

Aktuelle Informationen

Ausgabe 3,
Juni bis August 2015

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 11-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
Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien – Überraschende Inhouse-Regel für den SPNV.....	2
OVG Rheinland-Pfalz: Verbindliche Zusage gegen Altunternehmerprivileg.....	3
Sind Vorgaben des Aufgabenträgers zur Selbsterbringungsquote auch bei wettbewerblich vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen zulässig?.....	4
VG Düsseldorf prüft Anrufung des Bundesverfassungsgerichts wegen TVgG-NRW	6
Vergabekammer Lüneburg: Keine Tariftreue bei freigestelltem Schülerverkehr	7
Verhältnis landesrechtlicher Tariftreuevorgaben zur bundesrechtlichen Regelung des allgemeinen Mindestlohns (MiLoG).....	8
Ausschreibung von Personenbeförderungsleistungen: Keine Pflicht zur Berücksichtigung des Energieeffizienzkriteriums	9
Allgemeines Vergaberecht	10
KG Berlin: Auftraggeber muss maßgeblichen Tarif- bzw. Mindestlohn nennen	10
VK Westfalen: Verpflichtungserklärungen nach TVgG sind keine Eignungsnachweise	11

Veranstaltungen.....	13
Das Team.....	14
Bestellung und Abbestellung.....	15

Verkehr – Recht und Steuern

Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien – Überraschende Inhouse-Regel für den SPNV

Das Bundeskabinett hat am 8. Juli 2015 einen vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorbereiteten Gesetzentwurf für ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergModG) verabschiedet. Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung der drei neuen EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht.

Neben den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts sowie spezieller Regelungen für die Verfahren soll das GWB danach erstmals definieren, unter welchen Voraussetzungen Inhouse-Vergaben von den Pflichten des GWB zur Vergabe in förmlichen Ausschreibungsverfahren ausgenommen sind. Bislang basierten die Vorgaben hierzu auf den von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätzen (ausgehend von der Rechtssache „Teckal“ – C-107/98).

Der Gesetzentwurf enthält u.a. eine Sonderregelung für Inhouse-Vergaben im SPNV. Nach dieser neuen Regelung müssen bei der Vergabe von SPNV-Leistungen an einen internen Betreiber exklusiv nur die Vorschriften des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 erfüllt werden.

Diese Regelung überrascht aus mehreren Aspekten. Einmal lässt der Gesetzgeber damit eine Ausnahme von der generellen Ausschreibungspflicht für öffentliche Aufträge im Sinne des allgemeinen Vergaberechts (bisher § 99 GWB) im Bereich des SPNV zu, die seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) in der Sache Abellio Rail gegen den VRR im deutschen Vergaberecht gilt. Seinerzeit hat der BGH u. a. festgestellt, dass die nach Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 mögliche Freistellung von der Ausschreibungspflicht im deutschen Recht nicht gelten solle. Nunmehr sollen Direktvergaben von zuständigen Behörden für den SPNV an Unternehmen, die die Voraussetzungen einer Vergabe an interne Betreiber im Sinne der VO 1370/2007 erfüllen, möglich sein. Voraussetzung ist, dass die Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 eingehalten werden. Laut Begründung im Gesetzentwurf ist Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 eine Sonderregelung, die nunmehr anstelle der allgemeinen Inhouse-Regelungen im neuen Vergaberecht des GWB gelten soll.

Ferner ist überraschend, dass laut Begründung in der Regelung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 eine Sonderregelung zum allgemeinen Vergaberecht für öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene und auf der Straße zu sehen sein

soll. Im Bereich des straßengebundenen ÖPNV ist seit Inkrafttreten der VO 1370/2007 ungeklärt und umstritten, in welchem Verhältnis die Regelungen zur Inhouse-Vergabe nach allgemeinem Vergaberecht zu den Regeln der VO 1370/2007 für Vergaben an interne Betreiber (Art. 5 Abs. 2) stehen. Drei verschiedene OLG-Vergabesenate in Deutschland haben dazu bisher drei verschiedene Meinungen entwickelt. Uneinigkeit besteht insbesondere dahingehend, ob die Voraussetzungen für die allgemeine Inhouse-Vergabe und diejenigen für die Vergaben an einen internen Betreiber kumulativ oder jeweils exklusiv anzuwenden sind.

