

Aktuelle Informationen

Ausgabe 3,
Mai und Juni 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
OVG Münster: Angemessener Gewinn in Höhe einer Umsatzrendite von 4,75 % ist nicht zu beanstanden.....	2
OLG München – Zulässigkeit der Direktvergabe in Inhouse-Fällen und Kontrolle bei obligatorischem Aufsichtsrat	3
OFD Frankfurt: Umsatzsteuerrechtliche Fragen zur ÖPNV-Durchführung.....	4
VK Rheinl.-Pfalz: Vorabbekanntmachung	5
VG Berlin zu den Anforderungen an einen Verkehrsleiter nach der VO 1071/2009	6
Bayerischer VGH zum Parallelbedienungsverbot.....	7
Entwurf für Reform des TVgG-NRW.....	8
Allgemeines Vergaberecht	9
VK Südbayern zur Bildung von Bietergemeinschaften.....	9
Das Team	11
Bestellung und Abbestellung	12

Verkehr – Recht und Steuern

OVG Münster: Angemessener Gewinn in Höhe einer Umsatzrendite von 4,75 % ist nicht zu beanstanden

Das OVG Münster hat am 24.11.2015 entschieden, dass Aufgabenträger in Allgemeinen Vorschriften einen max. angemessenen Gewinn in Höhe von 4,75 % Umsatzrendite vorsehen dürfen. Damit bestätigte das OVG die dem Urteil vorausgehende Entscheidung des VG Minden vollumfänglich. Im Einzelnen:

Der Beklagte, ein ÖPNV-Aufgabenträger, hatte eine Allgemeine Vorschrift zu Ausgleichsleistungen für die verbilligte Beförderung im Ausbildungsverkehr erlassen, in der eine pauschale Umsatzrendite von bis zu 4,75 % als angemessener Gewinn berücksichtigt wurde. Die Klägerin, ein privates Verkehrsunternehmen, das Busverkehrsdienstleistungen im Kreisgebiet des Beklagten erbringt, verlangte die Berücksichtigung einer Umsatzrendite in Höhe von mindestens 7,85 % als angemessenen Gewinn. Sie legte hierzu ein Gutachten vor, nach dem diese höhere Umsatzrendite andernorts gezahlt würde, und bezog sich zudem auf die sog. Südmähren-Entscheidung.

Das OVG stellte fest, dass der Aufgabenträger die Umsatzrendite als zulässigen Bezugsmaßstab in der Allgemeinen Vorschrift festlegen konnte. Auch die Höhe von 4,75 % sei nicht zu beanstanden; marktüblich sei eine Umsatzrendite zwischen 2 % und 3 %. Die Berufung auf andernorts gezahlte höhere Ausgleichszahlungen sei unzulässig. Es handele sich um verschiedene Aufgabenträger, die nicht miteinander vergleichbar seien. Im Übrigen stünden den Aufgabenträgern gewisse Einschätzungsspielräume zur Verfügung, bei denen gerade auch regionale Besonderheiten berücksichtigt werden könnten. Die Grenze sei erst bei einer – hier nicht vorliegenden – willkürlichen Festlegung erreicht. Hieran ändere auch die – von der Klägerin bemängelte – Tatsache nichts, dass die Umsatzrendite pauschal für sämtliche Verkehrsunternehmen im Kreis festgelegt worden sei. Denn es sei gerade Wesensmerkmal einer Allgemeinen Vorschrift, dass diese diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet innerhalb des Zuständigkeitsbereichs einer zuständigen Behörde gelte. Schließlich sei die VO 1370 ein beihilferechtliches Regelungswerk, das Überkompensationen verbiete; ein Anspruch auf Vollkompensation oder gar Gewinn lasse sich aus ihr nicht ableiten.

Praxishinweis:

Die Entscheidung überzeugt aus mehreren Gründen nicht, von denen hier zwei herausgegriffen werden. Erstens hatte die Klägerin nicht einen – in der Tat nicht bestehenden – Anspruch auf Zahlung einer Ausgleichsleistung in einer bestimm-

ten Höhe geltend gemacht, sondern lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Ermittlung des angemessenen Gewinns.

