

VERGABERECHT

August 2018/1

Genehmigung für Aufbau und Betrieb eines Mobilitätskonzepts nach dem PBefG – keine Anwendung des Vergaberechts!

VK Niedersachsen, Beschluss vom 19. Juni 2018 – Az. VgK-18/2018

Sachverhalt

Eine Stadt – die spätere Antragsgegnerin („Ag“) – möchte die Mobilität innerhalb ihres Stadtgebiets erheblich verbessern. Dafür hat diese einen Masterplan Mobilität XXX, der die Verkehrsentwicklung der kommenden 15 Jahre umfasst und den Einsatz innovativer Mittel zur Förderung der Mobilitätschancen beinhaltet und thematisiert, erstellt. Zur Umsetzung dessen plant die Ag der späteren Beigeladenen („Bg“) auf dessen Antrag hin eine Genehmigung für den Aufbau und Betrieb eines Mobilitätskonzepts zur Personenbeförderung mit Kraftfahrzeugen auf der Grundlage virtueller Haltepunkte gemäß § 2 Abs. 7 PBefG zu erteilen.

Gemäß § 2 Abs. 7 PBefG kann die Genehmigungsbehörde auf Antrag zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.

Bei der späteren Antragstellerin („ASt“) handelt es sich um ein Personenbeförderungsunternehmen, das seinerseits daran interessiert ist, Mobilitätsdienstleistungen mit virtuellen Haltepunkten, die durch Einsatz einer App vermittelt werden, anzubieten. Gegenüber der Ag rügt die ASt, dass die Ag nach Auffassung der ASt die Vergabe einer Konzession an die Bg ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens beabsichtigt. Sie formuliert dabei wie folgt: Die beabsichtigte Erteilung einer Genehmigung nach § 2 Abs. 7 PBefG für das Mobilitätskonzept ist vergaberechtswidrig. Bei dieser Genehmigung handelt es sich aus vergaberechtlicher Sicht um eine Konzession im Sinne des § 105 Abs. 1 GWB.

Die Ag weist die Rüge mit der Begründung zurück, es handle sich um keine Konstellation, in der vergaberechtliche Gesichtspunkte relevant würden. Es gehe nicht um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession.

Daraufhin stellt die ASt einen Nachprüfungsantrag.

Entscheidung

Die Vergabekammer hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig.

Die von der Ag beabsichtigte Erteilung einer Genehmigung für den Aufbau und Betrieb eines Mobilitätskonzepts zur Personenbeförderung gemäß § 2 Abs. 7

PBefG erfüllt – nach Einschätzung der Vergabekammer – bereits den besonderen Ausnahmetatbestand des § 149 Nr. 12, 2. Alt. GWB und unterliegt daher nicht den Regelungen des 4. Teils des GWB und damit im Ergebnis auch nicht der KonzVgV. Die Vergabekammer hat dabei bereits erhebliche Zweifel daran, dass eine Dienstleistungskonzession vorliegt. Es fehlt darüber hinaus nach Auffassung der Vergabekammer an der notwendigen Antragsbefugnis.

Zur Begründung führt die Vergabekammer u.a. Folgendes aus:

- Nach § 105 Abs. 1 GWB sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen Konzessionsgeber Unternehmen mit der Erbringung oder Verwaltung von Dienstleistungen betrauen. Bei der Erteilung einer Genehmigung für die Erprobung einer neuen Verkehrsart nach § 2 Abs. 7 PBefG handelt es sich um eine typische hoheitliche Genehmigung, nämlich um einen Verwaltungsakt. Es sind keinerlei vertragliche Elemente erkennbar. Verwaltungsakte und sonstige einseitig-hoheitliche Handlungsformen unterfallen aber grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts.
- Des Weiteren fehlt es an der Voraussetzung des zwischen dem Konzessionsgeber und Konzessionsnehmer vereinbarten Entgelts. Entsprechend hat die Bg, die rein eigenwirtschaftlich handelt, auch keine Leistungsverpflichtung.
- Auch das eine Konzession ausmachende Beschaffungselement ist nicht erkennbar. Die Genehmigung hilft der Ag zwar bei der Umsetzung ihres Masterplans. Aber die Ag hat den neuen Mobilitätsdienst überhaupt nicht explizit nachgefragt. Vielmehr hat die Bg aus eigenem Antrieb und wirtschaftlichem Interesse die personenbeförderungsrechtliche Genehmigung beantragt. Sie selbst hat die Modalitäten bestimmt. Für eine Dienstleistungskonzession wäre auch insoweit ein Element erforderlich, dass über eine bloße, durch Verwaltungsakt erteilte Erlaubnis hinausgeht. So unterscheidet das OLG Hamburg im Beschluss vom 1. November 2017 mit dem Az. 1 Verg 2/17 zur glückspielrechtlichen Konzession für die Spielbank Hamburg zu Recht zwischen der Erlaubnis für die Spielbank, die nach Hamburgischen Glückspielrecht nur einmal erteilt werden kann, und derjenigen für Spielhallen, die grundsätzlich jeder geeignete Antragsteller erhalten kann, ohne verpflichtet zu sein, diese auch zu nutzen. Für eine Dienstleistungskonzession wäre insoweit auch ein Element erforderlich, das über eine bloße – durch Verwaltungsakt erteilte – Erlaubnis hinausgeht.
- Das weitere Merkmal eines öffentlichen Auftrags, dass eine Auswahlentscheidung getroffen wird, ist ebenfalls nicht erfüllt. Das Vergaberecht ist dadurch gekennzeichnet, dass mit einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern ein Vertrag geschlossen wird und dadurch weitere interessierte Unternehmen gleichzeitig von dieser Auftragsvergabe ausgeschlossen werden. Strebt ein öffentlicher Auftraggeber an, gerade kein Unternehmen exklusiv auszuwählen, sondern steht jedem Interessenten ein Recht zum Vertragsschluss zu, so ist dieser Vorgang nicht vergaberechtspflichtig. So liegt es nach Auffassung der