Praxishinweis:

Der Gesetzesentwurf klärt eine für die Praxis wichtige Frage nur für den SPNV eindeutig. Im Gesetzesentwurf ist zurzeit aber keine Regelung vorgesehen, die eine ähnlich eindeutige Regelung für den straßengebundenen ÖSPV vornimmt, obwohl die Begründung des Gesetzesentwurfs Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 auch für den straßengebundenen ÖPNV als Sonderregelung beschreibt und damit zumindest suggeriert, dass hier Spielraum für eine Regelung bliebe. Sofern der Gesetzgeber mit der Begründung andeutet, in Art. 5 Abs. 2 VO 1370 eine Sonderregelung auch für den ÖSPV zur Verfügung zu haben, hätte er nunmehr Gelegenheit eine Klärung herbeizuführen. Ohne diese Klärung ist bei Inhouse-Vergaben im straßengebundenen ÖPNV weiterhin zu befürchten, dass es bei der uneinheitlichen Spruchpraxis der Gerichte bleibt. Mit Blick auf ÖSPV-Inhouse-Vergaben bestünde demnach noch theoretisch die Möglichkeit, die bisher sehr unterschiedliche Spruchpraxis der verschiedenen OLG-Senate zugunsten einer eindeutigen Regelung nach dem Vorbild der Regelung für den SPNV zu klären (s.o.). Dies würde die Gestaltung von Direktvergaben eindeutiger und damit rechtssicherer machen.

Der Entwurf wird nunmehr Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens in Bundestag und Bundesrat, welches im Herbst 2015 beginnen soll. Die EU-Richtlinien sehen allerdings eine Frist zur Umsetzung bis zum 18. April 2016 vor, so dass wir bereits aus Zeitgründen hier keine großen Chancen für eine entsprechende Klärung sehen.

In der folgenden Ausgabe unseres Newsletter werden wir das Thema Folgen der Reform des Vergaberechts für den ÖPNV wieder aufgreifen und dabei das neue Recht zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen beleuchten.

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

OVG Rheinland-Pfalz: Verbindliche Zusage gegen Altunternehmerprivileg

Das OVG Rheinland-Pfalz hat die Bedeutung verbindlicher Zusagen im Genehmigungsverfahren in seinem Urteil vom 15. April 2015 (Az. 7 A 10718/14.OVG) deutlich gestärkt.

Dem Urteil des OVG liegt ein Rechtsstreit um eine eigenwirtschaftliche Linienverkehrsgenehmigung zu Grunde. Die Genehmigungsbehörde, welche zwei eigenwirtschaftliche Anträge als im Wesentlichen gleichwertig angesehen hatte, gab im Ergebnis dem Altunternehmer den Vorzug. Das VG Trier hatte die hiergegen erhobene Klage in erster Instanz abgewiesen. Das OVG Rheinland-Pfalz hat diese Entscheidung nunmehr aufgehoben und die Genehmigungsbehörde verpflichtet, dem Kläger und Neubetreiber die streitgegenständliche Genehmigung zu erteilen. Der Neubetreiber hatte in seinem Antrag über das bisherige Angebot hinaus gehende Standards verbindlich zugesichert.

Sowohl die Genehmigungsbehörde als auch das VG Trier waren zu der Entscheidung gelangt, dass sich aus den im Antrag des Neubetreibers enthaltenen verbindlichen Zusicherungen keine derartige Verbesserung gegenüber dem Angebot des Altbetreibers ergebe, als dass das Altunternehmerprivileg zurücktreten müsse. Das OVG hingegen stärkte die Bedeutung von verbindlichen Zusicherungen: Aufgrund der verbindlichen Zusicherungen entstehe eine rechtliche Bindung, welche die Annahme eines besseren Verkehrsangebot im Sinne des § 13 Abs. 2b rechtfertigen kann. Im Einzelfall könne durch verbindliche Zusicherungen auch das Altunternehmerprivileg überwunden werden. Das Gewicht verbindlicher Zusagen sei allerdings kein Automatismus. Die Frage nach dem besseren Angebot bei Abgabe verbindlicher Zusicherungen hänge vielmehr von der Bedeutung des zugesicherten Standards ab. Im Ergebnis würdigte das OVG jede durch den Neubetreiber abgegebene verbindliche Zusicherung gesondert hinsichtlich Inhalt und Bedeutung.

Aufgrund der besonderen Bedeutung der zugrunde liegenden Rechtsfragen hat das OVG die Revision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen.