Diesbezüglich hat die Klägerin u.E. aber zu Recht in Frage gestellt, ob die Aufgabenträger richtig vorgegangen sind. Diese haben nämlich für die Festlegung des zulässigen Gewinns als Vergleichsmaßstab auf die Daten der Gruppe der kommunalen Verkehrsunternehmen zurückgegriffen, obwohl diese wegen ihrer besonderen Finanzierungsstruktur (z.B. steuerlicher Querverbund) und Anteilseignerstruktur traditionell keine Gewinne ausweisen. U.E. kann vermutet werden, dass die Festlegung eines angemessenen Gewinns auf dieser Basis private Verkehrsunternehmen benachteiligt. Diese sind auf eine marktgerechte Bemessung ihrer Marge nachvollziehbar angewiesen. Anderes lässt sich übrigens auch nicht aus der VO 1370 ableiten, in der es sogar heißt: „Zur Vermeidung von übermäßigen oder unzureichenden Ausgleichsleistungen [...]“.

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

OLG München – Zulässigkeit der Direktvergabe in Inhouse-Fällen und Kontrolle bei obligatorischem Aufsichtsrat

In seinem Beschluss vom 31.03.2016 bestätigt das OLG München die Direktvergabe an eine Urenkelgesellschaft des Aufgabenträgers und setzt sich umfassend mit den Voraussetzungen für eine Direktvergabe auseinander.

Das OLG bestätigt zunächst die von ihm in einer früheren Entscheidung getroffene – und auch von den OLG Düsseldorf und Rostock sowie großen Teilen der Literatur geteilte - Feststellung, dass die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 nicht nur bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession, sondern auch bei Erfüllung der vergaberechtlichen Inhouse-Kriterien zulässig sei. Die abweichende Auffassung des OLG Frankfurt hält es für unzutreffend. Das OLG München verzichtet auf eine Divergenzvorlage an den BGH, da die Fragestellung vorliegend nicht entscheidungserheblich sei.

Nicht eindeutig äußert sich das OLG, anhand welcher Kriterien es konkret die Inhouse-Voraussetzungen prüfen möchte. Zum einen revidiert es seine frühere Entscheidung nicht, dass Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 eine Spezialregelung für die Anwendung der Inhouse-Vergaben darstelle. Andererseits stellt es fest, dass die Erfüllung der vergaberechtlichen Inhouse-Kriterien darzulegen sei.

Bei der Prüfung der für die Direktvergabe erforderlichen Kontrolle des Aufgabenträgers über das betraute Verkehrsunternehmen knüpft das OLG an den vergaberechtlichen Kontrollbegriff an. Entscheidend sei die Möglichkeit der Kontrolle der Geschäftsführung. Das OLG sieht vorliegend beachtliche und hinreichende Kontrollmöglichkeiten, zum einen weil es sich um eine 100%ige Eigengesellschaft der Stadt handele, zudem Beherrschungsverträge abgeschlossen und die Geschäftsführungen personenidentisch seien und der Stadt zusätzlich von den zwischengeschalteten Gesellschaften Stimmrechtsvollmachten eingeräumt worden seien.

Die Existenz eines obligatorischen Aufsichtsrates schließe demgegenüber die Kontrolle der Stadt nicht aus. Unabhängig von der Problematik der (fehlenden) Weisungsgebundenheit von Aufsichtsratsmitgliedern in kommunalen Unternehmen könne der Aufsichtsrat als solcher die strategisch wichtigen Entscheidungen und Managemententscheidungen des Unternehmens nicht beeinflussen, da auch ein obligatorischer Aufsichtsrat lediglich Kontroll- und Zustimmungsfunktionen habe, selbst aber keine wichtigen strategischen Entscheidungen treffen. Maßgebliches übergeordnetes Organ bei einer GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat bleibe vielmehr die Gesellschafterversammlung.

