

UPDATE ÖPNV-RECHT

ZULÄSSIGE REICHWEITE DES FINGIERTEN BETRIEBSÜBERGANGS; ANFORDERUNGEN AN EINE PREISGLEITKLAUSEL

VK Thüringen, Beschl. v. 03.07.2019 – 250-4003-11441/2019-E-003-HBN

Auftraggeber A schrieb im Zuge einer EU-weiten Ausschreibung Busverkehrsleistungen aus. Die Vergabeunterlagen enthielten u. a. Regelungen zu einer Personalübernahmeverpflichtung, die zum einen auch Arbeitnehmer einschlossen, die von Subunternehmern der bisherigen Bestandsbetreiberin (B) eingesetzt wurden, und zum anderen auch für B gelten sollten. Zudem gab es eine Preisgleitungsregelung, nach welcher eine Preisanpassung in Anlehnung an bestimmte Indices des Statistischen Bundesamtes erfolgen sollte. Während des laufenden Verfahrens rügte B u. a. diese Vorgaben in den Vergabeunterlagen und stellte, nachdem A den Rügen nicht abhalf, noch vor Ablauf der Angebotsfrist einen Nachprüfungsantrag.

Die VK stellte fest, dass A gemäß Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 grundsätzlich berechtigt gewesen sei, den Neubetreiber zu einer Übernahme der Arbeitnehmer, „die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden“, zu verpflichten. Hierbei sei kein unmittelbares Arbeitsverhältnis mit dem Bestandsbetreiber erforderlich, so dass auch Arbeitnehmer von Subunternehmern hiervon umfasst werden können. Allerdings setze eine Betriebsübergangsregelung nach der VO-Norm zwingend eine Personenverschiedenheit zwischen dem Alt- und dem Neubetreiber voraus. Vorliegend sei die Übernahmeverpflichtung, soweit sie auch für B gelten sollte, daher nicht von der VO-Norm gedeckt.

Die Verwendung der als marktüblich und transparent anzusehenden Preisgleitungsklausel begegne hingegen keinen vergaberechtlichen Bedenken; auch nicht vor dem Hintergrund des Vortrags von B, dass vorliegend nach einem (repräsentativen) Tarifvertrag Personalkostenanstiege zu erwarten seien, die von den von A vorgegebenen Indices nicht abgebildet würden. Solche Lohnsteigerungen stellten kein unzulässiges untypisches Preis- und Kalkulationsrisiko dar, zumal Bieter dieses bei der Angebotskalkulation mit Aufschlägen berücksichtigen könnten.

Bedeutung für die Praxis

Die hier in Rede stehenden Anforderungen an Betriebsübergangsregelungen nach Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 sind in der juristischen Fachliteratur bereits umfassend diskutiert worden, ohne dass es bislang eine Rechtsprechung zu derartigen Konstellationen gab. Mit dieser Entscheidung wird erstmals durch eine Nachprüfungsinstanz klargestellt, dass auch die Arbeitnehmer von Subunternehmern in den Schutz von Vorgaben zum Betriebsübergang einbezogen werden können. Es überrascht allerdings, dass nach Auffassung der Vergabekammer der Bestandsunternehmer als einziger von dieser Übernahmepflicht ausgenommen sein soll.