



Vergaben im ÖPNV

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

A. Vergaben im ÖPNV: (nur) jenseits der Eigenwirtschaftlichkeit

- Ziel: Ausreichende Verkehrsbedienung, § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG
- Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit, § 8 Abs. 4 PBefG

Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sind eigenwirtschaftlich zu erbringen. Eigenwirtschaftlich sind Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Ausgleichsleistungen auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1) und sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne, soweit diese keine Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 darstellen und keine ausschließlichen Rechte gewährt werden. Ausgleichszahlungen für die Beförderung von Personen mit Zeitfahrausweisen des Ausbildungsverkehrs nach § 45a sind aus dem Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ausgenommen.

- gesetzliche Absicherung
- allgemeine Vorschriften möglich (Deutschlandticket!)

- VO 1370/07 steht Qualifikation der von ihr erfassten Verkehre als eigenwirtschaftlich entgegen
 - Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufgrund öffentlicher Dienstleistungsaufträge
 - ausschließliche Rechte
- Folge: nur ein geringer Teil der Verkehre im ÖPNV kann als eigenwirtschaftlich qualifiziert werden

B. Gegenstand der Vergabe: Öffentliche Dienstleistungsaufträge

I. Grundlagen

- Begriff: Art. 2 lit. i VO 1370/07

„öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen; gemäß der jeweiligen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten können diese rechtsverbindlichen Akte auch in einer Entscheidung der zuständigen Behörde bestehen:

- *die die Form eines Gesetzes oder einer Verwaltungsregelung für den Einzelfall haben kann oder*
- *die Bedingungen enthält, unter denen die zuständige Behörde diese Dienstleistungen selbst erbringt oder einen internen Betreiber mit der Erbringung dieser Dienstleistungen betraut;*

- Verwendung zwingend für Verleihung ausschließlicher Rechte und Gewährung von Ausgleichsleistungen, Art. 3 I VO 1370/07
 - (nur) in Art. 3 II, III VO 1370/07 genannte tarifbezogene gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen können alternativ in allgemeinen Vorschriften enthalten sein

- Mindestinhalte

- gemeinwirtschaftliche Verpflichtung und deren Ausgleich, Art. 4 I VO 1370/07
 - gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen müssen nach Art. 2a VO 1370/07 im Einklang mit „den politischen Zielen [stehen], die in den Strategiepapieren für den öffentlichen Verkehr in den Mitgliedstaaten aufgeführt sind“
 - P: Nahverkehrspläne i.S.v. § 8 III PBefG als nationale Strategiepapiere?
 - Berechnungsparameter für Ausgleichsleistungen
 - Ausschließlichkeitsrechte
 - Kostenaufteilung
- Einnahmeverteilung, Art. 4 II VO 1370/07

- Laufzeit, Art. 4 III, IV VO 1370/07
 - Eisenbahnverkehre: i.d.R. max. 15 Jahre
 - Busverkehre: i.d.R. max. 10 Jahre
 - Verlängerungsmöglichkeiten
- Bedingungen der Unterauftragsvergabe, Art. 4 VII VO 1370/07
 - Beschränkung: beim Beauftragten verbleibende „bedeutende“ Eigenleistung mind. 25-30 % des wirtschaftlichen Gesamtwerts
 - Ausnahme: verbundene Konzeptions- und Betriebsaufträge
 - weitergehende Beschränkung bei Direktvergabe an internen Betreiber gem. Art. 5 II lit. e VO 1370/07

- fakultative Inhalte
 - nicht abschließend
 - einseitige Vorgabe der Anwendbarkeit der Regelungen über den Betriebsübergang zugunsten vorhandener Arbeitnehmer durch die zuständige Behörde, Art. 4 V 1 VO 1370/07
 - soll nach § 131 III GWB im SPNV geschehen
 - Art. 4 IVa und IVb VO 1370/07 bzgl. Arbeitnehmerschutz (juristisch) wirkungslos
 - sonstige Sozialstandards, Art. 4 V 2 VO 1370/07
 - Qualitätsstandards, Art. 4 VI VO 1370/07