Praxishinweis:

Verkehrsunternehmen sollten sich im Rahmen der eigenwirtschaftlichen Antragstellung – insbesondere auch als Altunternehmer – kritisch damit auseinandersetzen, welche Angebotsteile sie gem. § 12 Abs. 1a PBefG verbindlich zusichern. Das Urteil des OVG vom 15. April 2015 hat gezeigt, dass das Altunternehmerprivileg auch bei grundsätzlich gleichwertigen Angeboten durch verbindliche Zusagen über zusätzliche Standards eines Konkurrenten überwunden werden kann.

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

Sind Vorgaben des Aufgabenträgers zur Selbsterbringungsquote auch bei wettbewerblich vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen zulässig?

Die Vergabekammer Südbayern hat dem EuGH Anfang Juni 2015 drei Fragen zur Beantwortung vorlegt, die sich im Kern mit den folgenden Problemstellungen befassen:

1. Finden neben Art. 5 Abs. 1 der VO 1370/2007 auch die übrigen Vorgaben der VO im Rahmen der wettbewerblichen Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags Anwendung?
2. Kann der ausschreibende Aufgabenträger die Zulässigkeit von Nachunternehmerleistungen bei einem solchen Vergabeverfahren nur nach Maßgabe des allgemeinen Vergaberechts oder abweichend auch nach Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007 im Sinne einer Eigenleistungsquote festschreiben?
3. Sollte die Vorgabe einer Eigenleistungsquote nach Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007 zulässig sein, steht dann die Festlegung der Eigenleistungsquote im freien Ermessen des Aufgabenträgers, so dass die Forderung einer Selbsterbringungsquote von 70 % (gemessen an Fahrplan-KM) zulässig wäre?

Hintergrund dieser Anfrage ist ein vom Augsburger Verkehrs- und Tarifverbund (AVV) geplantes mit Vorabveröffentlichung bekanntgegebenes wettbewerbliches Vergabeverfahren. Im Rahmen der Vorabveröffentlichung hatte der AVV u.a. die Beschränkung der Subunternehmerleistung auf 30 % der Leistungen gemessen an den Fahrplan-KM vorgesehen.

Diese Beschränkung wurde von einem an der Leistung interessierten Verkehrsunternehmens mit der Begründung gerügt, dass er befürchte, über lange Jahre vom Markt ausgeschlossen zu werden, da er einen höheren Einsatz von Subunternehmern beabsichtige. Auch sähen die allgemeinen Vergabevorschriften, nach denen sich die vorliegende Ausschreibung richte, keine Beschränkung von Nachunternehmerleistungen im Sinne des Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007 vor.

Der AVV wies die Rüge zurück, so dass der Verkehrsunternehmer u.a. wegen der geforderten Eigenleistungsquote das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Südbayern beantragte. Da die Fragen die Anwendung der VO 1370/2007 und somit Europarecht betreffen, hat die Vergabekammer ihrerseits diese streitrelevanten Fragen dem EuGH zur Vorentscheidung vorgelegt.

Praxishinweis:

Die Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften der VO 1370/2007 im Rahmen von wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren ist von erheblicher praktischer, aber auch wirtschaftlicher Bedeutung. Und zwar nicht nur wegen der Frage der Eigenleistungsquote, sondern z.B. auch wegen der Frage der Zulässigkeit einer Verpflichtung zum Betriebsübergang nach Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007.

Nicht relevant ist die hier zu erwartende Entscheidung hingegen für Verkehrsmanagementgesellschaften. Schließlich erhalten diese ihren öffentlichen Dienstleistungsauftrag regelmäßig nicht im Rahmen eines wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens, da dies zum Verlust des steuerlichen Querverbundes führen würde.

Wir werden in einer der nächsten Ausgaben über den Ausgang dieses Verfahrens und die daraus resultierenden Folgen für die Branche berichten.

Von RA/StB Maren Weber, Tel.: +49 69 9585-5853,
maren.weber@de.pwc.com

VG Düsseldorf prüft Anrufung des Bundesverfassungsgerichts wegen TVgG-NRW

Das TVgG-NRW ist seit seinem Inkrafttreten am 1. Mai 2012 Gegenstand einer tiefgreifenden Kontroverse. Besonders umstritten sind dessen Auswirkungen auf die Beschaffung von ÖPNV-Leistungen, da für diesen Bereich eine Auftragserteilung an die Anwendung des kommunalen Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N NW) geknüpft wird. Andere Tarifregime werden nicht akzeptiert. Hiergegen wenden sich Mitgliedsunternehmen des privaten „Verbandes Nordrhein-Westfälischer Omnibusunternehmen e.V.“ (NWO) unter anderem vor dem Vergabesenat des OLG Düsseldorf und dem VG Düsseldorf. Die verwaltungsgerichtliche Klage zielt dabei im Kern auf eine Gleichstellung des NWO-Tarifs mit dem TV-N NW ab.

