

Deutscher Bundestag
2. Untersuchungsausschuss
der 19. Wahlperiode

MAT A SV-1/2

zu A-Drs.: 19(29)49

Anhörung

„Pkw-Maut und Pkw-Maut-Verträge – insbesondere europa-, haushalts- und vergaberechtliche Aspekte“

BT-Drs. 19/15543

16. Januar 2019

Stellungnahme zu den vergaberechtlichen Aspekten

An: Den Vorsitzenden des 2. Untersuchungsausschusses
der 19. Wahlperiode des Deutschen Bundestages

Von: Chatham Partners LLP

Datum: 15. Januar 2020

Inhaltsverzeichnis

A.	ZUSAMMENFASSUNG DER RECHTLICHEN BEURTEILUNG.....	4
B.	HINTERGRUND UND SACHVERHALT	5
C.	WESENTLICHER INHALT DES LINKLATERS-GUTACHTENS.....	9
D.	RECHTLICHE BEURTEILUNG.....	10
I.	BEDENKEN HINSICHTLICH DER GESTALTUNG DES VERGABEVERFAHRENS	10
	1. ZWEIFEL AN DER VERGABEREIFE	10
	2. GESTALTUNG DER VERGABEUNTERLAGEN UND DES BETREIBERVERTRAGS	11
	2.1 UNGENÜGENDE MAßNAHMEN ZUR GEWÄHRLEISTUNG REALISTISCHER PREISE BEI ERSTANGEBOTEN	11
	2.2 UNANGEMESSENE SCHIEDSGERICHTSKLAUSEL	12
II.	DURCHFÜHRUNG DES VERGABEVERFAHRENS.....	12
	1. UNZULÄSSIGE VERHANDLUNG MIT NUR EINER VON VIER BIETERGEMEINSCHAFTEN NACH ABGABE DES FINALEN ANGEBOTS	12
	1.1 UNZULÄSSIGE VERHANDLUNG ÜBER ENDGÜLTIGES ANGEBOT	13
	1.2 UNZULÄSSIGE DISKRIMINIERUNG DER ÜBRIGEN BIETER	15
	1.3 UNZULÄSSIGE VERHANDLUNG ÜBER MINDESTANFORDERUNGEN.....	16
	2. VERSTOß GEGEN DOKUMENTATIONSPFLICHT.....	16
	3. UNZULÄSSIGE VERÄNDERUNG DER VERGABEUNTERLAGEN FÜR DAS 2. BAFO.....	17
	4. ZWEIFEL AN ZUSCHLAGSFÄHIGKEIT DES 2. BAFO	18
	4.1 ZWEIFEL AN WIRTSCHAFTLICHKEIT DES 2. BAFO	18
	4.2 ZUSCHLAG AUF GRUNDLAGE EINER BELASTBAREN ABSCHLIEßENDEN WIRTSCHAFTLICHKEITSUNTERSUCHUNG?.....	19
III.	NACHTRÄGLICHE ÄNDERUNGEN DES BETREIBERVERTRAGS: UNTERBEAUFTRAGUNG TOLL COLLECT	20
	1. UNTERBEAUFTRAGUNG DER TOLL COLLECT ALS WESENTLICHE ÄNDERUNG?	20
	1.1 WESENTLICHE ÄNDERUNG AUFGRUND INTRANSPARENTER RISIKOVERLAGERUNG	21
	1.2 REGELBEISPIELE DES § 132 ABS. 1 S. 3 GWB.....	21
	1.3 KEINE FREISTELLUNG NACH § 132 ABS. 2 UND 3 GWB	22
	2. PFLICHT ZUR NEUAUSSCHREIBUNG DER LKW-MAUT AUFGRUND DER UNTERBEAUFTRAGUNG TOLL COLLECTS?	22
IV.	VERGABERECHTSKONFORME ALTERNATIVEN	23
	1. MÖGLICHKEIT DER VERFAHRENSBEENDIGUNG.....	23
	1.1 AUFHEBUNG VOR ABGABE DES 1. BAFO	24

1.2 AUFHEBUNG NACH ABGABE DES 1. BAFO	24
1.3 AUFHEBUNG VOR ODER UNMITTELBAR NACH ABGABE DES 2. BAFO	25
2. MÖGLICHKEIT DER ZURÜCKVERSETZUNG DES VERFAHRENS	26
3. MÖGLICHKEIT DER „AUSSETZUNG“ DES VERFAHRENS	26
PKW-MAUT – ANLAGE 1	28

A. Zusammenfassung der rechtlichen Beurteilung¹

Ausgehend von dem öffentlich bekannten Sachverhalt hat das Bundesverkehrsministerium (*BMVI*) in mehrfacher Hinsicht gegen das geltende Vergaberecht verstoßen:

- ▶ Bereits die Gestaltung des Vergabeverfahrens begegnet umfassenden Bedenken.
 - ▷ Zweifelhaft ist zunächst, ob angesichts der Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Unionsrechtskonformität des Gesamtkonzepts der Pkw-Maut die erforderliche Vergabereife für die Ausschreibung des Auftrags Betreibervertrag gegeben war.
 - ▷ Fraglich ist zudem, ob das BMVI bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen, insbesondere des Betreibervertrages, gängige Standards zur Gewährleistung eines wirksamen Preiswettbewerbs bei Verhandlungsverfahren beachtet hat.
- ▶ Die Durchführung des Vergabeverfahrens in seiner konkreten Form hat gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen.
 - ▷ Unzulässig waren zunächst die Verhandlungsgespräche allein mit der Bietergemeinschaft Paspagon nach Abgabe des 1. BAFO.
 - ▷ Unabhängig davon bestehen Anhaltspunkte dafür, dass das BMVI auch gegen seine Verpflichtung verstoßen hat, sämtliche Verhandlungsgespräche aktenkundig zu machen und zu protokollieren.
 - ▷ Ferner besteht Anlass zur Annahme, dass die nach Abgabe des 1. BAFO an den Vergabeunterlagen vorgenommenen Änderungen unzulässig waren, soweit sie Mindestanforderungen betrafen und die Identität des Beschaffungsgegenstandes veränderten.
 - ▷ Zweifel bestehen schließlich daran, ob das 2. BAFO wirtschaftlich und daher zuschlagsfähig war.
- ▶ Die nachträglichen Änderungen des Betreibervertrages aufgrund der Unterbeauftragung der Toll Collect werfen ebenfalls vergaberechtliche Bedenken auf.
 - ▷ Die Vereinbarung des Unterauftragnehmervertrags, der Zustimmungvereinbarung und der Innenvereinbarung zwischen dem BMVI, autoTicket und Toll Collect im Mai 2019 könnte eine wesentliche Änderung des Betreibervertrags im Sinne von § 132 Abs. 1 S. 1 GWB darstellen, die ohne Durchführung einer neuen öffentlichen Ausschreibung unzulässig ist.
 - ▷ Darüber hinaus lässt sich ausgehend von den öffentlich bekannten Informationen nicht ausschließen, dass der Abschluss des Unterauftragnehmervertrags mit Toll Collect die Zulässigkeit der In-House-Vergabe des LKW-Maut-Betreibervertrags nachträglich entfallen ließ und den Bund zu einer neuerlichen öffentlichen Ausschreibung des Lkw-Maut-Betreibervertrags verpflichtete.
- ▶ Statt der vergaberechtswidrigen Erteilung des Zuschlags auf den Betreibervertrag hätte das BMVI vergaberechtskonforme Alternativen ergreifen können und sollen:
 - ▷ Das BMVI hätte zunächst das Verfahren zu mehreren Zeitpunkten, insbesondere nach Abgabe des 1. BAFO, spätestens aber nach Abschluss der Verhandlungen über das 1. BAFO, beenden können, ohne gegen Vergaberecht zu verstoßen.

¹ Die Ausführungen in der Zusammenfassung verwenden teilweise Begrifflichkeiten, die im Hauptteil der Stellungnahme näher definiert sind.

- ▷ Erst recht hätte nach Abgabe des 1. BAFO, welches das BMVI selbst mangels Wirtschaftlichkeit für nicht zuschlagsfähig befand, eine Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Abgabe des 1. BAFO nahegelegen, um auch den anderen Bietergemeinschaften eine faire und wettbewerbliche Verfahrensteilnahme zu ermöglichen.
- ▷ Schließlich wäre dem BMVI eine „Aussetzung“ des Verfahrens bis zur Entscheidung des EuGH möglich gewesen, gerade auch vor dem Hintergrund des Angebots der verbliebenen Bietergemeinschaft, mit der Vertragsunterzeichnung bis zu einem EuGH-Urteil zu warten.

B. Hintergrund und Sachverhalt

Der dieser Stellungnahme zugrunde gelegte Sachverhalt wurde bereits eingängig im Rahmen unseres im Auftrag der Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag erstellten Gutachtens „*PKW-Maut – Vorhersehbarkeit des EuGH-Urteils und angemessene Berücksichtigung in den vergebenen Aufträgen*“ vom 23. August 2019 (**Chatham-Gutachten**) dargestellt.² Nach unserem Verständnis sind die tatsächlichen Gegebenheiten unter Berücksichtigung der Darstellung in der „*Gutachterlichen Stellungnahme zur Üblichkeit und Angemessenheit der Kündigungsregelungen im Betreibervertrag vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur Pkw-Maut*“ der Sozietät Linklaters LLP im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums (**BMVI**) vom 23. Oktober 2019³ (**Linklaters-Gutachten**) weitgehend unstrittig.

Nachfolgend sollen daher nur die wesentlichen Inhalte wiedergegeben werden. Da die vergaberechtliche Prüfung jedoch nicht losgelöst von der Historie des Verfahrens auf europäischer Ebene betrachtet werden kann, enthält die Darstellung – neben Aspekten des Vergabeverfahrens – auch Teile der unionsrechtlichen Bewertung:

- ▶ Die deutsche Pkw-Maut⁴ wurde bereits im Sommer 2015 Gegenstand eines von der Europäischen Kommission (**Kommission**) gegen die Bundesrepublik Deutschland (**Deutschland** oder **Auftraggeber**) eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens.
- ▶ Am 1. Dezember 2016 verständigten sich die Kommission und Deutschland auf Anpassungen der Maut-Gesetze, die Deutschland in der Folge entsprechend umsetzte. Am 17. Mai 2017 stellte die Kommission das Verfahren gegen Deutschland ein. Sie erklärte hierzu, dass die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften angepasst worden seien und das Verfahren aufgrund dieser Änderung und „des Bedürfnisses, breite politische Unterstützung für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für ein gemeinsames europäisches System der Entgelte für Straßenbenutzung zu erhalten“⁵, eingestellt worden sei.
- ▶ Rund vier Wochen nach Einstellung des Kommissionsverfahrens schrieb das BMVI u.a. einen Auftrag mit dem Gegenstand „*Entwicklung, Aufbau und Betrieb eines Systems für die Erhebung der*

² S. 5 ff. Chatham-Gutachten.

³ S. 4 ff. Linklaters-Gutachten (abrufbar unter: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/K/gutachten-maut-linklaters.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

⁴ Der Begriff ist stark vereinfachend, wird aber hier aufgrund seiner Sprachgebräuchlichkeit und insbesondere mit Blick auf die im Rahmen des Untersuchungsausschusses verwendete, gleichlautende Terminologie als Oberbegriff für die Maut-Gesetzgebung zugrunde gelegt. Diese wurde ursprünglich am 08.06.2015 in Gestalt des „*Gesetzes zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen*“ (**InfrAG**)⁴ sowie des „*Zweiten Verkehrssteueränderungsgesetzes*“ (**2. VerkStÄndG**)⁴ verabschiedet. Die Maut-Gesetze traten am 12.06.2015 in Kraft und sahen die Einführung einer Infrastrukturabgabe auf die Nutzung des deutschen Bundesfernstraßennetzes bei gleichzeitiger Einführung eines Steuerentlastungsbetrags bei der Kfz-Steuer für in Deutschland zugelassene Fahrzeuge vor.

⁵ Stellungnahme der Kommission vom 26.11.2018 im (späteren) Verfahren vor dem EuGH, nachdem dieser sich am 12.11.2018 mit einem Klarstellungsersuchen an sie gewandt hatte, wiedergegeben in Generalanwalt beim EuGH *Wahl*, Schlussanträge vom 06.02.2019, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:99, Rz. 26.

Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen (Infrastrukturabgaberehebungssystem)“ (**Auftrag Betreibervertrag**) europaweit aus.⁶ Bestandteil der Vergabeunterlagen war insbesondere auch der ursprüngliche Entwurf des Betreibervertrages, der die Festsetzung und den Einzug (Mahnungen und Erlass von Vollstreckungsanordnungen) der Pkw-Maut regelte.⁷ Nach Eingang der Teilnahmeanträge forderte das BMVI am 8. September 2017 vier Bietergemeinschaften zur Abgabe von Erstangeboten bis zum 23. November 2017 auf.