2. Konzeption

- Nahverkehrsplan, § 8 Abs. 3 PBefG, als Ausgangspunkt

... Der Aufgabenträger definiert dazu die Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebotes, dessen Umweltqualität sowie die Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration der Verkehrsleistungen in der Regel in einem Nahverkehrsplan. Der Nahverkehrsplan hat die Belange der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Menschen mit dem Ziel zu berücksichtigen, für die Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs bis zum 1. Januar 2022 eine vollständige Barrierefreiheit zu erreichen. Die in Satz 3 genannte Frist gilt nicht, sofern in dem Nahverkehrsplan Ausnahmen konkret benannt und begründet werden. Im Nahverkehrsplan werden Aussagen über zeitliche Vorgaben und erforderliche Maßnahmen getroffen. Bei der Aufstellung des Nahverkehrsplans sind die vorhandenen Unternehmer frühzeitig zu beteiligen; soweit vorhanden sind Behindertenbeauftragte oder Behindertenbeiräte, Verbände der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Fahrgäste und Fahrgastverbände anzuhören. Ihre Interessen sind angemessen und diskriminierungsfrei zu berücksichtigen. Der Nahverkehrsplan bildet den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs. ...

- Orientierungsfunktion → Aktualität sicherstellen!
- VG Köln, U. v. 18.3.2019 – 18 K 11690/16: Der Nahverkehrsplan „bildet den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs, § 8 Abs. 3 Satz 8 PBefG, ohne sämtliche Einzelheiten für die konkrete Ausgestaltung und Durchführung einzelner Linienverkehre oder Teile derselben sowie Struktur und Höhe der ÖPNV-Tarife enthalten zu müssen. Diese sind Kernelemente der unternehmerischen Eigenverantwortung der beteiligten Verkehrsunternehmen und von diesen in erster Linie unter wirtschaftlichen Aspekten festzulegen.“
- keine Realisierungsautomatik
- Maßstab auch für (eigenwirtschaftliche) Genehmigungserteilung
→ zentrales Steuerungsinstrument der Kommunen im ÖPNV

- ab 2028 Ergänzung/Überlagerung durch Plan für nachhaltige urbane Mobilität (SUMP) gem. Verordnung (EU) 2024/1679 über Leitlinien der Union für den Aufbau des Transeuropäischen Verkehrsnetzes
- WICHTIG: zusätzlich Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz - SaubFahrzeugBeschG) beachten!

III. Bestellung von Verkehrsleistungen

- Vorabbekanntmachung gem. Art. 7 II VO Nr. 1370/07 als „Startpunkt“

A. Allgemeines Vergaberecht und VO 1370/07

- zentrale Weichenstellung: Art. 5 I VO 1370/07, § 8a II 1 PBefG

1. Vergabevorschriften

- Vorrang des Vergaberechts nur, soweit dieses tatsächlich Anwendung findet
- also nicht bei Dienstleistungskonzessionen
 - entscheidend: verbleibendes Betriebsrisiko des Unternehmers, vgl. § 105 II GWB

- nicht gegeben, wenn der Auftragnehmer eine sich aus den Einnahmen (einschließlich Netzeffekte) und einem variablen Zuschuss des Auftraggebers zusammensetzende und von den vereinbarten Fahrkilometern, nicht aber vom Fahrgastaufkommen abhängige Gesamtvergütung erhalten soll, OLG Koblenz, B.v. 25.3.2015 – Verg 11/14
- soll neben dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung zusätzlich ein Preis gezahlt werden, kann der Vertrag jedenfalls dann nicht als Dienstleistungskonzession angesehen werden, wenn die zusätzliche Vergütung oder (Aufwands-)Entschädigung ein solches Gewicht hat, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden kann, sondern sich darin zeigt, dass die aus der Erbringung der Dienstleistung möglichen Einkünfte allein ein Entgelt darstellen würden, das weitab von einer äquivalenten Gegenleistung läge, OLG Düsseldorf, B.v. 19.2.2020 – Verg 1/19
- muss über die Gesamtlaufzeit der beabsichtigten Direktvergabe feststellbar sein, OLG München, B.v. 14.10.2019 – Verg 16/19