Dem Vernehmen nach ist der Verwaltungsprozess nunmehr um eine weitere Facette erweitert worden. So hat das VG Düsseldorf Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung, auf der die Anwendung des TV-N NW beruht, erkennen lassen. Für das VG decken sich die Ziele des TVgG-NRW weitgehend mit dem Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (MiLoG). Beide Gesetze verfolgten den Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessen niedrigen Löhnen, den Schutz der sozialen Sicherungssysteme und die Stärkung der Wettbewerbsposition tarifgebundener Unternehmer. Der Bundesgesetzgeber habe die von ihm als Mindestlohn festgesetzten 8,50 Euro als zur Erreichung dieser Ziele für ausreichend erachtet. Vor diesem Hintergrund erschließe es sich dem VG Düsseldorf nicht, aus welchem Grund es für den Bereich des ÖPNV in NRW zur Erreichung derselben Ziele weiterhin eines an einen repräsentativen Tarifvertrag gekoppelten Mindestentgelts bedarf, welches deutlich über dem bundesgesetzlich festgelegten Mindestlohn liegt.

Ausgehend davon erwägt das VG Düsseldorf eine Vorlage dieser Frage an das Bundesverfassungsgericht oder den Verfassungsgerichtshof für das Land NRW.

Praxishinweis:

Das VG Düsseldorf hat es bislang versäumt, sich zu der konkret gestellten Rechtsfrage zu äußern, ob der NWO-Tarif genauso wie der TV-N NW als repräsentativ anzusehen ist. Stattdessen hat sich das Gericht nunmehr der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung zugewandt. Dabei lässt das Gericht erkennen, dass es im Grundsatz einer Klärung durch die zuständigen Verfassungsgerichte zuneigt. Da ein solches Verfahren in zeitlicher Hinsicht sehr aufwendig ist (bis zu zwei Jahre), wird die gegenwärtige Rechtsunsicherheit andauern. Für die Aufgabenträger des ÖPNV bedeutet dies letztlich, dass insbesondere die privaten Mitgliedsunternehmen des NWO sich weiterhin nur sehr

zurückhaltend an Ausschreibungen von ÖPNV-Dienstleistungen beteiligen werden.

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

Vergabekammer Lüneburg: Keine Tariftreue bei freigestelltem Schülerverkehr

Die Vergabekammer Lüneburg (VK) hat mit Beschluss vom 15. Mai 2015 entschieden, dass in Niedersachsen bei der Vergabe von Leistungen im freigestellten Schülerverkehr Tariftreue zu den Entgeltregelungen eines vorgegebenen Tarifvertrages nicht gefordert werden dürfe. Auftraggeber können für diese Leistungen von den Bietern lediglich das im Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG) vorgeschriebene Mindestentgelt für die eingesetzten Mitarbeiter verlangen.

Die VK erklärt mit ihrer Entscheidung die Vorschrift § 4 Abs. 3 NTVergG für nicht anwendbar. Sie begründet ihre Entscheidung mit einem Verstoß gegen das Europarecht und bezieht sich auf Entscheidungen des europäischen Gerichtshofes (EuGH). Der EuGH hat insbesondere in seinem Urteil zur Rechtssache „Rüffert“ festgestellt, dass Tariftreueerklärungen an den Bestimmungen der Richtlinie 96/71/EG (Entsenderichtlinie) zu messen sind. Nach Auffassung der VK verstößt die Einbeziehung des freigestellten Schülerverkehrs in die Tariftreuevorgabe des § 4 Abs. 3 NTVergG gegen diese Maßgabe, weil eine Entgeltregelung mit Bezugnahme auf Tarifverträge nach den Regeln der Entsenderichtlinie nur für Vergaben im Baubereich denkbar sei.

