

# Forschungsstelle für Verkehrsmarktrecht

Friedrich-Schiller-Universität  
Jena

Tagung „Bestellung von  
Verkehrsleistungen im  
ÖPNV“ am 04.11.2016

Dr. Alexander Hübner

## Bestellung nach GWB-Vergaberecht



HAVER & MAILÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart · Frankfurt · Dresden · Brüssel



## 1. EU-Vergaberecht

- Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße
- Vergaberichtlinien 2014/24, 2014/25

## 2. Deutsches Vergaberecht

- GWB, SektVO
- PBefG

## 3. Nicht: AEG

Nicht: § 131 GWB (Eisenbahnverkehrsaufträge)

Nicht: Marktsäule 4. Eisenbahnpaket (Änderung VO 1370)



## Abgrenzung ÖPNV – Schienenpersonenverkehr

### ÖPNV

- mit Straßenbahn, Hoch-, Untergrund- oder Schwebebahnen, Bus und Kfz
- im Linienverkehr (auch Schülerfahrten)
- zur Bedienung Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr (50 km Entfernung / Reisezeit 1 Std)

### SPNV/Eisenbahnfernverkehr

- mit Eisenbahnen
- im Linienverkehr
- zur Bedienung Stadt-/Vorort-/Regional- bzw. Fernverkehr



## Rechtsrahmen Bestellung von ÖPNV-Leistungen

### 1. EU-Vergaberecht

- Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße
- Vergaberichtlinien 2014/24, 2014/25  
anwendbar auf
  - ÖPNV-Aufträge auf Straße (Bus und Straßenbahn)

#### unanwendbar auf

- Konzessionen
- Aufträge über Eisenbahn/SPNV/Untergrundbahn



## Rechtsrahmen Bestellung von ÖPNV-Leistungen

### 2. Deutsches Vergaberecht

- Eigenwirtschaftliche Busverkehre
  - Vorrang vor gemeinwirtschaftlichen Busverkehren
  - Kein Vergaberecht, „nur“ Genehmigungswettbewerb
  - Ausnahme Aufträge über Schülerfahrten



## Rechtsrahmen Bestellung von ÖPNV-Leistungen

### 2. Deutsches Vergaberecht

- Gemeinwirtschaftliche Verkehre
  - öA über ÖPNV-Leistungen mit Bus oder Straßenbahn
    - PBefG
    - GWB, SektVO
  - *Eigenerbringung/Direktvergaben iSd VO 1370*
  - *Konzessionen / öA Untergrundbahn*

# Vergabe gemeinwirtschaftlicher ÖPNV-Aufträge mit Bussen / Straßenbahnen



HAYER & MAILÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

## Tatbestand – Artikel 5 Absatz 1 VO 1370

### (1) Öffentlicher Dienstleistungsauftrag (ödA)

- Betrauungsakt zwischen Aufgabenträger und Betreiber
- Über Erbringung öffentlicher Verkehrsdienste
- Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen



ödA liegt auch vor bei (i) Dienstleistungskonzession oder (ii) Inhouse-Betrauung nach GWB-Vergaberecht

# Vergabe gemeinwirtschaftlicher ÖPNV-Aufträge mit Bussen / Straßenbahnen



HAYER & MAILÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

## Sondertatbestand – Artikel 5 Absatz 1 VO 1370

- (2) ödA über Verkehre mit Bussen / Straßenbahnen = öA
- ödA über Erbringung öffentlicher Verkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen
  - ist gleichzeitig „öffentlicher Auftrag“ iSd Vergaberechts
    - ❖ Nicht also bei Dienstleistungskonzession
    - ❖ Aber, neu: auch bei Inhouse-Vergabefreiheit

# Vergabe gemeinwirtschaftlicher ÖPNV-Aufträge mit Bussen / Straßenbahnen



HAYER & MAILÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

## Rechtsfolge: Artikel 5 Absatz 1 VO 1370

### 1. Unstreitige Konstellation

- Vergabe nach GWB, PBefG
- Unanwendbarkeit Artikel 5 VO 1370-Vergaberecht
- Anwendbarkeit aller übrigen Vorschriften der VO 1370
  - zB Beihilferecht
  - zB Art. 4 Abs. 7 Unteraufträge, Selbsterbringungspflicht  
EuGH, 27.10.2016, Hörmann Reisen

# Vergabe gemeinwirtschaftlicher ÖPNV-Aufträge mit Bussen / Straßenbahnen



HAYER & MAILÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

## Rechtsfolge: Artikel 5 Absatz 1 VO 1370

### 2. Umstrittene Konstellation

#### Fälle der Direktvergabe (Inhouse)

- Ausschluss Artikel 5 VO 1370-Vergaberecht, wenn „öffentlicher Auftrag“ (gegen Wortlaut)?
- Oder muss hinzutreten „Vergabe nach den Vorschriften“ des GWB (so Wortlaut)?

