

Aktuelle Informationen

**Ausgabe 6,
Oktober und November
2013**

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 9-köpfigen Beraterteams an den Niederlassungen Düsseldorf, Bielefeld, Hannover und Hamburg (siehe hierzu Seite 12). Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Praxisseminaren.

Viel Spaß beim Lesen.

Ihre

Christiane Kappe

Inhalt

Verkehr – Recht und Steuern	2
Änderung des 4. Eisenbahnpakets und finale Fassung der Leitlinien zur VO 1370/2007	2
Verordnung (EG) 1370/2007 gilt nach dem EuG nicht für Altbetrauungen - EU-Kommission hat Rechtsmittel eingelegt	2
Europäische Kommission prüft die neuen Verpflichtungsangebote der Deutschen Bahn zum Bahnstrompreissystem	4
Allgemeines Beihilferecht	5
EuGH-Urteil zu beihilfe- und vergaberechtlichen Problemen im Rahmen der Daseinsvorsorge	5
Krankenhausfinanzierung erneut auf dem Prüfstand	6
OVG Koblenz: Beihilferechtliche Bewertung der umlagefinanzierten Tierkörperbeseitigung	7
Allgemeines Vergaberecht	9
Messegesellschaft kein öffentlicher Auftraggeber	9

VK Nordbayern: Abbruch des Vergabeverfahrens auch schon bei Angeboten von 10 % über der Kostenschätzung	10
Das Team.....	12
Bestellung und Abbestellung.....	13

Verkehr – Recht und Steuern

Änderung des 4. Eisenbahnpakets und finale Fassung der Leitlinien zur VO 1370/2007

Wir möchten Sie darüber informieren, dass die Abgeordneten des Verkehrsausschusses im EU-Parlament sich mit dem Vorschlag der EU-Kommission zum 4. Eisenbahnpaket auseinander gesetzt haben. Von den Abgeordneten wurden mehr als 400 Änderungsanträge eingereicht. Die eingereichten Anträge umfassen sowohl eine weitgehende Zustimmung zum Vorschlag der EU-Kommission, beinhalten aber auch grundlegende Änderungswünsche - insoweit ergibt sich ein äußerst differenziertes Meinungsbild. Der EU-Verkehrsausschuss ist nunmehr bemüht - voraussichtlich bis zum 26. November 2013 - einen Kompromissvorschlag zum 4. Eisenbahnpaket zu erarbeiten.

Eine Veröffentlichung der umstrittenen Leitlinien zur EU-Verordnung 1370/2007 ist indessen noch für diesen Monat angekündigt worden.

RAin/ StBin Maren Weber, Tel.: +49 511 5357-5853,
 maren.weber@de.pwc.com
 RAin Jurkea Wachtendorf, Tel.: +49 40 6378-1258,
 jurkea.wachtendorf@de.pwc.com

Verordnung (EG) 1370/2007 gilt nach dem EuG nicht für Altbeträunungen - EU-Kommission hat Rechtsmittel eingelegt

Nach der Entscheidung des EuG vom 20. März 2013 (Rs. T-92/11) dürften Beträunungen die noch unter der Ägide der Altmark-Trans Rechtsprechung – also vor dem 03. Dezember 2009 – ausgesprochen wurden und noch bis maximal zum 02. Dezember 2019 fortgelten (Übergangszeitraum), im Rahmen einer beihilferechtlichen Überprüfung nicht an der VO 1370/2007 gemessen werden. Die EU-Kommission legte gegen die Entscheidung des EuG am 3. Juni 2013 Rechtsmittel (C-303/13 P) ein (veröffentlicht im EU-Amtsblatt am 31. August 2013).

Dem aktuell noch andauernden Rechtsmittelverfahren liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Kläger in dem ursprünglichen Beihilfeprüfverfahren vor EU-Kommission war ein privater Busunternehmer. Dieser betreibt einen Busverkehr parallel zur der in den öffentlichen Dienstleistungsauftrag der Dänischen Staatsbahn (DSB) einbezogenen Eisenbahnverbindung auf der Strecke Kopenhagen -

Ystad. Gegen die staatliche (Mit-) Finanzierung dieser Strecke hatte der private Busunternehmer Beschwerde bei der EU-Kommission eingelegt.

