

VERGABERECHT

– SCHWERPUNKT –
KONZESSIONSVERGABEN

Newsletter

Editorial

Sehr geehrte Auftraggeber,
sehr geehrte Bieter,
liebe Leserinnen, liebe Leser,

am 18. April, also in gut zwei Monaten, tritt die Vergaberechtsreform in Kraft. Neben einer umfassenden Neuordnung und inhaltlichen Modifizierung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich wird mit dem neuen vierten Teil des GWB und der Konzessionsvergabeverordnung erstmals auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen verbindlichen Regeln unterworfen – und bei Verstößen der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ermöglicht.

Auch vor dem Hintergrund, dass Konzessionen in der Vergabepraxis immer häufiger als Alternative zu einer klassischen Auftragsvergabe in Betracht kommen, haben sich die Kolleginnen und Kollegen unserer Praxisgruppe in den Beiträgen dieses Schwerpunkt-Newsletters dem Thema „Konzessionsvergabe“ aus unterschiedlichen Blickwinkeln genähert.

Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre. Für Fragen, Anregungen oder Vertiefungen stehen Ihnen die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte an unseren Standorten jederzeit gerne zur Verfügung.

Hinweisen möchten wir Sie noch auf unsere Veranstaltung „Vergaberecht im Umbruch“, die wir am 25. Februar 2016 an unserem Berliner Standort durchführen. Weitere Informationen entnehmen Sie der [Einladung](#) sowie unserer Webseite (www.beitenburkhardt.com) unter der Rubrik „Veranstaltungen“.

Mit freundlichen Grüßen

Berthold F. Mitrenga

Rechtsanwalt,
Leiter der Praxisgruppe Öffentliches Recht/Vergaberecht

Inhaltsverzeichnis

AKTUELL

Vergaberechtsreform geht auf die Zielgerade Seite 1

SCHWERPUNKT KONZESSIONSVERGABEN

Das neue Konzessionsvergaberecht –
Vom Regen in die Traufe? Seite 2

Die Vergabe von Dienstleistungskonzession
im Bereich des ÖPNV Seite 5

Konzessionsvergaben im Bereich Energie Seite 7

AUS DER RECHTSPRECHUNG

Medienversorgung in Liegenschaften:
Auftrag oder Konzession? (VK Brandenburg,
Beschluss vom 22. Juli 2015 – VK 12/15) Seite 8

Bereithaltung von Taxistandplätzen:
Dienstleistungskonzession (VK Südbayern,
Beschluss vom 24. September 2015 –
Z3-3-3194-1-42-07/15) Seite 9

Verträge über spezialisierte ambulante
Palliativversorgung (SAPV):
keine Dienstleistungskonzession (VK Bund,
Beschluss vom 23. November 2015 – VK 2-103/15) Seite 9

AKTUELL

Vergaberechtsreform geht auf die Zielgerade

Noch sind es gut zwei Monate, bis die Umsetzungsfrist für die EU-Vergaberichtlinien 2014/23, 2014/24 und 2014/25 abläuft und die Mitgliedsstaaten die umfassendste Reform des Oberschwellenvergaberechts seit 2004 in nationales Recht transformiert haben müssen.

Für Deutschland ist dies angesichts der zahlreichen legislativen Schritte, die hierfür noch erforderlich sind, ein ambitionierter



VERGABERECHT

– SCHWERPUNKT –
KONZESSIONSVERGABEN

Zeitraumen. Dass er gleichwohl nicht unrealistisch ist, zeigen die Entwicklungen der letzten Wochen:

- Bereits am 18. Dezember 2015 hat der Bundesrat den Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes beschlossen, der tags zuvor in dritter Lesung vom Bundestag beschlossen worden war. Damit sind die Änderungen im vierten Teil des GWB finalisiert und können nach Rechtsförmlichkeitsprüfung, Unterzeichnung und Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 18. April 2016 in Kraft treten.
- Am 19. Januar 2016 ist die VOB/A 2016 im Bundesanzeiger veröffentlicht worden. Sie regelt in Abschnitt 1 weiterhin die Vergabe von Bauaufträgen im Bereich unterhalb der Schwellenwerte. In Abschnitt 2, der zukünftig mit VOB/A-EU abgekürzt wird, finden sich die Vorschriften über die Vergabe von EU-weiten Bauaufträgen; hier sind die Vorgaben der EU-Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Für Bauaufträge im Bereich Verteidigung und Sicherheit bleibt es bei Abschnitt 3 (VOB/A-VS), der an die VSVgV anknüpft. Die VOB/A 2016 wird wegen des sachlichen Zusammenhangs zu den übrigen Vergaberechtsvorschriften ebenfalls erst am 18. April 2016 in Kraft treten.
- Schließlich hat das Bundeskabinett am 20. Januar 2016 die bisher als „Mantelverordnung“ titulierte Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (VergRModVO) beschlossen und als Bundestags-Drucksache 18/7318 auf den Weg gebracht. Mit stattlichen 319 Seiten umfasst sie die Vorschriften der neuen Vergabeverordnung, der modifizierten Sektorenverordnung, der neuen Konzessionsvergabeverordnung sowie der ebenfalls neuen Vergabestatistikverordnung.

Somit werden sich die parlamentarischen Diskussionen der kommenden Wochen „nur noch“ um die VergRModVO drehen. An ihr wird sich neben dem Bundesrat auch der Bundestag beteiligen. Das ist ungewöhnlich, denn Verordnungen der Bundesregierung bedürfen in der Regel allenfalls der Zustimmung durch den Bundesrat. In diesem Fall hat sich der Bundestag allerdings über eine Ergänzung des § 113 GWB-E ein Mitspracherecht hinsichtlich der inhaltlich überaus gehaltvollen Mantelverordnung eingeräumt. Danach hat die Bundesregierung sämtliche Rechtsverordnungen zum Vergaberecht zunächst dem Bundestag zuzuleiten, der sie per Beschluss ändern oder ablehnen kann. Hierfür werden ihm allerdings nur drei Sitzungswochen eingeräumt; hat er sich bis dahin nicht geäußert, werden die Verordnungen dem Bundesrat zugeleitet. Anderenfalls geht die Stellungnahme des Bundestages zunächst wieder an die Bundesregierung.

Aufgrund dieser „parlamentarischen Zusatzschleife“ und der unregelmäßigen Sitzungswochen des Bundestages bleibt abzuwarten, ob alle Beteiligten ihr Placet rechtzeitig erteilen – und damit VgV, SektVO, KonzVgV und VergStatVO rechtzeitig in Kraft treten können.

Die VOB/A 2016 sowie die VergRModVO können Sie auf Wunsch von uns erhalten.