Neben den vorstehenden Feststellungen trifft der Beschluss weitere in bestimmten Konstellationen durchaus interessante Aussagen, etwa zum Inhalt der Vorabkennzeichnung, zur (fehlenden) Verpflichtung zur Bekanntmachung der Erteilung des öDA oder zum Verhältnis von öDA-Erteilung und Genehmigungsverfahren.

Praxishinweis:

Mit dem gut begründeten Beschluss des OLG München sehen wir uns in unserer Auffassung bestätigt, dass eine Direktvergabe nicht nur bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession, sondern auch bei Erfüllung der vergaberechtlichen Inhouse-Voraussetzungen als zulässig anzusehen ist. Es empfiehlt sich also, die nunmehr in § 108 GWB kodifizierten Inhouse-Kriterien (Kontrolle, keine Beteiligung von Privaten, Tätigkeit im Wesentlichen für den Aufgabenträger) zu erfüllen.

Zur Erfüllung des Kontrollmerkmals nach Art 5 Abs. 2 ist u.E. die Feststellung begrüßenswert, dass ein obligatorischer Aufsichtsrat einer Kontrolle durch den Gesellschafter grundsätzlich nicht entgegensteht. Wir empfehlen allerdings bei einer gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung, in der dem Aufsichtsrat eine Vielzahl von zustimmungspflichtigen Geschäften zugeordnet ist, die Kompetenzverteilung zwischen den Organen der zu betrauenden Gesellschaft vor einer Direktvergabe kritisch zu beleuchten und ggf. anzupassen.

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

OFD Frankfurt: Umsatzsteuerrechtliche Fragen zur ÖPNV-Durchführung

Die Oberfinanzdirektion (OFD) Frankfurt befasst sich in einer Rundverfügung vom 24.02.2016 mit „umsatzsteuerrechtliche(n) Fragen im Zusammenhang mit der Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV)“. Im Vordergrund steht dabei die umsatzsteuerliche Beurteilung von Zahlungen der kommunalen Aufgabenträger an die Verkehrsunternehmen sowie Aufgabenträgerorganisationen (Verkehrsverbände, lokale Nahverkehrsorganisationen).

Solche Zahlungen seien echte nicht steuerbare Zuschüsse, wenn sie „für fahrplanmäßig festgelegte Verkehrsangebote zur Bedienung der Allgemeinheit im ÖPNV“ erfolgen. Bei einer konkreten Vereinbarung von Einzelleistungen seien

diesbezügliche Zahlungen dagegen als Entgelte im Rahmen eines Leistungsaustauschverhältnisses mit den Aufgabenträgern anzusehen.

Damit wiederholt die OFD Frankfurt die Grundsätze der Finanzverwaltung, die bereits seit Mitte der 90er Jahre in verschiedenen Verfügungen veröffentlicht wurden. Gleiches gilt für den Hinweis, dass darüber hinaus zu prüfen sei, ob die Zahlungen der Aufgabenträger preisaußfüllende Entgelte von dritter Seite für die Beförderungsleistungen gegenüber den Fahrgästen seien. Die Durchleitung von Zahlungen der Aufgabenträger über die Aufgabenträgerorganisationen - so die OFD weiter - führe auf allen Ebenen zur gleichen Beurteilung.

Mittelzuführungen an die Aufgabenträgerorganisationen für die Erfüllung von Aufgaben, die den Aufgabenträgern nach dem ÖPNV-Gesetz des Landes Hessen gesetzlich zugewiesen sind, seien geeignet, einen Leistungsaustausch zu begründen und damit den Anfall von Umsatzsteuer auszulösen. Man müsse aber ggf. nicht umsatzsteuerbare Gesellschafterbeiträge abgrenzen. Wenn Zuwendungen der Aufgabenträger sowohl den steuerbaren als auch den nichtsteuerbaren Zuschussbereich betreffen, müssten die Zahlungen aufgeteilt werden (z.B. nach dem Verhältnis der Kosten in beiden Bereichen).

