht verpflichtet, stets alle Unterlagen „unterschriftsreif“ hochzuladen. Es empfiehlt sich aber auch bei zweistufigen Verfahren genau zu prüfen, welche Informationen und Ausschreibungsunterlagen den Unternehmen bereitgestellt

werden müssen, um ihnen eine Entscheidung zu ermöglichen, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen oder nicht.

OLG Düsseldorf: Direktlink zu Eignungsanforderungen genügt gesetzlichen Vorgaben

Das OLG Düsseldorf beschäftigte sich in seiner Entscheidung vom 11.07.2018 erneut mit der Frage, ob ein in der Auftragsbekanntmachung enthaltener Link ausreichend ist, um die aufgestellten Eignungsanforderungen und Nachweise wirksam bekannt zu machen.

Anlass für die Entscheidung war eine europaweite Ausschreibung von Dachdecker- und Klempnerleistungen im offenen Verfahren. In der EU-Bekanntmachung verwies der öffentliche Auftraggeber für die Angaben zu den Eignungsanforderungen auf einen Link, der die interessierten Unternehmen zu den vollständigen Vergabeunterlagen führte. Darin fand sich im Anhang der Angebotsaufforderung u.a. ein Beiblatt mit den aufgestellten Eignungsanforderungen. Die Auftragsbekanntmachung selbst enthielt weder Angaben zu den Eignungskriterien noch zu den dazu geforderten Nachweisen.

Der öffentliche Auftraggeber beabsichtigte, das Angebot eines Bieters mangels Eignung auszuschließen. Nachdem die VK Rheinland den daraufhin eingelegten Nachprüfungsantrag mit der Begründung zurückwies, dass der Antragsteller den geforderten Mindestumsatz nicht erfüllt habe und der Angebotsausschluss mangels Eignung rechtmäßig sei, erhob er die sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf.

Mit Erfolg! Das OLG Düsseldorf gab dem Bieter recht und erklärte den Angebotsausschluss für rechtswidrig. Zwar habe er die Mindestanforderungen an den Umsatz unstreitig nicht erfüllt. Dies sei nach Ansicht des Gerichts jedoch unschädlich, da die Eignungsanforderungen in der Auftragsbekanntmachung nicht wirksam aufgestellt wurden. Nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB sind die Eignungskriterien bereits in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung aufzuführen. Sinn und Zweck dieser Regelung sei, dass potentielle Bewerber / Bieter bereits aus der Auftragsbekanntmachung die aufgestellten Eignungsanforderungen ersehen und entscheiden können, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen. Der im vorliegenden Vergabeverfahren verwendete Link zu den Vergabeunterlagen als Ganzes erfülle diese Voraussetzungen nicht, da der potentielle Bieter erst die gesamten Unterlagen sichten muss, um sich die geforderten Eignungsnachweise zu erschließen. Damit bestätigte der Senat seine bereits vor der letzten Vergaberechtsreform vertretene Auffassung, wonach die Eignungsanforderungen nur wirksam aufgestellt sind, wenn interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken des Links direkt zu dem Dokument mit den aufgestellten Eignungsanforderungen gelangen (vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 16.11.2011 – VII-Verg 60/11). Zudem dürfe der Link in der Auftragsbekanntmachung nicht versteckt, sondern müsse unmittelbar in die Auflistung der Eignungsanforderungen eingebunden sein. Aufgrund der Schwere des Vergaberechtsverstoßes sei der Mangel – so das OLG – bereits von Amts wegen – also auch ohne vorherige Rüge des Antragstellers - im Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen.

Praxishinweis:

Auftraggebern ist insbesondere vor dem Hintergrund der uneinheitlichen Entscheidungspraxis der Vergabekammern weiterhin zu empfehlen, die Eignungsanforderungen unmittelbar in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen und somit den rechtssicheren Weg zu gehen. Soll dennoch von der Möglichkeit einer Verlinkung Gebrauch gemacht werden, ist darauf zu achten, dass der Link an richtiger Stelle in der Auftragsbekanntmachung platziert wird und die Interessenten direkt zu dem

Dokument mit den Eignungsanforderungen geführt werden.

Veranstaltungen

PwC Roadshow „ÖPNV 2019“ - 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:

***12. November 2019
Hamburg***

***14. November 2019
Hannover***

***19. November 2019
Düsseldorf***

***21. November 2019
Frankfurt***

***27. November 2019
Stuttgart***

***03. Dezember 2019
München***

***04. Dezember 2019
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.

© Juni 2019 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.