Stephan Rechten,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Berlin

SCHWERPUNKT KONZESSIONSVERGABEN

Das neue Konzessionsvergaberecht – Vom Regen in die Traufe?

Lange Zeit herrschten rechtliche Unsicherheiten über Einzelheiten der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Zur Erinnerung: Es geht hierbei nicht um die Vergabe von klassischen entgeltlichen Verträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen. Gegenstand ist vielmehr die Erbringung von Dienstleistungen für einen Konzessionsgeber, bei der die Gegenleistung für den Konzessionsnehmer keine Vergütung ist, sondern grundsätzlich in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung gegenüber Dritten liegt – und er somit das wirtschaftliche Risiko trägt. Beispiele sind der Betrieb von Parkplätzen oder städtischen Sanitäreinrichtungen oder die gastronomische Bewirtschaftung von Schulen und Kindertagesstätten.

Jetzt soll alles anders werden. Mit dem neuen Konzessionsvergaberecht, das im erweiterten 4. Teil des GWB (GWB-E) sowie in einer eigenen Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) erstmals kodifiziert wird, sind hohe Erwartungen verbunden, bspw. an die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in Bezug auf das zu wählende Vergabeverfahren, die zu stellenden Eignungsanforderungen, die Zuschlagskriterien sowie sonstige Verfahrensanforderungen.

Die für die Praxis absehbaren bedeutsamsten Neuerungen für Konzessionsvergaben ab dem 18. April 2016 werden nachstehend dargestellt und bewertet.

In welchen Fällen soll das neue Konzessionsvergaberecht gelten?

Erfreulich ist zunächst, dass der sachliche Anwendungsbereich des Konzessionsvergaberechts in § 105 Abs. 1 GWB-E mit einer Definition sowohl der Baukonzession als auch der Dienstleistungskonzession klar abgesteckt wird. Die in der Vergangenheit immer



wieder schwierige Abgrenzung zu einem klassischen öffentlichen Auftrag soll mit einer Regelung erleichtert werden, deren Maßstab das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistung ist. Während die Bezugnahme auf das wirtschaftliche Risiko des Nachfrage- oder auch Angebotsrisikos bereits bekannt ist, wird sich die Praktikabilität der weiteren Abgrenzungsmerkmale erst zeigen müssen. Dies gilt daneben auch für die Abgrenzungsregelungen für gemischte Leistungen, also solchen, die Elemente eines öffentlichen Auftrags und zugleich einer Konzession beinhalten. Bei trennbaren Leistungen kommt es auf das Erreichen des Schwellenwerts für diejenigen Leistungen an, die einen öffentlichen Auftrag darstellen. Bei untrennbaren Leistungen kommt es auf den geschätzten Wert des Hauptgegenstands an.

Das neue Konzessionsvergaberecht findet aber nur dann Anwendung, wenn der geschätzte Auftragswert den EU-Schwellenwert von EUR 5.225.000 erreicht oder übersteigt. Erstaunlich ist insoweit, dass dieser bereits aus dem Bereich der Bauvergaben bekannte hohe Schwellenwert sowohl für Bau- als auch für Dienstleistungskonzessionen gelten wird. Diese Vereinheitlichung im Vergleich zur Differenzierung der Schwellenwerte im klassischen Vergaberecht ist kritisch zu hinterfragen. In Bezug auf die Berechnung des geschätzten Vertragswertes wurden die bisher bekannten Grundsätze im Wesentlichen übertragen. Auszugehen ist von dem voraussichtlichen Gesamtnettoumsatz, den der Konzessionsnehmer während der gesamten Vertragslaufzeit mit der Leistung (vorrangig von Dritten) erzielen wird. Optionen und Vertragsverlängerungen sind einzubeziehen. Bei einer losweisen Vergabe ist der gesamte geschätzte Gesamtwert aller Lose maßgeblich, bei dessen Erreichen bzw. Überschreiten die KonzVgV auf alle Lose anzuwenden ist, auch wenn einzelne Lose den Schwellenwert für sich betrachtet nicht überschreiten.

Für Konzessionen, deren Wert den hohen Schwellenwert nicht erreichen, dürfte es wegen fehlender Regelungen für Konzessionsvergaben im Unterschwellenbereich zumindest bei Annahme einer „Binnenmarktrelevanz“ bei den Vorgaben des EuGH bleiben, die Grundregeln des EU-Primärrechts (Verbot der Diskriminierung, Transparenz, Wettbewerbsöffnung und gerichtliche Nachprüfungsmöglichkeit) und die hierdurch im Einzelfall anzuwendenden nationalen Regelungen zu beachten. Inwieweit dann doch wieder das neue Konzessionsvergaberecht zumindest als Auslegungshilfe heranzuziehen ist, dürfte noch für Diskussionsbedarf sorgen. Für die Vergabe von Baukonzessionen im Bereich unterhalb des Schwellenwerts bleibt es auch in der VOB/A 2016 bei § 23 VOB/A, wonach die Regelungen des ersten Abschnitts der VOB/A sinngemäß anzuwenden sind.

Zu beachten ist auch, dass bei EU-weiten Konzessionsvergaben zahlreiche Ausnahmen gelten, die vor allem in den §§ 107, 116, 149, 150 GWB-E aufgeführt sind. Beispielfhaft zu nennen ist die

Ausnahme von Konzessionen im Bereich der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung (§ 149 Nr. 9 GWB-E), von Konzessionen zur Bereitstellung und den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze (§ 149 Nr. 8 GWB-E) sowie der Bereich der Verteidigung und Sicherheit (§ 150 GWB-E). Gleiches gilt für Inhouse-Konzessionen und für solche, die die Beförderung von Personen im Sinne von § 1 des Personenbeförderungsgesetzes betreffen (vgl. hierzu den folgenden Beitrag in diesem Newsletter). Ebenfalls ausgenommen werden kann daneben vor allem die Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber an verbundene oder Gemeinschaftsunternehmen.

Insoweit wird sich bereits hier die mit dem neuen Konzessionsvergaberecht bezweckte Gewährleistung von Rechtssicherheit nur teilweise realisieren. Der hohe Schwellenwert sowie die zahlreichen Ausnahmen dürften sogar dazu führen, dass das Konzessionsvergaberecht eher Unsicherheiten für den Rechtsanwender schafft und insgesamt eine deutlich geringere Anwendungsbreite erfahren wird.

Was sind die Eckpunkte des Konzessionsvergabeverfahrens?

