



Justitia ohne Augenbinde: Im langwierigen Vergabeverfahren der Nürnberger S-Bahnen traf das OLG München eine Entscheidung...

Nürnberger S-Bahnen

Gericht verbietet Zuschlag an National Express – vorläufig

Die Entscheidung des OLG München ist folgerichtig und rechtlich nicht überraschend. Zugleich ist der Fall S-Bahn Nürnberg ein schönes Beispiel und Lehrstück dafür, wie ein Auftraggeber ein Verfahren, ungewollt, auch selbst torpedieren kann – Ute Jasper und Laurence Westen von der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek erläutern die Gründe.

Aufgrund einer unvorsichtig formulierten Bekanntmachung sorgte die Bayerische Eisenbahngesellschaft (BEG) selbst dafür, dass die Vergabe der S-Bahn Nürnberg an National Express vorläufig scheitert. Der Auftraggeber darf die Eignungsprüfung nun nachholen. Egal, zu welchem Ergebnis er kommt, die Entscheidung wird wohl so oder so erneut angegriffen. Die geplante Betriebsaufnahme 2018 rückt damit in weite Ferne. Von der voraussichtlich erforderlichen Verlängerung des bestehenden Vertrags profitiert allein DB Regio.

I. Ausgangslage

Das OLG München hatte zu entscheiden, ob der im Verfahren zur S-Bahn Nürnberg bestplatzierte Bieter National Express finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig genug ist. Die DB Regio als zweitplatziertes Bieter hat-

te das Nachprüfungsverfahren angestrengt.

Ausgangspunkt der Nachprüfung waren insbesondere die Vorgaben des Auftraggebers in der zu Beginn des Verfahrens veröffentlichten Bekanntmachung: Für den Fall der Eignungsleihe, wonach sich ein Bewerber auf die Leistungsfähigkeit eines Dritten beruft, forderte die Bayerische Eisenbahngesellschaft von dem Eignungsleiher eine Verpflichtungserklärung, in der dieser sich verpflichtet, „für sämtliche finanziellen Verpflichtungen des Bewerbers aus dem hiesigen Auftrag einzustehen.“

National Express berief sich zum Nachweis ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit auf ein Schwesterunternehmen sowie auf ihre Konzernobergesellschaft. Während der **Teilnahmeantrag** eine unbegrenzte Verpflichtungserklärung des Schwes-

terunternehmens enthielt, war die eingereichte Verpflichtungserklärung der Konzernobergesellschaft auf insgesamt 30 Millionen Euro begrenzt. Nachdem die Vergabekammer Südbayern in erster Instanz die Vergabe an National Express untersagt hatte und die BEG verpflichtete, das Unternehmen mangels Eignung auszuschließen, kommt das OLG München zu einem anderen Ergebnis: Zwar untersagt auch das OLG München dem Auftraggeber, den Auftrag an National Express zu vergeben. Jedoch sei National Express nicht zwingend auszuschließen. Vielmehr seien dem Auftraggeber bei der Eignungsprüfung Beurteilungsfehler unterlaufen. Die Prüfung ist daher unter Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu wiederholen.

II. Entscheidung des OLG München

Nach Ansicht des OLG München ist weder der Verweis auf die Schwesterunternehmen noch der Verweis auf die Konzernobergesellschaft geeignet, um die Eignung von National Ex-

press zu bejahen. In beiden Fällen scheidet die Prüfung an der ausdrücklich geforderten Verpflichtungserklärung, für sämtliche finanziellen Verpflichtungen des Bewerbers aus dem Auftrag einzustehen.

Der Verweis auf die Konzernobergesellschaft scheidet bereits aus formellen Gründen: Die betragsmäßig begrenzte Verpflichtungserklärung der Konzernobergesellschaft genügt schlicht nicht den inhaltlichen Anforderungen aus der Bekanntmachung. Auf die ansonsten – auch nach Ansicht des OLG München – tatsächlich vorhandene finanzielle Leistungsfähigkeit der Konzernobergesellschaft komme es daher von vornherein nicht an.

Die Eignungsleihe bei der Schwestergesellschaft scheidet hingegen in materieller Hinsicht. Denn die Schwestergesellschaft selbst sei ihrerseits nicht leistungsfähig genug. Dies begründet das Gericht wie folgt: Die materielle Eignungsprüfung ist eine Prognoseentscheidung. Der Auftraggeber hat zu ermitteln, ob erwartet werden kann, dass der Bieter seine finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber und Dritten erfüllen kann. Hierbei steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar ist: Die Nachprüfungsinstanzen prüfen nur, ob

■ die Vergabestelle von einem vollständig ermittelten und zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist,



... gegen National Express. Nachbessern muss auch die Bayerische Eisenbahngesellschaft. Die für 2018 geplante Inbetriebnahme könnte damit in weite Ferne rücken.

- sie ihre Entscheidung nicht nach sachfremden Erwägungen getroffen hat,
- sie bei der Entscheidung einen sowohl im Rahmen des Gesetzes wie auch im Rahmen der Beurteilungsermächtigung erhaltenen Beurteilungsmaßstab zutreffend angewandt hat und
- sie das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat (OLG München, Beschluss vom 17.9.2015, Az. Verg 3/15, Seite 32).

Diesen Vorgaben ist die Bayerische Eisenbahngesellschaft nach Ansicht des OLG München nicht nachge-

kommen. Die vorgenommene Eignungsprüfung der Schwestergesellschaft war beurteilungsfehlerhaft. Denn die Bayerische Eisenbahngesellschaft widerspricht sich darin selbst. Auf der einen Seite bejaht sie die Eignung des Schwesterunternehmens. Auf der anderen Seite bezweifelt sie in einem Vergabevermerk die finanzielle Leistungsfähigkeit der Schwestergesellschaft aufgrund ihrer niedrigen Umsatzzahlen und geringen Gewinne. Aus diesem Grund sei eine Eignungsleihe bei den konzernverbundenen Unternehmen nicht möglich.