Die EU-Kommission schloss das Beihilfeprüfverfahren am 24. Februar 2010 (K (2010) 975) mit der Entscheidung ab, dass der öffentliche Dienstleistungsauftrag zwar eine Beihilfe darstelle, aber unter Auflagen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei. Die EU-Kommission stützte ihre Entscheidung dabei auf die Anforderungen der VO 1370/2007, obwohl diese bei Abschluss des o.g. öffentlichen Dienstleistungsauftrags noch gar nicht in Kraft getreten war.

Gegen diese Entscheidung der EU-Kommission hat der private Busunternehmer Klage vor dem EuG erhoben. Das EuG entschied nunmehr, dass die EU-Kommission ihre Entscheidung auf die zum Zeitpunkt des vorliegend angegriffenen Abschlusses des öffentlichen Dienstleistungsauftrags noch geltende VO 1191/69, und nicht auf die damals noch nicht in Kraft getretene VO 1370/2007 hätte stützen müssen. Dies sei nur für in Fällen anders zu bewerten, dass das jeweils neu geltende Recht eindeutig eine Rückwirkung anordne. Art. 8 Abs.3 VO 1370/2007 sei eine entsprechende Anordnung nicht zu entnehmen.

Die EU-Kommission hat ihrerseits nunmehr Rechtsmittel gegen die Entscheidung des EuG eingelegt. Die EU-Kommission führt dazu in ihrer Rechtsmittelbegründung aus, dass eine neue Bestimmung des Unionsrechts ab Inkrafttreten auf die künftigen Auswirkungen eines unter Geltung einer alten Bestimmung entstandenen Sachverhalts anzuwenden sei. Bei der Rückwirkung entscheide die Rechtsprechung des EuG zwischen abgeschlossenen Sachverhalten (auf die neue Vorschriften anzuwenden seien) und nicht abgeschlossenen, die unter der Geltung von alten Vorschriften entstanden seien, aber noch andauerten (auf die neue Vorschriften anzuwenden seien). Der EuH habe rechtsfehlerhaft festgestellt, dass die an die DSB gewährte Beihilfe einen abgeschlossenen Sachverhalt darstelle.

Praxishinweis:

Jedenfalls nach der aktuellen Entscheidung des EuG vom 20. März 2013 wäre die VO 1370/2007 auf Altbetrauungen nicht anwendbar. Verkehrsunternehmen mit einer Altbetrauung (vor dem 3. September 2009) wären beispielsweise nicht an die nach Art. 5 Abs. 2 lit e) VO 1370/2007 geforderte Selbsterbringungsquote gebunden, was insbesondere für Verkehrsmanagementgesellschaften gewisse Vorteile bieten würde. Es bleibt allerdings abzuwarten, wie im Rahmen des aktuell noch nicht abgeschlossenen Rechtsmittelverfahren über die Anwendung der VO 1370/2007 auf Altbetrauungen letztendlich entschieden wird.

RAin/ StBin Maren Weber, Tel.: +49 511 5357-5853,
maren.weber@de.pwc.com

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

Europäische Kommission prüft die neuen Verpflichtungsangebote der Deutschen Bahn zum Bahnstrompreissystem

Die DB Energie, eine Tochtergesellschaft der DB, versorgt Eisenbahnverkehrsunternehmen als einzige Anbieterin mit Bahnstrom.

Bisher zahlten die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Rahmen einer Vollversorgung sowohl den Bahnstromverbrauch als auch die Nutzung der Bahnstromnetze. Das machte es anderen Stromanbietern bis dato unmöglich, Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Bahnstrom zu beliefern.

Im Juni 2013 informierte die Kommission die DB, dass es Bedenken bezüglich dieser beherrschenden Stellung auf dem Markt für die Bahnstromversorgung gebe und möglicherweise ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV vorliege. Dabei könnte das in Rede stehende Bahnpreissystem zu einer Margenbescheidung führen. Die DB bot daraufhin an, ein neues Bahnstrompreissystem einzuführen, um eine Lieferung von Bahnstrom durch andere Anbieter zu ermöglichen.

Im Einzelnen verpflichtet sich die DB zu Folgendem:

- Die DB Energie wird ein neues Bahnstrompreissystem mit separaten Preisen für den Stromverbrauch und für den Zugang zum Bahnstromnetz einführen. Das Netzentgelt muss zunächst von der deutschen Regulierungsbehörde, der Bundesnetzagentur, genehmigt werden.
- Die DB Energie wird einen einheitlichen Strompreis, ohne Mengen- oder Laufzeitrabatte, berechnen.
- Die DB Energie wird Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nicht zum DB-Konzern gehören, rückwirkend durch eine Einmalzahlung 4 % des Betrags ihrer letzten jährlichen Bahnstromrechnung erstatten.
- Die DB wird der Kommission die erforderlichen Daten vorlegen, anhand deren diese beurteilen kann, ob die von der DB nach dem neuen Preissystem verlangten Preise zu einer Margenbescheidung führen würden.

