

Subunternehmerleistungen

04. November 2016

Jena

EY ist eine der führenden Prüfungs- und Beratungsgesellschaften in Deutschland



Assurance

Tax / Law

Advisory

Transaction Advisory Services

Unser Anspruch

Unser Ziel ist es, Dinge voranzubringen und entscheidend besser zu machen – für unsere Mitarbeiter, unsere Mandanten und die Gesellschaft, in der wir leben.

Dafür steht unser weltweiter Anspruch „Building a better working world“.



Büros



22

Mitarbeiter (Stand : 30 Juni 2015)



8,401

Umsatz in Deutschland in Millionen EUR (FY15)



1,499

Präsenz in Ländern weltweit



150+

Mitarbeiter weltweit



212,000

Weltweiter Umsatz in Milliarden USD (FY14)



28,7

Beispiele unseres rechtlichen Leistungsspektrums

Unsere Beratung im öffentlichen Wirtschaftsrecht (Teil von „Government & Public Sector“) umfasst das Vergaberecht, Beihilfenrecht sowie öffentliches Verkehrsrecht



Öffentliches Verkehrsrecht

Die Verkehrsleistungserbringung, ob unternehmens- oder behördeninitiiert, unterliegt beihilfen-, vergabe- und gewerberechtlichen Anforderungen. Wir bieten sowohl privaten als auch öffentlichen Unternehmen und Gebietskörperschaften eine umfassende Rechtsberatung, beginnend von der Nahverkehrsplanerstellung über Verkehrsvertragsgestaltung bis hin zur Vergabe von Verkehrsleistungen und Erteilung von Liniengenehmigungen. Ferner zeigen wir Ihnen Möglichkeiten zur Neugestaltung von Verkehrs- und Infrastrukturfinanzierungen auf, um Ihrer spezifischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Alle Ihre Fragestellungen im öffentlichen Personennahverkehr, aber auch im Schienenpersonennahverkehr sowie im Personenbeförderungsrecht sind bei uns in guten Händen.

Experten – Know-how

Der Leiter des öffentlichen Wirtschaftsrechts, Dr. Oliver Wittig, ist seit knapp 20 Jahren in verschiedenen Ausschüssen des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV) aktiv und Referent an der VDV – Akademie. Außerdem ist er Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum öffentlichen Verkehrsrecht (u.a. Mitautor in Schäfer/Uechtritz/Zuber, Vertragsgestaltung in der kommunalen Praxis, 3. Teil Verkehr).

Auszüge aus dem Beratungsangebot im öffentlichen Verkehrsrecht

Finanzierungsgestaltung

- Einnahmenaufteilungsverfahren und Verkehrsverbundstrukturen
- Beihilfenrechtskonforme Neukonzeption der Finanzströme
- Gestaltung und Prüfung allgemeiner Vorschriften und öffentlicher Dienstleistungsaufträge
- Verkehrsinfrastruktur und Fahrzeugpools
- Beteiligung privater Geldgeber

Vergaben und Strukturänderungen

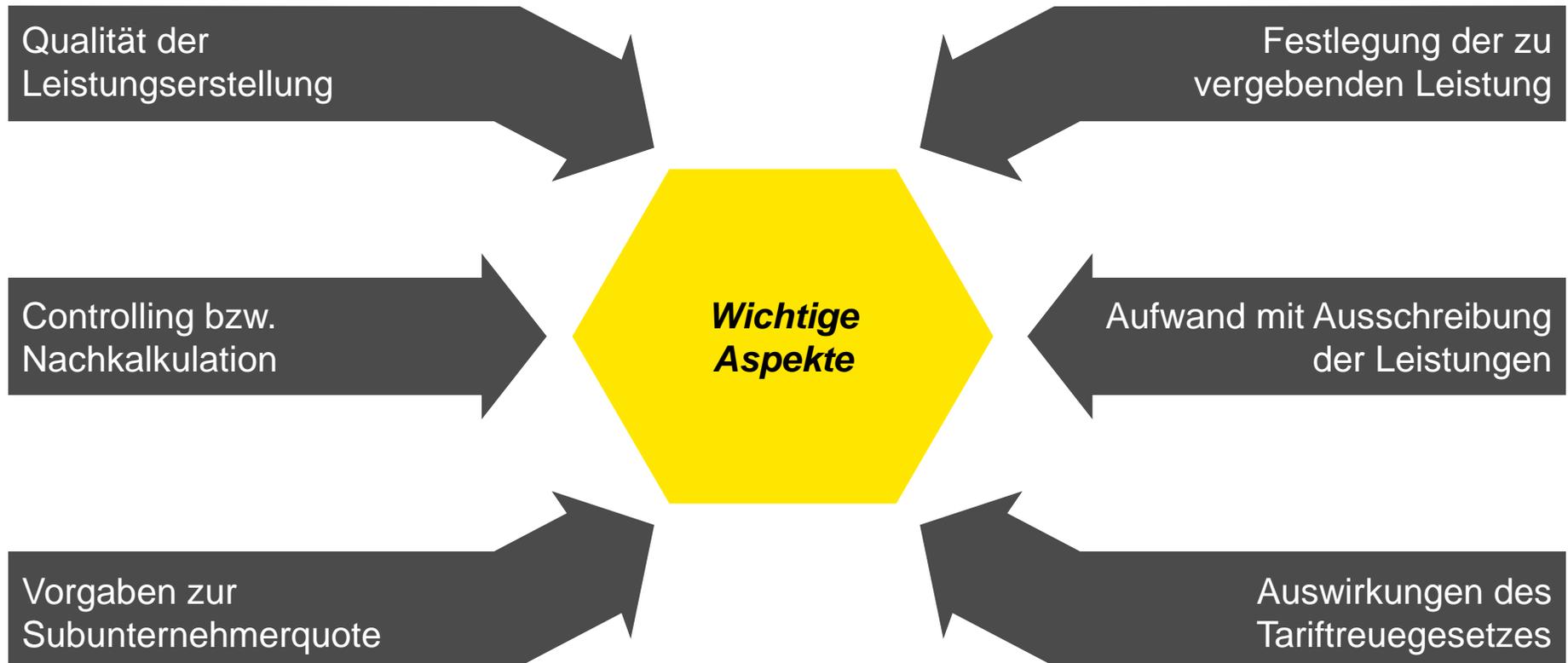
- Direktvergaben von Verkehrsleistungen
- Wettbewerbliche Verkehrsleistungsvergaben
- Rechtliche Überprüfung der Anforderungen im Nahverkehrsplan
- Genehmigungsverfahren im Eisenbahn- und ÖPNV-Bereich
- Gründung und Restrukturierung von Verkehrsunternehmen und Verkehrsverbänden
- Privatisierungen von Verkehrsunternehmen und Kooperationen
- Vertretung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren



1

Make or buy?

Make or buy – die Grundentscheidung



Strategien bei der Fremdvergabe



Leistungstiefe, Art der Leistungen und weitere Faktoren sind vor der Einleitung des Vergabeverfahrens zu klären:

1. Wie soll die **Qualität** der Leistungserbringung sichergestellt werden?
2. **Welche** Leistungen sollen vergeben werden?
3. Wie können marktorientierte **Preise** sichergestellt werden?