Bei der über die hessischen Verkehrsverbände ausgezahlten Infrastrukturkostenhilfe handelt es sich nach Auffassung der OFD um nicht umsatzsteuerbare Zuschüsse. Gleiches gelte für den sog. Infrastrukturkostenausgleich, den Gebietskörperschaften an andere Gebietskörperschaften dafür zahlen, dass deren Verkehrsunternehmen sie (die zahlende Gebietskörperschaft) bedienen.

Praxishinweis:

Bei Zuwendungen der öffentlichen Hand an Verkehrsunternehmen ist zu prüfen, ob man durch entsprechende Gestaltung (Vermeidung von konkreten Einzelbestellungen und Preisaußfüllungen) den Anfall von Umsatzsteuer vermeiden kann.

RA/StB Michael Prechtel, Tel.: +49 211 981-4775, michael.prechtel@de.pwc.com

VK Rheinl.-Pfalz: Vorabbekanntmachung

Die VK Rheinland-Pfalz befand mit ihrem Beschluss vom 14.12.2015 über eine geplante Direktvergabe an kleine und mittlere Unternehmen (sog. KMU- oder Bagatellvergabe - Art. 5 Abs. 4 VO 1370). Ferner hatte sie über eine Notvergabe (Art. 5 Abs. 5 VO 1370) zu entscheiden, die nach der Vorabbekanntmachung der Bagatellvergabe infolge von Einwänden der Antragstellerin gegen diese Vergabe vorgenommen wurde. Die Notvergabe war erforderlich, um die ÖPNV-Leistungen bis zur endgültigen Entscheidung über die Bagatellvergabe sicherstellen zu können. Anders als bei der Bagatellvergabe erfolgte für die Notvergabe keine Vorabbekanntmachung, weil die VO eine solche nicht zwingend vorschreibt.

Hinsichtlich der Zulässigkeit und damit der Erfolgsaussichten der verschiedenen Nachprüfungsbegehren kam die VK zu folgenden Ergebnissen:

Bei Vergaben, die vorabveröffentlicht werden, kommt es entscheidend auf den förmlichen Beginn des Verfahrens durch die Vorabbekanntmachung an. Ab diesem Zeitpunkt können Vergaben zulässig angegriffen und damit auch von der VK überprüft werden.

Erfolgt keine Vorabbekanntmachung wie im Falle der Notvergabe, ist eine Überprüfung durch die Kammer dann möglich, wenn die Entscheidung über die Vergabe nach außen erkennbar und in einer für den Auftraggeber verbindlichen Form (z.B. durch einen Vertragsschluss/Zuschlag) erfolgt ist.

Praxishinweis:

Da Angriffe auf Vergaben nach der VO 1370 grundsätzlich bereits ab Vorabbekanntmachung erfolgen können und die Angriffe gerichtlich überprüft werden können, muss zu dieser Klarheit über das Vergabemodell hergestellt und seine Eckpunkte ordnungsgemäß dokumentiert sein.

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

VG Berlin zu den Anforderungen an einen Verkehrsleiter nach der VO 1071/2009

Das VG Berlin entschied in einem Beschluss vom 07.01.2016 im vorläufigen Rechtsschutz über den Entzug der Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers.

Die Antragstellerin, ein privates Verkehrsunternehmen, hatte zur Sicherstellung der berufsrechtlichen Anforderung an ein Kraftverkehrsunternehmen einen neuen Mitarbeiter für die Position des Verkehrsleiters eingestellt. Hintergrund hierfür war die Ende 2011 in Kraft getretene VO 1071/2009, die eine europaweite einheitliche Berufszugangsordnung für Kraftverkehrsunternehmern im Güter- und Personenkraftverkehr regelt. Der neue Mitarbeiter erfüllte zwar die fachlichen Anforderungen an den Verkehrsleiter im Sinne der maßgeblichen VO 1071/2009, allerdings lebte er über 600 km vom Betriebssitz entfernt.