Praxishinweis:

Ob diese Zugeständnisse seitens der DB zu der – von der Kommission erhofften – Öffnung des Bahnstrommarktes für Wettbewerb führen, bleibt abzuwarten. Die Europäische Kommission hat jedenfalls den betroffenen Marktteilnehmern die Möglichkeit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen. Über die weiteren Entwicklungen werden wir Sie auf dem Laufenden halten.

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

Allgemeines Beihilferecht

EuGH-Urteil zu beihilfe- und vergaberechtlichen Problemen im Rahmen der Daseinsvorsorge

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) bestätigt in seinem Urteil vom 8.5.2013 – C-197/11, C-203/11 die bisherige Rechtsprechung zur Einordnung von staatlichen Beihilfen, beschäftigt sich darüber hinaus aber auch mit der Klassifizierung eines öffentlichen Bauauftrags.

Dem Urteil des EuGH liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Flämische Regierung erließ ein Dekret, wonach Parzellierern und Bauherren in bestimmten Fällen soziale Auflagen wie die Errichtung von Sozialwohnungen oder die Zahlung eines Sozialbeitrages gemacht werden müssen. Im Gegenzug sollten ihnen Steueranreize (z.B.: ermäßigter Mehrwertsteuersatz beim Verkauf von Wohnungen) und Subventionsmechanismen (z.B.: Übernahmegarantie für errichtete Wohnungen) zugutekommen. Daraufhin klagten 36 Gesellschaften belgischen Rechts (Rs. C- 203/11) gegen die flämische Regierung auf Nichtigerklärung mehrerer Bestimmungen des flämischen Dekrets. Unter anderem führten sie an, dass die Steueranreize und Subventionsmechanismen rechtswidrige staatliche Beihilfen seien, die bei der Europäischen Kommission nicht angemeldet wurden und dementsprechend zurückgefordert werden müssten.

Auf die entsprechende Vorlage des belgischen Verfassungsgerichtshofs stufte der EuGH die gesamte Maßnahme als anmeldepflichtige Beihilfen ein. Problematisch war vor allem, ob die Maßnahmen dazu geeignet waren, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Denn die begünstigten Unternehmen nahmen größtenteils selbst nicht am innergemeinschaftlichen Handel teil. Hier lässt es der Gerichtshof aber genügen, dass eventuell durch die mitgliedstaatliche Begünstigung die unternehmerische Tätigkeit beibehalten oder verstärkt wird. Dies wiederum könne nämlich zur Folge haben, dass sich die Chancen für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen verringern, in den Markt dieses Mitgliedstaates einzudringen. Umgekehrt könne die Stärkung des begünstigten Unternehmens dieses erstmalig in die Lage versetzen, in den Markt eines anderen Mitgliedstaates einzudringen. Aus diesem Grund hat der EuGH letztlich die o.g. Maßnahmen als geeignet angesehen, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Zudem verwies er auf die vier bekannten Altmark-Kriterien (Betrachtung mit der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, vorherige Aufstellung transparenter und objektiver Ausgleichsparameter, keine Überkompensation, Ausgleichshöhe gemäß den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens). Dabei betonte er, dass die Steueranreize und Subventionsmechanismen grundsätzlich als Ausgleichsparameter geeignet sind, diese jedoch nicht transparent und objektiv gestaltet wurden, weil nicht erkennbar sei, auf welcher Grundlage der Ausgleich berechnet werde.