Eine Ausnahme für ÖPNV-Leistungen, die in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370) fallen, komme für den freigestellten Schülerverkehr nicht zur Anwendung. ÖPNV-Leistungen, die von dieser Ausnahme begünstigt sein können, sind Personenbeförderungsleistungen, die grundsätzlich jedem Passagier offen stehen, also jedermann zugänglich sind. Freigestellter Schülerverkehr werde hingegen unter Ausschluss anderer Fahrgäste nur bestimmten Nutzern zur Verfügung gestellt und sei damit kein ÖPNV, der von dieser Ausnahme umfasst sein könne.

Praxishinweis:

U. E. sind die Entscheidungsgründe der VK in der Sache überzeugend. PwC Legal vertrat in diesem Zusammenhang bereits vor der VK-Entscheidung (siehe DER NAHVERKEHR 1-2/2015, Seite 44 f.) die Auffassung, dass der freigestellte Schülerverkehr nach den Regeln des Europarechts nicht von der Tariftreueverpflichtung des § 4 Abs. 3 NTVergG umfasst sein könne.

Das zuständige Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr in Niedersachsen hat bereits auf die VK-Entscheidung reagiert. In einer Mitteilung vom 4. Juni 2015 teilt das Ministerium mit, dass die Regelung des § 4 Abs. 3 Satz 2 NTVergG wegen der durch die VK festgestellten europarechtlichen Unzulässig-

keit ab sofort nicht mehr anzuwenden sei. Es gelte aber weiterhin der vergaberechtliche Mindestlohn des § 5 Abs. 1 NTVergG.

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

Verhältnis landesrechtlicher Tariftreuevorgaben zur bundesrechtlichen Regelung des allgemeinen Mindestlohns (MiLoG)

In der – soweit ersichtlich – ersten Entscheidung zum Verhältnis der landesrechtlichen vergaberechtlichen Tariftreuevorgaben zur bundesrechtlichen Regelung des allgemeinen Mindestlohns kommt die VK Rheinland-Pfalz (Beschluss vom 23.02.2015 – VK 1-39/14) zu dem Ergebnis, dass das Mindestlohngesetz des Bundes (MiLoG) nur einen allgemeinen Mindestlohn regelt, der mindestens zu zahlen sei. In den Landesvergabegesetzen könnten jedoch höhere Mindestentgelte festgesetzt werden, da der Bund die Frage der Entgelthöhe nicht abschließend und erschöpfend im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebung geregelt habe.

Das MiLoG ist zum 1. Januar 2015 in Kraft getreten und sieht einen Mindestlohn von 8,50 Euro vor, während für Rheinland-Pfalz die Landesverordnung zur Festsetzung des Mindestentgelts nach § 3 Abs. 2 Satz 3 des Landestariftreuegesetz (LTTG) vom 28. April 2014 ab dem 1. Juli 2014 ein Mindestentgelt von 8,90 Euro (brutto) pro Stunde vorsieht. Zur Zahlung des letztgenannten Mindestentgelts sollte sich der Antragsteller in Form einer „Mustererklärung nach § 3 Abs. 1 LTTG“ in einem (Interims-) Vergabeverfahren für Postdienstleistungen verpflichten. Der Antragsteller sah sich hierzu außerstande, gab daher kein entsprechendes Angebot ab und strebte ein Vergabenachprüfungsverfahren vor der VK Rheinland-Pfalz an.

Zum Verhältnis LTTG zum MiLoG führte die VK Rheinland-Pfalz aus, dass die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes die Gesetzgebungskompetenz der Länder in der Frage der Mindestentgelthöhe nicht sperre. Schließlich habe der Bund nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB ausdrücklich die Länder zum Erlass von Gesetzen, die die Bedingungen zur Ausführung öffentlicher Aufträge betreffen, ermächtigt. Mit dieser Öffnungsklausel habe der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz im Vergaberecht nicht abschließend Gebrauch gemacht und lasse den Ländern mithin entsprechende Möglichkeiten. Das MiLoG und LTTG hätten zudem unterschiedliche Zielrichtungen. Während das MiLoG einen unmittelbaren Rechtsanspruch der Beschäftigten gegen ihren Arbeitgeber normiere, handele es sich bei der LTTG-Verpflichtung um einen vertraglichen Anspruch des öffentlichen Auftraggebers gegen den Auftragnehmer auf Zahlung einer bestimmten Entgelthöhe an die Beschäftigten. Im Ergebnis legt die VK den Vergabenachprüfungsantrag ab, da das MiLoG die Landesgesetzgeber nicht an der Verpflichtung zur Zahlung höheren Mindestentgelte hindere.