Die zuständige Behörde wies die Antragstellerin in 2015 darauf hin, dass sie nicht die Voraussetzungen der VO 1071/2009 in Bezug auf einen Verkehrsleiter erfülle, weil der bisher von ihr benannte Verkehrsleiter vorliegend als nichtgeeignet anzusehen sei. Die fehlende Eignung habe auch dazu geführt, dass die Antragstellerin in der Vergangenheit bereits mehrfach mit dem Einsatz verkehrsuntüchtige Bussen negativ aufgefallen sei. Nach erfolgloser Fristsetzung zur Herstellung eines VO 1071/2009-konformen Zustandes entzog die Behörde der Antragstellerin letztlich ihre Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers. Hiergegen wandte sich die Antragstellerin.

Das VG folgte in dem Beschluss der Behördenentscheidung. Ein Verkehrsleiter müsse nach Auffassung des VG aufgrund von Art. 4 Abs. 1 lit a VO 1071/2009 die Verkehrstätigkeiten tatsächlich und dauerhaft leiten. Da der Verkehrsleiter über 600 km vom Betriebssitz entfernt lebe, sei seine tatsächliche Anwesenheit vor Ort nur in Ausnahmefällen möglich. Die tatsächliche Wahrnehmung der Kon-

troll- und Leitungsfunktion sei allerdings fester Bestandteil der fachlichen Eignung des Verkehrsleiters. Diese sei somit nicht gegeben.

Praxishinweis:

Diese Entscheidung zeigt, dass die Anforderungen an einen geeigneten Verkehrsleiter in der Praxis häufig unterschätzt werden. Es kommt dabei nicht nur auf die fachliche Eignung an, sondern ebenso auch auf die tatsächliche Wahrnehmung seiner Leitungsfunktion. Die Konsequenzen eines Entzugs der Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers sind existenziell, da sie auch den Entzug der PBefG-Genehmigung zur Folge haben.

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

Bayerischer VGH zum Parallelbedienungsverbot

Der Bayerische VGH lehnte mit Beschluss vom 08.03.2016 einen Antrag auf Berufungszulassung gegen das Urteil des VG München vom 25.03.2015 ab und äußerte sich hierbei zu einzelnen Aspekten des Parallelbedienungsverbots.

In dem Verfahren wandte sich ein Verkehrsunternehmen, dem zunächst eine eigenwirtschaftliche Liniengenehmigung erteilt worden war, gegen die Aufhebung der Genehmigung durch das VG München. Das Verkehrsunternehmen hatte eine Linienverkehrsgenehmigung beantragt, die bei kürzerer und leicht abweichender Linienführung die gleiche Anfangs- und Endhaltestelle wie eine andere – von einem anderen Verkehrsunternehmen bediente - Linie aufwies. Die neue Buslinie hatte im Linienverlauf nur eine gemeinsame Haltestelle mit der bereits bestehenden Linie und sollte insbesondere der Schülerbeförderung dienen.

Der bayerische VGH bestätigte nunmehr die Entscheidung des VG München, welches die Liniengenehmigung u.a. wegen Verstoßes gegen das Parallelbedienungsverbot aufgehoben hatte und konkretisierte die Voraussetzungen für das Vorliegen einer verbotenen Parallelbedienung.

Nach Auffassung des VGH liege eine unzulässige Parallelbedienung nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 PBefG bereits dann vor, wenn zwei Verkehre, die nicht auf derselben Trasse verlaufen, denselben Quell- und Zielverkehr bedienen. Aufgrund des Konkurrenzverhältnisses sei dann eine Abwanderung von Fahrgästen an den gemeinsamen Haltestellen zu erwarten. Die drohende Abwanderung könne die Wirtschaftlichkeit einer bestehenden Linie in rechtlich relevanter Weise berühren und das öffentliche Verkehrsinteresse gefährden, wobei bereits ein Fahrgasteinbruch von 10 % ausreichen könne. Nur bei einer unbefriedigenden Verkehrsbedienung sei ein Konkurrent zur Lückenfüllung berechtigt. Von der Genehmigungsbehörde hätte explizit geprüft werden müssen, ob beide Linien dauerhaft wirtschaftlich nebeneinander existieren können.