Daneben ging der EuGH auf die umstrittene Frage ein, ob ein öffentlicher Bauauftrag vorliegt, wenn die öffentliche Hand durch ein Unternehmen zunächst Sozialwohnungen bauen lässt und diese anschließend kauft. Nach der Richtlinie 2004/18 liegt ein öffentlicher Bauauftrag dann vor, wenn ein schriftlicher Ver-

trag zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem öffentlichem Auftraggeber geschlossen wurde und das Unternehmen mit der Ausführung und/oder Planung eines Bauvorhabens beauftragt wird. Der EuGH stellt einerseits fest, dass das Flämische Dekret den Bau von Sozialwohnungen zur zwingenden Auflage macht und eben kein Vertrag zwischen dem Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber geschlossen wurde. Andererseits sieht er die Möglichkeit, dass ein schriftlicher Erschließungsvertrag zur Festlegung der vom Unternehmen zu realisierenden Bauwerke abgeschlossen werden und dies das Kriterium des schriftlichen Vertrages zwischen Unternehmen und öffentlichem Auftraggeber erfüllen könnte. Eine endgültige Einordnung als öffentlicher Bauauftrag überlässt der EuGH jedoch dem vorlegenden Gericht.

Praxishinweis:

Sowohl mit Blick auf die beihilferechtlichen als auch auf die vergaberechtlichen Ausführungen bestätigt und verschärft der EuGH seine bisherige Rechtsprechung: Steuerliche Anreize sowie Subventionen sind auch im Bereich der Daseinsvorsorge nur unter engen Voraussetzungen beihilferechtskonform. Ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Vergaberechts ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber Sozialwohnungen beschafft (kauft oder vertreibt), sondern bereits dann, wenn lediglich ein Erschließungsvertrag mit dem Auftragnehmer abgeschlossen wird.

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

Krankenhausfinanzierung erneut auf dem Prüfstand

Der Bundesverband Deutscher Privatkliniken e.V. (BDPK) hat im Mai 2013 eine Klage gegen den Landkreis Calw wegen einer möglichen EU-beihilferechtswidrigen Finanzierung der Kreiskliniken Calw GmbH beim Landgericht Tübingen eingereicht.

Streitig ist die Frage, ob der Landkreis Calw die von der EU-Kommission im sogenannten Almunia-Paket für staatliche Beihilfen festgelegten rechtlichen Anforderungen beachtet hat. So habe der Landkreis Calw für 2012 Fehlbeträge ausgeglichen und laut Kreistagsbeschluss bestätigt, bis zum Jahr 2016 erwartete Defizite auszugleichen. Zudem habe der Landkreis dem Klinikum wiederholt Investitionszuschüsse, Ausfallbürgschaften und einen Defizitausgleich gewährt und nach Auffassung des BDPK damit ebenfalls gegen das EU-Wettbewerbsrecht verstoßen. Schließlich erfülle das Krankenhaus keine sog. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI). Mithin könne auch keine Rechtfertigung nach Maßgabe des Almunia-Paketes für staatliche Beihilfen zur Anwendung kommen.

Nach Auffassung des Landkreises wurde das Klinikum im Jahre 2008 mit der Sicherstellung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen und damit mit der Erbringung von DAWI im Bereich der Gesundheitsversorgung betraut. Diese Betrauung habe noch bis zum 31. Januar 2014 Bestandsschutz und entspreche den derzeitigen europäischen Wettbewerbsregeln. Ein Verstoß gegen das EU-Wettbewerbsrecht liege mithin nicht vor.

Zudem wird bereits zum jetzigen Zeitpunkt kontrovers darüber diskutiert, ob die EU-Kommission bzw. das Europäische Gericht im Falle der Vorlage durch die

nationalen Gerichte bzw. der Anrufung durch eine der Streitparteien eine Entscheidungszuständigkeit hätten.

Das aktuelle Verfahren erinnert an das Verfahren der privaten Klinikgesellschaft Asklepios Kliniken GmbH aus den vergangenen Jahren. Im Jahr 2003 hatten die Asklepios Kliniken eine Beschwerde gegen die grundsätzliche kommunale Krankenhausfinanzierung in Deutschland bei der EU-Kommission eingelegt. Diese Beschwerde wurde 2010 allerdings im Ergebnis von der EU-Kommission als unbegründet abgewiesen, da die angeführten Beihilfen auf Grundlage von Artikel 106 Abs. 2 AEUV und der Freistellungsentscheidung gewährt und damit mit dem Gemeinsamen Markt als vereinbar angesehen wurden.