Praxishinweis:

Die Bedeutung der Entscheidung geht deutlich über Rheinland-Pfalz hinaus, da beispielsweise auch Nordrhein-Westfalen mit einem Mindestlohn von derzeit 8,85 Euro (brutto) pro Stunde auf der Grundlage des dortigen TVgG die Auffassung vertritt, dass das MiLoG eine landesrechtliche Verpflichtung zur Zahlung eines höheren Entgelts nicht ausschlieÙe.

Von RA Dr. Christian Behling, Tel.: +49 211 981-1505,
christian.behling@de.pwc.com

Ausschreibung von Personenbeförderungsleistungen: Keine Pflicht zur Berücksichtigung des Energieeffizienz- kriteriums

Seit Beginn der Aufnahme der recht detaillierten Energieeffizienzvorgaben in § 4 Abs. 4-6 b Vergabeverordnung (VgV) ist deren Reichweite umstritten. Die Vorschrift bestimmt im Wesentlichen, dass für den Fall, dass *„energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen Gegenstand einer Lieferleistung [...] oder wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Dienstleistung [...] sind“*, in der Leistungsbeschreibung bestimmte Anforderungen an die Energieeffizienz gestellt werden sollen.

Das Oberlandesgericht (OLG) Celle entschied durch Beschluss vom 19. März 2015 (Az. 13 Verg 1/15), dass Personenbeförderungsleistungen nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift des § 4 Abs. 4 VgV fallen und somit die dort genannten strikten Energieeffizienzkriterien nicht zu berücksichtigen sind. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Antragsgegner beabsichtigte als Träger des Rettungsdienstes die Vergabe von Rettungsdienstleistungen. Eine dänische Gesellschaft, die Rettungsdienstleistungen anbietet und sich auf dem deutschen Markt etablieren möchte, rügte die unterbliebenen Vorgaben zur Energieeffizienz in Bezug auf die zu verwendenden Fahrzeuge.

Das OLG Celle sah es nicht als Vergaberechtsverstoß an, dass der Antragsgegner das Kriterium der Energieeffizienz bei der Ausschreibung nicht berücksichtigt hatte. Insofern sei zu bedenken, dass die Energieeffizienzvorschriften in Umsetzung der europäischen Energieeffizienzrichtlinie 2010/30/EU erfolgt sei. Diese nähme aber Verkehrsmittel zur Personen- und Güterbeförderung ausdrücklich von ihrem Regelungsgehalt aus. Laut Gesetzesbegründung wollte der deutsche Gesetzgeber die Richtlinienvorgaben einhalten, aber keine strikteren Regeln treffen. Hätte der deutsche Gesetzgeber Personenbeförderungsleistungen in den Regelungsgehalt mit einbezogen, wäre er – entgegen der Gesetzesbegründung – über die Richtlinienvorgaben hinausgegangen. Dies hätte aber einer ausdrücklichen Erwähnung von Personenbeförderungsleistungen in § 4 Abs. 4 VgV bedurft. Die Tatsache, dass eine solche ausdrückliche Erwähnung nicht erfolgt sei, spreche dafür, dass Personenbeförderungsleistungen nicht unter § 4 Abs. 4 VgV fielen.

Darüber hinaus verweist das OLG Celle darauf, dass sich auch die Richtlinie 2009/33/EG mit der Förderung von sauberen und energieeffizienten Straßenfahrzeugen befasst, die in Art. 4 Abs. 7-10 VgV in nationales Recht umgesetzt wurde. Diese Absätze bezögen sich lediglich auf reine „Lieferleistungen“, nicht aber auf Dienstleistungen, die aber dem vorliegenden Fall zugrunde lagen.

Schließlich stellt das OLG klar, dass Kranken- und Rettungstransportleistungen der Personenbeförderung dienen. Die Tatsache, dass während des Transportes unter Umständen eine medizinische Versorgung vorgenommen wird, ändere nichts daran, dass der Transport im Vordergrund steht.

Praxishinweis:

Die Entscheidung des OLG Celle hat die notwendige Rechtsklarheit über den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 4-6 b VgV geschaffen. Damit müssen die Energieeffizienzkriterien bei Personenbeförderungsleistungen nicht berücksichtigt werden. Dies betrifft nicht nur Kranken- und Rettungstransportleistungen, sondern vor allem auch ÖPNV-Leistungen bzw. – Ausschreibungen.