Auswahl einiger zu klärender Punkte:

- ▶ Fahrzeugwerbung gestattet oder ausgeschlossen
- ▶ Qualitätsstandard der eingekauften Leistungen
- ▶ Ausschreibung der Leistungen versus direkte Vergabe (sofern vergaberechtlich möglich)
- ▶ Vergabe ganzer **Linienbündel** oder einzelner Kurse/Dienste
- ▶ Vergabe „guter“ oder „schlechter“ Kurse (z. B. Nacht, Sonntag)
- ▶ Solo-/Gelenkbusanteil der vergebenen Leistung.
- ▶ Preisgleitklauseln in den Verträgen (z. B. Diesel, Personal)
- ▶ Vergabe reiner Fahrerleistung versus Komplettleistung
- ▶ Vergabe an einen oder mehrere Subunternehmer
- ▶ Reservestellung durch den Subunternehmer oder das VU



2

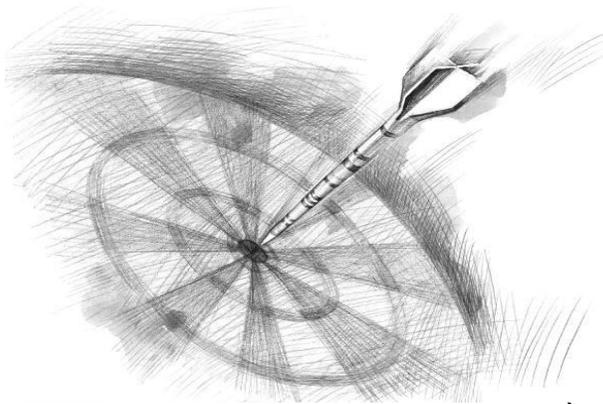
Rechtliche Vorgaben



a)

Das Selbsterbringungsgebot

Direktvergabevoraussetzungen der VO 1370/2007



1. Erfüllung Gebietskriterium
2. Erfüllung Kontrollkriterium
3. **Selbsterbringungsgebot**

“interner Betreiber ist verpflichtet, den **überwiegenden Teil** des öffentlichen Personenverkehrsdienstes **selbst zu erbringen.**”

Anmerkung: Auslegungsleitlinie zur VO 1370/2007 fordert sogar Anteil der Selbsterbringung von 2/3.

Das „Selbsterbringungsgebot“

Verhältnis von Art. 5 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 7 VO

- Art. 5 Abs. 2: bei Direktvergabe an internen Betreiber ist „**überwiegender Teil**“ der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen.
- Art. 4 Abs. 7: werden Unteraufträge vergeben, so ist der betraute Betreiber verpflichtet, einen „**bedeutenden Teil**“ der Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen.
- Art. 4 Abs. 7 dürfte grundsätzlich gelten (Auffangfunktion), z.B. wenn Art. 5 Abs. 2-6 aufgrund des Vorrangs des allgemeinen Vergaberechts nicht anwendbar sein sollte (so EuGH v. 27.10.2016) oder Art. 5 Abs. 2 („überwiegender Teil“) aufgrund des Fehlens einer Vergabe an einen „internen Betreiber“ nicht anzuwenden ist.
- Nach Priß in K/L/P/P, Art. 4 Rn. 76 ist Art. 4 Abs. 7 „eindeutig“ nur auf **wettbewerbliche** Vergabeverfahren anwendbar. Dies ist aber wohl die Mindermeinung.

Selbsterbringungsgebot und allg. VergabeR

Verhältnis allgemeines Vergaberecht (ohne Selbsterbringungsgebot) zu VO 1370/2007 (mit Selbsterbringungsgebot) war unklar – dürfte seit EuGH – Urteil vom 27.10.2016 geklärt sein

OLG Frankfurt: VO 1370/2007 nur anwendbar, wenn Dienstleistungskonzession vorliegt

Sofern keine Dienstleistungskonzession vergeben wird, ist nach Rechtsprechung des OLG Frankfurt das Selbsterbringungsgebot (sowohl des Art. 5 als auch des Art. 4 VII VO – Rn. 42 ff) nicht beachtlich.

OLG München: VO 1370/2007 „Spezialregelung“ für Verkehrsvergaben

Nach OLG München ist bei Verkehrsvergaben (Inhouse) immer (nur) VO 1370/2007 anwendbar.

- *Selbsterbringungsgebot aus Art. 5 Abs. 2 VO nur dann anwendbar, wenn Art. 5 Abs. 2-6 VO 1370/2007 Anwendung finden.*
- *Anwendung Selbsterbringungsgebot Art. 4 Abs. 7 VO auch dann, wenn keine DL-Konzession vergeben wird – so auch EuGH, U. v. 27.10.2016. Bei Vergaben außerhalb Wettbewerb noch nicht endgültig geklärt, wahrscheinlich aber auch dort Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 7 VO.*



b)

Verkehrsmanagementgesellschaften

Verkehrsmanagementgesellschaften: Handlungsoptionen

Für Verkehrsmanagementgesellschaften bestehen eine Vielzahl von Handlungsalternativen mit mehr oder weniger hohem Risiko:

Aufbau eigenes VU

1

- Beispiele: u.a. Lindau
- Vorteile:
 - Erfüllung der Vorgaben der VO 1370/2007.
 - Möglichkeit zur Nutzung des Querverbundes.
- Nachteile:
 - Ggf. höhere Kosten
 - Managementaufwand

„Don´t care“-Modell

2

- Betrauung, gestützt auf
 - VO 1370/2007 und Altmark-Trans-Rechtsprechung
 - „Sonderregel Planung, Bau & Betrieb“
 - Selbsterbringung Marketing etc.

Rekommunalisierung

3

- VU als Eigenbetrieb vergibt Subunternehmerleistung
- Querverbund möglich (vgl. Baden Baden)
- keine Vergabe, Selbsterbringungs - Vorgaben für internen Betreiber gelten nicht
- Art. 4 Abs. 7 VO gilt nicht (str., wohl durch EuGH v. 27.10.2016 überholt).

Zusammenfall VU und LNO (extern)

4

- VU wird mit Aufgaben der LNO „beliehen“ (vgl. Gießen, Kassel)
- Kein Vergabeakt (sondern, aus Sicht LNO, Selbsterbringung)
- Dennoch zur Defizitabdeckung öDA mit Stadt?

Kurzwertung

- ⇒ Aufbau eigenes VU risikolos, aber z.T. unerwünscht.
- ⇒ „Don´t Care“-Modell: charmant, aber riskant
- ⇒ Rekommunalisierung und Zusammenfall (extern) bauen auf umstrittener fehlender Anwendung des Vergaberechts auf.

Verkehrsmanagementgesellschaften: weitere Handlungsoptionen

Für Verkehrsmanagementgesellschaften bestehen eine Vielzahl von Handlungsalternativen mit mehr oder weniger hohem Risiko:

Arbeitnehmerüberlassungsmodell

5

- Ausschreibungsgewinner wird verpflichtet, Arbeitnehmer und Busse an Verkehrsmanagementgesellschaft zu überlassen.
- Alternativ: Überlassung auf „Inhouse-Basis“
- Problem: Arbeitsrechtlich wird AÜ problematisiert.

Kooperation „Betreiber“

6

- Direktvergabe an „Bietergemeinschaft“
- Partner der Bietergemeinschaft wird durch Ausschreibung ermittelt.
- Gegenstand des Urteils OLG Ffm: ohne Übernahme von Betriebsrisiko keine DL-Konzession und somit allg. VergabeR anwendbar.