Praxishinweis:

Der Ausgang des aktuellen Verfahrens könnte weitreichende Folgen insbesondere für die kommunale Krankenhauslandschaft haben. Insoweit sollten sich kommunale Krankenhäuser und ihre Gesellschafter noch einmal kritisch mit der Frage der beihilferechtskonformen Ausgestaltung der (Defizit-) Finanzierung bzw. Gewährung von wirtschaftlichen Vorteilen (z.B. durch Bürgschaften, Darlehen, Grundstücksüberlassungen) und insbesondere der rechtlichen Belastbarkeit der in der Regel bereits vor einigen Jahren erlassenen Betrauungsakte auseinandersetzen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass in Kürze die Übergangsfrist des Freistellungsbeschluss ausläuft und insoweit alle Betrauungen, die auf Basis der Freistellungsentscheidung ergangen sind, an den neuen Rechtsrahmen angepasst sein müssen.

Von RAin/StBin Maren Weber, Tel.: +49 511 5357-5853,
maren.weber@de.pwc.com

OVG Koblenz: Beihilferechtliche Bewertung der umlagefinanzierten Tierkörperbeseitigung

In unseren Newslettern von Juni und September 2012 wurde bereits über die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 25.04.2012 (Az: 2012/485/EU) zur Rückforderung von Beihilfen für Tierkörperbeseitigungsanlagen berichtet. Hintergrund der Entscheidung war die Beschwerde eines privaten Konkurrenten gegen die Umlagefinanzierung durch einen Zweckverband. Die Kommission ordnete in ihrer Negativentscheidung die Rückzahlung der als rechtswidrig angesehenen Beihilfe an.

Vor diesem Hintergrund ging ein Umlagezahler gegen die umlagefinanzierte Tierkörperbeseitigung vor, indem er am 08.03.2013 vor dem Verwaltungsgericht Trier (VG Trier) (Az: 1 L 83/13) einen Eilantrag stellte mit dem Begehren, den Antragsgegner zur Rückzahlung einer seit 1998 geleisteten Verbandsumlage zu verpflichten. Der Antragsgegner, ein Zweckverband, betreibt die Tierkörperbeseitigung und Verarbeitung von Schlachtabfällen im Bereich seiner Mitglieder als öffentliche Aufgabe. Des Weiteren hält er Beseitigungskapazitäten für den Fall von Tierseuchen vor und verarbeitet in Konkurrenz mit anderen Marktteilnehmern auch Schlachtabfälle. Das VG Trier gab dem umlagezahlenden Antragsteller Recht und verpflichtete den Antragsgegner dazu, den Rückzahlungsbetrag auf ein Sperrkonto (dies ist dem Eilcharakter des Antrags geschuldet) einzuzahlen.

Die daraufhin eingelegt sofortige Beschwerde des Antragsgegners vor dem Oberverwaltungsgericht Koblenz (OVG Koblenz) hatte keinen Erfolg. Das Gericht hat durch Beschluss vom 10.06.2013 (Az: 6 B 10351/13) die Beschwerde zurückgewiesen und den Beschluss des VG Trier bestätigt. Im Einzelnen:

Der Antragssteller kann sich nach dem OVG Koblenz auf einen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund nach § 123 Abs. 1 VwGO berufen.

Ihm steht nach Auffassung des OVG ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch aufgrund der oben genannten Negativentscheidung der Europäischen Kommission zu. Die Entscheidung verpflichtete die Bundesrepublik Deutschland dazu, Umlagezahlungen, welche dem Antragsgegner unter Verletzung der beihilferechtlichen Vorgaben seit 1998 gewährt wurden, zuzüglich Zinsen zurückzufordern.

Das OVG bestätigt, dass der Antragsteller durch die gegen die Bundesrepublik ausgesprochene Verpflichtung unmittelbar betroffen ist, da er die als Beihilfe qualifizierten öffentlichen Mittel an den Antragsgegner zahlte. Zwar werde dieser als Begünstigter durch die Negativentscheidung der Kommission nicht unmittelbar verpflichtet. Allerdings sei diese unverzüglich und effektiv umzusetzen. Eine Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung, mit der die Durchsetzung einer Negativentscheidung verfolgt wird, sei nur möglich, wenn das mitgliedstaatliche Gericht erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Handlung der Kommission habe und diese Gültigkeitsfrage dem europäischen Gerichtshof vorgelegt habe.

Nach dem OVG bestehen an der Kommissionsauffassung keine erheblichen Zweifel. Der Antragsgegner sei in einer den Wettbewerb verfälschenden Weise durch die Umlagezahlungen begünstigt worden. Die einem Unternehmen gewährten Mittel seien nur dann ohne Einfluss auf den Wettbewerb, wenn sie ausschließlich für die nicht am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmenszweige vorgesehen seien. Dies sei in Bezug auf den Antragsgegner nicht der Fall.

