

Rechtsticker Nahverkehr

+++aktuelle Urteile+++neue Vorschriften+++Vergaben+++

Strenge Anforderungen an Konzessionen

Bei der Abgrenzung zwischen Auftrag und Dienstleistungskonzession im ÖPNV kommt es nach der VK Münster nicht allein auf den Anteil der Fahrgeldeinnahmen an. Nach ihrem Beschluss vom 07.10.2010 (VK 6/10) spielen auch öffentliche Zuschüsse eine Rolle.

Der Fall betrifft die geplante Vergabe von ÖPNV-Leistungen in vier Landkreisen an eine gemeinsame GmbH. Die Kreise nahmen eine Dienstleistungskonzession an und wollten die GmbH als „internen Betreiber“ nach der VO 1370/2007 ohne Vergabeverfahren beauftragen.

Dies hat die VK Münster untersagt. Ihr zufolge handelt es sich um einen vergabepflichtigen Auftrag, weshalb nicht die VO 1370, sondern Vergaberecht anwendbar sei. Denn das wirtschaftliche Risiko werde nicht ganz oder überwiegend auf die GmbH übertragen. Zwar würden 60 % der Gesamtausgaben durch (schwankende) Fahrgeldeinnahmen gedeckt. Hierbei handele es sich jedoch lediglich um einen von mehreren Risikoaspekten. Die GmbH solle öffentliche Zuschüsse (ÖPNV-Pauschale, Schüler- und Schwerbehindertenbeförderung etc.) erhalten und so gut wie konkurrenzlos tätig sein. Hierdurch seien erhebliche Finanzierungslücken für sie weitgehend ausgeschlossen.

Auch ein vergabefreies Inhouse-Geschäft kommt nach Ansicht der VK Münster nicht in Betracht. Denn die GmbH könne die ÖPNV-Leistungen nicht selbst ausführen, sondern benötige hierfür Nachunternehmer. In einem solchen Fall komme ein Inhouse-Geschäft nicht in



Dr. Ute Jasper

Dr. Jan Seidel

HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK
Düsseldorf

Betracht. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

Bieterbeteiligung bei Unauskömlichkeit

Auftraggeber dürfen Angebote nicht wegen ungewöhnlich niedriger Preise ausschließen, ohne zuvor den Bietern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben. Eigene Ermittlungen der Auftraggeber reichen nach der Entscheidung des OLG Celle vom 30.09.2010 (13 Verg 10/10) nicht aus.

Im Fall des OLG Celle lag das Angebot des Bestbieters unter der vom Auftraggeber errechneten niedrigsten auskömmlichen Angebotssumme. Daraufhin hatte der Auftraggeber das Angebot überprüft und war von der Unauskömmlichkeit überzeugt. Ohne den Bieter zur Erläuterung seiner Kalkulation aufzufordern, schloss er das Angebot aus.

Zu Unrecht, wie das OLG Celle entschied. Ein Ausschluss ist nur möglich, wenn der Bieter die Seriosität und Auskömmlichkeit nicht stichhaltig begründen kann. Hierzu ist dem Bieter zwin-

gend Gelegenheit zu geben. Seine Beteiligung ist nur entbehrlich, wenn der angebotene Preis derart eklatant vom angemessenen Preis abweicht, dass es sofort ins Auge fällt. Dies war hier indes nicht der Fall.

Selbst wenn es sich um ein unaukömmliches Angebot handelt, ist ein Auftraggeber grundsätzlich nicht am Zuschlag gehindert. In diesem Fall muss er sich aber vergewissern, dass keine unüberwindlichen Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Bieters bestehen.

Unzulässiger Ausschluss fremder AGB

Zwar dürfen Auftraggeber grundsätzlich in ihren Ausschreibungsbedingungen das Verwenden fremder AGB ausschließen. Dies ist jedoch nach dem Beschluss des OLG Naumburg vom 24.06.2010 (1 Verg 4/10) unzulässig, wenn dadurch ein Wettbewerb unmöglich wird.

Der Fall betraf Dienstleistungen, die ausschließlich ein ehemaliges staatliches Monopolunternehmen erbringen konnte. Alle anderen Bieter mussten auf diesen Konzern zurückgreifen, der jedoch auf die Verwendung seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bestand. Der Auftraggeber hatte indes die Verwendung fremder AGB ausgeschlossen.

Das OLG Naumburg betont, dass ein Auftraggeber zwar grundsätzlich Angebote, die fremde AGB einbeziehen, ausschließen darf. Führt dies aber – wie hier – zu einer Beschränkung des Wettbewerbs, ist eine solche Bestimmung unzulässig. Denn ansonsten könnte nur noch ein einziger Bieter ein zuschlagsfähiges Angebot abgeben.