Mit dem neuen Rechtsrahmen wird eine Reihe von grundsätzlich begrüßenswerten Verfahrensgrundsätzen etabliert. Diese entspringen den bisher schon bekannten vergaberechtlichen Grundprinzipien, räumen dem Konzessionsgeber aber einen weiten Ausgestaltungsspielraum ein. Hervorzuheben sind:

- der Grundsatz der freien Verfahrensgestaltung (§ 151 Satz 3 GWB-E; § 12 Abs. 1 KonzVgV);
- die Möglichkeit zur ein- oder mehrstufigen Verfahrensausgestaltung (§ 12 Abs. 2 Satz 1 KonzVgV);
- die uneingeschränkte Zulässigkeit von Verhandlungen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 KonzVgV);
- die Ausrichtung des Verfahrens an den Grundätzen der Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit (Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie 2014/23/EU);
- den Schutz vertraulicher Informationen der Bieter (§ 4 KonzVgV) sowie
- die Vermeidung von Interessenkonflikten (§ 5 KonzVgV).

Im Einzelnen sehen die Regelungen der KonzVgV zahlreiche Vorgaben vor, die größtenteils bereits aus dem Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe bekannt sind. Der Konzessionsgeber hat künftig vor allem Vorgaben an die Publizität, der Gestaltung der Konzessionsunterlagen, der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens sowie an die Festlegung der Kriterien zur Eignung sowie zur Auswahl des Konzessionsnehmers zu beachten.

VERGABERECHT

– SCHWERPUNKT –
KONZESSIONSVERGABEN

Publizität

Die Vergabeabsicht muss grundsätzlich mittels **Konzessionsbekanntmachung** im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden. Hiervon darf nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn die Bau- oder Dienstleistung nur von bestimmten Unternehmen erbracht werden kann (z.B. wegen einer einzigartigen künstlerischen Leistung). Nach erfolgreichem Abschluss der Vergabe ist eine ex-post Bekanntmachung zu veröffentlichen. Neu ist die Verpflichtung zur Bekanntmachung von Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit, soweit zusätzliche Leistungen oder Änderungen aufgrund von unvorhersehbaren Umständen erforderlich geworden sind.

Konzessionsunterlagen

Der Konzessionsgeber muss ferner Konzessionsunterlagen erstellen. Diese beinhalten eine eindeutige und erschöpfende **Leistungsbeschreibung**, wobei dort die bekannten Grundsätze der Eindeutigkeit und Vollständigkeit sowie der Produktneutralität gelten. Ein besonderes Augenmerk sollte auf den **Vertragsunterlagen** gelegt werden. Zu beachten ist insoweit vor allem die Begrenzung der regelmäßigen Laufzeit auf fünf Jahre, die nur ausnahmsweise diesen Zeitraum bis zum Erreichen der Amortisation der Investitionsaufwendungen inklusive einer Kapitalrendite übersteigen darf. Daneben unterliegen **Änderungen an Konzessionsverträgen** vergaberechtlichen Einschränkungen, die an die „*Wesentlichkeit*“ der Vertragsänderung anknüpfen und nunmehr ausdrücklich in § 132 GWB-E geregelt werden.

Insoweit ist auf die in § 132 Abs. 2 GWB-E enthaltenen verschiedenen Tatbestände hinzuweisen, die Konzessionsgeber zur Vermeidung eines neuen Vergabeverfahrens heranziehen können. So sind Vertragsänderungen – ohne Notwendigkeit eines neuen Vergabeverfahrens – etwa dann zulässig, wenn bereits in den ursprünglichen Vertragsunterlagen eindeutige Überprüfungs-klauseln enthalten sind, die die Voraussetzungen für eine Änderung festlegen. Auch unvorhersehbare Ereignisse können eine zulässige Änderung erfordern. § 132 Abs. 3 GWB-E stellt zudem klar, dass geringfügige Änderungen des Vertragswerts bis zu einer bestimmten Höhe grundsätzlich zulässig sind. Der Wert der Änderung darf jedoch nicht den entsprechenden Schwellenwert überschreiten oder bei Dienstleistungskonzessionen nicht mehr als 10 Prozent und bei Baukonzessionen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Vertragswertes betragen.

Auch die Vorgaben zur **Kündigung** aus § 133 GWB-E sowie die Vorschriften zur Einhaltung der geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Standards bei der Vertragsdurchführung (§§ 152 Abs. 4, 128 GWB-E) sollten zur Erhöhung der Rechtssicherheit Eingang in die Vertragsunterlagen finden. In verfahrensorganisatorischer Hinsicht ist zu beachten, dass die Nutzung der

elektronischen Vergabe auch hier Einzug hält und die Pflicht zur elektronischen Bereitstellung der Vergabeunterlagen erfordert.

Wahl der Vergabeverfahrensart

Im Hinblick auf die Anforderungen für die zu wählende **Vergabeverfahrensart** erhalten Konzessionsgeber größtmögliche Freiheit. Eine Bezugnahme auf die bekannten Vergabearten (vgl. § 119 GWB-E) wäre für die Handhabung zwar hilfreich gewesen; es ist aber davon auszugehen, dass im Regelfall eine Ausgestaltung in Anlehnung an das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb stattfinden wird. Vorstellbar sind auch Mischformen, die im klassischen Vergaberecht nicht möglich sind (z. B. die Kombination eines wettbewerblichen Dialogs mit anschließenden Verhandlungen).

Eignung und Auswahlverfahren

Die Festlegungen zur **Eignung** erfolgen in Anlehnung an die Vorschriften bei öffentlichen Aufträgen. Der Konzessionsgeber hat Eignungskriterien festzulegen und muss sich das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen belegen lassen. Eine umfangreiche Aussage dazu, welche Eignungskriterien von den interessierten Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden kann, enthalten weder GWB-E noch KonzVgV. Nur die berufliche Qualifikation der Projektverantwortlichen wird erwähnt. Welche auftragsbezogenen Erklärungen der Konzessionsgeber zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen sowie technischen und fachlichen Leistungsfähigkeit daher im Einzelfall fordern kann, bleibt daher stets einer Einzelfallbeurteilung vorbehalten.

Zuschlagskriterien sowie Angebotsprüfung und -wertung

In Bezug auf die Festlegung der **Zuschlagskriterien** kommt den Konzessionsgebern ein weiter Ermessensspielraum zu, wobei aber stets die allgemeinen Grundsätze einzuhalten sind; insbesondere das Gebot der Gleichbehandlung. Die Zuschlagskriterien müssen die Ermittlung eines wirtschaftlichen Gesamtvorteils ermöglichen, bestimmt genug und auftragsbezogen sein. Sie können auch qualitative, soziale und umweltbezogene Belange umfassen. Was allerdings alles als ein wirtschaftlicher Vorteil verstanden werden kann, muss die Rechtsanwendung dieses neuen unbestimmten Rechtsbegriffs erst noch zeigen. Ausdrücklich klargestellt wird, dass die Nennung der Zuschlagskriterien mit einer Beschreibung einhergehen muss, die eine wirksame Überprüfung der Erfüllung durch die Bieter erlaubt. Allein die bisher oftmals in Beschaffungsmaßnahmen anzutreffende Nennung von Stichworten wie „*technischer Wert*“, „*Ästhetik*“ oder „*Zweckmäßigkeit*“ genügt daher nicht.