Die Umlagen hätten dagegen sämtlichen Unternehmenszweigen gedient, da eine Zweckbindung der Umlage nicht vorgelegen habe. Auch in Bezug auf die Seuchenvorsorge habe die Kommission die Notwendigkeit der Umlage widerlegt, so dass keine erheblichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung bestünden.

Ferner hebt das OVG hervor, dass ein Vertrauen des Antragsgegners auf die dauerhafte Aufrechterhaltung der Umlagezahlung nicht schutzwürdig sei. Insofern verweist es auf die Rechtsprechung des EuGH, nach der ein Beihilfeempfänger solange keine Gewissheit über die Rechtmäßigkeit der Beihilfe und damit kein schützenswertes Vertrauen hat, bis die Kommission eine Genehmigungsentscheidung erlassen hat und die Klagefrist nicht abgelaufen ist.

Praxishinweis:

Der Streit um die umlagefinanzierte Tierkörperbeseitigung geht in eine weitere Runde. Er verdeutlicht insbesondere das komplizierte Zusammenspiel zwischen nationalen und europäischen Gerichten bzw. Kommissionsentscheidungen. Wie die Europäische Kommission unterstreicht das OVG, dass die Umlage nur als Ausgleichszahlung für gemeinwohlorientierte Aufgaben, also letztlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfolgen darf. Eine Ableh-

nung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung, mit der die Durchsetzung einer Negativentscheidung der Kommission verfolgt wird, ist nur möglich, wenn das mitgliedstaatliche Gericht erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Handlung der Union hat und diese Gültigkeitsfrage dem europäischen Gerichtshof vorlegt.

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

Allgemeines Vergaberecht

Messegesellschaft kein öffentlicher Auftraggeber

Im vorliegenden Nachprüfungsverfahren stritten die Parteien über die Frage, ob eine Messegesellschaft (hier die Düsseldorfer Messe-GmbH), die ausschließlich von anderen öffentlichen Auftraggebern gehalten wird und dem Risiko der Insolvenz unterliegt, als öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) anzusehen ist. Die Vergabekammer (VK) Düsseldorf prüfte dabei lehrbuchmäßig insbesondere das Vorliegen des Merkmals der Nichtgewerblichkeit. Sie kam zu dem Schluss, dass es der Messegesellschaft an diesem Kriterium mangelte, da sie sehr wohl gewerblich tätig sei. Mithin könne sie nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB qualifiziert werden. Im Einzelnen:

Nach Auffassung der VK Düsseldorf ist das Kriterium der Nichtgewerblichkeit jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn der Auftraggeber in einem Umfang den Kräften des Marktes ausgesetzt ist, dass er Beschaffungen bereits aus Gründen des eigenen Fortbestehens rein nach Wirtschaftlichkeitskriterien durchführt. Maßgeblich stellt die VK – entsprechend der ständigen Spruchpraxis – dabei auf die folgenden drei Kriterien ab:

- Bestehen von Wettbewerb,
- Gewinnerzielungsabsicht,
- Risikounterworfenheit.

Zum erstgenannten Punkt führt die VK aus, dass es für die Frage nach dem Bestehen von Wettbewerb nicht genügen könne, allein darauf abzustellen, ob in räumlicher Nähe ein weiterer Messeplatz vorhanden sei bzw. ob es an anderen Messestandorten gleichartige Messen gebe. Vielmehr stelle aus unternehmerischer Sicht die Teilnahme an Messen ein Marketing-Instrument unter vielen anderen dar. Mit anderen Worten stehe eine Messe nicht nur mit anderen Messen auf regionaler oder gar internationaler Ebene im Wettbewerb, sondern darüber hinaus auch mit den unterschiedlichsten sonstigen Marketing-Instrumenten. Um dieser Konkurrenz Stand zu halten, müsse eine Messe hinreichend attraktiv sein. Damit sei – so die VK – das Merkmal des Bestehens von Wettbewerb gegeben.

Unproblematisch sei auch das zweite Kriterium, nämlich die Gewinnerzielungsabsicht, zu bejahen. Insofern genüge bereits ein Verweis auf den Gesellschaftsvertrag, in dem eine solche Absicht unterstellt werde.