- ▶ Parallel zu diesem Vergabeverfahren befasste die Republik Österreich (**Österreich**) die Kommission mit Schreiben vom 7. Juli 2017 erneut mit der (geänderten) Pkw-Maut-Gesetzgebung. Die Kommission gab hierzu innerhalb der unionsrechtlich vorgesehenen Dreimonatsfrist keine mit Gründen versehene Stellungnahme ab. Daraufhin erhob Österreich am 12. Oktober 2017 Klage beim Gerichtshof der Europäischen Union (**EuGH**).
- ▶ Während des laufenden EuGH-Verfahrens führte das BMVI von Februar bis März 2018 Verhandlungen mit den vier ausgewählten Bietergemeinschaften über deren Erstangebote. Im Rahmen dieser Verhandlungen sollen die Bietergemeinschaften nach Auskunft des Linklaters-Gutachtens neben vielen anderen Aspekten die Kündigungsmöglichkeit des Auftraggebers aus ordnungspolitischen Gründen bemängelt und das Risiko des Eintritts ordnungspolitischer Gründe, insbesondere einer negativen EuGH-Entscheidung, nicht als ihrer Risikosphäre zugehörig angesehen haben. Auch soll nach Auffassung der Bietergemeinschaften dieses Risiko nicht kalkulierbar gewesen sein, so dass ohne entsprechende Anpassung des Entwurfs des Betreibervertrages, vor allem hinsichtlich der Entschädigung im Falle einer solchen Kündigung, die Abgabe eines finalen Angebotes nicht möglich gewesen wäre. Eine Kündigung aus ordnungspolitischen Gründen durch den Auftraggeber soll nur akzeptabel gewesen sein, wenn die Bieter im Nachgang hierzu angemessen entschädigt würden.⁸
- ▶ Das BMVI überarbeitete daraufhin die Vergabeunterlagen und entschied u.a., statt – wie ursprünglich – des Nettokaufpreises⁹ den tatsächlichen Bruttoundernehmenswert¹⁰ als Grundlage für die Berechnung des Schadensersatzanspruches im Falle der Kündigung durch den Auftraggeber allein aus ordnungspolitischen Gründen in den Entwurf des Betreibervertrages (**Entwurf Betreibervertrag 2018**) aufzunehmen. Mit Schreiben vom 31. Mai 2018 forderte es die vier Bietergemeinschaften auf, nach Maßgabe der angepassten Vergabeunterlagen ihre finalen Angebote abzugeben; ursprünglich mit Fristsetzung zum 8. August 2018, später auf Bitten einer der Bietergemeinschaften¹¹ verlängert bis zum 17. Oktober 2018.¹²

⁶ Deutschland-Berlin: Hilfstätigkeiten für den Straßenverkehr, 2017/S 111-223607, Auftragsbekanntmachung (abrufbar unter: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:223607-2017:TEXT:DE:HTML&tabId=1>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020). Da sich das Linklaters-Gutachten und auch die vergaberechtlich relevanten Fragestellungen im Wesentlichen auf den Auftrag Betreibervertrag beziehen, werden sich unsere nachfolgenden Ausführungen auf diesen Themenkomplex beschränken. Der Vollständigkeit halber sei indes darauf hingewiesen, dass neben diesem Auftrag auch ein Auftrag mit der Bezeichnung „Planung, Errichtung, Entwicklung, Betrieb und Unterhaltung des automatischen ISA-Kontrolleinrichtungssystems“⁶ am 14.06.2017 europaweit ausgeschrieben wurde, s. Deutschland-Berlin: Hilfstätigkeiten für den Straßenverkehr, 2017/S 112-225571, Auftragsbekanntmachung (abrufbar unter: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:225571-2017:TEXT:DE:HTML>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

⁷ Der ursprüngliche Entwurf des Betreibervertrags lag uns zum Zeitpunkt der Stellungnahme nicht vor.

⁸ Die entsprechenden Unterlagen lagen uns nicht vor, wurden jedoch im Linklaters-Gutachten und dem „Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 HBO über die Verträge zur Infrastrukturabgabe“ des Bundesrechnungshofes vom 18.11.2019, Gz. V 3 – 2019 – 0378 (**Bundesrechnungshof-Bericht**) in Bezug genommen.

⁹ Im Ergebnis ein „angepasster Bruttoundernehmenswert“, so Bundesrechnungshof-Bericht, S. 10.

¹⁰ Abzüglich ersparter Aufwendungen und des durch anderweitige Verwendung von Arbeitskräften und sonstigen Ressourcen Erworbenen oder böswillig nicht Erworbenen.

¹¹ Die Telekom-Tochter T-Systems hatte das BMVI aufgrund von Streit im Bieterkonsortium um Verlängerung ersucht, siehe Handelsblatt, Artikel: „T-Systems bremst Pkw-Mautsystem“ vom 09.09.2018 (abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/mautmarkt-in-deutschland-t-systems-bremst-pkw-mautsystem/23014868.html?ticket=ST-45654700-Ev4cjFTIlgEQbHRnMZZw-ap2>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

¹² Bereits am 03.10.2018, also vor Abgabe des 1. BAFO, sollen sich – nach Darstellung des BMVI – hochrangige Vertreter des BMVI mit Vertretern der Bietergemeinschaft Paspagon getroffen haben, um sich insbesondere über die Technik bei der Kontrolle wie auch bei der Erhebung bei der Infrastrukturabgabe auszutauschen.

- ▶ Mit der Bietergemeinschaft Paspagon, bestehend aus der Kapsch TrafficCom AG und der CTS Eventim AG & Co. KGaA, gab nur ein Bieter am 17. Oktober 2018 ein finales Angebot ab (*1. BAFO*, englisch für *Best and Final Offer*). Der Angebotspreis belief sich auf brutto nominal rd. 3,065 Mrd. EUR.¹³ Er lag somit nicht nur oberhalb des Erstangebots, sondern auch der in den Haushaltsplan 2018 aufgenommenen und damit öffentlich bekannten Verpflichtungsermächtigung für den Auftrag Betreibervertrag in Höhe von 1,977 Mrd. EUR. Das BMVI befand das 1. BAFO daher mangels Wirtschaftlichkeit für nicht zuschlagsfähig.¹⁴
- ▶ In der Folge führte das BMVI mit der Bietergemeinschaft Paspagon im Zeitraum vom 22. November 2018 bis einschließlich 7. Dezember 2018 zahlreiche offizielle Aufklärungs-/Verhandlungsgespräche, bei denen nach Auskunft des BMVI der Angebotsinhalt des 1. BAFO sowie der Entwurf Betreibervertrag 2018 mit der Bietergemeinschaft Paspagon erörtert und verhandelt wurde.¹⁵ Presseberichten zufolge gab es mindestens drei weitere Geheimtreffen mit der Bietergemeinschaft Paspagon am 22. und 29. November 2018 sowie am 7. Dezember 2018, die nicht durch entsprechende Protokolle dokumentiert sind, aber zwischenzeitlich vom BMVI bestätigt wurden.¹⁶
- ▶ Nach Abschluss der Verhandlungen über das 1. BAFO passte das BMVI die Vergabeunterlagen in der Leistungsbeschreibung und den Entwurf des Betreibervertrages wie folgt erneut an:
 - ▷ Während in den ursprünglichen Entwürfen des Betreibervertrages noch vorgesehen war, dass der Betreiber eine eigene Zahlstelleninfrastruktur zu errichten habe, wurde im Zuge der Verhandlungen nach Eingang des 1. BAFO besprochen, dass die Bietergemeinschaft Paspagon auf die bestehende Zahlungsinfrastruktur der Toll Collect GmbH (*Toll Collect*) und deren Erfahrungen bei der Errichtung und dem Betrieb der Lkw-Mautinfrastruktur zugreifen könne. Toll Collect sollte dem Betreiber für die Mitnutzung keine Kosten berechnen, die die vertraglich festgelegten Beträge übersteigen. Darüber hinausgehende Kosten sollte Deutschland der Toll Collect direkt erstatten.¹⁷
 - ▷ Ursprünglich sollte die Toll Collect allerdings nur (noch) für einen kurzen Zeitraum im Eigentum des Bundes verbleiben. Der Haushaltsplan 2019 sah jedenfalls eine entsprechende Veräußerung und Einnahmen in Höhe von 350 Mio. EUR im Jahr 2019 vor. Durch den Bund zu tragende Kosten für die Mitbenutzung des Zahlstellenetzes der Toll Collect waren im Haushalt 2019 demgegenüber nicht vorgesehen.¹⁸ Nach Angaben des BMVI konnte der Angebotspreis durch die entsprechende Änderung um 360 Mio. EUR reduziert werden.¹⁹
 - ▷ Zusätzlich zur Einbeziehung der Toll Collect wurden Vergütungsbestandteile, die in den ursprünglichen Entwürfen des Betreibervertrages noch als feste Vergütungsbestandteile deklariert waren, im Nachgang zu den Verhandlungen als variable Vergütung ausgestaltet. Dies betraf zunächst die „*Variable Vergütung Vorgänge*“ und „*Variable Vergütung Digitalisierung*“.²⁰

¹³ Schreiben des Parlamentarischen Staatssekretärs im BMVI, Steffen Bilger MdB, an Oliver Luksic MdB vom 21.08.2018, Beantwortung der Frage Nr. 205/August.

¹⁴ So Bundesrechnungshof-Bericht, S. 13.

¹⁵ Siehe BMVI, „*Chronologie*“ (abrufbar unter: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/K/Maut/top-7-chronologie.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

¹⁶ Siehe Spiegel-Online, Artikel: „*Geheimgespräche belasten Verkehrsminister Scheuer*“ vom 20.09.2019 (abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/pkw-maut-geheimgespraeche-belasten-andreas-scheuer-a-1287758.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020); und Capital, Artikel: „*Weiteres Geheimtreffen mit Mautfirmen belastet Scheuer*“ vom 07.10.2019 (abrufbar unter: <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/weiteres-geheimtreffen-mit-mautfirmen-belastet-scheuer>, zuletzt abgerufen am: 15.01.2020).

¹⁷ Siehe Bundesrechnungshof-Bericht, S. 14. Ausweislich der dortigen Fn. 18 beliefen sich die vertraglich festgelegten Beträge auf EUR 0,70 für die Abwicklung einer jeden Bargeldtransaktion und 0,8% des jeweiligen Umsatzes bei unbaren Transaktionen.

¹⁸ Bundeshaushaltsplan 2019, Einzelplan 12, Titelnnummer 133 21-790, „*Einnahmen aus der Veräußerung der Geschäftsanteile an der Toll Collect GmbH*“ (abrufbar unter: https://www.bundshaushalt.de/fileadmin/de.bundshaushalt/content_de/dokumente/2019/soll/epl12.pdf#page=9, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

¹⁹ So Bundesrechnungshof-Bericht, S. 14, Fn. 17.

²⁰ So Bundesrechnungshof-Bericht, S. 14 f..

Darüber hinaus sollten auch künftig anfallende Portokosten für Schreiben an Maut-Schuldner, die zuvor noch Teil der festen Vergütung waren, vom Betreiber im Auftrag des Bundes verauslagt werden. Die Kosten hierfür sollte der Bund tragen. Ziele waren vor allem eine Reduzierung des Personalaufwandes und die Einsparung von Umsatzsteuer auf Portokosten.²¹

- ▶ Am 11. Dezember 2018 fand die mündliche Verhandlung vor dem EuGH statt. Deren Verlauf und insbesondere die vor Ort ausgetragenen Argumente sind nicht öffentlich bekannt.
- ▶ Am 11. Dezember 2018 forderte das BMVI die Bietergemeinschaft Paspagon zur Abgabe eines „zweiten finalen Angebots“ auf Grundlage der angepassten Vergabeunterlagen bis zum 13. Dezember 2018 auf. Ausweislich des Bundesrechnungshof-Berichts wurden dabei die weiteren, zuvor am Vergabeverfahren beteiligten Bieter nicht erneut einbezogen.²²
- ▶ Am 13. Dezember 2018 gab die Bietergemeinschaft Paspagon ein „zweites“ finales Angebot für den Auftrag Betreibervertrag ab (2. **BAFO**). Der Angebotspreis des 2. BAFO belief sich auf brutto nominal rd. 1,975 Mrd. EUR. Das BMVI erteilte hierauf am 30. Dezember 2018 den Zuschlag auf den final verhandelten Betreibervertrag (**Betreibervertrag**). Die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für den Auftrag Betreibervertrag wurde im Mai 2019, also erst nach Abschluss des Betreibervertrags, final dokumentiert.
- ▶ Am 6. Februar 2019 stellte Generalanwalt *Wahl* seine Schlussanträge. Der Generalanwalt schlug dem EuGH eine Abweisung der Klage Österreichs vor. Er begründete dies insbesondere damit, dass sich Fahrer ausländischer Fahrzeuge einerseits und Halter deutscher Fahrzeuge andererseits nicht in vergleichbaren Situationen befänden, sodass es bereits an der Voraussetzung einer Diskriminierung fehle.²³
- ▶ Der EuGH schloss sich diesem unverbindlichen Vorschlag nicht an. Mit seinem am 18. Juni 2019 verkündeten Urteil entschied er stattdessen, dass Deutschland mit der konkreten gesetzgeberischen Gestaltung zur Einführung der Pkw-Maut gegen seine Verpflichtungen aus Art. 18, 34, 56 und 92 AEUV verstoßen hat.²⁴
- ▶ Unmittelbar im Anschluss an das negative EuGH-Urteil kündigte das BMVI den Betreibervertrag mit Schreiben vom 18. und 25. Juni 2019 außerordentlich. Die entsprechenden Kündigungsschreiben sind nicht öffentlich zugänglich. Nach den Ausführungen im Linklaters-Gutachten²⁵ und dem Bundesrechnungshof-Bericht²⁶ brachte das BMVI neben ordnungspolitischen Gründen noch weitere Kündigungsgründe vor und entschied sich mit Schreiben vom 29. August 2019 für die Option Abwicklung, d.h. gegen eine Übernahme des Mautsystems.

Vereinfacht stellt sich der zeitliche Ablauf des vergaberechtlich relevanten Geschehens nach alledem wie folgt dar:

²¹ Näheres im Bundesrechnungshof-Bericht, S. 14 f.

²² So Bundesrechnungshof-Bericht, S. 16.

²³ Generalanwalt beim EuGH *Wahl*, Schlussanträge vom 06.02.2019, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:99, Rz. 46-58, insbesondere Rz. 50: „Daher sind die Halter inländischer Fahrzeuge und die Fahrer ausländischer Fahrzeuge im Hinblick auf die Benutzung der deutschen Autobahnen vergleichbar, aber sie sind nicht vergleichbar, wenn man sie im Licht beider Maßnahmen prüft, d. h., wenn man sie sowohl als Benutzer deutscher Autobahnen als auch als Steuerzahler betrachtet.“

²⁴ EuGH, Urteil vom 18.06.2019, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504.