ANZEIGE

e. g. o. o.

e.g.o.o.

Ihr zuverlässiger Logistik-Partner

- Beförderung außergewöhnlicher Sendungen (Lademaßüberschreitung)
- Nationale und internationale Schienengüterverkehre
- Schüttgut- und Gefahrguttransporte
- Einzelwagen- und Wagengruppen
- Kombiniertes Ladungsverkehr

e.g.o.o.
Eisenbahngesellschaft Ostfriesland-Oldenburg mbH
Borsigstraße 15 • 26607 Aurich
+49 (0) 4941-6973-155 • egoo.info@enercon.de
www.e-g-o-o.de





Tobias Richter
Geschäftsführer
NX Deutschland

Entgegen der Vergabekammer Südbayern stellt das OLG München jedoch klar, dass die Eignungsprüfung von National Express damit noch nicht abgeschlossen sein darf. Das Unternehmen könne seine Eignung noch in eigener Person nachweisen: „Der Bieter steht stets als Haftungs-subjekt zur Verfügung“. Die VK Südbayern hatte dies noch abgelehnt und die Eignungsprüfung an dieser Stelle beendet.

Bei der Eignungsprüfung des Bewerbers habe der Auftraggeber jedoch den Umstand, dass National Express den Zuschlag in einem unter Federführung des Verkehrsverbunds Rhein-Ruhr AöR ausgeschriebenen Verkehrsvertrages auf den Linien RE 7 und RB 48 in Nordrhein-Westfalen erhalten hat, nicht ausreichend gewürdigt. Das Unternehmen führte im Teilnahmeantrag an, der Vertrag mit einer Laufzeit von 15 Jahren und 5,1 Millionen Zugkilometern pro Jahr generiere rund 1,6 Milliarden Euro Umsatz über die Vertragslaufzeit.

Die Bayerische Eisenbahngesellschaft hätte sich detaillierter mit diesem Vertrag auseinandersetzen und insbesondere prüfen müssen, ob die von National Express vorgelegten prognostizierten Umsatzzahlen und Erlöse zutreffen und ausreichen, um auch eine Leistungsfähigkeit für die S-Bahn Nürnberg zu bejahen.

Dies muss die Bayerische Eisenbahngesellschaft nun nachholen. Hierbei hat die BEG nachvollziehbar darzustellen, wieso der mit dem VRR ge-

schlossene Vertrag ausreicht, um die Leistungsfähigkeit einer GmbH zu begründen, die weder Bilanzen noch vorläufige Ergebnismittelungen vorlegen konnte und deren Stammkapital nur 250.000 Euro beträgt.

III. Würdigung

Die Entscheidung des OLG München ist angesichts der veröffentlichten Bekanntmachung folgerichtig und rechtlich nicht überraschend. Der Fall S-Bahn Nürnberg ist jedoch ein schönes Beispiel dafür, wie ein Auftraggeber ein Verfahren – ungewollt – auch selbst torpedieren kann.

Die BEG hat durch unvorsichtige Formulierung der Bekanntmachung die Eignungsanforderungen unnötig erhöht. Die Forderung nach einer betragsmäßig unbegrenzten Verpflichtungserklärung des Eignungsleihers ist für deutsche Tochterunternehmen ausländischer Konzerne nicht nur tatsächlich sehr schwierig, sondern darüber hinaus auch unnötig. Eine unbegrenzte Verpflichtung des Eignungsleihers ist für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung des Leihers in aller Regel nicht erforderlich. Vielmehr muss sich der Auftraggeber im Vorfeld die Frage stellen, welche finanziellen Risiken tatsächlich abzudecken sind. Im Schienenpersonen-nahverkehr ist hierbei insbesondere der Zeitraum zu betrachten, in dem kein Verkehrsentsgelt fließt – übli-

„Wir sind zuversichtlich“

„Wir freuen uns über die heutige Entscheidung des Oberlandesgerichts München. Das von National Express abgegebene Angebot wurde durch das Gericht nicht für ungültig erklärt. Das Ausschreibungsverfahren muss somit nicht neu aufgerollt werden. Wir sind zuversichtlich, dass der Aufgabenträger den Vergabeprozess nun nach den Vorgaben des Gerichts abschließen kann, und freuen uns darauf, den Fahrgästen der Nürnberger S-Bahn in Zukunft ein hochwertiges und verlässliches Nahverkehrsangebot machen zu können.“

NX-Chef Tobias Richter zum Urteil am 17. September 2015.

cherweise zwischen Zuschlag und Inbetriebnahme. Grob Risiken, wie Insolvenz vor Inbetriebnahme oder verspätete Zulassung der Fahrzeuge, sind – gerade auch zum Schutz des Auftraggebers – nicht über Verpflichtungserklärungen im Teilnahmeantrag, sondern über Bankbürgschaften im Verkehrsvertrag abzusichern. Dies mag zwar den Angebotspreis erhöhen, sorgt im Ergebnis aber für mehr Wettbewerb und damit auch für bessere Angebote.



Dr. Laurence Westen

Seit 2013 Rechtsanwalt im Dezernat „Öffentlicher Sektor und Vergabe“ bei der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, spezialisiert auf SPNV-Ausschreibungen.



Dr. Ute Jasper

Seit 1994 Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Leiterin des Dezernats und der standortübergreifenden Practice Group „Öffentlicher Sektor und Vergabe“.