Nach Auffassung der VK Düsseldorf ist das Merkmal der Risikounterworfenheit lediglich dann zu verneinen, wenn eine Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln erfolgt. Vorliegend seien aber weder rechtlich noch tatsächlich verbindliche Mechanismen ersichtlich, die das Insolvenzrisiko für die Messegesellschaft zu Lasten ihrer Gesellschafter entfallen lassen würden. In rechtlicher Hinsicht sollten laut Gesellschaftsvertrag finanzielle Mittel ausschließlich freiwillig durch die Gesellschafter erbracht werden. In tatsächlicher Hinsicht seien keine übergeordneten wirtschaftlichen Interessen am Erhalt der Messegesellschaft erkennbar, die zum Fehlen eines Insolvenzrisikos führen könnten. Aufgrund einer Gesamtschau könne von einer Bestandsgarantie keine Rede sein mit der Folge, dass auch das dritte Kriterium, die Risikounterworfenheit, bejaht werden müsste.

Praxishinweis:

Vor diesem Hintergrund hat die VK Düsseldorf das Merkmal der Nichtgewerblichkeit verneint. Dieses Ergebnis überrascht indes nur auf den ersten Blick: Zwar haben andere Vergabenachprüfungsinstanzen mit Blick auf andere Messegesellschaften das Kriterium der Nichtgewerblichkeit bejaht. Allerdings handelte es sich dort um anders gelagerte Fälle. In jenen Konstellationen bestand ein verbindlicher Insolvenzschutz seitens der öffentlichen Hand, was vorliegend gerade nicht der Fall war. Die Frage, ob die Stadt Düsseldorf aus Prestige Gründen im Ernstfall nicht doch rettend einspringen würde, thematisiert die VK nicht ausdrücklich. Zwischen den Zeilen wird aber deutlich, dass – und das kann als eine der zentralen Botschaften dieses Beschlusses gewertet werden – ein solcher faktischer Insolvenzschutz reine Spekulation ist.

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

VK Nordbayern: Abbruch des Vergabeverfahrens auch schon bei Angeboten von 10 % über der Kostenschätzung

In ihrem Beschluss vom 02.07.2013 wies die Vergabekammer Nordbayern den Nachprüfungsantrag eines Unternehmens zurück, das sich gegen den Abbruch eines Vergabeverfahrens durch die Vergabestelle gewandt hatte. Das Unternehmen hatte als einziges ein Angebot abgegeben, das von der Vergabestelle mit der Begründung ausgeschlossen wurde, dass Preisangaben fehlten und eine unzulässige Mischkalkulation schriftlich angefügt wurde. Des Weiteren sei der Angebotspreis gegenüber der auftraggeberseitigen Kostenkalkulation unangemessen hoch gewesen.

Die VK bestätigte diese Annahme. Um ein Vergabeverfahren abbrechen zu können und ein neues beginnen zu dürfen, müsse ein unabweislicher sachlicher Grund vorliegen. Ein solcher Grund könne gegeben sein, wenn ein unwirtschaftliches Ausschreibungsergebnis vorliegt. Dies sei insbesondere der Fall, wenn der günstigste Angebotspreis die ordnungsgemäße Kostenschätzung um mindestens 10% übersteigt. Vorliegend überstieg das Angebot des Antragstellers die Kos-

tenkalkulation mit 24 % mit der Folge, dass die Vergabekammer den Antrag des Unternehmens ohne weiteres zurückwies.

Praxishinweis:

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist die Abweichung von der bisherigen Entscheidungspraxis der Vergabenachprüfungsinstanzen. Bislang wurde eine unzumutbare Mehrbelastung für den Auftraggeber erst ab einer Kostenüberschreitung von mindestens 20 % angenommen. Die Entscheidung der Vergabekammer Nordbayern bedeutet also eine erhebliche Erleichterung bzw. eine Vergrößerung ihres Entscheidungsspielraums (Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen Unwirtschaftlichkeit oder nicht) auf Seiten der Auftraggeber. Aus Sicht der Auftragnehmer bringt die Entscheidung ein erhöhtes Risiko mit sich: Bereits ab einer Überschreitung der auftraggeberseitigen Kostenkalkulation von 10 % droht die Aufhebung des Vergabeverfahrens mit der Folge, dass der Aufwand, der mit der Erstellung des Angebots einhergeht, umsonst war.

Von RAin Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@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.: 49 511 5357-5853
maren.weber@de.pwc.com

RA Erik Pelizäus

Tel.: +49 211 981-2325
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

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.