Kooperation kommunaler „Betreiber“

7

- Kooperation kommunaler Betreiber und Behörden
- Direktvergabe möglich über Behördengruppe und Gruppe von Unternehmen

Betriebsführungsübertragungsmodell

8

- Öffentliche Hand vergibt (im Wettbewerb) öDA an drittes VU.
- Dieses wird zur Betriebsführungsübertragung an Verkehrsmanagementgesellschaft verpflichtet.
- Diese wiederum vergibt SubU-Leistung an drittes VU

Kurzwertung

- ⇒ Arbeitnehmerüberlassung: ArbeitsR prüfen!
- ⇒ Kooperation Betreiber: OLG Ffm verlangt

- Betriebsrisiko bei Drittem
- ⇒ Betriebsführungsübertragungsmodell: kompliziert.



c)

Verpflichtungserklärung zur Tariftreue erforderlich?

Tarifvorgaben erforderlich?

Die Tariftreue- und Vergabegesetze sind unterschiedlich. Regelmäßig gilt



- Erfolgt **Beauftragung** des **Nachunternehmers vor Inkrafttreten** des Tariftreuegesetzes, bleiben die Verträge unberührt (keine Tariftreue).
- Erfolgt die Beauftragung des Subunternehmens auf Basis einer **vor Inkrafttreten** des Tariftreuegesetzes bestehenden **Direktvergabe**, braucht Subunternehmer (wohl) keine Tariftreue zu erklären (aber ggf. Erklärung zu Mindestlohn).
Achtung: Unterschiedliche Ausgestaltung des Landesrechts.
- Erfolgt Direktvergabe und Beauftragung des Subunternehmers **nach Inkrafttreten** des TariftreueG, muss sich der Betreiber zur Tariftreue verpflichten. Ebenso hat er von den Nachunternehmern eine Verpflichtungserklärung zu verlangen.



d)

Laufzeit des Subunternehmervertrags

Laufzeit des Subunternehmervertrags

Vertragsfreiheit spricht für unbeschränkte Laufzeit



- Liniengenehmigung darf nur bis Ende des öDA erteilt werden. Subunternehmervertrag darf aber eine längere Laufzeit haben.
- Ggf. Ist Sonderkündigungsrecht oder Verlängerungsoption zum Laufzeitende des öDA sinnvoll
- Ansonsten aus wirtschaftlichen Gründen möglichst längere Laufzeit (z.B. 8 Jahre) sinnvoll, um Abschreibungszeitraum der Busse voll nutzen zu können.



e)

Rechtsfolgen bei Verletzung des Selbsterbringungsgebots

Vergaberechtliche Risikobetrachtung

Recht auf "zweiten Versuch"

Vergabekammer Südbayern (Lindau)

“Vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens wird dem Auftraggeber aufgegeben, ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen.”

OLG München (Verg 6/11) hebt Entscheidung der Vergabekammer auf:

“Einhaltung der Vorgaben der VO ist sicherzustellen. Ein förmliches Vergabeverfahren ist nicht zwangsläufig durchzuführen, weil die VO eine Direktvergabe nach bestimmten Vorgaben erlaubt.”

- Sofern ein (vergaberechtlicher) Verstoß gegen die Vorgaben der VO 1370/2007 geltend gemacht wird, kann eine erneute Vergabe (unter Einhaltung der Vorgaben der VO) erfolgen. (“Recht auf zweiten Versuch”).
- Vergaberechtliche Rügefristen: 30 Tage nach „Kennen müssen“, sonst 6 Monate.
- Sofern vergaberechtliche Risiken eingegangen werden, sollte ein entsprechender zeitlicher Vorlauf eingeplant werden.

Beihilfenrechtliche Risikobetrachtung

Möglichkeit der Trennung beihilfenrechtlicher von vergaberechtlichen Anforderungen?

Möglichkeit 1: Vergaberechtlicher Angriff gegen öDA führt nicht auch beihilfenrechtlich zu Wegfall der Absicherung

Beihilfenrechtliche Absicherung bleibt bestehen. Ausgleichsleistung bleibt zulässig. Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (Verkehr) ist erneut durchzuführen.

Möglichkeit 2: Vergaberechtlicher Angriff gegen öDA führt auch beihilfenrechtlich zu Wegfall der Absicherung

Beihilfenrechtliche Auffanglösung ist erforderlich, um Ausgleichszahlung ohne beihilfenrechtliche Absicherung zu verhindern.

- EU-Kommission prüft **vor Rechtfertigung** der Beihilfe nach VO 1370/2007 stets, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt.
- Sind die Vorgaben der **Altmark-Trans-Rechtsprechung** erfüllt (insbesondere 4. Kriterium), liegt keine Beihilfe vor.
- Neben der Erfüllung der Vorgaben der VO 1370/2007 könnte die Betrauung **auch** auf die Altmark-Trans-Rechtsprechung gestützt werden.
- Sollte angenommen werden, dass der öDA (und damit die Einhaltung der Vorgaben der VO 1370/2007) entfällt, könnte eine **beihilfenrechtliche** Absicherung auf Basis der Altmark-Trans-Rechtsprechung bestehen bleiben.



3

Verfahren



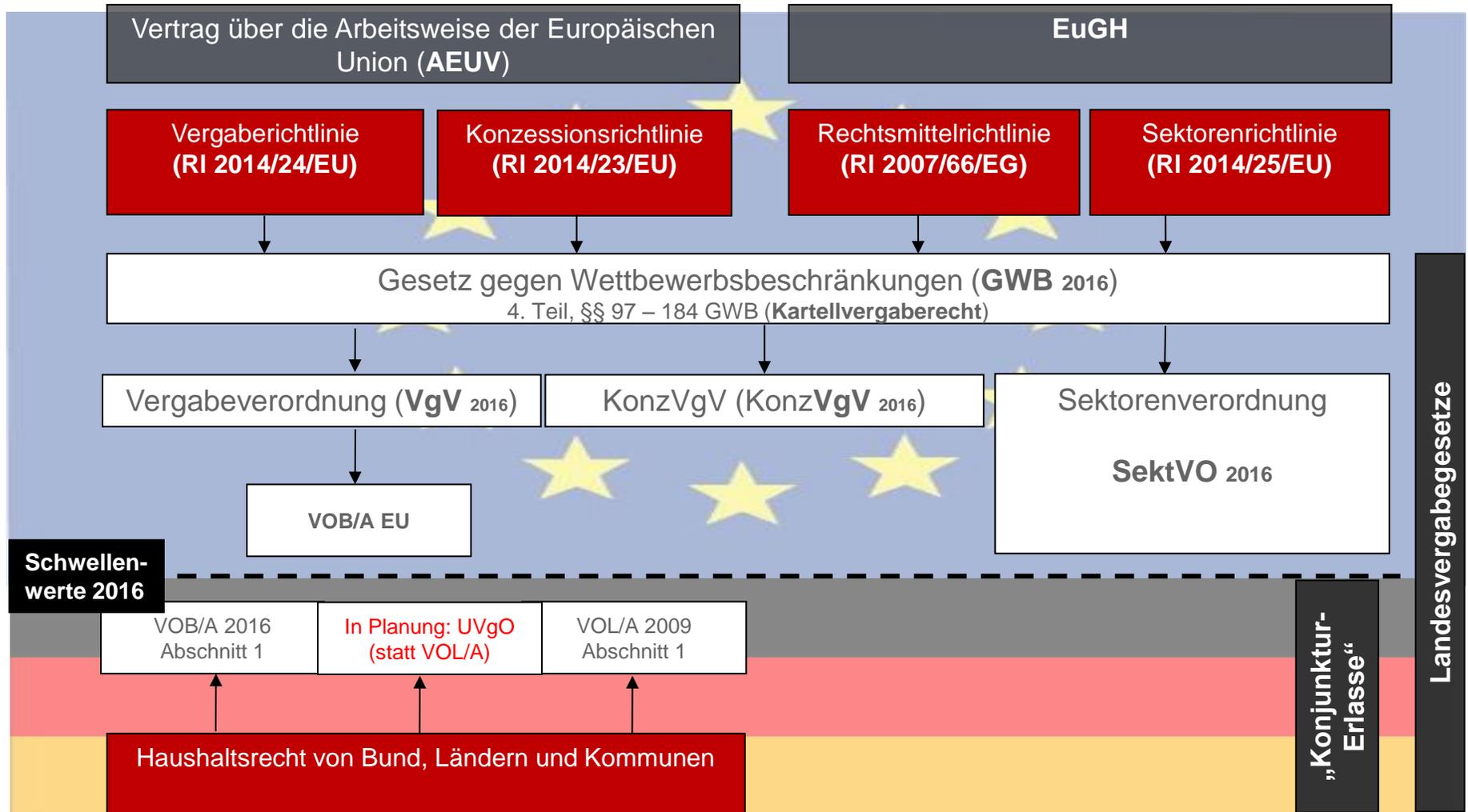
Subunternehmervergabe: Anwendbare Verfahren