²⁵ Linklaters-Gutachten, S. 15.

²⁶ Bundesrechnungshof-Bericht, S. 7.

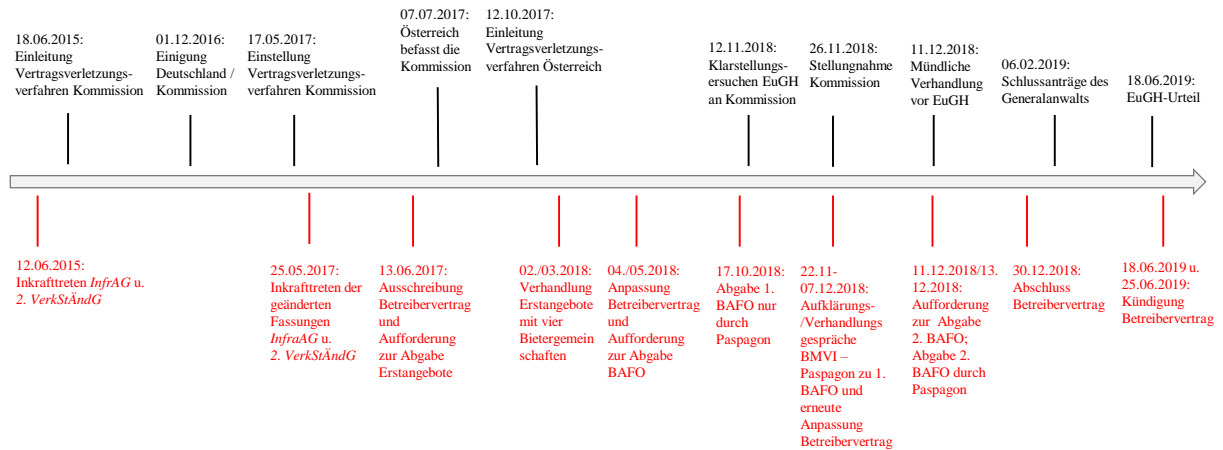


Abb. 1 – Zeitstrahl Sachverhalt Pkw-Maut (ebenfalls beigelegt als Anlage 1)

C. Wesentlicher Inhalt des Linklaters-Gutachtens

Das Linklaters-Gutachten verhält sich nur sehr eingeschränkt zu Fragen des Vergaberechts.²⁷ Die wesentlichen Aussagen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- ▶ Das Vergabeverfahren für den Betreibervertrag sei bis zum Dezember 2018 vollständig abgeschlossen und das Projekt aufgrund des wirtschaftlichen zweiten finalen Angebotes zuschlagsfähig gewesen.²⁸
- ▶ Bei einem Zuwarten und entsprechenden Aussetzen des Vergabeverfahrens bis zur Entscheidung des EuGH hätte ein erhebliches Risiko bestanden, dass der Betreibervertrag überhaupt nicht zustande kommt. Insbesondere sei eine Verhandlung mit dem ausgewählten Bieter über eine Verlängerung der Bindefrist für den Bund nicht hinnehmbar gewesen.²⁹
- ▶ Erst recht sei eine Aufhebung des Vergabeverfahrens und eine anschließende Neuausschreibung keine sachgerechte Handlungsalternative gewesen. Dies hätte zu einer erheblichen Verzögerung der Einführung des Infrastrukturabgabesystems geführt.³⁰
- ▶ Auch sei höchst zweifelhaft, ob die Angebotslage vor der EuGH-Entscheidung überhaupt zu einer Aufhebung des Vergabeverfahrens berechtigt hätte, da jedenfalls ein Angebot vorgelegen habe, das in einem wettbewerblichen Verfahren ermittelt worden sei.³¹ Zudem hätten andernfalls erhebliche Einnahmeausfälle im Bundeshaushalt gedroht und habe ein klarer Auftrag des Gesetzgebers zur zeitnahen Umsetzung der Infrastrukturabgabe vorgelegen.³²

²⁷ Linklaters-Gutachten, S. 63 ff.

²⁸ Linklaters-Gutachten, S. 63.

²⁹ Linklaters-Gutachten, S. 63 f.

³⁰ Linklaters-Gutachten, S. 64 f.

³¹ Linklaters-Gutachten, S. 65.

³² Linklaters-Gutachten, S. 58 ff.

D. Rechtliche Beurteilung

I. Bedenken hinsichtlich der Gestaltung des Vergabeverfahrens

Bereits die Gestaltung des Vergabeverfahrens begegnet umfassenden Bedenken. Zweifelhaft ist zunächst, ob angesichts der Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Unionsrechtskonformität des Gesamtkonzepts der Pkw-Maut die erforderliche Vergabereife für die Ausschreibung des Auftrags Betreibervertrag gegeben war (unter **I.1.**). Fraglich ist zudem, ob das BMVI bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen, insbesondere des Betreibervertrages, gängige Standards zur Gewährleistung eines erfolgreichen Vergabeverfahrens beachtet hat (unter **I.2.**).

1. Zweifel an der Vergabereife

Es bestehen erhebliche Zweifel daran, dass für die Ausschreibung des Auftrags Betreibervertrag bereits die erforderliche³³ Vergabereife gegeben war. Ein Vergabeverfahren darf danach nicht vorzeitig eingeleitet werden oder auf eine rechtlich oder tatsächlich unmögliche Leistung gerichtet sein.³⁴ Die Vergabereife setzt die formelle und konzeptionelle Ausschreibungsreife voraus.³⁵ Die formelle Ausschreibungsreife liegt vor, wenn alle Vergabeunterlagen fertiggestellt sind.³⁶ Die konzeptionelle Ausschreibungsreife ist gegeben, wenn keine tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse der Leistungsausführung in den vorgegebenen Fristen entgegenstehen.³⁷

Rechtliche Risiken, die einer Leistungsausführung entgegenstehen, sind danach im Rahmen der konzeptionellen Ausschreibungsreife zu beachten. Die konzeptionelle Ausschreibungsreife fehlt, wenn durch ungeklärte rechtliche Vorfragen die Ausführung der Leistung in einem eingrenzbaeren Zeitraum nicht sicher ist und deswegen ein Hindernis für die Leistungsausführung darstellt.³⁸ Für die Bewertung offener Rechtsfragen bei der Prüfung der Ausschreibungsreife steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum mit prognostischen Elementen zu.³⁹ Ausreichend für das Vorliegen der Ausschreibungsreife ist es, wenn der Auftraggeber beurteilungsfehlerfrei zum Schluss kommt, dass der Leistungsausführung keine zivil- oder öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen.⁴⁰ Frei von Fehlern ist eine solche behördliche Beurteilung, wenn die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten worden sind, die Behörde von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist und sie ferner den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat. Des Weiteren hat die Behörde sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe zu halten und darf schließlich das Willkürverbot nicht verletzen.⁴¹

Nach diesen Maßstäben bestehen – vorbehaltlich einer weiteren Sachverhaltsaufklärung – erhebliche Zweifel daran, ob für die Ausschreibung des Auftrags Betreibervertrages angesichts des erheblichen Risikos einer Unionsrechtswidrigkeit der Pkw-Maut die konzeptionelle Ausschreibungs- und damit Vergabereife gegeben war. Eine entsprechende Entscheidung des EuGH, die – wie geschehen – die Pkw-Maut in ihrer vom Gesetzgeber beschlossenen Gestalt für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklärt, hätte die unter dem

³³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.11.2013 – VII-Verg 20/13, Rz. 32, juris; *Lampert*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 121 GWB, Rn. 119; *Mutschler-Siebert/Queisner*, NZBau 2014, 535. Wie dieser Grundsatz normativ zu verankern ist, wird uneinheitlich beurteilt; für eine Ableitung aus § 121 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 GWB: *Lampert*, ebd.

³⁴ *Lampert* (Fn. 33), § 121 GWB, Rn. 119.

³⁵ *Lampert* (Fn. 33), § 121 GWB, Rn. 119; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Fragen zum Vergabeverfahren, Az. WD 7 - 3000 - 109/19, S. 5.

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.11.2013 – VII-Verg 20/13, Rz. 31, juris; *Lampert* (Fn. 33), § 121 GWB, Rn. 119.

³⁷ *Mutschler-Siebert/Queisner*, NZBau 2014, 535 f.; *Lampert* (Fn. 33), § 121 GWB, Rn. 119; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Fragen zum Vergabeverfahren, Az. WD 7 - 3000 - 109/19, S. 5.

³⁸ Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Fragen zum Vergabeverfahren, Az. WD 7 - 3000 - 109/19, S. 5.

³⁹ *Lampert* (Fn. 33), § 121 GWB, Rn. 123.

⁴⁰ *Lampert* (Fn. 33), § 121 GWB, Rn. 123.

⁴¹ St. Rspr., siehe nur BVerwG, Urteil vom 16.05.2007 – 3 C 8/06, Rz. 38, juris.

Betreibervertrag geschuldete Erhebung der Pkw-Maut von Fahrern oder Haltern ausländischer Pkw⁴² rechtlich unmöglich gemacht. Sie hätte folglich ein dauerndes rechtliches Hindernis für die vollständige Leistungsausführung begründet.

Bereits vor diesem Hintergrund erscheint es fragwürdig, ob das BMVI beurteilungsfehlerfrei zu dem Ergebnis kommen durfte, dass der Leistungsausführung keine unionsrechtlichen Hindernisse entgegenstanden. Für einen Beurteilungsfehler spricht insoweit, dass das BMVI selbst bei der fortlaufenden Bewertung dieses Risikos anfänglich nur von einem geringen, später wohl von einem lediglich mittleren Risiko ausging. Für einen Beurteilungsfehler spricht ferner, dass das BMVI nur eine Verzögerung des Projekts durch ein EuGH-Urteil zu Lasten Deutschlands für möglich erachtete, tatsächlich aber das Projekt durch Kündigungen vollständig abbrach. Auch die zahlreichen fachlichen Äußerungen unabhängiger Juristen, die das Gesamtkonzept der Pkw-Maut für unionsrechtswidrig erachteten, sprechen für einen Beurteilungsfehler des BMVI.⁴³ Gleiches gilt auch mit Blick auf die deutlich geäußerte Ablehnung der Bieter in dem Vergabeverfahren, das Risiko der Unionsrechtswidrigkeit zu übernehmen.⁴⁴

Sollte das BMVI den Auftrag Betreibervertrag trotz fehlender Vergabereife ausgeschrieben haben, so könnte sich das BMVI gegenüber sämtlichen Bietern in dem Verfahren schadensersatzpflichtig gemacht haben. Schreibt ein Auftraggeber trotz fehlender Ausschreibungsreife aus, so verhält er sich gegenüber den Bietern widersprüchlich und verletzt seine vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB.⁴⁵ Ein hieraus resultierender Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB umfasst in der Regel den Vertrauensschaden (sog. negative Interesse), der jedoch – anders als in §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB – nicht auf das Erfüllungsinteresse beschränkt ist.⁴⁶

2. Gestaltung der Vergabeunterlagen und des Betreibervertrags

Es bestehen ferner erhebliche Bedenken, ob das BMVI bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen und insbesondere des Betreibervertrags gängige Standards zur Gewährleistung eines wirksamen Preiswettbewerbs bei Verhandlungsverfahren beachtet hat.

2.1 Ungenügende Maßnahmen zur Gewährleistung realistischer Preise bei Erstangeboten

Klärungsbedürftig ist zunächst, ob das BMVI ausreichende Maßnahmen ergriffen hat, um bereits für die Erstangebote der Bieter die Abgabe realistischer Preisangebote zu gewährleisten. Zu diesem Zweck kann ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens unterschiedliche Maßnahmen ergreifen. Er kann sich zum einen gemäß § 17 Abs. 11 VgV in der Auftragsbekanntmachung die Möglichkeit vorbehalten, den Zuschlag auf das Erstangebot zu erteilen. Angesichts der Verbindlichkeit eines abgegebenen Erstangebots hat dies zur Folge, dass Bieter bereits im Rahmen des Erstangebots die erforderliche Sorgfalt bei der Preisgestaltung an den Tag legen müssen, von taktischen Angeboten abgehalten werden und der öffentliche Auftraggeber bereits zu einem frühen Zeitpunkt einen realistischen Eindruck von der Preislage erhält.

Alternativ kann der öffentliche Auftraggeber, wenn er sich den Zuschlag auf das Erstangebot nicht vorbehält, die Bieter dazu verpflichten, bei Angeboten nach dem Erstangebot den Preis des Erstangebots grundsätzlich nicht zu überschreiten. Eine Überschreitung bleibt im begründeten Einzelfall zulässig, soweit sie auf einen veränderten Leistungsumfang oder geänderte Finanzierungskosten zurückzuführen ist. Auch mit

⁴² Unter Beibehaltung der Kompensation von Haltern inländischer Pkw in Bezug auf die von diesen geschuldete Kfz-Steuer.

⁴³ Ausführlich hierzu Chatham-Gutachten, S. 8.

⁴⁴ Ausführlich insoweit Linklaters-Gutachten, S. 9 ff.

⁴⁵ *Lampert* (Fn. 33), § 121 GWB, Rn. 119.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 14.03.1991 – VII ZR 342/89, Rz. 28, juris; *Lorenz*, in: BeckOK BGB, 52. Edition 01.11.2019, § 280 BGB, Rn. 50. Der Anspruch ist vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Die Verjährung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften.

einer solchen Regelung können taktische Angebote verhindert und die Bieter frühzeitig zu einer sorgfältigen Risikobewertung und Kalkulation veranlasst werden.

Soweit ersichtlich, hat das BMVI keine dieser Maßnahmen ergriffen. In der Auftragsbekanntmachung selbst hat sich das BMVI einen Zuschlag auf die Erstangebote gemäß § 17 Abs. 11 VgV nicht vorbehalten.⁴⁷ Ferner indiziert der Umstand (soweit zutreffend), dass die Bietergemeinschaft Paspagon bei ihrem 1. BAFO ihr Erstangebot preislich tatsächlich deutlich überschritt, die Zulässigkeit einer preislichen Überschreitung des Erstangebots nach Maßgabe der Vergabeunterlagen. Andernfalls hätte der Auftraggeber das Angebot wegen Verstoßes gegen Mindestanforderungen ausschließen müssen.