Praxishinweis:

Die Entscheidung verdeutlicht, dass das Parallelbedienungsverbot nicht nur Fälle erfasst, in denen Verkehre auf dem identischen Linienverlauf (teilweise) durch einen anderen neu beantragten Verkehr konkurrenziert werden. Entscheidend ist vielmehr, ob und in welchem Maße der neu hinzutretende Verkehr bestehende Linien wirtschaftlich beeinträchtigt. Aus der Entscheidung folgt, dass sich Verkehrsunternehmen auch gegen „kreative“ Konkurrenzierung durch andere Verkehrsunternehmen erfolgreich zur Wehr setzen und somit einer Kannibalisierung der eigenen Verkehrsleistung entgegen treten können.

RA Erik Pelizäus, Tel.: +49 40 6378-1323, erik.pelizaesus@de.pwc.com

Entwurf für Reform des TVgG-NRW

Das TVgG-NRW war seit seinem Inkrafttreten am 01.05.2012 Gegenstand nachhaltiger politischer und juristischer Kontroversen. Mit der Auslegung und Anwendung einzelner Kernregelungen waren sowohl der EuGH als auch die nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichte und Vergabenachprüfungsinstanzen befasst (vgl. Newsletter Verkehr und Infrastruktur 2015, Ausgabe 4 und Ausgabe 5). Unter anderem deshalb hat die Landesregierung einen Prüfbericht zum TVgG-NRW anfertigen lassen. Ein wesentliches Ergebnis dieses Berichtes ist, dass die Ziele des Gesetzes zwar grundsätzlich durch die Marktteilnehmer akzeptiert werden. Gleichwohl würden in der praktischen Anwendung erhebliche Mehraufwände für Vergabestellen und Unternehmen entstehen. Auf diese Erkenntnisse reagiert die Landesregierung nunmehr mit einem Reformentwurf, der im Wesentlichen die folgenden Anpassungen vorsieht (Landtag-NRW: Vorlage 16/3809):

- In § 4 Abs. 2 TVgG-NRW wird in Reaktion auf die Rechtsprechung nunmehr klargestellt, dass entweder ein Tarifvertrag oder mehrere Tarifverträge als repräsentativ erklärt werden können. Auf diese Weise könnten so auch die rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass neben dem TV-N NW auch der neue TV-NWO als repräsentativ erklärt werden könnte.
- Für Verträge von Sektorenauftraggebern (und somit auch von Beschaffungsverträgen der Verkehrsunternehmen) soll das reformierte TVgG-NRW zukünftig keine Anwendung mehr finden. Diese sind von der aktuellen Fassung des TVgG-NRW noch ausdrücklich erfasst (vgl. § 2 Abs. 5).
- Das TVgG soll fortan den Regelungen des bundeseinheitlichen Mindestlohngesetz (MiLoG) entsprechen. Abweichend legt das TVgG jedoch einen Mindestlohn von 8,85 Euro (statt 8,50 Euro im MiLoG) fest.
- Zukünftig muss nur noch derjenige Bieter die nach dem TVgG-NRW geforderten Verpflichtungserklärungen und Nachweise vorlegen, der den Zuschlag erhalten soll.

- Es wird ein Schwellenwert in Höhe von 20.000 Euro eingeführt, ab dem das TVgG-NRW Anwendung findet. Lediglich die §§ 6 (Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes und der Energieeffizienz) und 7 (ILO-Kernarbeitsnormen) sind bereits ab einem Auftragswert in Höhe von 5.000 Euro anzuwenden. Zuvor fanden die Kernnormen des TVgG-NRW (Veröffentlichungspflichten, Mindestlohn, Tariftreue, ILO-Kernarbeitsnormen, umweltfreundliche Beschaffung) unabhängig vom Auftragswert Anwendung.