Bedeutsam erscheint noch der Hinweis, dass in § 29 Abs. 1 KonzVgV bisher nur vorgesehen wird, dass die Zuschlagskriterien



in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung in der Konzessionsbekanntmachung aufzunehmen sind. Ob hieraus ernsthaft geschlossen werden kann, dass auf die Nennung der Gewichtung verzichtet werden kann, bleibt abzuwarten.

Weitere Verpflichtungen

Einzug in das Recht der Konzessionsvergabe hält nun auch die im Oberschwellenbereich allgemein geltende **Informations- und Wartepflicht** vor der Zuschlagerteilung. Sie wird für Konzessionen noch um eine Unterrichtungspflicht aus § 28 KonzVgV ergänzt, wonach alle Bewerber oder Bieter über die Gründe für die Ablehnung der Teilnahmeanträge oder Angebote sowie der Gründe für die Aufhebung oder der Neueinleitung des Verfahrens zu unterrichten sind. Daneben steigen die **Dokumentationsanforderungen** und die damit einhergehenden Gefahren bei einer unzureichenden schriftlichen Erfassung vor allem von Beurteilungs- und Ermessensentscheidungen, denn das Vergabeverfahren ist von Beginn an in Textform zu dokumentieren.

Insbesondere aus Gründen des Umweltschutzes sollen zukünftig möglichst alle Kommunikationsvorgänge in Vergabeverfahren auf **elektronischem Wege** erfolgen. Da eine solche elektronische Infrastruktur aber zumeist noch nicht besteht, wird den Konzessionsgebern eine Übergangsfrist bis zum 18. Oktober 2018 zugestanden, in der die Übermittlung von Dokumenten und die Kommunikation noch per Post oder Fax stattfinden darf. Dies gilt aber nicht für die Übermittlung der Bekanntmachung und – wie bereits erwähnt – die Bereitstellung der Vergabeunterlagen; diese Pflicht trifft die Konzessionsgeber bereits ab 18. April 2016.

Welche Neuerungen sind beim Rechtsschutz zu erwarten?

Ein echter Quantensprung geht mit der Einbindung des Konzessionsvergaberechts in das System des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes einher. Dies hat zur Folge, dass Konzessionsvergaben künftig öfter im Fokus der vergaberechtlichen Rechtsprechungsentwicklung stehen werden. Mit den Vergabekammern und Vergabesenaten entscheiden dann Instanzen, die sachnah am Vergaberecht sind.

Fazit und Ausblick

Das neue Konzessionsvergaberecht schafft ein im Vergleich zum Vergaberecht für öffentliche Aufträge abgespecktes Vergaberechtsregime. Bereits die Frage, ob es überhaupt anzuwenden ist und was gilt, falls dies nicht der Fall ist, wird den Rechtsanwender vor Herausforderungen stellen. Ob die nur allgemein gehaltenen und zum Teil sehr schwachen Verfahrensbedingungen den mit ihnen in Erwartung gestellten vergabepraktischen Mehrwert herbeiführen können, bleibt abzuwarten. Für Konzessionsgeber bedeuten die neue „*Verrechtlichung*“ und die Erstreckung der vergaberechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten auf Konzessions-

vergaben, ein höheres Maß an rechtlich beanstandungsfreien Vergaben sicherstellen zu müssen. Es steht daher bereits jetzt fest: Die Vorbereitung und Durchführung von Konzessionsvergaben wird ab April 2016 anspruchsvoller.



David Portner,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Berlin

Die Vergabe von Dienstleistungskonzession im Bereich des ÖPNV

Im Bereich der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Öffentlichen Personennahverkehr („ÖPNV“) besteht durch die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 („VO 1370/2007“) ein Sondervergaberecht, welches in den Mitgliedstaaten der EU unmittelbar anwendbar ist. Dieses Sondervergaberecht geht, wie § 149 Nr. 12 GWB-E klarstellt, auch dem neuen Rechtsrahmen für die Vergabe von Konzessionen (§§ 148 GWB-E ff. und KonzVgV) vor.

Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV

Dienstleistungskonzessionen sind dadurch gekennzeichnet, dass das Betriebsrisiko nicht vom Auftraggeber, sondern vom Auftragnehmer getragen wird (vgl. § 105 Abs. 2 GWB-E). Vertraglich wird dies im Verkehrsbereich durch die Unterscheidung zwischen Brutto- und Nettoverträgen (bzw. Mischformen) umgesetzt. Ein **Bruttovertrag** liegt vor, wenn dem Auftragnehmer ein fester Ausgleichsbetrag gewährt wird, während der Auftraggeber die Fahrgeldeinnahmen, gesetzlichen Ausgleichsleistungen und sonstigen Einnahmen behält. Bruttoverträge sind nicht als Dienstleistungskonzessionen, sondern als öffentliche Dienstleistungsaufträge einzuordnen. Bei **Nettovertragskonstellation** kommt es hingegen darauf an, ob der Auftragnehmer das „überwiegende“ Betriebsrisiko übernimmt. Nach der Rechtsprechung kann der Auftrag auch dann als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren sein, wenn dem Auftragnehmer zwar ein Zuschuss zu den Fahrgeldeinnahmen und sonstigen Einnahmen gewährt wird, dieser aber nicht mehr als 50 Prozent der (erwarteten) Gesamteinnahmen ausmacht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.3.2011 – VII-Verg 48/10).

Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre

Der eingangs erwähnte Vorrang der VO 1370/2007 wird durch eine Besonderheit des deutschen Personenbeförderungsgesetzes („PBefG“) wieder eingeschränkt. Gemäß § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG ist die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags

VERGABERECHT

– SCHWERPUNKT –
KONZESSIONSVERGABEN

i.S.v. Art. 2 lit. i) VO 1370/2007 erst dann zulässig, wenn die Verkehrsleistungen im ÖPNV nach § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG nicht eigenwirtschaftlich, d.h. nicht ohne Ausgleichsleistungen der Aufgabenträger, erbracht werden können. Verkehrsunternehmen, die auf ertragreichen Linien eine eigenwirtschaftliche Bedienung anstreben, können somit durch einen eigenwirtschaftlichen Konkurrenzantrag ein bereits vorab bekannt gemachtes Vergabeverfahren stoppen. Der eigenwirtschaftliche Konkurrenzantrag darf aber von dem vorgesehenen Verkehrsangebot nicht wesentlich abweichen (§ 13 Abs. 2a PBefG).