2.2 Unangemessene Schiedsgerichtsklausel

Auf Bedenken stößt ferner die Vereinbarung eines Schiedsgerichtsverfahrens unter Ausschluss der Fach- und ordentlichen Gerichtsbarkeit in Ziffer 35.4.1 a) des Betreibervertrags. Bei staatlichen Gerichtsverfahren gilt für die Verhandlung und die Entscheidungsverkündung der Grundsatz der Öffentlichkeit, § 169 Abs. 1 GVG. Demgegenüber sieht der Betreibervertrag in Ziffer 35.1.10 für streitige Auseinandersetzungen die strikte Vertraulichkeit vor. Die Öffentlichkeit ist bei Schiedsverfahren grundsätzlich nicht zugelassen. Eine solche Regelung trägt dem Interesse der Parteien am Schutz von Geschäfts-, Betriebs- und Steuergeheimnissen Rechnung, das – jedenfalls für den Privaten – grundrechtlich durch die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) abgesichert ist.

Der Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs führt zu einem Ausschluss der Öffentlichkeit. Er schränkt die Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Rechenschaft im Umgang mit öffentlichen Mitteln ein.⁴⁸ Auch schränkt er das Recht der Legislative, die Exekutive zu kontrollieren, möglicherweise unangemessen ein.⁴⁹ Mit Blick auf die Erfahrungen langwieriger und kostenintensiver Schiedsverfahren bei der Toll Collect bestehen auch Zweifel, ob diese Nachteile tatsächlich durch Vorteile eines Schiedsverfahrens bei Geschwindigkeit und Kosten aufgewogen werden.⁵⁰

II. Durchführung des Vergabeverfahrens

Ausgehend von dem öffentlich bekannten Sachverhalt hat das BMVI darüber hinaus bei der Durchführung des Verhandlungsverfahrens gegen geltendes Vergaberecht verstoßen. Unzulässig waren die Verhandlungsgespräche mit der Bietergemeinschaft Paspagon nach Abgabe des 1. BAFO (unter **II.1.**). Unabhängig davon hat das BMVI mit einiger Wahrscheinlichkeit auch gegen seine Verpflichtung verstoßen, sämtliche dieser Verhandlungsgespräche aktenkundig zu machen und zu protokollieren (unter **II.2.**). Unzulässig dürfen ferner die nach Abgabe des 1. BAFO an den Vergabeunterlagen (insbesondere am Betreibervertrag) vorgenommenen Änderungen sein (unter **II.3.**). Zweifel bestehen auch daran, ob das 2. BAFO überhaupt wirtschaftlich und damit zuschlagsfähig war (unter **II.4.**).

1. Unzulässige Verhandlung mit nur einer von vier Bietergemeinschaften nach Abgabe des finalen Angebots

Die Gespräche des BMVI – insbesondere nach Abgabe des 1. BAFO – allein mit der Bietergemeinschaft Paspagon verstoßen gegen die rechtlichen Vorgaben das Verhandlungsverfahren betreffend, § 17 Abs. 10 S. 1, Abs. 3 VgV, sowie die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs und der Transparenz, § 97 Abs. 1 GWB. Das BMVI durfte gemäß § 17 Abs. 10 S. 1 VgV über das 1. BAFO nicht mehr

⁴⁷ Deutschland-Berlin: Hilfstätigkeiten für den Straßenverkehr, 2017/S 111-223607, Auftragsbekanntmachung (abrufbar unter: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:223607-2017:TEXT:DE:HTML&tabId=1>, zuletzt abgerufen am 08.01.2020).

⁴⁸ Ausführlich Bundesrechnungshof-Bericht, S. 26 f.

⁴⁹ So *Wolff*, NVwZ 2012, 205 ff.

⁵⁰ Vgl. Bundesrechnungshof-Bericht, S. 26 f.

verhandeln, da es ein endgültiges Angebot war (unter **II.1.1**). Es hätte jedenfalls nicht ausschließlich mit der Bietergemeinschaft Paspagon verhandeln dürfen (unter **II.1.2**). Ferner bestehen Anhaltspunkte dafür, dass das BMVI unzulässigerweise mit der Bietergemeinschaft Paspagon über Mindestanforderungen verhandelte (unter **II.1.3**).

1.1 Unzulässige Verhandlung über endgültiges Angebot

Die Gespräche des BMVI mit der Bietergemeinschaft Paspagon nach Abgabe des 1. BAFO verstoßen gegen § 17 Abs. 10 S. 1 VgV. Danach darf der öffentliche Auftraggeber mit den Bietern (nur) über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote verhandeln, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Verhandlungen über die endgültigen Angebote der Bieter sind danach weder vorgesehen noch zulässig.⁵¹ Die Grundsätze des fairen Preis- und Leistungswettbewerbs sowie der Gleichbehandlung gebieten es, dass die Bieter an Angebote, die sie nach Beendigung der Verhandlungen durch den öffentlichen Auftraggeber abgegeben haben, gebunden sind.⁵² So wie bei einem offenen Verfahren (ohne Verhandlung) jeder Bieter davon ausgehen muss, dass nur die bis zum Ablauf der Angebotsfrist eingegangenen Angebote bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden und eine nachträgliche Veränderung des Angebots ausgeschlossen ist, muss auch bei der Vergabe im Verhandlungsverfahren jeder Bieter darauf vertrauen können, dass nur Angebote gewertet werden, die nach Schluss der letzten Verhandlungsrunde des öffentlichen Auftraggebers und bis zur abschließenden Angebotswertung vorlagen.⁵³ Eine Änderung des Angebots danach, d.h. nach Ablauf der vom Auftraggeber festgelegten Einreichungsfrist, verstößt gegen das Gebot der Chancengleichheit und des fairen Wettbewerbs um den ausgeschriebenen Auftrag.⁵⁴ Kommt die Zuschlagserteilung auf die abgegebenen endgültigen Angebote nicht in Betracht, muss das Verfahren durch Aufhebung formal beendet werden.⁵⁵

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin.⁵⁶ Die vom BMVI in Bezug genommene Entscheidung aus dem Jahr 2013 erging zum einen noch zum alten Recht, dem eine eindeutige Regelung wie in § 17 Abs. 10 S. 1 VgV fehlte.⁵⁷ Zum anderen hatte die Vergabestelle in jenem Fall – anders als hier – allen Bietern gleichermaßen und transparent die Chance zur Abgabe eines weiteren Angebots eröffnet.⁵⁸

Das Verbot, über das endgültige Angebot zu verhandeln, muss schließlich auch unabhängig davon gelten, wie viele endgültige Angebote abgegeben wurden. Denn es schützt das berechnete Vertrauen sämtlicher Bieter darauf, dass – wie von dem Auftraggeber in der Aufforderung zur Abgabe eines endgültigen Angebots verbindlich mitgeteilt⁵⁹ – keine weitere Verhandlung stattfinden wird. Gerade dann, wenn nur einer von mehreren Bietern ein endgültiges Angebot abgibt, dürfen die übrigen Bieter, die sich – typischerweise aufgrund der unattraktiven Angebotsbedingungen – eines Angebots enthalten haben, berechtigterweise davon ausgehen, dass es bei diesen Angebotsbedingungen bleiben wird. Dies muss jedenfalls in Fällen gelten, in denen Bietern der Budgetrahmen des öffentlichen Auftraggebers bekannt ist – wie hier aufgrund der

⁵¹ *Fett*, in: MüKo Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Auflage 2018, § 17 VgV, Rn. 82; *Pünder/Klafki*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 17 VgV, Rn. 35; einschränkend *Voppel*, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Auflage 2018, § 17, Rn. 17, für den Fall, dass die Annahme des öffentlichen Auftraggebers, die Auftragsbedingungen seien ausverhandelt, sich als unzutreffend erweist. Auch dann gelte aber der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, vgl. *Voppel*, ebd.

⁵² *Pünder/Klafki* (Fn. 51), § 17 VgV, Rn. 35.

⁵³ Vgl. *Pünder/Klafki* (Fn. 51), § 17 VgV, Rn. 35.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.07.2002 – Verg 33/02, Rz. 12, juris.

⁵⁵ *Butler*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 10, Rn. 54.

⁵⁶ KG Berlin, Beschluss vom 17.05.2013 – Verg 2/13.

⁵⁷ Entsprechend ausdrücklich offen gelassen durch OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 24.08.2017 – 11 Verg 12/17, Rz. 58, juris.

⁵⁸ KG Berlin, Beschluss vom 17.05.2013 – Verg 2/13, Rz. 4, juris; auf das Erfordernis einer chancengleichen und transparenten Wiedereröffnung stützt sich auch die VK Südbayern, Beschluss vom 19.12.2014 – Z3-3-3194-1-45-10/14, Rn. 220, juris.

⁵⁹ Vgl. hierzu *Dieckmann*, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 2. Auflage 2019, § 17 VgV, Rn. 17.

haushaltsrechtlichen Verpflichtungsermächtigung. In diesen Fällen kennen die Bieter einerseits den finanziellen Rahmen des öffentlichen Auftraggebers, andererseits wissen sie, dass sie aufgrund der Angebotsbedingungen kein erfolgsversprechendes Angebot innerhalb dieses finanziellen Rahmens abgeben können. Ferner vertrauen die Bieter insbesondere aufgrund der Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers zur Abgabe eines endgültigen Angebots darauf, dass eine weitere Verbesserung der Angebotsbedingungen – die ihnen ein wirtschaftliches Angebot erlauben würde – nicht in Betracht kommt. Für diese Bieter besteht daher keine Veranlassung, durch die Abgabe eines – für den Auftraggeber zu teuren – Angebots weiter am Verfahren zu partizipieren. Verhandelt der öffentliche Auftraggeber danach gleichwohl über das einzig eingegangene endgültige Angebot, privilegiert er damit einen – ggfs. zufällig verbliebenen – Bieter, obwohl auch dieser nicht in der Lage war, ein zuschlagsfähiges Angebot abzugeben.

Gemessen hieran hat das BMVI gegen das Verbot, über endgültige Angebote zu verhandeln, verstoßen. Ein Verhandeln in diesem Sinne liegt jedenfalls dann vor, wenn Auftraggeber und Bieter Auftragsinhalt und Auftragsbedingungen solange besprechen, bis klar ist, was der Auftraggeber tatsächlich und konkret beschaffen will, zu welchen Konditionen der Bieter dies leistet und insbesondere zu welchem Preis geleistet wird.⁶⁰ Hier hat das BMVI selbst die Gespräche als Verhandlungsgespräche bezeichnet.⁶¹ Auch in der Sache hat das BMVI über Änderungen des Betreibervertrags bezüglich der Tragung von Portokosten, der Ausdehnung variabler Vergütungsbestandteile und der Einbindung von Toll Collect mit der Bietergemeinschaft Paspagon gesprochen. Hätten die übrigen Bieter gewusst, dass das BMVI auch nach Abgabe des 1. BAFO bereit gewesen wäre, weiter zu verhandeln, so dürfte naheliegen, dass diese Bieter die Erstellung und Abgabe eines – zu teuren – Angebots ebenfalls unternommen hätten, um sich alle Möglichkeiten im weiteren Verfahren offen zu halten.

Demgegenüber kann sich das BMVI nicht darauf berufen, es habe sich weitere Verhandlungen nach Abgabe des 1. BAFO vorbehalten. Ein solcher Vorbehalt folgt nach verständiger Würdigung nicht aus Ziffer 3.5 des Informationsmemorandums.⁶² Das BMVI wies insoweit nur darauf hin, dass es sich vorbehalte, vor Aufforderung zur Abgabe der endgültigen Angebote zusätzliche Verhandlungsrunden durchzuführen.⁶³ Ein Hinweis auf die Möglichkeit der Wiedereröffnung der Verhandlungen nach Abgabe des 1. BAFO folgt daraus nicht.

Ferner kann sich das BMVI auch nicht darauf berufen, es habe das Angebot der Bietergemeinschaft Paspagon lediglich zulässigerweise aufgeklärt. Zum einen bestand schon keine Verpflichtung zur Aufklärung des 1. BAFO gemäß § 60 VgV. Denn nach dieser Vorschrift ist der öffentliche Auftraggeber zur Aufklärung nur bei unverhältnismäßig niedrigen Angeboten verpflichtet,⁶⁴ was hier erkennbar nicht der Fall war. Zum anderen gingen die Gespräche – wie bereits gezeigt – deutlich über eine bloße Angebotsaufklärung hinaus. Denn im Rahmen einer Aufklärung fordert der öffentliche Auftraggeber den Bieter, seine Preise oder Einzelpreise zu erläutern und gegebenenfalls nachzuweisen, und gibt ihm somit Gelegenheit, die „Seriosität“ seines Angebots darzulegen.⁶⁵ Diese Informationen des Bieters sind sodann in die Prüfung einzu beziehen, indem der Auftraggeber ihre Stichhaltigkeit prüft.⁶⁶

Ausgehend von diesen Maßstäben ist das BMVI über eine Angebotsaufklärung deutlich hinausgegangen. Es prüfte nicht lediglich das 1. BAFO der Bietergemeinschaft Paspagon vor dem Hintergrund zusätzlicher

⁶⁰ OLG Naumburg, Beschluss v. 12.04.2012 – 2 Verg 1/12, IBRRS 2012, 1785.

⁶¹ BMVI, „Chronologie“ (Fn. 15).

⁶² Ausführlich Bundesrechnungshof-Bericht, S. 18 f.

⁶³ Ausführlich Bundesrechnungshof-Bericht, S. 18 f.