Ist relevant, ob Liniengenehmigungsinhaber durch Direktvergabe oder Wettbewerb ausgewählt wurde?

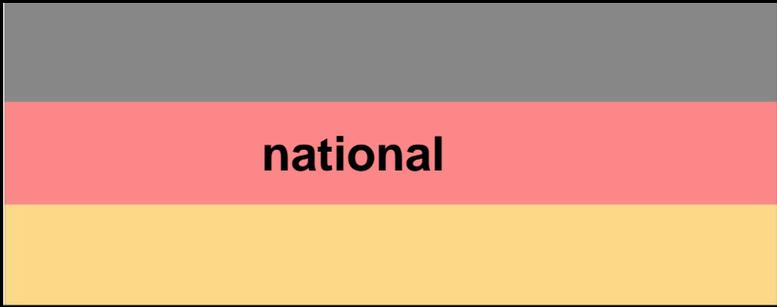


- Bei Direktvergabe ist Auftraggeber ein Sektorenauftraggeber, da ihm im Rahmen einer Direktvergabe regelmäßig ein ausschließliches Recht verliehen wird.
- Bei einer wettbewerblichen Vergabe ist Sektorenauftraggebereigenschaft fraglich. Sektorenauftraggeber liegt nach § 100 GWB dann vor, wenn
 - Öffentlicher Auftraggeber eine Sektorentätigkeit ausübt, oder
 - Privater Auftraggeber die Tätigkeit auf der Grundlage eines besonderen oder ausschließlichen Rechts ausübt – keine solchen Rechte liegen vor, wenn sie aufgrund eines transparenten, objektiven Verfahrens gewährt wurden.
- Bei einer wettbewerblichen Vergabe an privaten Auftraggeber liegt unseres Erachtens **keine Sektorenauftraggebereigenschaft** – trotz möglicherweise ausschließlicher Wirkung der Liniengenehmigung - vor.

