

Expertenbeitrag:
Dienstleistungen

Konzessionsgeber muss Vertragswert schätzen



Holger Schröder,
Fachanwalt für Vergaberecht,
Rödl und Partner, Nürnberg

Eine Dienstleistungskonzession ist ein Vertrag, mit dem ein öffentlicher Auftraggeber einen Unternehmer damit betraut, bestimmte Dienstleistungen zu erbringen. Überschreitet der Wert der Konzession den EU-Schwellenwert, ist ein europaweites Vergabeverfahren notwendig. Den Wert genau zu berechnen, kann allerdings schwierig sein. Das zeigt eine Entscheidung der Vergabekammer Sachsen.

NÜRNBERG. Bei einer Dienstleistungskonzession handelt es sich um eine Vertragsgestaltung, bei der das private Unternehmen für seine Leistung statt einer Vergütung das Recht erhält, sich seine Dienste von Dritten refinanzieren zu lassen. Solche Verträge lassen sich in vielen Bereichen der öffentlichen Daseinsvorsorge antreffen.

Zu den bekanntesten Beispielen gehören die Durchführung von Wochenmärkten, die Aufstellung von Großflächenwerbeanlagen, der Betrieb von Fahrradstationen mit Servicedienstleistungen, das Recht zur Vermittlung von Abschleppdienstleistungen oder das Recht zur Errichtung von Kabelnetzen.

Zahlreiche Beispiele für Dienstleistungskonzession

Das Vergaberecht verlangt, dass der Konzessionsgeber vor der Ausschreibung den Vertragswert der Dienstleistungskonzession schätzen muss. Dabei ist von dem voraussichtlichen Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer auszugehen, den der Konzessionsnehmer während der



Vergabe von Konzessionen am Beispiel eines Weindorfs: Auftraggeber müssen zwischen dem Konzessionär und den Standbetreibern differenzieren. FOTO: DPA/IMAGEBROKER/DANIEL SCHOENEN

Berechnung des geschätzten Vertragswerts

Paragraf 2 Absatz 4 der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) regelt für die Schätzung des Konzessionswerts beispielhaft:

„Der Konzessionsgeber berücksichtigt dabei nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls insbesondere

- den Wert aller Arten von Optionen und

möglichen Vertragsverlängerungen,

- die Einkünfte aus Gebühren oder Entgelten sowie Geldbußen oder Vertragsstrafen, die von den Nutzern der Bauwerke oder Dienstleistungen gezahlt werden, soweit diese nicht im Auftrag des Konzessionsgebers erhoben werden. [...]“

Vertragslaufzeit als Gegenleistung für die Dienstleistungen erhält.

Als Beispiele der im Einzelfall zu berücksichtigenden Wertposten nennt das Vergaberecht etwa die Zahlungen des Konzessionsgebers, weitere finanzielle Vorteile jedweder Art, Zuschüsse, Prämien, Optionen, Vertragsverlängerungen, aber auch Einkünfte aus Entgelten, die von den Nutzern der Dienstleistung gezahlt werden, sofern Letztere für ihn keine durchlaufenden Posten sind, also letztlich nicht bei ihm verbleiben.

Fraglich ist, ob beispielsweise bei einem Weinfest auch die durch den Verkauf an den einzelnen Weinstän-

den erwirtschafteten Umsätze bei der Schätzung des Vertragswerts einzubeziehen sind. Beim Recht, ein Weinfest durchführen zu dürfen, hat der Konzessionsnehmer häufig die Gestaltung der zur Nutzung durch den Konzessionsgeber bereitgestellten Flächen, die Schaffung von Sitzgelegenheiten, die Bereitstellung von Ständen für Weinangebote oder die gastronomische Versorgung vertraglich sicherzustellen.

Nutzer dieser Dienstleistungen sind in erster Linie die Weinstandbetreiber, die regelmäßig ein Entgelt an den Konzessionsnehmer zu zahlen haben, um einen Stand auf dem Weinfest betreiben zu können.