⁶⁴ Vgl. jüngst VK Sachsen, Beschluss v. 21.08.2018 – 1/SVK/016-18, Rz. 83, juris.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 29.03.2012, Rs. C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, Rz. 28; *Lausen*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Auflage 2019, § 60 VgV, Rn. 15.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 27.11.2001, verb. Rs. C-285/99 und C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640, Rz. 55; *Lausen* (Fn. 65), § 60 VgV, Rn. 15.

Informationen auf seine preisliche Belastbarkeit, sondern verhandelte – unzulässigerweise – über die Angebotsbedingungen und verlangte ein neues Angebot auf geänderter Grundlage.

1.2 Unzulässige Diskriminierung der übrigen Bieter

Die – unzulässigen – Gespräche des BMVI allein mit der Bietergemeinschaft Paspagon vor und nach Abgabe des 1. BAFO verstießen zudem höchstwahrscheinlich gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter aus § 17 Abs. 13 S. 1 i.V.m. Abs. 12 VgV. Danach stellt der öffentliche Auftraggeber sicher, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt werden; insbesondere ist er verpflichtet, alle Bieter, deren Angebote nicht gemäß § 17 Abs. 2 VgV ausgeschieden wurden, über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung zu unterrichten, und muss ihnen ausreichend Zeit gewähren, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen.

Eine sukzessive Reduzierung der Zahl der Bieter ist dabei nur zulässig, wenn dies in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben wird, § 17 Abs. 12 VgV. Die Regeln für die „Abschichtung“ des Bieterfeldes müssen dabei in jedem Stadium des Vergabeverfahrens – im Vorhinein – hinreichend transparent sein und der öffentliche Auftraggeber muss bei seinem Vorgehen insbesondere den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung genügen.⁶⁷ Ohne einen Hinweis auf eine solche Abschichtung ist zwingend mit allen Bietern bis zur Schlussphase parallel zu verhandeln.⁶⁸ Das Verhandlungsverfahren muss danach ein faires Verfahren sein; die Verhandlungen dürfen nicht willkürlich und unter einseitiger Betonung der Interessen des Auftraggebers geführt werden.⁶⁹

Nach diesen Maßstäben liegt es nahe, dass das BMVI auch gegen das Gebot der Nichtdiskriminierung der Bieter verstoßen hat, indem es nur mit der Bietergemeinschaft Paspagon nach Abgabe des 1. BAFO verhandelte. Auch das 1. BAFO der Bietergemeinschaft Paspagon war – nach eigener Einschätzung des BMVI – nicht zuschlagsfähig. Selbst wenn danach eine weitere Verhandlungsrunde zulässig gewesen wäre (*quod non*), hätten die anderen Bietergemeinschaften, die ebenfalls Erstangebote abgegeben hatten, aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz ebenfalls informiert und gegebenenfalls nach Zurückversetzung des Vergabeverfahrens an den Verhandlungen beteiligt werden müssen.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn die übrigen Bieter bzw. ihre Angebote zuvor nicht in zulässigerweise gem. § 17 Abs. 12 VgV aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden. Ob ein solcher Ausschluss tatsächlich stattgefunden hat und zulässig war, bedarf weiterer Aufklärung. In der Auftragsbekanntmachung findet sich unter der maßgeblichen Ziffer IV.1.4. („Angaben zur Verringerung der Zahl der Wirtschaftsteilnehmer oder Lösungen im Laufe der Verhandlung bzw. des Dialogs“) kein entsprechender Hinweis, dass eine sukzessive Reduzierung der Zahl der Bieter vorgesehen war. Ob die Vergabeunterlagen entsprechende Hinweise enthielten, ist weiter aufzuklären. Ein weiterer Indikator dafür, ob die Bieter entsprechend ausgeschlossen wurden, dürfte die Frage sein, ob die Bieter(-gemeinschaften) eine Vorabinformation nach § 134 Abs. 1 GWB über die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Bietergemeinschaft Paspagon erhielten. Der Versand einer Vorabinformation spricht gegen einen Ausschluss des Bieters, denn diese Information ist nur an diejenigen Bieter zu richten, „deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen“. Bieter, die mit ihren Angeboten bereits endgültig ausgeschlossen wurden, sind vom persönlichen Anwendungsbereich des § 134 Abs. 1 GWB nicht erfasst.⁷⁰

Der abschließenden Verhandlung mit nur einem Bieter dürfte im Übrigen auch § 17 Abs. 12 S. 2 VgV entgegenstehen, wonach in der Schlussphase des Verfahrens noch so viele Angebote vorliegen müssen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Angeboten oder

⁶⁷ Dieckmann (Fn. 59), § 17 VgV, Rn. 18.

⁶⁸ OLG Düsseldorf, VergabeR 2007, 635, 642.

⁶⁹ Vgl. Voppel (Fn. 51), § 17, Rn. 36.

⁷⁰ Braun, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 134 GWB, Rn. 20.

geeigneten Bietern vorhanden war. Wenn nur ein Bieter allein übrigbleibt, ist jeder Wettbewerb ausgeschlossen.⁷¹

1.3 Unzulässige Verhandlung über Mindestanforderungen

Die Gespräche des BMVI mit der Bietergemeinschaft Paspagon nach Abgabe des 1. BAFO verstießen zudem wahrscheinlich gegen § 17 Abs. 10 S. 2 VgV. Danach darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden, mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Ausweislich der Begründungserwägung 45 der RL 2014/24/EU⁷² handelt es sich bei Mindestanforderungen „um jene (insbesondere physischen, funktionellen und rechtlichen) Bedingungen und wesentlichen Merkmale [...], die jedes Angebot erfüllen beziehungsweise aufweisen sollte, damit der öffentliche Auftraggeber den Auftrag im Einklang mit dem gewählten Zuschlagskriterium vergeben kann“.⁷³ Maßgeblich ist, welche Anforderungen der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen als verbindlich bzw. nicht „verhandelbar“ gekennzeichnet hat.⁷⁴ Welche dies sind, ist freilich eine Frage der Auslegung und Bewertung im einzelnen Fall.⁷⁵

Danach erscheint es jedenfalls möglich, dass das BMVI auch über Mindestanforderungen mit der Bietergemeinschaft Paspagon verhandelt hat. Angesichts der kurzen Angebotsfrist von nur 48 Stunden erscheint es denkbar, dass das BMVI zur Ermöglichung eines derart kurzfristigen Angebots im Vorfeld mit der Bietergemeinschaft Paspagon über den Verzicht auf zwingende Form- oder Inhaltsanforderungen für das abzugebende Angebot verhandelt hat. Die Verhandlungen könnten etwa Anforderungen an Finanzierungszusagen von Fremdkapitalgebern (im Original), die Auditierung von Finanzmodellen oder den Inhalt von Formblättern, die als nicht verhandelbar gekennzeichnet oder erkennbar waren,⁷⁶ betroffen haben. Für eine solche Verhandlung über Mindestanforderungen spricht auch der Umstand, dass nach Auskunft des BMVI die „Klarstellungen und Anpassungen sich nicht wesentlich auf die Mindestanforderungen“ auswirkten.⁷⁷ Denn auch unwesentliche Anpassungen von Mindestanforderungen sind nicht gestattet.

Stellt sich nachträglich heraus, dass eine Änderung an den Mindestbedingungen oder den Zuschlagskriterien – möglicherweise auch aufgrund von Erkenntnissen aus den Verhandlungen – erforderlich ist oder gewünscht wird, muss das Vergabeverfahren aufgehoben und ein neues Verfahren eingeleitet werden. Eine Korrektur im laufenden Vergabeverfahren ist in der Regel nicht möglich. Die Vergabeunterlagen – die Mindestbedingungen und Zuschlagskriterien enthalten – müssen bereits mit der Auftragsbekanntmachung zur Verfügung gestellt werden und sind damit (möglicherweise) mitentscheidend für den Entschluss eines Unternehmers, sich um die Teilnahme zu bewerben.⁷⁸

2. Verstoß gegen Dokumentationspflicht

Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die fehlende Dokumentation einzelner Gespräche von Vertretern des BMVI mit Vertretern der Bietergemeinschaft Paspagon am 3. Oktober 2018, 22. und 29. November 2018 sowie am 7. Dezember 2018 rechtswidrig war. Nach § 9 Abs. 2 VgV muss mündliche Kommunikation im Vergabeverfahren ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert werden. Erst recht ist der

⁷¹ Voppel (Fn. 51), § 17, Rn. 48.

⁷² Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Abl. EU L 94, S. 65, zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2019/1828 vom 30.10.2019, Abl. EU L 279, S. 25.

⁷³ Vgl. auch Favier/Schüler, ZfBR 2016, 761 (762 f.).

⁷⁴ Dieckmann (Fn. 59), § 17 VgV, Rn. 21; Favier/Schüler, ZfBR 2016, 761 (762 f.).

⁷⁵ Dieckmann (Fn. 59), § 17 VgV, Rn. 21.

⁷⁶ Vgl. Bundesrechnungshof-Bericht, S. 20 f.

⁷⁷ Anlage zum Schreiben des Herrn Minister Scheuer vom 11.09.2019 an die Vorsitzenden der Fraktion FDP im Deutschen Bundestag, S. 5.

⁷⁸ Voppel (Fn. 51), § 17, Rn. 26.

Inhalt von Verhandlungsgesprächen zu dokumentieren.⁷⁹ Da die Verhandlungen eine wesentliche Grundlage für die Entscheidung über den Zuschlag darstellen, muss die Dokumentation so beschaffen sein, dass ein Dritter den Gang der Verhandlungen nachvollziehen und die Inhalte der Gespräche, insbesondere auch gestellte Fragen und Antworten, erkennen kann.⁸⁰

Danach sprechen gute Gründe dafür, dass die fehlende Dokumentation der Gespräche am 3. Oktober 2018, 22. und 29. November 2018 sowie am 7. Dezember 2018 rechtswidrig ist, soweit es sich dabei um Verhandlungsgespräche handelte. Ein Verhandeln in diesem Sinne liegt vor, wenn Auftraggeber und Bieter Auftragsinhalt und Auftragsbedingungen solange besprechen, bis klar ist, was der Auftraggeber tatsächlich und konkret beschaffen will, zu welchen Konditionen der Bieter dies leistet und insbesondere zu welchem Preis geleistet wird.⁸¹

Sollte danach etwa die mögliche Einbeziehung von Toll Collect oder etwa eine Anpassung der Vergütung Gegenstand der Gespräche gewesen sein – was naheliegt –, wird es sich mit hoher Wahrscheinlichkeit um dokumentationspflichtige Verhandlungsgespräche gehandelt haben.

3. Unzulässige Veränderung der Vergabeunterlagen für das 2. BAFO

Es besteht Anlass zur Annahme, dass die Änderungen, die das BMVI an den Vergabeunterlagen nach dem 1. BAFO vornahm, die Grenzen des Zulässigen deutlich überschreiten. Dem öffentlichen Auftraggeber ist es, wenn er Mindestanforderungen festgelegt hat, verwehrt, im späteren Verlauf des Vergabeverfahrens von diesen abzuweichen.⁸² Darüber hinaus muss der öffentliche Auftraggeber auch die Identität des ausgeschriebenen Beschaffungsvorhabens, so wie es zum Gegenstand der Ausschreibung gemacht wurde, wahren.⁸³ Qualitativ und quantitativ einschneidende Änderungen des ursprünglich ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes sind deshalb unzulässig.⁸⁴ Eine unzulässige wesentliche Änderung der Auftragsbedingungen liegt jedenfalls dann vor, wenn es aufgrund der geänderten Bedingungen auch anderen Bietern möglich gewesen wäre, Angebote einzureichen.⁸⁵

Danach kommt hier nicht nur eine unzulässige Änderung von Mindestanforderungen (s. oben, unter II.1.3) in Betracht, sondern auch eine vergaberechtswidrige Änderung der Identität des Beschaffungsgegenstandes. Letzteres wird zum einen bereits quantitativ durch die Reduzierung des angebotenen Preises von rund 3 Mrd. EUR auf rund 2 Mrd. EUR indiziert. In qualitativer Hinsicht sprechen für eine einschneidende Änderung des Leistungsgegenstandes insbesondere die nunmehr ermöglichte Einbindung des Zahlstellenetzes von Toll Collect zu einem Preis unter Marktbedingungen, die Erstattung von Portokosten zur Umgehung der Umsatzsteuerpflichtigkeit, usw.

Für eine weitere Aufklärung der Frage, ob die Identität des Beschaffungsgegenstandes verändert wurde, dürfte ein intensiver Detailabgleich der Fassungen der Vergabeunterlagen vor Abgabe des 1. BAFO und vor Abgabe des 2. BAFO erforderlich sein. Ferner dürfte relevant sein, ob die anderen Bieter, die kein 1. BAFO abgegeben haben, auf Grundlage der geänderten Vergabeunterlagen bereit gewesen wären, ein Angebot abzugeben, und ob das BMVI dies hätte wissen können. Hierzu sind die Bieter zu befragen und die Protokolle zu den Verhandlungen mit diesen Bietern zu konsultieren.

⁷⁹ VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 05.09.2013 – 2 VK 12/13, Rz. 250, juris; *Voppel* (Fn. 51), § 17, Rn. 53.

⁸⁰ VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 05.09.2013 – 2 VK 12/13, Rz. 250, juris; *Voppel* (Fn. 51), § 17, Rn. 53.

⁸¹ OLG Naumburg, Beschluss vom 12.04.2012 – 2 Verg 1/12, IBRRS 2012, 1785.

⁸² *Völlink*, in: Ziekow/Völlink, 3. Auflage 2018, § 17 VgV, Rn. 30.

⁸³ OLG Naumburg, Beschluss vom 01.09.2004 – 1 Verg 11/04, Rz. 15, juris; OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2003 – WVerg 15/03, Rz. 31, juris.

⁸⁴ *Völlink* (Fn. 82), § 17 VgV, Rn. 21.