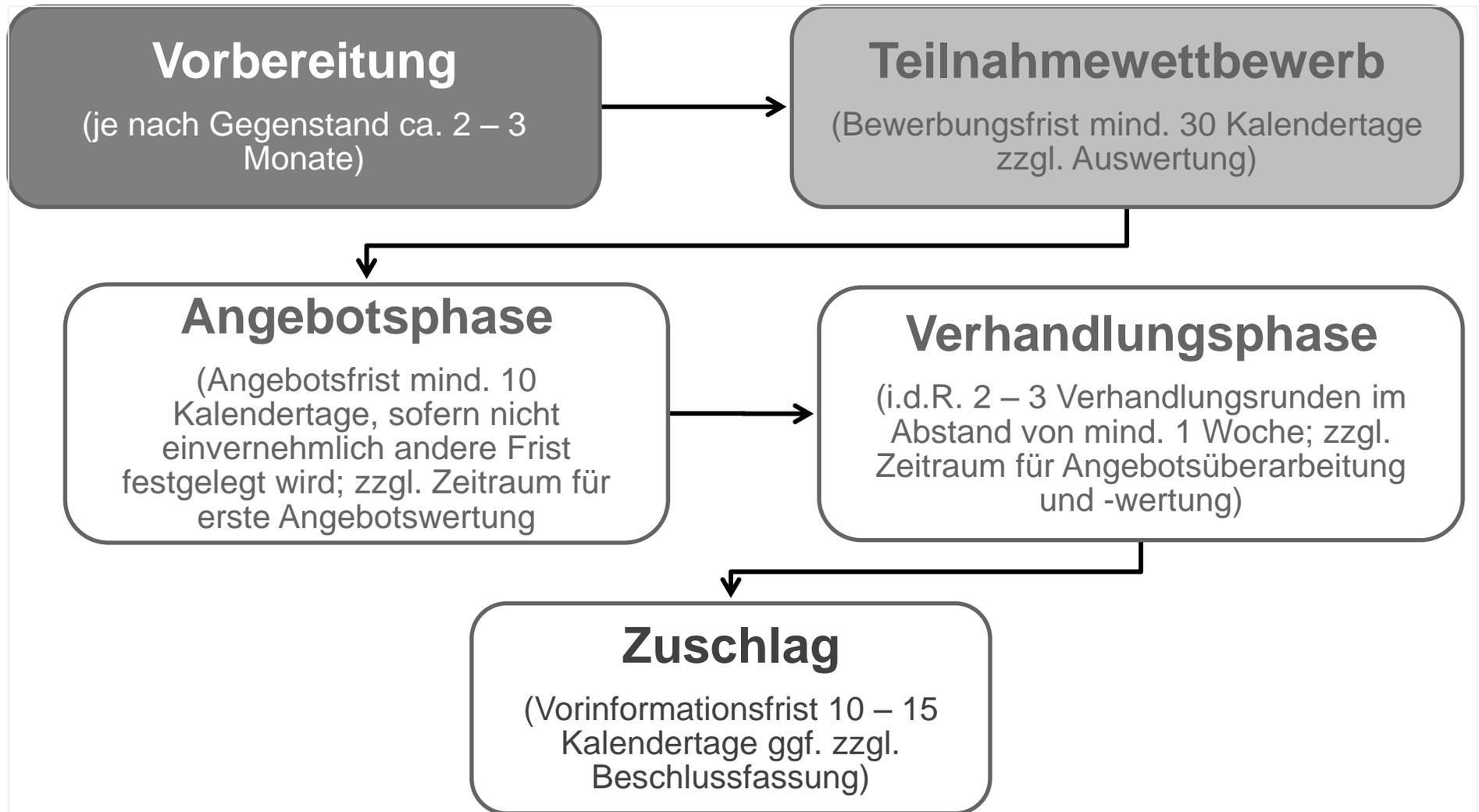
Überblick: Geltendes Recht



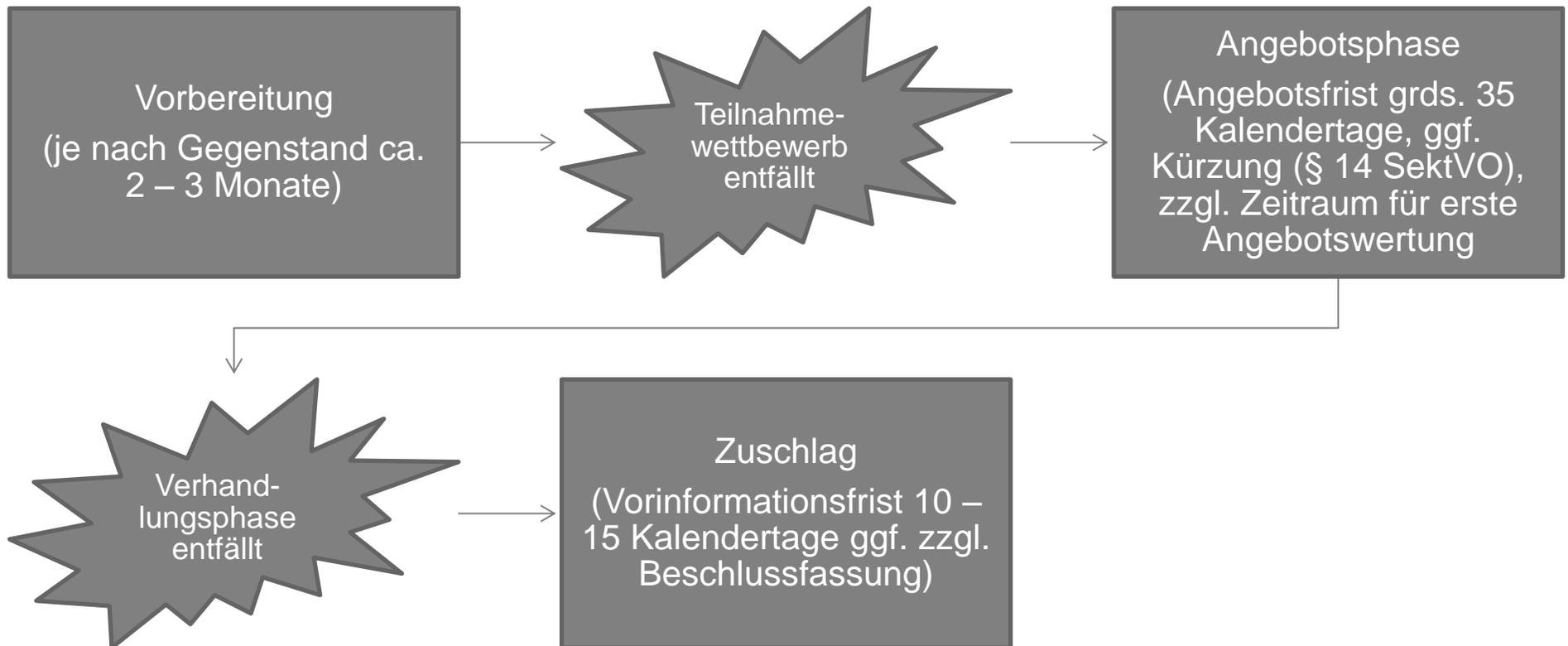
Verfahrensarten - Vokabular

 national	 europaweit
<ul style="list-style-type: none">• öffentliche Ausschreibung• beschränkte Ausschreibung • freihändige Vergabe• Direktkauf	<ul style="list-style-type: none">• offenes Verfahren• nichtoffenes Verfahren• wettbewerblicher Dialog• Verhandlungsverfahren• elektronische Auktion• dynamisches elektronisches Verfahren• Innovationspartnerschaft

Verhandlungsverfahren: wesentliche Verfahrensschritte



Offenes Verfahren: wesentliche Verfahrensschritte



Wahl der Verfahrensart

offenes Verfahren Öffentliche Ausschreibung	nichtoffenes Verfahren Beschränkte Ausschreibung	Verhandlungsverfahren Freihändige Vergabe
Bekanntmachung	Bekanntmachung	Bekanntmachung
	in der Regel mit Teilnahmewettbewerb	in der Regel mit Teilnahmewettbewerb
Angebotsaufforderung an eine unbeschränkte Anzahl Unternehmer	Angebotsaufforderung nur an eine beschränkte Anzahl geeigneter Unternehmer	Angebotsaufforderung nur an eine beschränkte Anzahl geeigneter Unternehmer
Angebotsabgabe	Angebotsabgabe	Angebotsabgabe
Prüfung und Wertung der Angebote	Prüfung und Wertung der Angebote	Verhandlungsphase mit Prüfung und Wertung der Angebote
EU-Mitteilung, § 134 GWB und Zuschlag nach 15 Tagen, bei elektronischer Versendung der Information: 10 Tage	EU-Mitteilung, § 134 GWB und Zuschlag nach 15 Tagen, bei elektronischer Versendung der Information: 10 Tage	EU-Mitteilung, § 134 GWB und Zuschlag nach 15 Tagen, bei elektronischer Versendung der Information: 10 Tage

Ablauf des einstufigen Verfahrens

Die Zeitplanung extern richtet sich insbesondere nach den Vorgaben des Vergaberechts und der Wahl der Verfahrensart