- differenzierend bei Inhouse-Vergabe
 - § 131 II GWB für Eisenbahnverkehre: für Vergaben an interne Betreiber gilt immer Art. 5 II VO 1370/07
 - im Übrigen gilt nach EuGH (Urt. v. 21.3.2019 – C-266/17 und C-267/17 – Hüttebräucker): „Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße ist auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge annehmen, nicht anwendbar.“

- Vorrang des allgemeinen Vergaberechts erfasst „auch Direktvergaben, die nicht durch den Abschluss eines Vertrags, sondern durch einen anderen rechtsverbindlichen Akt erfolgen, etwa durch Gesellschafterbeschluss oder ... durch gesellschaftsrechtliche Weisung. Wesensmerkmal der Direktvergabe ist gerade, dass es an einer vertragstypischen Gleichordnung von Auftraggeber und Betrautem fehlt, es handelt sich um eine Form der ‚Selbstvornahme‘“, BGH, B.v. 12.11.2019 – XIII ZB 120/19
 - dann: uneingeschränkte Anwendung von § 108 GWB
- Folge: de facto stark eingeschränkter Anwendungsbereich der Vergabevorschriften der VO 1370/07 (vgl. auch OLG Karlsruhe, B.v. 9.10.2012 – 15 Verg 12/11)

2. sonstige Vorgaben

- Bedeutung der VO (EG) 1370/07 im Anwendungsbereich des allgemeinen Vergaberechts
 - EuGH, U.v. 27.10.2016, C-292/15 – Hörmann Reisen GmbH gegen Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg:
„bei der Vergabe eines Auftrags für den öffentlichen Personenverkehrsdienst mit Bussen sind nur die Bestimmungen von Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO (EG) 1370/07 nicht anwendbar, während die übrigen Vorschriften dieser Verordnung anwendbar bleiben“

- EuGH, U.v. 20.9.2018 – Rs. C-518/17 – Stefan Rudigier:
„Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/07 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates ist dahin auszulegen, dass
 - die darin vorgesehene Vorinformationspflicht auch bei Aufträgen über öffentliche Busverkehrsdienste gilt, die grundsätzlich gemäß den Verfahren vergeben werden, die in der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG oder in der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG vorgesehen sind;
 - die Verletzung dieser Vorinformationspflicht nicht zur Aufhebung der betroffenen Ausschreibung führt, sofern die Grundsätze der Äquivalenz, der Effektivität und der Gleichbehandlung beachtet sind, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist.“

- Konsequenzen
 - (partieller) Vorrang des allgemeinen Vergaberechts vor der VO 1370/07 beschränkt sich auf deren spezifisch vergaberechtlichen Gehalt
 - im Übrigen uneingeschränkte Anwendung der VO 1370/07 bei Verkehrsbestellungen

B. Ausschreibung

1. nach GWB

- umfassend auf Dienstleistungsaufträge über ÖPNV-Leistungen anwendbar
 - Vss.: Überschreitung der Schwellenwerte
- hohe Regelungsdichte: GWB – VgV
- als Sektorenauftraggeber sind nur diejenigen Aufgabenträger zu qualifizieren, die selbst Verkehrsleistungen anbieten, OLG Düsseldorf, U.v. 21.7.2010 – VII-Verg 19/10, Verg 19/10, vgl. auch § 102 IV GWB

- mögliche Verfahrensarten, vgl. § 119 GWB
 - offenes Verfahren
 - nichtoffenes Verfahren
 - Verhandlungsverfahren
 - wettbewerblicher Dialog
 - Innovationspartnerschaft

2. nach VO 1370/07

- wettbewerbliches Vergabeverfahren, Art. 5 III VO 1370/07
- geringe Ausgestaltung durch die VO 1370/07
 - Grundsätze
 - Transparenz
 - Wettbewerb
 - Nichtdiskriminierung
 - entsprechend Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gem. EuGH-Rechtsprechung