⁸⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-250/07, ECLI:EU:C:2009:338, Rz. 52. Das OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2003 – WVerg 15/03, Rz. 31, juris sieht etwa bei der Ausschreibung einer Restabfallentsorgungsanlage, die den Bietern eine bestimmte Anlagenkonfiguration vorgibt, eine unzulässige Auswechslung des Leistungsgegenstandes dann, wenn sich die nachfolgenden Verhandlungen nicht mehr grundsätzlich im Rahmen dieses vorgegebenen Konzepts bewegen.

4. Zweifel an Zuschlagsfähigkeit des 2. BAFO

Zweifel bestehen ferner daran, dass das 2. BAFO der Bietergemeinschaft Paspagon, auf welches das BMVI schließlich am 30. Dezember 2018 den Zuschlag erteilte, tatsächlich wirtschaftlich und damit zuschlagsfähig war (unter II.4.1.) und dass dem BMVI zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung eine aussagekräftige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung gemäß § 7 Abs. 2 BHO vorlag (unter II.4.2.).

4.1 Zweifel an Wirtschaftlichkeit des 2. BAFO

Offen ist zunächst, ob das 2. BAFO der Bietergemeinschaft überhaupt wirtschaftlich war, d.h. insbesondere wirtschaftlicher als die konventionelle Realisierung.⁸⁶ Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, hätte es an einem zuschlagsfähigen Angebot gefehlt und das BMVI hätte das Vergabeverfahren nach § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtmäßig aufheben (oder zurückversetzen) können (s. unten, unter IV.).

Die Wirtschaftlichkeit eines Angebots wird grundsätzlich durch die sog. abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung geprüft und festgestellt. Die Bedeutung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für ÖPP-Projekte hebt das BMVI auf seiner Internetseite selbst hervor:

„Nach Vorlage der Bieterangebote wird die konventionelle Umsetzung mit dem ÖPP-Angebot in der aWU [abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung] verglichen. Im Rahmen der aWU wird damit zugleich geprüft, ob sich die ÖPP-Prognose (inklusive Effizienzprognose) der vWU [vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung] tatsächlich erfüllt hat. Nur wenn das Bieterangebot des bestgereihten Bieters die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit der ÖPP-Variante bestätigt (d. h. wirtschaftlicher oder mindestens gleich wirtschaftlich wie die konventionelle Vergleichsvariante ist), kommt der ÖPP-Projektvertrag zustande. Ansonsten wird die Maßnahme anderweitig zu realisieren sein, z. B. "konventionell". Die aWU hat somit auch eine vergaberechtliche Bedeutung. Sie entscheidet darüber, ob es zum Vertragsabschluss kommt oder nicht. Auch deshalb ist sie sorgfältig und unter Beachtung realistischer Kosten- und Risikoschätzungen zu erstellen.“⁸⁷

Zwar kommt die vom BMVI für diese Ausschreibung in Auftrag gegebene abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung⁸⁸ zu dem Ergebnis, dass das 2. BAFO wirtschaftlicher als die Realisierung der Pkw-Maut im Staatsmodell ist. Allerdings bestehen – bereits aufgrund der Höhe des 1. BAFO sowie der kurzfristigen Erstellung der Untersuchung (s. unten, unter IV.4.2) – Zweifel an der Belastbarkeit der Untersuchung. Es sollte daher durch einen wirtschaftlichen Sachverständigen geprüft werden, ob die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung die folgenden Aspekte zutreffend berücksichtigt und bewertet hat:

- ▶ Für das Staatsmodell:
 - ▷ Möglichkeit der Nutzung der Infrastruktur (z.B. Zahlstellen) von Toll Collect⁸⁹ infolge der gestoppten Privatisierung;

⁸⁶ Vgl. hierzu Finanzministerium NRW, Leitfadens zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten, April 2007, S. 44 f.

⁸⁷ Bundesverkehrsministerium, Artikel: „Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung“ (abrufbar unter: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-wirtschaftlichkeitsuntersuchung.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020); Einfügungen in eckigen Klammern durch die Verfasser.

⁸⁸ PwC, Abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/Wirtschaftlichkeitsuntersuchung_Erhebung.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

⁸⁹ Vgl. PwC, Abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, S. 26; die Ersparnisse werden bei der Fortschreibung der Kosten im Staatsmodell zwar grundsätzlich berücksichtigt, aber nach Aussage der Untersuchung durch andere Mehrkosten vollständig aufgewogen.

- ▶ Für das 2. BAFO:
 - ▷ Risiko einer Kündigung des Betreibervertrags und damit verbundene Kosten für den Fall, dass der EuGH die Unvereinbarkeit der Pkw-Maut mit dem Unionsrecht feststellt;
 - ▷ Beim Auftraggeber gemäß 2. BAFO verbleibende Kosten⁹⁰ für die Erstattung von Portokosten, die (geplante) Unterbeauftragung von Toll Collect (vgl. Ziffern 15.5.8 und 20.3.3 des Betreibervertrags), variable Vergütungsbestandteile, etc.

Vor diesem Hintergrund ist auch zu prüfen, ob die indirekte Einbindung von Toll Collect im Betreibervertrag im Wege einer „Leistungsänderung“ auf Verlangen des Auftragnehmers (Ziffer 15.5.8 des Betreibervertrags), für die der Auftraggeber einen Teil der Kosten tragen muss (Ziffer 20.3.3 des Betreibervertrags), sowie die Umschichtung von festen zu variablen Vergütungsbestandteilen erfolgten, um das Ergebnis der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zugunsten des 2. BAFO zu modifizieren. Es erscheint möglich, dass sicher für den Auftraggeber anfallende Kosten künstlich als lediglich mögliche Kosten ausgewiesen wurden, um das 2. BAFO günstiger erscheinen zu lassen als es tatsächlich war.

4.2 Zuschlag auf Grundlage einer belastbaren abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung?

Weiterer Aufklärung bedarf schließlich, ob dem BMVI am 18. Dezember 2018, als es entschied, dem 2. BAFO den Zuschlag zu erteilen, eine inhaltlich finalisierte und belastbare abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vorlag. Zweifel hieran bestehen vor dem Hintergrund der folgenden Umstände:

- ▶ Die veröffentlichte abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung datiert auf den 24. Mai 2019 („Abgabedatum“) und weist als Bearbeitungszeitraum 1. Mai 2018 - 24. Mai 2019 aus.⁹¹
 - ▷ Laut Dokumentenhistorie lag am 18. Dezember 2018 eine erste Version („V 1.0“) in Form eines aWU-Kurzberichts vor.⁹²
 - ▷ Am 22. März 2019 lag laut Dokumentenhistorie eine zweite Version („V 2.0“) in Form eines Entwurfs des aWU-Berichts vor, der gegenüber der ersten Version eine ausführliche Darstellung der Grundlagen und Annahmen des Beschaffungsvariantenvergleichs der aWU enthielt.⁹³
 - ▷ Die am 24. Mai 2019 vorgelegte dritte Version („V 3.0“) soll sich schließlich nur durch „redaktionelle und sonstige Anpassungen“ von der zweiten Version unterscheiden.⁹⁴
- ▶ Die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung greift zum Teil auf Quellen und damit möglicherweise auch auf Daten zurück, die am 18. Dezember 2018 noch gar nicht vorlagen (z.B. „AG Mengengerüst (22. März 2019), Prognose zukünftiger Mengengerüste“).
- ▶ Die Verfasser der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung führten im Rahmen der Fortschreibung der aWU noch am 18. Dezember 2018 Telefonkonferenzen mit dem Kraftfahrt-Bundesamt.⁹⁵

Vor diesem Hintergrund erscheint es möglich, dass dem BMVI weder am 18. Dezember 2018, als es entschied, dem 2. BAFO den Zuschlag zu erteilen, noch zum Zeitpunkt des Abschlusses des Betreibervertrags am 30. Dezember 2018 eine belastbare abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vorlag.

⁹⁰ Vgl. Finanzministerium NRW, Leitfaden für Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten, April 2007, S. 49.

⁹¹ PwC, Abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, S. 1.

⁹² PwC, Abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, S. 2.

⁹³ PwC, Abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, S. 2.

⁹⁴ PwC, Abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, S. 2.

⁹⁵ PwC, Abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, S. 12.

III. Nachträgliche Änderungen des Betreibervertrags: Unterbeauftragung Toll Collect

Nachdem die Einbindung der Toll Collect in das Gesamtkonzept der Pkw-Maut bereits Gegenstand der Verhandlungsgespräche nach Abgabe des 1. BAFO gewesen war und entsprechend Eingang in den Betreibervertrag gefunden hatte⁹⁶, schlossen – nach Berichten der *Berliner Zeitung*⁹⁷ und des *Report Mainz*⁹⁸ – der Auftraggeber, die autoTicket GmbH (*autoTicket*) als Betreiber der Pkw-Maut und Toll Collect im Mai 2019 nachträglich Vereinbarungen über:

- ▶ die Unterbeauftragung der Toll Collect durch autoTicket (*Unterauftragnehmervertrag*);
- ▶ die Zustimmung des Auftraggebers hierzu (vereinbart zwischen dem Auftraggeber und autoTicket, *Zustimmungsvereinbarung*); und
- ▶ eine Innenvereinbarung zur teilweisen Kostenübernahme (vereinbart zwischen dem Auftraggeber und Toll Collect, *Innenvereinbarung*).⁹⁹

Mit dem Unterauftragnehmervertrag hat sich Toll Collect offenbar verpflichtet, autoTicket sein Mautstellennetz zur Verfügung zu stellen. Die Vergütung, die autoTicket der Toll Collect für diese Leistung schuldet, soll marktunüblich niedrig gewesen sein. Vor diesem Hintergrund soll sich der Auftraggeber verpflichtet haben, autoTicket von weitergehenden Vergütungsansprüchen freizuhalten und Toll Collect eine ergänzende Vergütung zu gewähren.¹⁰⁰

Die Vereinbarung des Unterauftragnehmervertrags, der Zustimmungsvereinbarung und der Innenvereinbarung zwischen Auftraggeber, autoTicket und Toll Collect im Mai 2019 könnte zum einen eine wesentliche Änderung des Betreibervertrags im Sinne von § 132 Abs. 1 S. 1 GWB darstellen, die ohne Durchführung einer neuen öffentlichen Ausschreibung unzulässig ist (unter **III.1**). Zum anderen lässt sich ausgehend von den öffentlich bekannten Informationen nicht ausschließen, dass der Abschluss des Unterauftragnehmervertrags mit Toll Collect zu einer neuerlichen öffentlichen Ausschreibung des LKW-Maut-Betreibervertrags verpflichtete (unter **III.2**).

1. Unterbeauftragung der Toll Collect als wesentliche Änderung?

Die Vereinbarung des Unterauftragnehmervertrags, der Zustimmungsvereinbarung und der Innenvereinbarung zwischen Auftraggeber, autoTicket und Toll Collect im Mai 2019 könnte eine wesentliche Änderung des Betreibervertrags im Sinne von § 132 Abs. 1 S. 1 GWB darstellen, die ohne Durchführung einer neuen öffentlichen Ausschreibung unzulässig war. Die intransparente Abwälzung eines wesentlichen Kostenrisikos auf den Auftraggeber spricht für eine solche wesentliche Änderung (unter **III.1.1**). Auch die

⁹⁶ Obwohl die Einbeziehung der Toll Collect als (staatlich beherrschte) Unterauftragnehmerin des Betreibers bei Abschluss des Betreibervertrags am 30.12.2018 danach faktisch feststanden haben dürfte, legte das BMVI erst später – am 09.01.2019 – eine von KPMG erstellte „*Theoretische Neuberechnung*“ der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung im Vergabeverfahren Lkw-Maut vor. Diese Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass nunmehr die Eigenrealisierung wirtschaftlicher war als die Fremdrealisierung (d.h. Vergabe) der Lkw-Maut. Nach Darstellung des BMVI war allein dieser Umstand maßgeblich dafür, dass sich das BMVI für eine (vermeintlich) rechtmäßige Aufhebung des Vergabeverfahrens Lkw-Maut entschied, vgl. BMVI, „*FAQ Aufhebung Vergabeverfahren Lkw-Maut*“ (abrufbar unter: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/K/lkw-mautbetrieb-toll-collect-eigentuemmer-bund-faq.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020). Die zeitliche Abfolge der Ereignisse gibt Anlass zur Annahme, dass das BMVI bereits vorher, namentlich Ende 2018, den Entschluss gefasst hatte, von einer Vergabe der Lkw-Maut abzusehen. Die „*Theoretische Nebenrechnung*“ der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung hatte das BMVI laut KPMG bereits im September 2018 in Auftrag gegeben, vgl. KPMG, „*Vergabeverfahren Lkw-Maut 2018+ - Theoretische Neuberechnung der vWU auf Basis aktualisierter Planungsannahmen*“ (abrufbar unter: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StV/theoretische-Neuberechnung-vWU.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

⁹⁷ Berliner Zeitung, Artikel: „*Maut-Affäre – Geheim-Vereinbarung zeigt, wie Scheuer die Privatisierung umsetzen wollte*“ vom 22.10.2019 (abrufbar unter: <https://archiv.berliner-zeitung.de/politik/maut-affaere-geheim-vereinbarung-zeigt--wie-scheuer-die-privatisierung-umsetzen-wollte-33347430>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

⁹⁸ Report Mainz, Beitrag: „*Wie der Verkehrsminister private Betreiber subventionieren wollte*“ vom 22.10.2019 (abrufbar unter <https://www.swr.de/report/pkw-maut-wie-der-verkehrsminister-private-betreiber-subventionieren-wollte/-/id=233454/did=24899740/nid=233454/1g5223t/index.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

⁹⁹ Vgl. Berliner Zeitung, Artikel: „*Maut-Affäre – Geheim-Vereinbarung zeigt, wie Scheuer die Privatisierung umsetzen wollte*“ (Fn. 97).

¹⁰⁰ Vgl. Berliner Zeitung, Artikel: „*Maut-Affäre – Geheim-Vereinbarung zeigt, wie Scheuer die Privatisierung umsetzen wollte*“ (Fn. 97).