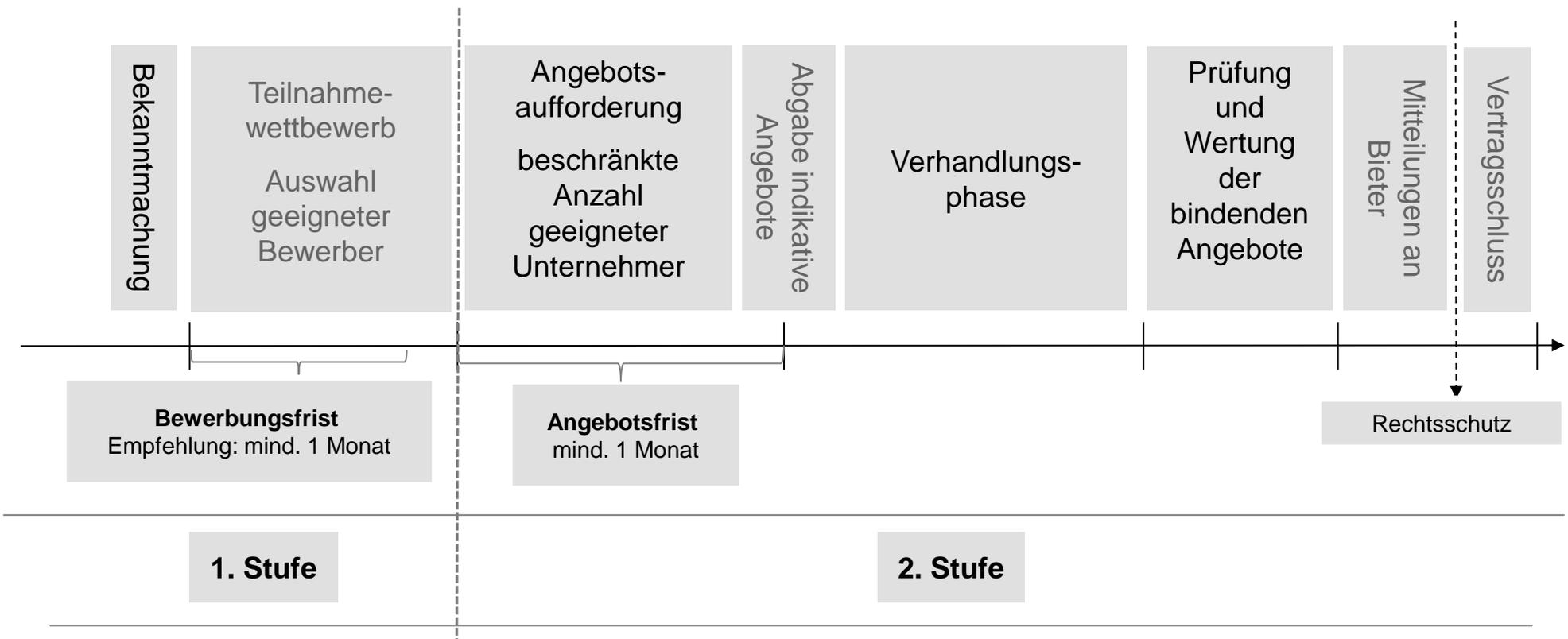


Ablauf eines Offenen Verfahrens/ einer öffentlichen Ausschreibung

Ablauf des zweistufigen Verfahrens

Exemplarischer Ablauf eines Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb / Fristen

Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb



Wann nehme ich welches Verfahren

- Auftraggeber hat „freie Wahl“
- Sinnvoll kann die Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs sowie eines nachgeschalteten Verhandlungsverfahrens sein
- Beim Verhandlungsverfahren können aber ggf. noch im Verfahren (unter Wahrung der Transparenz / Gleichbehandlung) Änderungen vorgenommen werden.
- **Problem:** § 41 SektVO (wie auch § 41 VgV): sämtliche Unterlagen müssen/sollen? schon vor der Bekanntmachung erstellt sein – d.h., bei zweistufigem Verfahren müssen alle Verträge der zweiten Stufe schon vor Einleitung der ersten Stufe fertig sein.
- Kontraproduktiv im Hinblick auf Verfahrensbeschleunigung
- Offenes Verfahren daher schneller, Verhandlungsverfahren flexibler

Durchführung des Teilnahmewettbewerbs

1. Stufe

Aufgaben vor Veröffentlichung

- Festlegen zentraler Parameter, u.a.:
 - Wertungskriterien
 - Gewichtung
 - Lose
 - Eignungskriterien

Bekanntmachung Auswahlverfahren

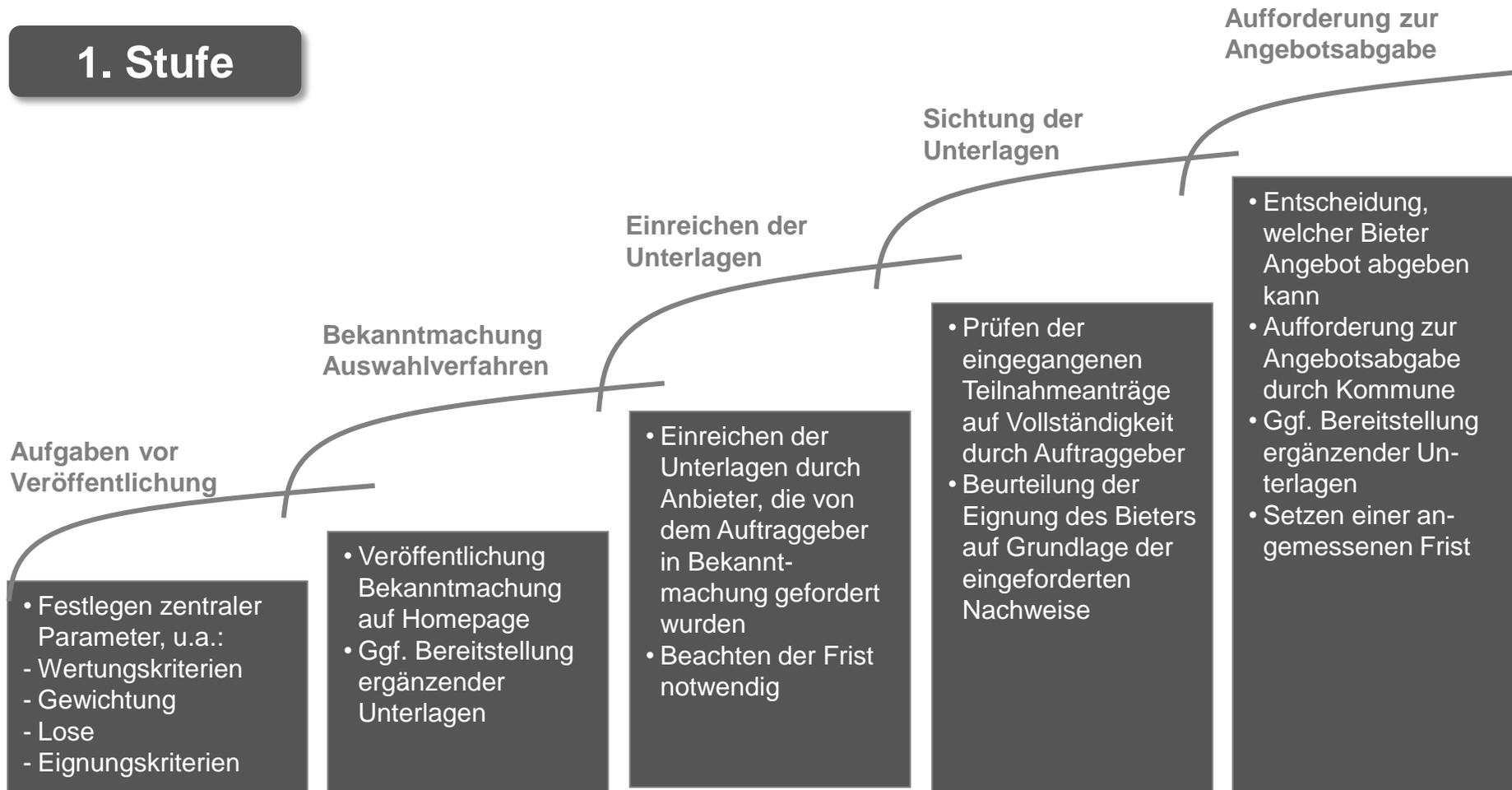
- Veröffentlichung Bekanntmachung im EU-Amtsblatt
- Ggf. Bereitstellung ergänzender Unterlagen

Zentrale Eckpunkte:

- Der Auftraggeber muss die wesentlichen Kriterien für die **Gestaltung des Auswahlverfahrens vor Veröffentlichung der Bekanntmachung** festlegen (u.a. Wertung, Gewichtung, Lose, Eignungskriterien)
- Im Rahmen der Bekanntmachung können **folgende Nachweise** für den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb einfordert werden:
 - EEE (einheitliche Europäische Eigenerklärung)
 - Angabe von Referenzen
 - Vorlage Unternehmerprofil
 - Eigenerklärung zum Gesamtumsatz
 - Auszug aus Gewerbezentralregister
 - Auszug aus Handelsregister usw.
- Anhand der Unterlagen werden folgende **Eigenschaften des Bieters** begutachtet: Fachkunde, Leistungsfähigkeit und das Fehlen von Ausschlussgründen.