Vergabetatbestände, Art. 5 Abs. 2 – 5 VO 1370/2007

Die VO 1370/2007 sieht als mögliche Verfahren im ÖPNV-Bereich das „wettbewerbliche Vergabeverfahren“ und die „Direktvergabe“ vor. Das wettbewerbliche Vergabeverfahren gemäß Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 hat gegenüber der Direktvergabe grundsätzlich Vorrang und erfordert die (potenzielle) Beteiligung mehrerer Bieter. Eine Direktvergabe an einen vorher ausgewählten Betreiber ist nur in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen (Art. 5 Abs. 2 und Abs. 4 – 6 VO 1370/2007) zulässig.

Wettbewerbliches Vergabeverfahren

Die VO 1370/2007 sowie § 8b PBefG enthalten keine Detailregelungen über den Verfahrensablauf und die Vergabekriterien, sondern beschränken sich im Wesentlichen auf die Vorgabe wettbewerblicher Mindeststandards. Die Verfahrensgestaltung unterliegt einem weiten Gestaltungsermessen des Aufgabenträgers, das nur durch die allgemeinen Grundsätze der Offenheit, Fairness, Transparenz und Nichtdiskriminierung begrenzt ist (Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO 1370/2007). Insofern entspricht dies im Wesentlichen den Verfahrensgrundsätzen des § 12 KonzVgV. Die **Konzessionslaufzeit** im straßenengebundenen ÖPNV ist im Regelfall gemäß Art. 4 Abs. 3 VO 1370/2007 auf zehn Jahre begrenzt.

Hinsichtlich der **Bekanntmachung** ist zwischen der Vorabbekanntmachung gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 und der – nicht ausdrücklich geregelten – Vergabebekanntmachung zu unterscheiden. Die Vorabbekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 ist – anders als im klassischen Vergaberecht – eine zwingende Verfahrensvoraussetzung und muss mindestens ein Jahr vor Einleitung der wettbewerblichen Vergabe erfolgen. Aufgrund des Grundsatzes der Transparenz muss auch die Einleitung des eigentlichen Verfahrens bekannt gemacht werden. Da das EU-Amtsblatt keine speziell an die wettbewerbliche Vergabe nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 angepassten Formulare zur Verfügung stellt, können die Standardformulare für Konzessionsbekanntmachungen nach § 18 Abs. 2 KonzVgV verwendet werden. Es empfiehlt sich, unter „Sonstige Angaben“ einen klarstellenden Zusatz aufzunehmen, dass die Konzessionsvergabe den Regelungen der VO 1370/2007 unterliegt.

Das **Vergabeverfahren** kann gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 3 VO 1370/2007 ein- oder mehrstufig ausgestaltet werden. Dies entspricht § 12 Abs. 2 Satz 1 KonzVgV. Verhandlungen mit den Bietern sind hingegen – im Unterschied zur Konzessionsvergabe im Anwendungsbereich der KonzVgV, vgl. § 12 Abs. 2 Satz 2 KonzVgV – nicht uneingeschränkt zulässig, sondern nur dann, wenn „besondere“ oder „komplexe“ Verkehrsleistungen vergeben werden.

Die **Vergabeentscheidung** darf bei mehreren Angeboten nur anhand der vorher aufgestellten und den Bietern mitgeteilten Zuschlagskriterien erfolgen. Mangels eigener Regelung in der VO 1370/2007 kann hierfür auf die Vorgaben des § 29 KonzVgV zurückgegriffen werden. Die Vergabeentscheidung muss den Bietern mittels Vorinformation (§ 101a GWB, zukünftig § 134 GWB-E) vorab mitgeteilt werden (§ 8b Abs. 7 PBefG).

Direktvergaben

Die VO 1370/2007 unterscheidet bei den **Direktvergaben** zwischen der Selbsterbringung bzw. der Direktvergabe an einen internen Betreiber, der Direktvergabe eines Kleinauftrags und der Notvergabe.

- Die **Selbsterbringung** bzw. die Direktvergabe an eine rechtlich verselbständigte Einheit ist nur unter den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 lit. a) – e) VO 1370/2007 zulässig. Die Direktvergabe an einen internen Betreiber baut auf den Grundsätzen zur Inhouse-Vergabe auf und setzt daher voraus, dass die Eigentümerkommune über den internen Betreiber eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt („Kontrollkriterium“) und der interne Betreiber seine Leistungen im Wesentlichen für seine Eigentümer erbringt („Wesentlichkeitskriterium“). Im Unterschied zum allgemeinen Inhouse-Geschäft ist eine private Minderheitsbeteiligung bei der Direktvergabe an einen internen Betreiber nicht generell ausgeschlossen. Ferner darf der interne Betreiber nur Verkehrsleistungen im Zuständigkeitsgebiet seiner Eigentümerkommune (bzw. einer Behördengruppe) erbringen.
- Die Vergabe eines **Kleinauftrags** nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 ist zulässig, wenn der geschätzte Jahresdurchschnittswert weniger als EUR 1 Mio. oder weniger als 300.000 km aufweist. Bei Direktvergaben an KMUs, die weniger als 23 Fahrzeuge haben, werden diese Schwellen verdoppelt.
- Im Fall der (drohenden) Unterbrechung des Verkehrsdienstes ist schließlich eine **Notvergabe** nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 möglich. Aufgrund des wichtigen Gemeinguts der Verkehrsversorgung greift dieser Tatbestand auch bei selbstverschuldeten Unterbrechungen des Auftraggebers ein. Die Notvergabe ist aber auf maximal zwei Jahre begrenzt (Art. 5 Abs. 5 Satz 4 VO 1370/2007). Abweichend von den übrigen Direktvergabebetständen muss die Notvergabe



nicht ein Jahr vorher durch eine Vorabbekanntmachung angekündigt werden (vgl. Art. 7 Abs. 2 Satz 5 VO 1370/2007).

Rechtsschutz

Sowohl die wettbewerbliche Vergabe als auch die Direktvergabe nach der VO 1370/2007 unterliegen dem vergaberechtlichen Rechtsschutz vor den Vergabenachprüfungsinstanzen. Dies wird durch § 8a Abs. 7 PBefG ausdrücklich klargestellt.



Sascha Opheys,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Düsseldorf

Konzessionsvergaben im Bereich Energie

Auch im Bereich der Energie steht die Vergabe von Konzessionen auf der Tagesordnung. Sie unterscheidet sich allerdings in zahlreichen Punkten vom öffentlichen Konzessionsvergaberecht und unterfällt besonderen Vorschriften.