Anwendung der gesetzlichen Regelbeispiele spricht für eine wesentliche Änderung des Betreibervertrags (unter **III.1.2**). Die Vertragsänderung war wahrscheinlich auch nicht nach § 132 Abs. 2 oder Abs. 3 GWB ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig (unter **III.1.3**).

1.1 Wesentliche Änderung aufgrund intransparenter Risikoverlagerung

Nach § 132 Abs. 1 S. 1 GWB erfordern wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet, § 132 Abs. 1 S. 2 GWB. Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Pressetext*¹⁰¹ kommt es für die Zulässigkeit nachträglicher Änderungen eines ursprünglich ausgeschriebenen Auftrags darauf an, dass die Transparenz der Vergabeverfahren und die Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet bleibt. Daher sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen.¹⁰²

Dies erscheint angesichts der großen wirtschaftlichen Relevanz der Einbindung von Toll Collect jedenfalls naheliegend. Denn infolge der Unterbeauftragung von Toll Collect zu einem vorhersehbaren Fixpreis konnte autoTicket erhebliche Kostenrisiken auf den Auftraggeber abwälzen, die autoTicket nach Maßgabe des ursprünglichen Betreibervertrags hätte tragen müssen. Auch der Umstand, dass der Wert der Vertragsänderung (bezogen auf die Erstattungspflicht des Auftraggebers) den für eine Ausschreibungspflicht bei Dienstleistungen maßgeblichen Schwellenwert in Höhe von EUR 139.000,00 gemäß § 106 GWB i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU vermutlich deutlich übersteigt, indiziert die Wesentlichkeit der Vertragsänderung.

1.2 Regelbeispiele des § 132 Abs. 1 S. 3 GWB

Eine wesentliche Änderung liegt nach den in § 132 Abs. 1 S. 3 GWB normierten Regelbeispielen insbesondere vor, wenn:

- ▶ mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten, die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten, § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GWB; oder
- ▶ mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war, § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB.

Es sprechen gute Gründe dafür, dass diese Regelbeispiele hier erfüllt sind:

- ▶ Zum einen erscheint nicht ausgeschlossen, dass auch die übrigen Bieter bei Kenntnis der Möglichkeit der Einbeziehung von Toll Collect und der teilweisen Kostenübernahme durch den Auftraggeber hierfür Angebote abgegeben hätten, die wirtschaftlich vergleichbar gewesen wären.
- ▶ Zum anderen liegt eine relevante Veränderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts im Sinne von § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB wahrscheinlich darin, dass durch die Unterbeauftragung von Toll Collect und die teilweise Kostenübernahme durch den Auftraggeber das Kostenrisiko für die Errichtung

¹⁰¹ EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, Rz. 34.

des physischen Zahlstellennetzes, das autoTicket mit dem Betreibervertrag übernommen hat, teilweise wieder auf den Auftraggeber abgewälzt wurde.

- ▷ Obwohl der Auftraggeber damit ein wesentliches Kostenrisiko übernahm, korrespondierte damit keine Verminderung der Vergütung für autoTicket. Hierin liegt wahrscheinlich eine erhebliche Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zu Lasten des Auftraggebers.
- ▷ Fraglich ist, ob diese Änderung bereits „im ursprünglichen Auftrag“ vorgesehen war. Dies hängt davon ab, ob die Regelungen in den Ziffern 15.5.8 und 20.3.3 des Betreibervertrags eine ausreichende und transparente Grundlage für diese Vertragsänderung bieten. Dies lässt sich nur unter Berücksichtigung des konkreten Wortlauts der im Mai 2019 geschlossenen – hier nicht vorliegenden – Vereinbarungen bewerten. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass die Regelungen in den Ziffern 15.5.8 und 20.3.3 des Betreibervertrags als Rechtfertigungsgrundlage für die Vertragsänderung grundsätzlich ungeeignet sind, weil sie den übrigen Bietern des Vergabeverfahrens unter Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz gar nicht bekanntgegeben und erst nach Abgabe des 1. BAFO in den Betreibervertrag aufgenommen wurden (s. oben, unter II.1.).¹⁰³ Diese Umstände könnten dafür sprechen, dass die Vertragsänderung nicht wie von § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB gefordert im „ursprünglichen Auftrag“ vorgesehen war.

1.3 Keine Freistellung nach § 132 Abs. 2 und 3 GWB

Die Vertragsänderung war wahrscheinlich auch nicht nach § 132 Abs. 2 oder Abs. 3 GWB ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig.

- ▶ Nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB ist die Änderung zulässig, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Hier fehlt es bereits an entsprechenden Überprüfungsklauseln oder Optionen in den ursprünglichen Vergabeunterlagen. Die maßgeblichen Ziffern 15.5.8 und 20.3.3 Betreibervertrag sind erst kurzfristig und höchstwahrscheinlich unter Verstoß gegen das Vergaberecht in die Vergabeunterlagen aufgenommen worden (s. oben, unter II.1).
- ▶ Auch die Anwendung der Bagatellklausel des § 132 Abs. 3 S. 1 GWB scheidet höchstwahrscheinlich aus, weil die Änderung des Vertrags den maßgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen in Höhe von EUR 139.000,00 gemäß § 106 GWB i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU überschreiten dürfte.

2. Pflicht zur Neuausschreibung der LKW-Maut aufgrund der Unterbeauftragung Toll Collects?

In Betracht kommt ferner, dass der Abschluss des Unterauftragnehmervertrags mit der Toll Collect darüber hinaus gemäß §§ 132, 108 GWB den Bund zur Neuausschreibung des Betreibervertrags für die Lkw-Maut verpflichtet (bzw. verpflichtet hätte).

Zum 1. September 2018 übernahm der Bund durch Ausübung einer vertraglichen Call-Option Toll Collect und schloss mit Toll Collect für eine Interimsphase einen neuen Betreibervertrag für den Betrieb der Lkw-

¹⁰³ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, Rz. 34.

Maut (**Lkw-Maut-Betreibervertrag**).¹⁰⁴ Der Abschluss des Lkw-Maut-Betreibervertrages ist – im Ausgangspunkt – als ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag gemäß § 97 Abs. 1 GWB zu qualifizieren. Von einer Ausschreibung konnte der Bund ausnahmsweise nach § 108 Abs. 1 GWB absehen, weil eine sog. Inhouse-Vergabe zulässig war. Denn der Bund kontrolliert die Toll Collect wie eine eigene Dienststelle; mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten von Toll Collect dienen Aufgaben, mit denen Toll Collect vom Bund beauftragt wurde und an Toll Collect besteht keine private Kapitalbeteiligung. In solchen Fällen öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit bedarf es gemäß § 108 Abs. 1 GWB keiner Ausschreibung, weil die §§ 97 ff. GWB unanwendbar sind.

Allerdings erscheint es möglich, dass der Lkw-Maut-Betreibervertrag durch die Unterbeauftragung Toll Collects *de facto* nachträglich wesentlich geändert wurde und daher nach § 132 Abs. 1 S. 1 GWB neu auszuschreiben war. Fällt bei einer ursprünglich zulässigen Inhouse-Vergabe nachträglich eine der erforderlichen Voraussetzungen weg, begründet dies eine wesentliche Änderung des öffentlichen Auftrags im Sinne des § 132 Abs. 1 S. 1 GWB, welche die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens erfordert.¹⁰⁵ Dies erscheint hier nicht ausgeschlossen. Möglicherweise hätte Toll Collect bei tatsächlicher Durchführung des Unterauftragnehmervertrags¹⁰⁶ nachträglich das Erfordernis, dass mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten von Toll Collect Aufgaben dienen, mit denen Toll Collect vom Bund beauftragt wurde, nicht mehr erfüllt.¹⁰⁷

IV. Vergaberechtskonforme Alternativen

Entgegen der Darstellung im Linklaters-Gutachten¹⁰⁸ war die vergaberechtswidrige Erteilung des Zuschlags auf den Betreibervertrag nicht der einzig gangbare Weg. Im Gegenteil hätten sich zu mehreren Zeitpunkten eine Verfahrensbeendigung oder zumindest eine Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Abgabe des 1. BAFO als vergaberechtskonforme Alternativen angeboten.

1. Möglichkeit der Verfahrensbeendigung

Anders als im Linklaters-Gutachten vertreten,¹⁰⁹ wäre die Aufhebung des Vergabeverfahrens eine grundsätzlich denkbare und angesichts der erkennbaren wirtschaftlichen Risiken im Ergebnis auch sachgerechte Handlungsoption gewesen. Tatsächlich war es dem BMVI zu mehreren Zeitpunkten möglich, das Verfahren zur Vergabe des Auftrags Betreibervertrag zu beenden.

Ganz allgemein lässt sich in diesem Zusammenhang festhalten, dass der EuGH bereits mehrfach klargestellt hat, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht verpflichtet ist, ein begonnenes Vergabeverfahren zu Ende zu führen.¹¹⁰ Die Befugnis, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten, ist dabei weder auf Ausnahmefälle begrenzt noch muss sie auf schwerwiegende Gründe gestützt werden.¹¹¹ Selbst eigenverschuldete Aufhebungsgründe hindern den öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich nicht daran, ein begonnenes Vergabeverfahrens abzubrechen.¹¹² Der Bundesgerichtshof (**BGH**) hat ebenfalls entschieden, dass nach

¹⁰⁴ Bundesregierung, „Bund übernimmt Toll Collect“ (abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-uebernimmt-toll-collect-1517746>, zuletzt abgerufen am 15.01.2020).

¹⁰⁵ Dierkes/Scharf, VergabeR 2014, S. 752 (757 ff.); Säcker/Wolf, in: MüKo Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Auflage 2018, § 108 GWB, Rn. 89.

¹⁰⁶ Von der angesichts der Kündigung des Betreibervertrags nicht mehr auszugehen sein dürfte.

¹⁰⁷ Dies hängt vom konkreten Umfang der Tätigkeit ab, die Toll Collect nach Maßgabe des Unterauftragnehmervertrags zu erbringen hat bzw. gehabt hätte. Zwar kommt es gemäß § 108 Abs. 7 S. 1 GWB für die Ermittlung des prozentualen Anteils grundsätzlich auf den durchschnittlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder auf einen anderen geeigneten tätigkeitsgestützten Wert an. Sind die Zahlen der letzten drei Jahre indes nicht aussagekräftig, können tätigkeitsgestützte Werte durch Prognosen über die Entwicklung glaubhaft gemacht werden, § 108 Abs. 7 S. 3 GWB.

¹⁰⁸ Linklaters-Gutachten, S. 63 ff.

¹⁰⁹ Linklaters-Gutachten, S. 64 f.

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379, Rz. 41.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 16.09.1999, Rs. C-27/98, ECLI:EU:C:1999:420, Rz. 23, 25.

¹¹² EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-244/02, ECLI:EU:C:2003:560, Rz. 36.

Maßgabe des allgemeinen Vertragsrechts allein aus dem Umstand der Ausschreibung kein Zwang zur Beendigung des Verfahrens abgeleitet werden könne und dürfe. Das gelte auch dann, wenn kein vergaberechtlich festgelegter Aufhebungsgrund vorliege,¹¹³ und folge daraus, dass die Bieter zwar einen Anspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen haben, nicht aber auf einen Abschluss des Verfahrens durch Zuschlagserteilung an einen der Bieter.¹¹⁴ Vorstehende Rechtsprechung ist inzwischen in § 63 Abs. 1 S. 2 VgV kodifiziert worden, wonach der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, den Zuschlag zu erteilen.

Der Hinweis im Linklaters-Gutachten, im Falle einer rechtswidrigen Aufhebung, also einer solchen ohne vergaberechtlich festgelegten Grund, könnten die Bieter Schadensersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB geltend machen,¹¹⁵ mag grundsätzlich zutreffen, greift bei einer wirtschaftliche Erwägungen einbeziehenden Sichtweise jedoch zu kurz. Denn auf Grundlage der durch die Erstangebote und späteren Verhandlungen gewonnenen Erkenntnisse frühzeitig (korrigierend) einzugreifen und auf eine Beschaffung rechtlich und wirtschaftlich nicht realisierbarer Aufträge zu verzichten, hätte sich im Ergebnis schadensmindernd ausgewirkt. Die Zahlung etwaiger Schadensersatzsummen, die zudem nur das negative Interesse, also die Kosten der Vorbereitung des Teilnahmeantrags bzw. des Angebots und der Teilnahme am Vergabeverfahren im Übrigen, abdecken,¹¹⁶ wäre mit anderen Worten ein notwendiges Übel gewesen, um weit größere Schäden aufgrund einer von Anfang an verfehlten Ausschreibungspolitik zu verhindern.

1.1 **Aufhebung vor Abgabe des 1. BAFO**

Erste Überlegungen in Richtung einer Aufhebung des Verfahrens hätte das BMVI im Anschluss an die Verhandlungen der jeweiligen Erstangebote der vier Bietergemeinschaften und damit vor Abgabe des „ersten“ BAFO anstellen können. Denn dem BMVI war danach ohne weiteres erkennbar, welche wirtschaftlichen Risiken es aufnehmen musste, damit sich die Bietergemeinschaft überhaupt in der Lage sahen, ein finales Angebot abgeben zu können. Soweit ersichtlich ist zu diesem Zeitpunkt indes keine Verfahrensbeendigung erwogen worden, obgleich eine solche, wie dargestellt, auch ohne Vorliegen eines vergaberechtlichen Aufhebungsgrundes hätte erfolgen können.

1.2 **Aufhebung nach Abgabe des 1. BAFO**

Ungeachtet des Umstands, dass das BMVI das Vergabeverfahren auch ohne Vorliegen eines vergaberechtlich geregelten Aufhebungsgrundes hätte aufheben können, bestanden bereits nach Abgabe des „ersten“ BAFO durch die Bietergemeinschaft Paspagon starke Anhaltspunkte dafür, dass der Auftrag Betreibervertrag nicht wirtschaftlich tragfähig vergeben werden kann.