Die Einnahmen aus den Verkäufen an den einzelnen Marktständen hingegen stellen nach Ansicht der Vergabekammer Sachsen (Beschluss vom 3. Mai 2021, Aktenzeichen: 1/SVK/001-21) keine bei der Schätzung zu berücksichtigende Gegenleistung dar. Denn solche Entgelte sind nur die vertraglich vereinbarten Gegenleistungen der Vertragspartner des Konzessionsnehmers, also der Weinstandbetreiber.

Die von den Besuchern des Weinfests für Wein und Speisen geleisteten Zahlungen an die einzelnen Weinstandbetreiber sind dagegen keine dem Konzessionsnehmer auf vertraglicher Grundlage zufließenden und bei ihm verbleibenden Entgelte. Die von den Weinstandbetreibern mit den Besuchern erzielten Einnahmen aus den verkauften Produkten fließen also nicht dem Konzessionsnehmer zu.

Denn sie stellen ausschließlich den Gegenwert für die von den Besuchern erworbenen Produkte dar und werden somit nicht von dem Konzessionsnehmer unmittelbar durch die Dienstleistung „Durchführung eines Weinfestes“ erlöst,

sondern durch den Betrieb des Weinfests überhaupt erst ermöglicht.

Die sächsische Nachprüfungsbehörde will sogar dann keine Verkaufserlöse berücksichtigen, wenn der Konzessionsnehmer die Weinstände selbst betreiben würde. Insoweit sei zwischen der Position als Konzessionsnehmer und dem als Weinstandbetreiber zu unterscheiden.

Differenzierung zwischen Konzessionär und Standbetreibern

Diese Differenzierung erscheint allerdings fragwürdig. Zum einen fließen dem Konzessionsnehmer die Zahlungen der Besucher unmittelbar zu. Zum anderen wirkt die Unterscheidung zwischen der originären Position als Konzessionsnehmer einerseits und andererseits der Position als Weinstandbetreiber gekünstelt.

Eine Unmittelbarkeit zwischen der Leistung als Konzessionsnehmer und der Gegenleistung der Besucher scheint deshalb nicht zu fehlen.

Drei Firmen streiten um PCR-Tests an Schulen

WIEN. Gegen die Vergabe der Abwicklung der PCR-Tests an Schulen in Österreich sind erneut Rechtsmittel eingebracht worden. Derzeit werden die Tests von drei Unternehmen durchgeführt: Lifebrain in Wien, Covid Fighters in Wien, Nieder- und Oberösterreich und Novogenia in anderen Teilen von Österreich.

Lifebrain ist jedoch der Ansicht, dass die direkten Abrufe aus der Rahmenvereinbarung rechtswidrig waren. Diese seien genau bei den beiden Konkurrenten erfolgt, auf die die ursprüngliche Ausschreibung zugeschnitten gewesen sei. Außerdem seien die direkt beauftragten Unternehmen nicht zur Erbringung der Leistungen in der Ausschreibung befugt. Sollte das Gericht eine rechtswidrige Beschaffung feststellen, sind Schadensersatz- und Bußgeldansprüche möglich.

Trotz des Einspruchs kann an den Schulen weiter getestet werden, hieß es aus dem Bildungsministerium in Wien. Es gebe nach wie vor eine „rechtsgültige, bestandsfeste und aufrechte Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftragnehmern“, die bis zum Sommer 2022 laufe. (sta)

Serie, Teil 2: Beschaffung von Straßenbeleuchtung

Der öffentliche Auftraggeber darf bestimmen, was er will, solange er Bieter nicht diskriminiert

Leistungsbestimmungsrecht gilt nicht unbegrenzt / Gebot der Produktneutralität ist zu beachten

BERLIN. Der Deutscher Städte- und Gemeindebund hat die wesentlichen Grundlagen für die Beschaffung von Straßenbeleuchtung dokumentiert. Danach können öffentliche Auftraggeber angelehnt an ihr Leistungsbestimmungsrecht den Auftragsgegenstand frei bestimmen. Allerdings nicht unbegrenzt, wie die Experten ausführen.