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

Allgemeines Vergaberecht

KG Berlin: Auftraggeber muss maßgeblichen Tarif- bzw. Mindestlohn nennen

Das Kammergericht Berlin hob in einem Beschluss vom 26. September 2014 (Az: Verg 5/14) hervor, dass eine Ausschreibung intransparent sei, wenn sie nicht selbst den maßgeblichen Tarif- bzw. Mindestlohn nenne.

Im Rahmen des zugrundeliegenden Vergabeverfahrens erklärte der Bieter ausschreibungsgemäß seinen Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistungen mindestens diejenigen Entgelte zu zahlen, die der einzuhaltende Tarifvertrag vorgibt bzw. andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte einzuhalten. Nach Auffassung des Bieters findet für die Entlohnung seines Personals kein Tarifvertrag Anwendung. Der Auftraggeber schloss den Bieter wegen fehlender Gesetzestreue i.S.v. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, § 19 Abs. 5 VOL/A als ungeeignet aus.

Das Kammergericht urteilte, dass ein Ausschluss des Bieters wegen fehlender Gesetzestreue nicht gerechtfertigt sei. Die Annahme des Bieters, dass auf seinen Betrieb kein Tarifvertrag anwendbar sei, schließe weder aus, dass er seine Mitarbeiter tarifgemäß oder sogar übertariflich bezahle, noch stelle sie ein zwingendes Indiz für eine untertarifliche Bezahlung dar. Die Ausschreibung verstoße vielmehr gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot, weil der maßgebliche Tarif- bzw. Mindestlohn nicht genannt werde. Grundsätzlich müsse eine Ausschreibung alle für den Bieter relevanten Informationen enthalten. Dazu gehöre

insbesondere der Mindestlohn, der die wirtschaftliche Preiskalkulation des Bieters mitbestimme. Die geforderte Erklärung, wonach der Bieter bei Ausführung der Leistungen mindestens ein Stundenentgelt von 8,50 EUR zahle, führe dazu, dass die Ausschreibung aufgrund irreführender Angaben zum Mindestlohn intransparent sei. Die Erklärung suggeriere, dass es sich dabei um den zu zahlenden Mindestlohn handle. Es werde nicht deutlich, dass der Mindestlohn bei Anwendung eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags höher sein könne.

Des Weiteren hob das Kammergericht hervor, dass ein vorzeitiger Zuschlag im Nachprüfungsverfahren nicht gestattet sei. Der Auftraggeber habe selbst die zeitliche Not verursacht, indem die Ausschreibung erst ein halbes Jahr vor Leistungsbeginn stattgefunden habe. Ihm sei bekannt gewesen, dass der einschlägige Mindestlohn nicht feststehe, so dass er mit zeitlichen Verzögerungen aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens rechnen musste.

Praxishinweis:

Die Entscheidung des Kammergerichts statuiert für Auftraggeber eine Hinweispflicht auf die einschlägigen Tarif- oder Mindestentgelte. Wir raten Auftraggebern zukünftig in ihren Ausschreibungsunterlagen den einschlägigen Tariflohn aufzuführen. Risikoreiche Vergabeverfahren sollten möglichst frühzeitig durchgeführt werden, um evtl. Verzögerungen durch ein Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen. Bieter sollten bei Unsicherheiten bezüglich des einschlägigen Tariflohns Bieterfragen stellen und gegebenenfalls einen Verstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot rügen.

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

VK Westfalen: Verpflichtungserklärungen nach TVgG sind keine Eignungsnachweise

Im Rahmen eines Nachprüfungsantrags entschied die Vergabekammer Westfalen (VK; Az: VK 18/14) durch Beschluss vom 21. Januar 2015, dass die Abgabe einer Verpflichtungserklärung zum Tariflohn bzw. Mindestlohn nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG) keinen Eignungsnachweis darstellt und daher auch nicht als solcher gewertet werden darf.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Antragsgegnerin, eine Werkstatt für mobilitätseingeschränkte Menschen, schrieb die Beförderung von Menschen mit Behinderung zu ihren Einrichtungen in einem offenen Verfahren nach der EG VOL/A aus. Die Antragsgegnerin bestimmte in den Vergabeunterlagen, dass die Eignung der Bieter auf Grundlage der Verpflichtungserklärungen zur Tariftreue- und Mindestentlohnung nach dem TVgG stattfindet. Der Auftrag war in sechs Lose aufgeteilt. Die Antragstellerin gab bis auf ein Los für alle Lose Angebote ab. Nach Hinweis, dass sie nur den Zuschlag für eines der beantragten Lose erhalte, rügte sie mehrere Vergaberechtsverstöße und begehrte im anschließenden Nachprüfungsantrag den Ausschluss zweier Bieter (Beigeladene). Insbesondere führte sie auf, die Mitbieter hätten fehlerhafte Verpflichtungserklärungen abgegeben.