Denn das 1. BAFO der Bietergemeinschaft Paspagon fiel nicht nur höher aus als das Erstangebot, sondern lag mit rund 3 Mrd. EUR auch ganz erheblich über der haushaltsrechtlichen Verpflichtungsermächtigung von 2 Mrd. EUR. Das BMVI erachtete das BAFO mangels Wirtschaftlichkeit für nicht zuschlagsfähig und erkannte, dass es das Vergabeverfahren nach § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 VgV aufheben konnte, sah jedoch davon ab. Stattdessen führte das BMVI unter Missachtung von § 17 Abs. 10 S. 1 VgV weitere Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche mit dem Bieter (s. oben, unter II.1.1).¹¹⁷

¹¹³ BGH, Beschluss vom 18.02.2003 – X ZB 43/02, NZBau 2003, 293, 294.

¹¹⁴ BGH, Beschluss vom 20.03.2014 – X ZB 18/13, NZBau 2014, 310, 312, Rz. 20.

¹¹⁵ Linklaters-Gutachten, S. 65.

¹¹⁶ Mehlitz, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Auflage 2019, § 63 VgV, Rn. 87, 89.

¹¹⁷ Siehe Bundesrechnungshof-Bericht, S. 13.

§ 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 VgV berechtigt den öffentlichen Auftraggeber zur Aufhebung, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde. Dies ist der Fall, wenn der im Vorfeld vom Auftraggeber (vertretbar) kalkulierte Preis deutlich überschritten,¹¹⁸ dem öffentlichen Auftraggeber vor dem Hintergrund des Gebots zur sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung ein Zuschlag also unzumutbar ist.¹¹⁹ Die Bestimmung der Unzumutbarkeit bedarf zwar stets einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls,¹²⁰ dürfte bei Überschreitung einer haushaltsrechtlichen Verpflichtungsermächtigung von 1 Mrd. EUR jedoch ohne weiteres anzunehmen sein. Dieser Meinung war offenbar auch das BMVI, das mangels Wirtschaftlichkeit auf eine Zuschlagserteilung verzichtete. Warum es sodann in weitere Verhandlungen einstieg, anstatt das Verfahren vergaberechtskonform aufzuheben oder aber zumindest in den Stand vor Abgabe des „ersten“ BAFO zurückzusetzen (dazu sogleich, unter IV.2.), ist sachlich nicht nachvollziehbar.

Darüber hinaus wäre auch eine auf § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VgV gestützte Aufhebung in Betracht gekommen. Hiernach ist der öffentliche Auftraggeber zur Aufhebung berechtigt, wenn sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat. Dies ist der Fall, wenn eine Auftragsvergabe auf der Grundlage der bisherigen Vergabeunterlagen insgesamt sinnlos oder für den Auftraggeber mit unzumutbaren und/oder rechtswidrigen Bedingungen verbunden ist, die Vergabeunterlagen folglich grundlegend geändert werden müssen.¹²¹ Konstellationen, in denen die Finanzierung aus im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens nicht absehbaren Gründen nicht (mehr) gesichert ist, ließen sich grundsätzlich auch hierunter subsumieren.

Alternativ hätte sich angeboten, die Aufhebung auf das Vorliegen eines anderen schwerwiegenden Grundes gemäß § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VgV zu stützen. Zwar legt die Rechtsprechung bei dessen Prüfung prinzipiell strenge Maßstäbe an,¹²² doch sollte eine Diskrepanz von 1 Mrd. EUR zwischen Angebotspreis und haushaltsrechtlicher Ermächtigung als Begründung für eine finanziell begründete Aufhebung des Verfahrens ausreichend sein.

Im Ergebnis braucht die Frage der einschlägigen Rechtsgrundlage mangels unterschiedlicher Rechtsfolgen allerdings nicht entschieden zu werden, da eine Vergabe eines Auftrags, für den der Haushaltsgesetzgeber die erforderlichen Mittel nicht oder nicht in der erforderlichen Weise bereitstellt, in jedem Fall rechtswidrig wäre und die Rechtsprechung im Fall fehlender Finanzmittel das Vorliegen eines zur Aufhebung berechtigenden schwerwiegenden Grundes ausdrücklich anerkannt hat.¹²³

1.3 Aufhebung vor oder unmittelbar nach Abgabe des 2. BAFO

Spätestens vor oder unmittelbar nach Abgabe des 2. BAFO, das erst unter der Prämisse zahlreicher, signifikanter Änderungen, vor allem der Mitnutzung der Zahlstelleninfrastruktur der Toll Collect, möglich wurde, hätte das BMVI zu der Einsicht gelangen müssen, dass eine Zuschlagserteilung angesichts der Wesentlichkeit der Änderungen der Vergabeunterlagen nicht (mehr) in Frage kommt, ohne u.a. den Grundsatz der Bietergleichbehandlung zu verletzen. Stattdessen wäre eine Verfahrensaufhebung nach § 63 Abs. 1 S. 1

¹¹⁸ Mehltitz (Fn. 116), § 63 VgV, Rn. 38; Herrmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 63 VgV, Rn. 42.

¹¹⁹ Pauka, in: MüKo Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Auflage 2018, § 63 VgV, Rn. 20; Voppel (Fn. 51), § 63, Rn. 25.

¹²⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.05.2013 – 11 Verg 4/13, IBRRS 2013, 2677.

¹²¹ OLG München, Beschluss vom 04.04.2013 – Verg 4/13, ZfBR 2013, 506, 507 f.; OLG Köln, Urteil vom 18.06.2010 – 19 U 98/09, BeckRS 2011, 4163; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.01.2005 – Verg 72/04, NZBau 2005, 415; Ruhland, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 63 VgV, Rn. 15; Laumann, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 2. Auflage 2019, § 63 VgV, Rn. 23; Herrmann (Fn. 118), § 63 VgV, Rn. 30.

¹²² Siehe BGH, Beschluss vom 20.03.2014 – X ZB 18/13, NZBau 2014, 310, 313, Rz. 25. Der Fehler muss einerseits von so großem Gewicht sein, dass ein Festhalten des öffentlichen Auftraggebers an dem fehlerhaften Verfahren mit Gesetz und Recht schlechterdings nicht zu vereinbaren wäre, und andererseits kann von den Bietern erwartet werden, dass sie auf die Bindung des Ausschreibenden an Recht und Gesetz Rücksicht nehmen, BGH, Urteil vom 12.06.2001 – X ZR 150/99, NZBau 2001, 637, 641; OLG Naumburg, Beschluss vom 27.02.2014 – 2 Verg 5/13, ZfBR 2014, 392, 396; OLG München, Beschluss vom 04.04.2013 – Verg 4/13, ZfBR 2013, 506, 508.

¹²³ BGH, Urteil vom 08.09.1998 – X ZR 99–96, NJW 1998, 3640, 3641; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2011 – VII-Verg 55/10, NZBau 2011, 699, 700; Laumann (Fn. 121), § 63 VgV, Rn. 24; Mehltitz (Fn. 116), § 63 VgV, Rn. 44 ff.; Voppel (Fn. 51), § 63, Rn. 28.

Nr. 2 VgV oder – als „Minus“-Maßnahme – eine Zurückversetzung in den Stand vor Abgabe des „ersten“ BAFO angezeigt gewesen.

Die Voraussetzung für eine Aufhebung gemäß § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VgV wurden bereits dargetan (s. oben, unter IV.1.2). Von einer diese Voraussetzungen erfüllenden Sachlage ist hier mit einiger Wahrscheinlichkeit auszugehen, da dem BMVI eine Beauftragung erst nach umfangreicher Anpassung der Vergabeunterlagen im Anschluss an vergaberechtswidrige Verhandlungen über das 1. BAFO möglich war. Ohne Anpassung hingegen hätte (i) die Bietergemeinschaft Paspagon den Angebotspreis nicht um rund 1 Mrd. EUR senken können und wäre (ii) dem BMVI damit eine wirtschaftliche, die haushaltsrechtliche Verpflichtungsermächtigung einhaltende Beauftragung nicht möglich gewesen.

Letzteres ließe sich auch für das Vorliegen eines zur Aufhebung berechtigenden schwerwiegenden Grundes gemäß § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VgV anführen (s. auch unter IV.1.2). Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Mitnutzung der Zahlstelleninfrastruktur der Toll Collect in der geplanten Form, also mit teilweiser Bezuschussung des Bundes, Kosten auf Seiten des Bundes ausgelöst hätte, für die der Haushaltsgesetzgeber keine entsprechenden Mittel bereitgestellt hatte. Im Gegenteil sollte die Toll Collect im Jahr 2019 vom Bund für rund 350 Mio. EUR veräußert werden; auf diese Zahl lautende Einnahmen waren jedenfalls in den Haushalt 2019 eingestellt. Da die Rechtsfolge der Aufhebung nach § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VgV aber identisch mit der des schon bejahten Aufhebungsgrundes gemäß § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VgV ist, kann eine weitere Klärung hier dahinstehen.

2. Möglichkeit der Zurückversetzung des Verfahrens

Erst recht hätte das BMVI bei der dargestellten Ausgangslage das Vergabeverfahren in den Stand vor Abgabe des 1. BAFO zurückversetzen und allen im Teilnahmewettbewerb erfolgreichen Bietergemeinschaften die Möglichkeit einräumen können, auf Grundlage der angepassten Vergabeunterlagen ein BAFO abzugeben.

Zunächst handelt es sich hierbei im Vergleich zu der vorab erörterten (zulässigen) Verfahrensaufhebung um das mildere Mittel. Darüber hinaus hätte nur diese Vorgehensweise die im Linklaters-Gutachten¹²⁴ behauptete Vergabe „in einem wettbewerblichen Verfahren“ tatsächlich gewährleistet, da den anderen Bietergemeinschaften nur in diesem Fall ggf. entscheidende Spielräume bei ihrer Angebotsgestaltung offen gestanden hätten. Im Übrigen hätte auch der Grundsatz der Bietergleichbehandlung ein solches Vorgehen geboten (s. oben, unter II.1.2).

3. Möglichkeit der „Aussetzung“ des Verfahrens

Schließlich wäre dem BMVI eine „Aussetzung“ des Verfahrens bis zur Entscheidung des EuGH möglich gewesen. Die Argumentation des Linklaters-Gutachtens, ein Abwarten der Entscheidung hätte das Zustandekommen des Betreibervertrages erheblich gefährdet, da u.a. die Bindefrist abgelaufen wäre,¹²⁵ überzeugt nicht.

Zunächst hatte die verbliebene Bietergemeinschaft Paspagon Presseberichten zufolge selbst angeboten, mit der Vertragsunterzeichnung bis zu einem EuGH-Urteil zu warten.¹²⁶ Aus welchen Gründen eine damit einhergehende Verlängerung der Bindefrist „für den ausgewählten Bieter kaum darstellbar“ gewesen wäre,

¹²⁴ Linklaters-Gutachten, S. 65.

¹²⁵ Linklaters-Gutachten, S. 63 f.

¹²⁶ Siehe Spiegel-Online, Artikel: „Geheimgespräche belasten Verkehrsminister Scheuer“ vom 20.09.2019 (abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/pkw-maut-geheimgespraeche-belasten-andreas-scheuer-a-1287758.html>), zuletzt abgerufen am 15.01.2020); Tagesspiegel, Artikel: „Verkehrsminister Scheuer gerät zunehmend unter Druck“ vom 09.10.2019 (abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/fuenf-weitere-treffen-zur-pkw-maut-verkehrsminister-scheuer-geraet-zunehmend-unter-druck/25097444.html>), zuletzt abrufen am 15.01.2020);

wie im Linklaters-Gutachten behauptet,¹²⁷ erschließt sich in Ansehung dessen nicht. Eine Verlängerung der Bindefrist wäre auch unschädlich gewesen, da in der bloßen Verlängerung keine inhaltliche Veränderung des Angebots liegt.¹²⁸ Die Verhandlungsposition des BMVI hätte sich ebenfalls nicht „erheblich“ verschlechtert; im Gegenteil wäre dem nicht unerheblichen Risiko eines negativen EuGH-Urteils weit besser Rechnung getragen gewesen.

Unabhängig davon hätte es dem BMVI jedoch auch nach Ablauf der Bindefrist grundsätzlich offen gestanden, den Zuschlag auf den Betreibervertrag zu erteilen. Zwar wäre die Bietergemeinschaft zu diesem Zeitpunkt nicht mehr an ihr 2. BAFO gebunden gewesen, doch ist die Zuschlagserteilung in diesem Fall nach § 150 Abs. 1 BGB als ein neues Angebot vom öffentlichen Auftraggeber an den betreffenden Bieter zu werten. Der wirksame Vertragsschluss hängt dann von der Annahme durch den Bieter ab.¹²⁹

* * *

¹²⁷ Linklaters-Gutachten, S. 64.

¹²⁸ BGH, Urteil vom 10.09.2009 – VII ZR 152/08, NZBau 2009, 771, 774; OLG Hamm, Urteil vom 26.06.2008 – 21 U 17/08, NZBau 2008, 508, 508 f.

¹²⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2009 – VII-Verg 70/08, ZfBR 2013, 289, 290; OLG Naumburg, Beschluss vom 01.09.2004 – 1 Verg 11/04, IBRRS 2004, 3295; BayObLG, Beschluss vom 15.07.2002 – Verg 15/02, NZBau 2002, 689, 690; VK Münster, Beschluss vom 13.02.2008 – VK 29/07, IBRRS 2013, 4911; VK Südbayern, Beschluss vom 19.01.2009 – Z 3-3-3194-1-39-11/08, BeckRS 2011, 01137, Rz. 97 ff.; *Wagner-Cardenal*, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 2. Auflage 2019, § 20 VgV, Rn. 70.

Pkw-Maut – Anlage 1

Darstellung des bekannten Sachverhalts