Gemeinden sind nach § 46 Abs. 1 und 2 EnWG verpflichtet, ihre öffentlichen Verkehrswege im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Versorgung von Letztverbrauchern mit Strom und Gas zur Verfügung zu stellen (Strom- und Gasnetz Konzessionen). Wegen der faktischen Monopolstellung des konzessionierten Netzbetreibers und der langen Laufzeit der Wegenutzungsverträge von regelmäßig 20 Jahren (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG) ist es für die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbes im Energiebereich von besonderer Bedeutung, dass wenigstens bei der Auswahl des Konzessionsnehmers wirksamer Wettbewerb sichergestellt wird.

Trotz dieser Bedeutung ist das Verfahren zur Auswahl des Konzessionsnehmers nur in § 46 Abs. 3 EnWG und dort nur rudimentär geregelt. Das Vergaberecht findet keine Anwendung, sodass bei der Verfahrensgestaltung bislang lediglich auf die allgemeinen Grundsätze des europäischen Primärrechts zurückgegriffen werden kann. Das Fehlen hinreichend konkreter Rechtsvorschriften hat in den vergangenen Jahren vermehrt dazu geführt, dass Konzessionsverfahren und die bei einem Wechsel des Konzessionsnehmers notwendige Netzübernahme vermehrt Gegenstand von langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzungen waren. Die daraus resultierende Rechtsprechung ist nicht immer leicht zu durchschauen und führt inzwischen zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit, sowohl bei Gemeinden wie auch bei Altkonzessionären und Bewerbern.

Dieses Problem hat auch die Bundesregierung erkannt und sich bereits im Koalitionsvertrag 2013 das Ziel gesteckt, „das Bewertungsverfahren (z. B. bei Rekommunalisierung) der Verteilernetze

eindeutig und rechtssicher zu regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang zu verbessern“.

Anwendbarkeit der Konzessionsvergabeverordnung

Vor dem geschilderten Hintergrund ist es naheliegend, dass die Anforderungen an das Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsverträgen durch die Vorschriften der KonzVgV präzisiert werden könnten. Es mag daher überraschen, dass weder der Text der Verordnung noch die Begründung auch nur mit einer Silbe auf die Besonderheiten des Vergabeverfahrens für Wegenutzungsverträge nach § 46 EnWG eingehen. Grund hierfür ist, dass mit der Konzessionsvergabeverordnung die Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsvergaberichtlinie) der EU umgesetzt werden soll. Die Bundesregierung vertritt in der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz jedoch die Ansicht, dass Wegenutzungsverträge nach § 46 EnWG keine Dienstleistungskonzessionen im Sinne dieser Richtlinie darstellen. Sie beruft sich dabei ohne nähere Begründung auf Erwägungsgrund 16 der Richtlinie. Danach soll die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, nicht als Dienstleistungskonzession gelten, *sofern derartige Verpflichtungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den Konzessionsgeber für sich selbst oder für den Endnutzer vorsehen*.

Ob diese Einschränkung auf alle Strom- und Gasnetz Konzessionen zutrifft, ist allerdings mehr als fraglich. Der Regelungsgehalt eines Konzessionsvertrages nach § 46 Abs. 2 EnWG erschöpft sich regelmäßig nicht in der bloßen Gestattung eines Nutzungsrechts, ohne dass die gestattende Gemeinde ein Interesse an der Leistungserbringung hätte. Im Gegenteil: Konzessionsverträge enthalten gewöhnlich eine Netzbetriebspflicht des konzessionierten Energieversorgungsunternehmens, auch wenn diese bereits aus dem Gesetz folgt. Der Bundesgerichtshof hat in diesen Fällen ausdrücklich bestätigt, dass die Gemeinde nicht nur als Anbieter von Leitungsrechten, sondern zumindest auch als Nachfrager von Netzinfrastrukturdiensten auftritt (BGH, Urt. v. 17. Dezember 2013, KZR 66/12).

Dementsprechend geht die wohl überwiegende Auffassung in der juristischen Diskussion davon aus, dass Strom- und Gasnetz Konzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG Beschaffungscharakter aufweisen und daher Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinie 23/2014/EU darstellen. Diese Ansicht hat zur Folge, dass die Vergabe von derartigen Wegenutzungsverträgen – entgegen der in der Gesetzesbegründung vertretenen Auffassung – den Vorschriften der KonzVgV unterliegen werden. Im Interesse einer erhöhten Rechtssicherheit bei der Verfahrensdurchführung und einem zügigeren Rechtsweg dürfte diese Entwicklung auch zu begrüßen sein.

Novellierung des § 46 EnWG

Neben den möglichen Auswirkungen der KonzVgV werden sich voraussichtlich im Laufe dieses Jahres aber auch weitere Veränderungen bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen für den Betrieb von Energieversorgungsnetzen ergeben. Der Gesetzgeber arbeitet derzeit an einer Novellierung des § 46 EnWG, mit welcher die oben erwähnten Ziele des Koalitionsvertrages verfolgt werden sollen. Ein offizieller Gesetzesentwurf liegt allerdings noch nicht vor.

Soweit bisher bekannt, ist geplant, das Vergabeverfahren für Strom- und Gaskonzessionen unabhängig von der Anwendbarkeit der KonzVgV stärker an die bekannten Instrumente des Vergaberechts anzunähern. Dazu sollen insbesondere eine Vorabinformationspflicht der Gemeinde (vergleichbar mit § 101a Abs. 1 GWB) und zeitlich gestaffelte Rügeobliegenheiten für beteiligte Unternehmen mit Präklusionsfolge (vergleichbar mit § 107 Abs. 3 GWB) eingeführt werden.

Darüber hinaus sieht der Entwurf eine Neuregelung der zulässigen Bewertungskriterien bei der Auswahl des Konzessionsnehmers durch die Gemeinden vor. Nach der aktuellen Rechtslage sind sie hierbei ausschließlich den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet, also der Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherefreundlichkeit und Effizienz der Energieversorgung. In der Vergangenheit ist es insbesondere über die Frage, ob diese gesetzliche Vorgabe Raum für die Berücksichtigung kommunaler Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidungen des Netzbetreibers lässt (siehe z. B. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12) zum Streit gekommen. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn eine Gemeinde die Energieversorgung auf ihrem Gebiet „rekommunalisieren“ und die Konzession zu diesem Zweck an ein von ihr beherrschtes Unternehmen, bspw. ein kommunales Stadtwerk, vergeben möchte.