tungserklärungen abgegeben, da der von ihnen tatsächlich gezahlte Lohn unterhalb der dort genannten Vorgaben liege.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück:

Zwar habe die Vergabestelle die Verpflichtungserklärungen fälschlicherweise als Eignungsnachweis gefordert, obwohl es sich um zusätzliche Bedingungen der Auftragsausführung und damit um eine Leistungsanforderung handele. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Wiederholung der Bewertung der Eignung der Beigeladenen durch die Vergabekammer komme aber nicht in Betracht. Da die Verpflichtungserklärung nicht als Eignungsnachweis gefordert werden durfte, komme es auf ihren Inhalt nicht an. Gemäß § 7 EG Abs. 1 VOL/A dürfen nämlich von den Unternehmen zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind, was durch § 7 EG Abs. 2 bis 4 VOL/A (basierend auf Art. 48 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG) konkretisiert werde. Dort sei aber keine Rede von den im TVgG genannten Verpflichtungserklärungen. Unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Aussagen der Antragstellerin könne die Erklärung nicht zum Ausschluss der Angebote führen, da sich der Ausschlussgrund in § 6 EG Abs. 6 lit. e VOL/A auf die mangelnde Eignung beziehen müsse.

Praxishinweis:

Die VK folgt der Linie des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Az. 7 Verg 28/13 und 7 Verg 38/13 sowie 39/13), wonach Verpflichtungserklärungen nach dem TVgG keine Eignungsnachweise darstellen. Daher raten wir, Verpflichtungserklärungen nach dem TVgG oder anderen vergleichbaren Landesvergabegesetzen ausschließlich als zusätzliche Bedingungen der Auftragsausführung zu berücksichtigen und während des Vergabeverfahrens keine inhaltliche Überprüfung zum Wahrheitsgehalt der Angaben vorzunehmen.

Von RAin Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com,
RA Nils Rickert, Tel.: +49 211 981-2886, nils.rickert@de.pwc.com

Veranstaltungen

Roadshow „ÖPNV 2015“

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.

Wir möchten Sie herzlich zu unserer Roadshow „ÖPNV 2015“ einladen.

Sie haben die Wahl zwischen folgenden Terminen und Standorten:

**17. November 2015 von 12:00 Uhr – 16:30 Uhr, Roadshow
PWC-Niederlassung Düsseldorf**

**24. November 2015 von 12:00 Uhr – 16:30 Uhr, Roadshow,
PWC-Niederlassung Hannover**

**26. November 2015 von 12:00 Uhr – 16:30 Uhr, Roadshow,
PWC-Niederlassung Hamburg**

**1. Dezember 2015 von 10:00 Uhr – 15:00 Uhr, Roadshow,
PWC-Niederlassung Frankfurt am Main**

**3. Dezember 2015 von 10:00 Uhr – 15:00 Uhr, Roadshow,
Le Méridien Grand Hotel, Nürnberg**

**8. Dezember 2015 von 10:00 Uhr – 15:00 Uhr, Roadshow,
Marriott Hotel, Leipzig**

Nutzen Sie die Möglichkeit, sich bereits jetzt einen Platz an einem Tag oder Ort Ihrer Wahl zu sichern. Wie immer ist die Teilnahme für Sie kostenfrei.

Über die Agenden werden wir Sie zügig unterrichten. Auch dieses Jahr werden wir uns anstrengen, interessante regionale Akzente zu setzen.

Wir freuen uns schon jetzt auf Sie!

Bitte melden Sie sich www.pwc.de an. Dort finden Sie ebenfalls weitere Veranstaltungsinformationen und Ihren persönlichen Anmeldebereich.

Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei

Frau RA/StB Christiane Kappe

Tel.: +49 211 981 - 2700, christiane.kappe@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 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

RA Nils Rickert

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

RA Stefan Bahrenberg

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

RA Dr. jur. Christian Behling

Tel.: +49 211 981-1505
christian.behling@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 Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten.

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