Vergabekammer hier. Eine Benachteiligung von anderen Unternehmen ist

Eine Kooperation von Nohr-Con und LEXTON Rechtsanwälte

dadurch ausgeschlossen, dass auch andere Unternehmen, die die Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, Anspruch auf eine Genehmigung gemäß § 2 Abs. 7 PBefG haben.

Auch bei den Open-House-Modellen der öffentlichen Krankenkassen sind Diskriminierungen ausgeschlossen. Der EuGH hat daher entschieden, dass das Vergaberecht keine Anwendung findet, wenn der öffentliche Auftraggeber bereit ist, mit allen Unternehmen, die bestimmte Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, Verträge abzuschließen (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016 – Rs. C-410/14). Bestätigt hat der EuGH diese Auffassung für die Beratungsdienstleistungen im Rahmen einer landwirtschaftlichen Betriebsberatung, da das Beratungssystem allen Bewerbern offensteht (EuGH, Urteil vom 1. März 2018 – Rs. C-9/17). Es ist aktuell nicht abzusehen, dass die Genehmigung für den Erprobungsverkehr nach § 2 Abs. 7 PBefG der Bg faktisch eine Monopolstellung verleihen könnte.

Eine Vergabepflichtigkeit der streitbefangenen Genehmigung und eine Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags folgt – so die Vergabekammer – entgegen der Auffassung der ASt auch nicht aus § 8a Abs. 7 PBefG. Nach dieser Vorschrift unterliegt ausschließlich die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen der Nachprüfung gemäß §§ 97 ff. GWB. Dienstleistungskonzessionen werden vom Regelungsbereich des § 8a Abs. 7 PBefG ausdrücklich nicht erfasst. Für Dienstleistungskonzessionen im Bereich der Personenbeförderung i.S.d. § 1 PBefG sind dagegen Art. 5 Abs. 3 der VO (IG) Nr. 1370/2007 i.V.m. § 8b PBefG einschlägig. Dabei ist für die notwendige Abgrenzung der Dienstleistungskonzession vom vergaberechtspflichtigen Dienstleistungsauftrag allein auf die vergaberechtliche Definition der Dienstleistungskonzession abzustellen.

Rechtliche Würdigung und Praxistipp

Die Rechtsauffassung der Vergabekammer überzeugt. Sie zeigt anschaulich die Grenzen des Anwendungsbereichs des Vergaberechts auf.

Wenn eine Genehmigung auf Antrag jedem Antragsteller im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens erteilt werden kann und dabei einseitig-hoheitliche Handlungsformen anstatt vertraglicher Elemente zur Anwendung kommen, ist Rechtsschutz vor den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen nicht zu erwarten. Es wird dann regelmäßig weder ein öffentlicher Auftrag noch eine Dienstleistungskonzession vorliegen.

Etwas anderes kann aber dann anzunehmen sein, wenn die Genehmigung für einen Erprobungsverkehr nach § 2 Abs. 7 PBefG dem Genehmigungsinhaber faktisch eine Monopolstellung verleihen würde. Dies hat die Vergabekammer vorliegend zwar unter dem Hinweis darauf, dass es hier keine Exklusivität gibt und sich das bessere Konzept am Markt durchsetzen wird, verneint. Trotzdem sind durchaus Konstellationen denkbar, die zu einer solchen Monopolstellung führen könnten. Denn es ist durchaus fraglich, wie viele verschiedene Mobilitätskonzepte die Kommunen auf Ihren Straßen zur Erprobung zulassen wollen. Anbietern von

innovativen Mobilitätskonzepten ist zu empfehlen, ihre Energie in die ordnungsgemäße Antragstellung und die Erfüllung der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen zu investieren. Nur für den Fall, dass deutliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein bereits laufendes Genehmigungsverfahren, die Position des Antragstellers im eigenen Verfahren verschlechtern könnte, sollte näher geprüft werden, ob Rechtsschutz vor den Nachprüfungsinstanzen oder auf andere Weise erlangt werden kann.

Ihre Ansprechpartner bei Nohrcon und LEXTON Rechtsanwälte:

Genadijus Smertjevas

Bereichsleiter

Nohrcon

Oraniendamm 34

13469 Berlin

T + 49 30 437 466 78

F + 49 30 437 466 79

gs@nohrcon.de

www.nohrcon.de

NOHRCON

Fabian Winters, LL.M.

Fachanwalt für Vergaberecht

LEXTON Rechtsanwälte

Kurfürstendamm 220

10719 Berlin

T + 49 30 8866886-0

F + 49 30 8866886-60

winters@lexton.de

www.lexton.de

Lexton
RECHTSANWÄLTE