Herrschende Meinung: Artikel 5 VO 1370-Vergaberecht lex specialis und daher neben/statt GWB-Vergaberecht (dies wiederum str.) anwendbar; EuGH, 27.10.2016

# Vergabe gemeinwirtschaftlicher ÖPNV-Aufträge mit Bussen / Straßenbahnen



HAYER & MAILÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

## Unstreitige Rechtsfolge, wenn ödA $\neq$ öA

... weil ödA eine Dienstleistungskonzession ist

... weil ödA Verkehre mit Untergrundbahnen betrifft



Unanwendbarkeit GWB-Vergaberecht



- Anwendung Artikel 5 VO 1370-Vergaberecht
- Anwendung Beihilferecht der VO 1370
- Anwendung PBefG bei wettbewerblichem Vergabeverfahren
- Anwendung PBefG bei Eigenerbringung/Direktvergabe



## Vergabeverfahren 1/10

### – **Vorabbekanntmachung**

- ❖ TED-Formular „Vorinformation“
- ❖ Veröffentlichung nicht früher als 27 Monate vor Betriebsbeginn – **Stichtag 03.12.2019!**
- ❖ Hinweis auf Antragsfrist für eigenwirtschaftliche Betreiber spätestens 3 Monate nach Vorabbekanntmachung



## Vergabeverfahren 2/10

### – **Vorabbekanntmachung (2)**

- ❖ Anforderungen für Fahrplan, Beförderungsentgelt, Standards
- ❖ Fakultative Angabe: Vergabe als Gesamt- oder Teilleistung (Netz, Teilnetz, Linienbündel, Linie)
- ❖ Dabei: Pflicht zur Losteilung nach GWB-Vergaberecht
- ❖ Üblich und zulässig: Verweis auf öffentlich zugängliche Dokumente, zB Nahverkehrsplan



## Vergabeverfahren 3/10

### – **Leistungsbeschreibung**

Zu erfüllende gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen,  
geografischer Geltungsbereich

- ❖ Berechnung der erforderlichen Ausgleichsleistungen
- ❖ Kostenansatz für Ausgleichsleistungen, angemessene Kapitalrendite



## Vergabeverfahren 4/10

### – **Befristung**

- ❖ Busverkehr 10 Jahre
- ❖ Straßenbahn 15 Jahre
- ❖ Verlängerungsmöglichkeit um höchstens 50 % bei Eigenstellung der Wirtschaftsgüter (nicht nur rollendes Material) oder sonst bei Notwendigkeit längerer Amortisation



## Vergabeverfahren 5/10

- **Ermessen, den Betreiber zur Personalübernahme des früheren Betreibers zu verpflichten**
  - ❖ Wenn § 613 BGB nicht ohnehin anzuwenden ist
  - ❖ Kein Vorbehalt des nationalen Rechts
  - ❖ Nur im Eisenbahnverkehr „soll“ statt ursprünglich „kann“



## Vergabeverfahren 6/10

- **Verpflichtung des Betreibers auf Sozialstandards**
  - ❖ Bezeichnung im ödA
  - ❖ zB LTMG Landestariftreue- und Mindestlohngesetze



## Vergabeverfahren 7/10

- **Selbsterbringungspflicht bzw. Festlegung, ob / in welchem Umfang Unterauftragsvergabe zulässig**
  - ❖ Auch bei ödA-Vergaben nach GWB anwendbar, lex specialis zu VergRL (EuGH, 27.10.2016, Hörmann Reisen)
  - ❖ Grundsatz: Betreiber muss bedeutenden Teil selbst erbringen; vs. GWB: Unterbeauftragung (100%) zulässig
  - ❖ Nach VgV Recht, Selbsterbringung zu verlangen



## Vergabeverfahren 8/10

### – **GWB-Vergaberecht 2016 nach SektVO**

- ❖ eVergabe spätestens ab 18.10.2018
- ❖ Freie Wahl Vergabeverfahren bis auf Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb
- ❖ Mit Bekanntmachung alle Vergabeunterlagen zum kostenlosen Download bereitzustellen
- ❖ Keine Wahl der EEE
- ❖ Zwingender/fakultativer Ausschluss, Selbstreinigung
- ❖ Kann: Zuschlagskriterium Energieverbrauch
- ❖ Muss: Mitteilung Energieverbrauch
- ❖ Vertragsänderungen – vergabefrei?



## Vergabeverfahren 9/10

### – **GWB-Vergaberecht 2016 nach SektVO**

Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb?

- ❖ Keine/keine geeigneten Angebote in regulärem Verfahren
- ❖ Nur ein Bieter?
- ❖ Dringlichkeit?
- ❖ Wiederholung gleichartiger ÖPNV-Dienste nur, wenn in ursprünglicher Bekanntmachung mitgeteilt



## Vergabeverfahren 10/10

- **Vorabinformations- und Wartepflicht**
  - ❖ §§ 134, 135 GWB
  - ❖ § 135 III GWB: Glaube an die Vergabe ohne Bekanntmachung
- **Bekanntmachung über vergebenen Auftrag**
  - ❖ Nicht nach VO 1370 (nur Direktvergaben ödA Eisenbahn)
  - ❖ Aber nach VgV, SektVO
- **Preisrecht VO 30/53**
- **Nachprüfung vor VK und Vergabesenaten**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

Viel Erfolg mit ÖPNV-Bestellungen  
nach GWB!



HAVER & MAILÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart · Frankfurt · Dresden · Brüssel

Lenzhalde 83-85  
70192 Stuttgart

0711 22744-35  
[ah@haver-mailaender.de](mailto:ah@haver-mailaender.de)

[www.haver-mailaender.de](http://www.haver-mailaender.de)