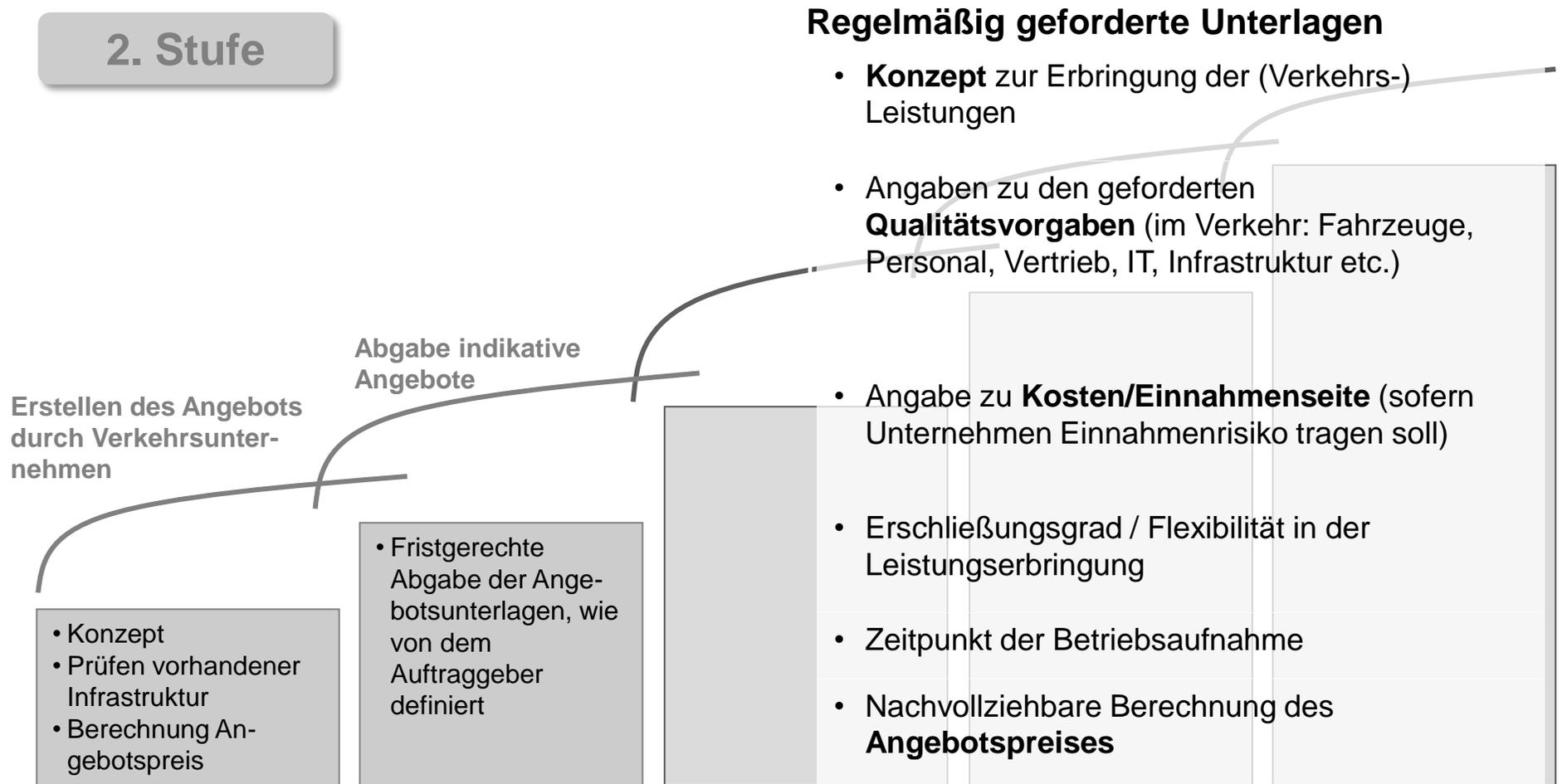
Die Eignungsprüfung

1. Stufe



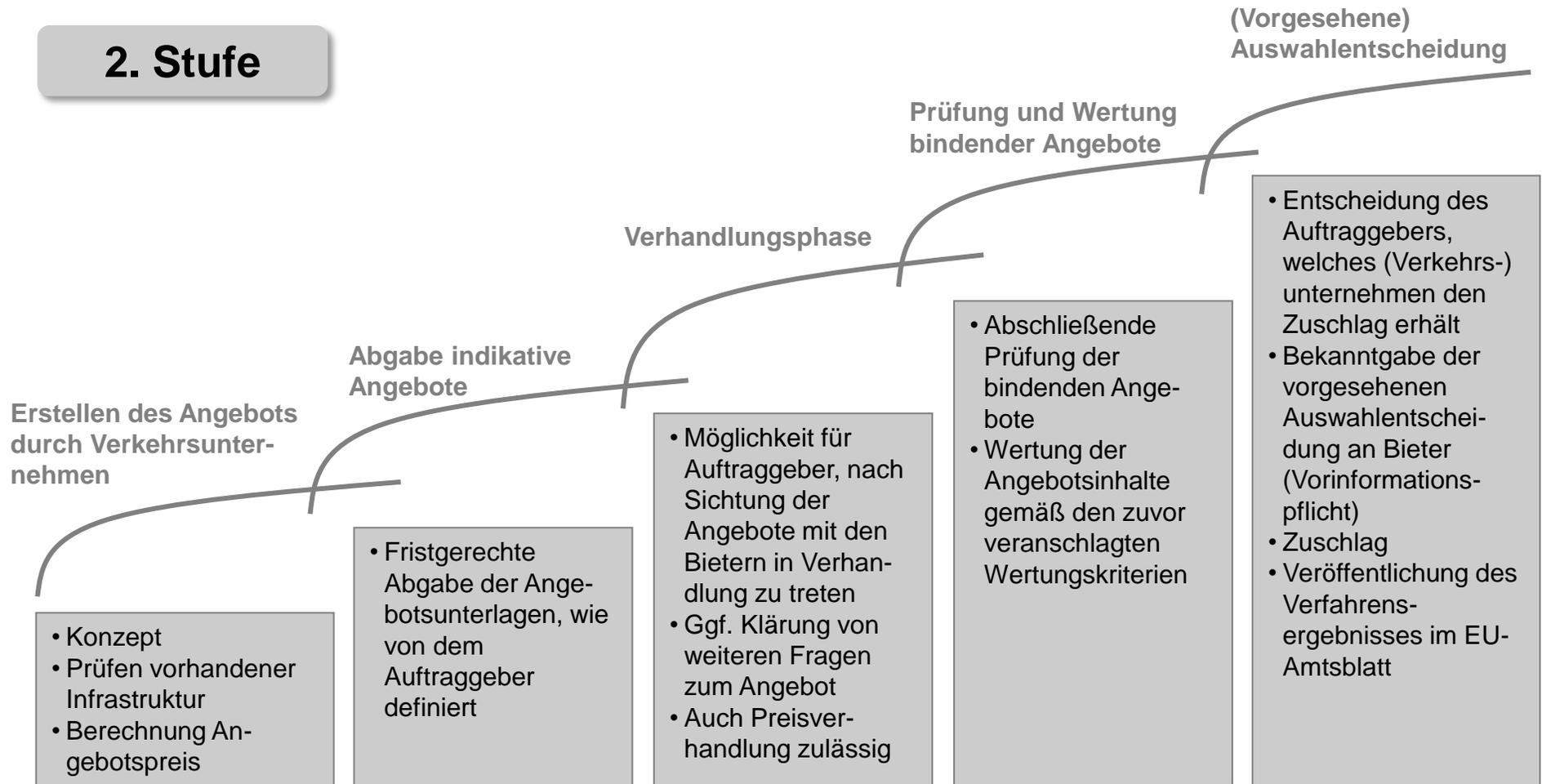
Die Angebotserstellungsphase

2. Stufe



Die Auswahl des Verkehrsunternehmens

2. Stufe





4

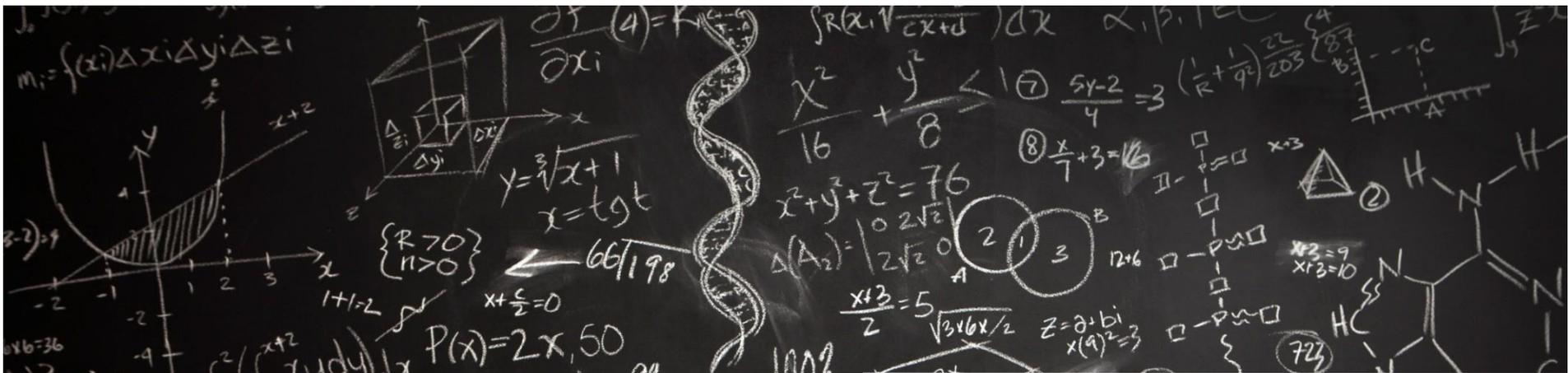
Ergebnis

Ergebnis

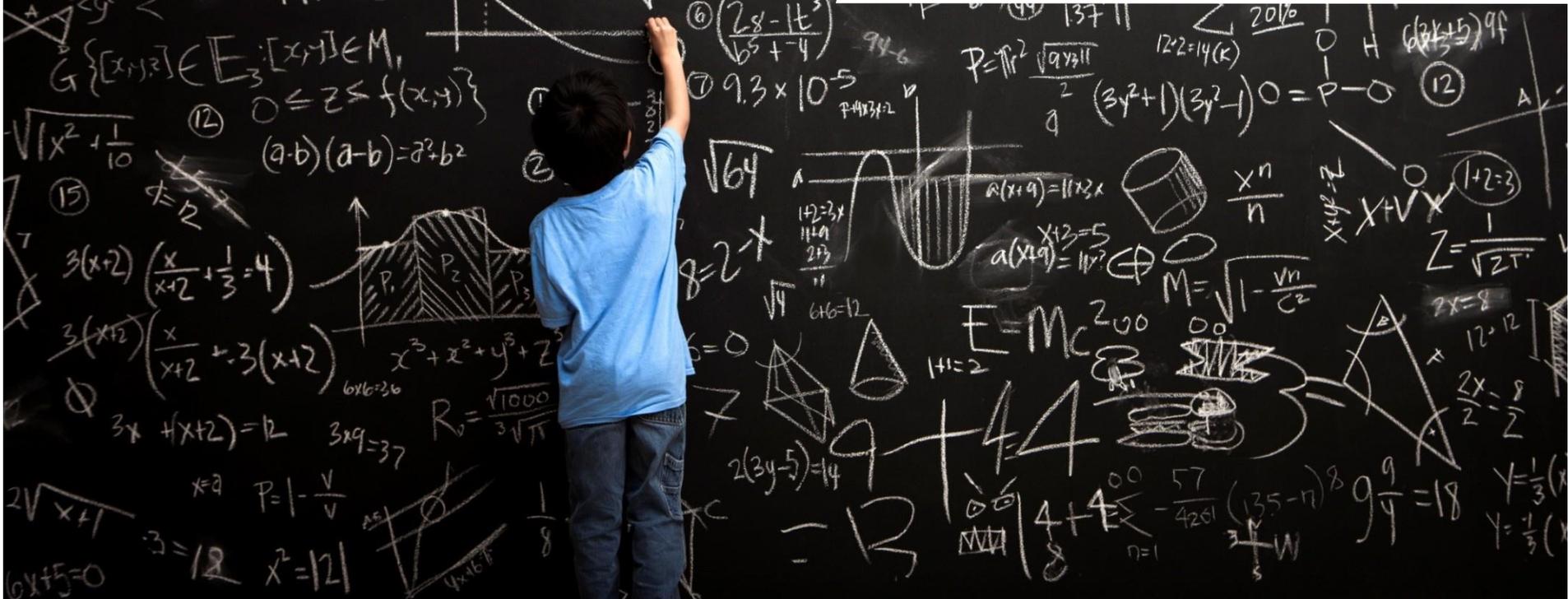
VU haben viel Gestaltungsspielraum: sie sollten hiermit verantwortungsbewusst umgehen („best value for taxpayers money“)



- Wesentliche Grundentscheidung vor Vergabeverfahren ist **“make or buy”**
- Bei einer **Direktvergabe** muss mindestens ein “bedeutender Teil” der Verkehrsleistung selbst erbracht werden. Eine Beschränkung der Subunternehmerquote ist zulässig.
- Für **Verkehrsmanagementgesellschaften** bestehen Handlungsmöglichkeiten – Rechtsunsicherheiten verbleiben, haben aber unseres Erachtens keine Auswirkungen auf die beihilfenrechtliche Absicherung.
- Sollten nach **§ 41 SektVO** die Unterlagen bereits vor Stufe 1 erstellt sein, führt zweistufiges Verfahren zu Zeitverlust.
- Bei der **Wahl des Verfahrens** ist das einstufige Verfahren einfacher und schneller – Das Verhandlungsverfahren aber flexibler.



Noch Fragen?



Kontakt Daten



Dr. Oliver Wittig
Rechtsanwalt / Executive Director

Tel +49 621 20961
Mobil +49 160 939 20961
Fax +49 181 20961
E-Mail oliver.wittig@de.ey.com