Künftig soll nach dem Gesetzesentwurf voraussichtlich eine Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ausdrücklich zulässig sein, allerdings nur „unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz“. Ob diese Formulierung im Ergebnis tatsächlich zu einer stärkeren Berücksichtigung der kommunalen Belange bei der Auswahl des Konzessionsnehmers und damit zu einer Erleichterung von Rekommunalisierungsvorhaben führen wird, bleibt zunächst abzuwarten.



Christoph Engel,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Berlin

AUS DER RECHTSPRECHUNG**Medienversorgung in Liegenschaften: Auftrag oder Konzession?**

Aufgrund der neuen Richtlinien und ihrer Umsetzung im GWB und der KonzVgV müssen künftig Dienstleistungskonzessionen von Dienstleistungsaufträgen abgegrenzt werden. Umstritten ist diese Abgrenzung derzeit u. a. bei sog. Sammelinkasso-Gestattungs-Verträgen über die Medienversorgung von Liegenschaften im öffentlichen Wohnungswesen.

VK Brandenburg, Beschluss vom 22. Juli 2015 (VK 12/15)

Die städtische Wohnungsbaugesellschaft will einen mehrjährigen „Versorgungsvertrag“ zur Versorgung ihrer Liegenschaften mit unverschlüsselten Fernseh- und Hörfunkprogrammen vergeben. Der Auftragnehmer soll eine moderne Breitbandanlage errichten, für die er eine monatliche Miete zusätzlich zu einem anteiligen monatlichen Entgelt je Wohneinheit erhält. Er kann den Bewohnern optional Internet und Telefondienste über das Breitbandkabel anbieten. Die Wohnungsbaugesellschaft wollte den Vertrag freihändig im Wege einer „Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb“ vergeben. Es sei eine Dienstleistungskonzession, da nicht sicher sei, ob der Vertragspartner seine zur Refinanzierung notwendigen Einnahmen generieren könne. Die Vergabekammer überzeugte dies nicht. Im Mittelpunkt des Vertrages stand nämlich wirtschaftlich die Versorgung der Wohneinheiten mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen gegen Zahlung eines feststehenden monatlichen Entgelts, das über die Betriebskosten eingezogen wird (Sammelinkasso). Das Leerstandsrisiko wurde über Vertragsklauseln gedeckelt. Das Risiko aus den etwaigen Internet- und Telefondienstverträgen trat daneben zurück.

Der Nachprüfungsantrag war erfolgreich, weil die Vergabe des Auftrags ohne ein förmliches Vergabeverfahren ein Vergabeverstoß ist. Dass sich die Antragstellerin an dem Vergabeverfahren beteiligt hatte, war für die Vergabekammer unschädlich, da ihr die Vergaberechtswidrigkeit der Vorgehensweise erst nach rechtlicher Beratung bekannt geworden war.

Die Entscheidung ist ferner von Interesse, weil sie die Auftragsbereitschaft einer städtischen Wohnungsbaugesellschaft nach dem heutigen und künftigen § 98 Nr. 2 GWB bejaht: Sie stelle Wohnraum für breite Bevölkerungsschichten bereit und werde nicht allein anhand betriebswirtschaftlicher Überlegungen gesteuert. Man nehme Verluste in einigen Bereichen bewusst in Kauf, die durch Gewinne in anderen Bereichen ausgeglichen werden sollen. Die Einwirkungsmöglichkeiten der Stadt, insbesondere über Vorgaben zum Wirtschafts- und Finanzplan, seien ausgeprägt. Die Stadt hatte zwar den Verlustausgleich aus der Satzung gestrichen. Das war aber die Folge einer Änderung aus der Kommunalverfassung (§ 97 BbgKVerf) und ist daher für die VK Brandenburg kein ausschlaggebender Umstand.

Hinweis:

Die VK Brandenburg schließt sich der Rechtsprechung der VK Mecklenburg-Vorpommern (2 VK 12/14) zur Behandlung von Gestattungsverträgen über die Medienversorgung an und führt im Übrigen ihre Rechtsprechung aus der Entscheidung vom 11. März 2015 (VK 1/15) zu Stadtmarketingverträgen fort. Die Auftraggebereigenschaft von kommunalen Wohnungsbauunternehmen ist wiederholt von der Rechtsprechung geprüft worden, ausführlich bei KG, VergabeR 2005, 236 (2 Verg 16/04).



Dr. Stephen Lampert,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

Bereithaltung von Taxistandplätzen: Dienstleistungskonzession

Klassische Dienstleistungskonzessionen haben die Verwertung von öffentlicher Infrastruktur zum Gegenstand (z. B. Parkplätze, wie in der Leitentscheidung EuGH, Urt. v. 13. Oktober 2005 – Rs. C-459/03 (Parking Brixen)). Die Rechtsprechung nimmt auch dann Dienstleistungskonzessionen an, wenn das wirtschaftliche Risiko gering ist.

VK Südbayern, Beschluss vom 24. September 2015 (Z3-3-3194-1-42-07/15)

Die F-GmbH betreibt den Verkehrsflughafen M und ist Eigentümerin des Flughafengeländes. F will sämtliche Taxistandplätze, -nachrück- und -speicherflächen am Terminal 2 im Wege eines „Gestattungsvertrages“ an einen Betreiber vermieten, einschließlich Nebeneinrichtungen wie Aufenthaltsräumen und Toilettenanlagen. Er soll vertraglich Organisation und Abwicklung der Taxibereithaltung übernehmen, Voucher der Fluggesellschaften im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einlösen und sich dadurch refinanzieren, dass er sein Nutzungsrecht an berechnigte Taxiunternehmer gegen Entgelt weiterverträgt.

F ist der Auffassung, es liege eine Dienstleistungskonzession vor und veröffentlicht daher eine Bekanntmachung nur auf ihrer Internetseite. Etwaige Defizite würden nicht übernommen bzw. anteilig mitgetragen. Sie zahle keine zusätzliche Vergütung, Aufwandsentschädigung oder eine Art von Anschubfinanzierung, sodass eine mögliche Unterdeckung – zu der es in der Vergangenheit bereits gekommen sei – vom Konzessionsnehmer allein vollumfänglich zu tragen sei.

Dies beanstandet ein Auftragsinteressent mit einem Nachprüfungsantrag. Der Vertragspartner trage faktisch kein echtes unternehmerisches Risiko. Bereits in der Vergangenheit seien

die Entgelte Dritter für die Leistungen von den beiden Vertragsparteien übereinstimmend festgelegt worden, wodurch es in den letzten Jahren für die hauptberuflichen Taxifahrer am Flughafen zu einer Erhöhung der Bereitstellungsentgelte um 1000 Prozent gekommen sei. Die Erträge aus diesen Angaben hätten sich F und der bisherige Konzessionsträger einvernehmlich geteilt und immer weiter in die Höhe getrieben.