Voraussetzungen für bestimmte Vorgaben zum Leistungsgegenstand

Sie verweisen auf ein Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf (Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12). So sind Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Leistungsgegenstands hinzunehmen, wenn

- sie durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt sind,
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Be-



Der Gesetzgeber unterstützt die ökologische und nachhaltige Beschaffung. FOTO: DPA/JAN WITZAS

stimmung folglich willkürlich getroffen worden ist,

- solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind und
- die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

Soll ökologisch und nachhaltig be-

schafft werden, kann es zur Bestimmung des Leistungsgegenstands sinnvoll sein, bestimmte Aspekte vorzugeben. Dazu gehört etwa die Reduzierung von Lichtemissionen, die Einsparung von Energie durch hochwertige und nachhaltige Beleuchtung oder ein intelligentes, digitales Lichtmanagement. Eine wei-

tere rechtliche Grenze des Leistungsbestimmungsrechts ist der Grundsatz der Produktneutralität (zum Beispiel für Dienst- und Lieferleistungen oberhalb der Schwelle, geregelt in der Vergabeverordnung in Paragraph 31 Absatz 6 VgV).

Danach darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.

Vergabestellen müssen Gebot der Produktneutralität beachten

Insoweit darf zum Beispiel in der Leistungsbeschreibung grundsätzlich nicht auf Leuchtmittel eines bestimmten Herstellers abgestellt

Kurz notiert

Demonstration gegen Vergabe von Rettungsdienst

STENDAL. Der Landkreis Stendal schreibt den Rettungsdienst neu aus. Neben der Zukunft der Mitarbeiter sehen die Johanniter, die bislang Rettungsdienst versehen, auch die Qualität des Rettungswesens auf dem Spiel stehen. Deshalb haben sie jetzt in Stendal demonstriert. (sta)

Bund schreibt „Deutschlandnetz“ aus

BERLIN. Die Bundesregierung baut ein „Deutschlandnetz“ auf. Das Ziel: Die nächste Schnellladestation für Elektroautos soll in zehn Minuten erreichbar sein. Das Bundesverkehrsministerium hat Ende September die Ausschreibung begonnen. Unternehmen und Konsortien können sich um den Zuschlag zum Aufbau und Betrieb von etwa 900 Schnellladestationen bewerben. Das Deutschlandnetz soll die Grundversorgung im Mittel- und Langstreckenverkehr sicherstellen. (sta)

<https://www.standorttool.de/strom/deutschlandnetz/>

Berlin verschiebt erneut Frist für S-Bahn-Ausschreibung

BERLIN. Die Ausschreibung der Berliner S-Bahn verzögert sich erneut. „Auf Bitten von Bewerbern ist die Frist zur Abgabe der indikativen Angebote auf den 02.11.2021 verschoben worden“, teilte die Senatsverkehrsverwaltung mit. Bislang galt als Frist zur Abgabe von Angeboten der 28. September. Es ist bereits die zweite Verschiebung. „Indikative“ Angebote sind nur eine Vorstufe. Eine „Abgabefrist für die finalen Angebote ist bislang nicht festgelegt“. (sta)

Potsdam sucht nach Konzept gegen Überflutungen

POTSDAM. Bei starken Regenfällen ist es in den vergangenen Jahren in Potsdam oft zu Überschwemmungen gekommen. Dagegen wollen die Stadtwerke und ihre Tochter Energie und Wasser Potsdam nun vorgehen – und ein entsprechendes Konzept beauftragen. Dafür ist nun eine europaweite Ausschreibung gestartet worden, veröffentlicht im Amtsblatt der EU. Gesucht werden drei Varianten, was sich gegen die sogenannten Überstauereignisse machen lässt. (sta)

MEHR ZUM THEMA
Dokumentation zur kommunalen Außenbeleuchtung unter:
<https://kurzelinks.de/5-Beleuchtung>