Praxishinweis:

Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält begrüßenswerte Reformansätze, die den Beschaffungsalldag von allen Marktteilnehmern des ÖPNV erleichtern dürften. Dies gilt vorrangig für die Öffnung des TVgG für weitere Tarifverträge neben dem kommunalen TV-N NW. So spricht dem Vernehmen nach Vieles dafür, dass zukünftig auch der neue TV-NWO als repräsentativ festgelegt werden wird. Aufgrund der damit verbundenen Flexibilität auf der Kostenseite und der größeren Rechtssicherheit können Aufgabenträger in NRW zukünftig wieder verstärkt wettbewerbliche Ausschreibungen von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach der VO 1370 oder nach dem allgemeinen Vergaberecht in Betracht ziehen. Insbesondere private Verkehrsunternehmen könnten sich an diesen Ausschreibungen wieder uneingeschränkt beteiligen, ohne ihr gesamtes Personalkonzept auf einen fremden Tarifvertrag ausrichten zu müssen.

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

Allgemeines Vergaberecht

VK Südbayern zur Bildung von Bietergemeinschaften

Die VK Südbayern hat sich in einem Beschluss vom 01.02.2016 mit der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften auseinandergesetzt und hierbei wichtige Aussagen zu deren Beteiligung an Vergabeverfahren gemacht.

Der Entscheidung lag eine Ausschreibung von Busverkehrsleistungen des Augsburger Verkehrs- und Tarifverbundes (AVV) zugrunde. Mehrere Bieter hatten Angebote eingereicht. Darunter auch eine Bietergemeinschaft, die den Zuschlag erhalten sollte. Hiergegen wendete sich ein Konkurrenzunternehmen mit dem Argument, dass die Bildung der Bietergemeinschaft wettbewerbswidrig sei, da zu deren Mitgliedsunternehmen auch eine zum DB-Konzern gehörende Bahnbusgesellschaft zähle, die für sich genommen bereits ausreichend leistungsfähig sei.

Der Nachprüfungsantrag blieb ohne Erfolg! Die VK weist zwar eingangs darauf hin, dass bei einem Zusammenschluss von gleichartigen Unternehmen (hier: Busverkehrsunternehmen), die auf demselben Markt tätig sind, ein Wettbewerbsverstoß nahe liege. Die Gründung einer Bietergemeinschaft sei jedoch dann zulässig, wenn die beteiligten Unternehmen aufgrund ihrer betrieblichen

oder geschäftlichen Verhältnisse (Busse, Betriebshof/Abstellflächen, Personal) allein nicht leistungsfähig seien und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetze, ein erfolgversprechendes Angebot abzugeben. Aus diesem Grundsatz leitet die VK die Zulässigkeit der Bietergemeinschaft ab. Die Bahnbusgesellschaft besitze weder im Gebiet der ausgeschriebenen Verkehrsleistung noch in den benachbarten Gebieten Betriebshöfe oder Abstellflächen, da diese bislang keine Busverkehrsdienstleistungen im Gebiet des AVV betreibe. Die kleineren Partner könnten dagegen nicht den geforderten Fuhrpark, dafür aber die erforderlichen Abstellflächen beibringen.

Praxishinweis:

Auch Bietergemeinschaften unter Beteiligung von großen Konzerngesellschaften sind nicht von vorneherein unzulässig. Dies mag auf den ersten Blick überraschen, da die allgemeine Marktwahrnehmung im Verkehrssektor durch den Eindruck geprägt ist, dass insbesondere Bahnbusgesellschaften bereits für sich genommen leistungsfähig sind. Hier hakt die Rechtsprechung der VK ein, indem sie eine Einzelfallprüfung der Wettbewerbssituation aller beteiligten Unternehmen verlangt. Da die Vergabestellen auch unter Geltung des neuen Vergaberechts gehalten sind, Wettbewerbsverstöße zu unterbinden, erscheint es ratsam, möglichst frühzeitig die Gründe für die Bildung einer Bietergemeinschaft abzufragen. Auf dieser Grundlage kann dann eine Einschätzung über die jeweilige Wettbewerbssituation und mögliche Wettbewerbsverstöße getroffen werden.

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

Ass. Robert Kowalczyk

Tel.: +49 211 981-4784
robert.kowalczyk@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.

© 2016 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.