Die Vergabekammer Südbayern folgte dem nicht, u. a. weil jedenfalls ein – wenn auch begrenztes – Risiko einer etwaigen Zahlungsfähigkeit des Konzessionsnehmers aus der Einlösung der Voucher (und erst nachträglichen Abrechnung) folge. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass der Konzessionsnehmer praktisch keiner Konkurrenz ausgesetzt sei. Da sie für solche Verträge jedenfalls bis zum 18. April 2016 (Inkrafttreten der KonzVgV) nicht zuständig sei, habe sie auch nicht zu entscheiden, inwieweit es sich um eine binnenmarktrelevante Konzession gehandelt habe.

Hinweis:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss wurde auf rechtlichen Hinweis des OLG München zurückgenommen.



Dr. Stephen Lampert,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München



Franziska Maria Schuierer,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

Verträge über spezialisierte ambulante Palliativversorgung (SAPV): keine Dienstleistungskonzession

Auch im Gesundheitsbereich kommen immer wieder Abgrenzungsfragen zwischen Dienstleistungsvertrag und Dienstleistungskonzession vor, aktuell bei der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung (SAPV).

VK Bund, Beschluss vom 23. November 2015 – VK 2-103/15

Nach § 132 d SGB V schließen die Krankenkassen über die SAPV-Versorgung einschließlich der Vergütung und deren Abrechnung Verträge mit geeigneten Einrichtungen oder Personen, soweit dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist. Nach Empfehlungen des GKV-Spitzenverbandes werden die SAPV von Leistungserbringern erbracht, mit denen die Krankenkasse zur

VERGABERECHT

– SCHWERPUNKT –
KONZESSIONSVERGABEN

Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung einen Vertrag geschlossen haben. Verträge sollen aber nur geschlossen werden, soweit sie für eine bedarfsgerechte Versorgung erforderlich sind, auf die bereits tätigen Leistungserbringer soll zurückgegriffen werden. Im Streitfall ging es darum, dass für gesetzliche Krankenkassen seit 2010 ein Anbieter tätig ist. Er führte Anfang Juli 2015 ein erstes Gespräch mit ihnen zum Abschluss eines SAPV-Vertrages. Ein anderer Interessent wurde abschlägig beschieden. Im Nachprüfungsverfahren beriefen sich die Krankenkassen u.a. darauf, dass der SAPV-Vertrag als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren sei. Der Auftragnehmer erhalte von der Krankenkasse nur dann eine Vergütung, wenn ein Versicherter die Leistungen in Anspruch nehme. Ob und in welchem Umfang dies der Fall sei, sei ungewiss. Daher trage der Auftragnehmer das Risiko der unzureichenden Inanspruchnahme des Vertrages. Im Übrigen könne er eigenständig entscheiden, wie und mit welchen Leistungen er seine vertraglichen Pflichten erfülle.

Die Vergabekammer folgte dem nicht und qualifizierte den SAPV-Vertrag als öffentlichen Auftrag in Gestalt einer Rahmenvereinbarung. Wesentliches Merkmal einer Dienstleistungskonzession sei nämlich, dass die Gegenleistung nicht vom öffentlichen Auftraggeber stamme, sondern von einem an den Auftragnehmer leistenden Dritten; dem Nutzer. Daran fehle es. Denn Nutzer der SAPV-Leistungen sind die anspruchsberechtigten Versicherten. Die Versicherten zahlen das Entgelt für die erbrachte Dienstleistung nicht an den Auftragnehmer. Es sind vielmehr die Krankenkassen, welche mit dem Auftragnehmer abrechnen. Das Entgelt für die vereinbarten Dienstleistungen erhält der Auftragnehmer von den Krankenkassen. Die Honoraransprüche des Auftragnehmers waren deshalb im Detail im Vertrag geregelt.

Die Vergabekammer ließ auch nicht den Einwand gelten, dass diese Gestaltung mit einer Arztlizenz vergleichbar sei, die unstreitig nicht ausschreibungspflichtig ist. Denn das Verfahren zur Zulassung von Ärzten zur vertragsärztlichen Versorgung wird im SGB V umfassend geregelt, während es bei dem Abschluss von SAPV-Verträgen um einen Vertragsschluss geht, der nicht die Rechtsqualität einer Zulassung hat. Die Bedarfsplanung fehlt.

Schließlich ließ die Vergabekammer auch nicht gelten, dass das Zulassungsverfahren als „Open-House-Modell“ vergabefrei sei. Denn ein „Open-House-Modell“ kennzeichne gerade, dass jeder interessierte Wirtschaftsteilnehmer der die Eignungsvoraussetzungen

erfüllt, Zugang zu dem fraglichen Vertrag hat, also der öffentliche Auftraggeber keine Auswahlentscheidung trifft. Hier war es dagegen so, dass nicht jeder Interessent berücksichtigt wurde.



Dr. Stephen Lampert,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2016.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
www.beitenburkhardt.com/impressum

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt



Weitere interessante Themen und
Informationen zum Vergaberecht finden
Sie in unserem Onlinebereich.

BEITEN BURKHARDT · RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

NÜRNBERG · OSTENDSTRASSE 100 · 90482 NÜRNBERG · TEL.: +49 911 27971-31 · BERTHOLD F. MITRENGA · BERTHOLD.MITRENGA@BBLAW.COM

MÜNCHEN · GANGHOFERSTRASSE 33 · 80339 MÜNCHEN · TEL.: +49 89 35065-1452 · MICHAEL BRÜCKNER · MICHAEL.BRUECKNER@BBLAW.COM · HANS GEORG NEUMEIER · HANSGEORG.NEUMEIER@BBLAW.COM

BERLIN · KURFÜRSTENSTRASSE 72-74 · 10787 BERLIN · TEL.: +49 30 26471-0 · FRANK OBERMANN · FRANK.OBERMANN@BBLAW.COM · STEPHAN RECHTEN · STEPHAN.RECHTEN@BBLAW.COM

DÜSSELDORF · CECILIENALLEE 7 · 40474 DÜSSELDORF · TEL.: +49 211 518989-0 · JULIAN POLSTER · JULIAN.POLSTER@BBLAW.COM · TIMM R. MEYER · TIMM.MEYER@BBLAW.COM

FRANKFURT AM MAIN · WESTHAFEN TOWER · WESTHAFENPLATZ 1 · 60327 FRANKFURT AM MAIN · TEL.: +49 756095-457 · DR. HANS VON GEHLEN · HANS.VONGEHLEN@BBLAW.COM