- Besonderheiten gegenüber allgemeinem Vergaberecht
 - Zulässigkeit von Verhandlungen nach Angebotsabgabe bei besonderer Komplexität (im Einzelnen str.)
 - keine reinen Preisverhandlungen
- Verbesserung der Informationslage im wettbewerblichen Vergabeverfahren durch Mitteilungspflichten nach Art. 4 VIII VO 1370/07

- teilweise Konkretisierung durch §§ 8a, 8b PBefG
 - kaum Vorgaben über eigentlichen Verfahrensablauf
 - Gleichbehandlung
 - für Bestimmung „angemessener Fristen“ bietet sich Orientierung am allgemeinen Vergaberecht an
 - Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot gemäß bekannt gemachten Kriterien
 - Unterauftragsvergabe
 - explizite Zulassung erforderlich
 - wettbewerbliche Durchführung
 - Transparenzpflichten
 - Mittelstandsklausel

C. Direktvergabe

- Beauftragung eines leistungserbringenden Verkehrsunternehmens durch öffentliche Stellen nach freier Auswahl und damit ohne Wettbewerb

1. Zulässigkeit

a) Vergabe an interne Betreiber/Inhouse-Vergabe

aa) nach VO 1370/07

- Zulässigkeit der Direktvergabe an interne Betreiber nach Art. 5 II VO 1370/07, § 8a III PBefG
 - auch bezogen auf gesamtes Gebiet des Aufgabenträgers, sofern nicht missbräuchlich, OLG Jena, B.v. 12.6.2019 – 2 Verg 1/18

- Art. 2 lit. j VO 1370/07: interner Betreiber = „eine rechtlich getrennte Einheit, über die eine zuständige örtliche Behörde (...) eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht“
 - ggf. auch Urenkelgesellschaft, OLG München, B.v. 31.3.2016 – Verg 14/15
- gem. Art. 5 II lit. a VO 1370/07 auch bei ÖPP möglich
- Restriktionen:
 - geografische Tätigkeitsbeschränkung
 - insb. keine auswärtige Wettbewerbsteilnahme (jenseits kommerzieller Verkehre)
 - dabei soll nach OLG München, B.v. 31.3.2016 – Verg 14/15, tatsächliche Situation, nicht Gesellschaftsvertrag maßgeblich sein
 - Beschränkung der Unterauftragsvergabe
 - nach OLG München, B.v. 22.6.2011 – Verg 6/11, im öffentlichen Dienstleistungsauftrag sicherzustellen

bb) nach GWB-Vergaberecht

- ausschließliche Geltung von § 108 GWB (neben allgemeinen Vorgaben der VO 1370/07)
- keine Relevanz der Restriktionen des Art. 5 II VO 1370/07
- keine ÖPP

b) De minimis-Vergaben

- (nur) Unterschreitung vergaberechtlicher Schwellenwerte bei Dienstleistungsaufträgen i.S.v. § 103 IV GWB führt zu Anwendbarkeit der VO 1370/07
- darüber hinaus „geringwertige“ Dienstleistungskonzessionen, OLG München, B.v. 14.10.2019 – Verg 16/19
- Direktvergabe nach Art. 5 IV VO 1370/07 (europarechtlich) zulässig bei
 - Dienstleistungsaufträgen, die entweder einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 1 000 000 EUR oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300 000 km aufweisen
 - Erhöhung der Schwellen bei KMU-Vergaben (max. 23 Straßenfahrzeuge) auf < 2 000 000 EUR / 600 000 km

c) Notmaßnahmen

- im Anwendungsbereich des allgemeinen Vergaberechts: § 14 IV Nr. 3 VgV, § 13 II Nr. 4 SektVO
- darüber hinaus: Art. 5 V VO 1370/07
 - setzt i.d.R. voraus, dass sich grundlegender Beschaffungsvorgang auf eine Dienstleistungskonzession und nicht auf einen Dienstleistungsauftrag bezieht, vgl. OLG Celle, B. v. 8.5.2019 – 13 Verg 10/18
 - Notsituation nach OLG Rostock, B.v. 30.10.2019 – 17 Verg 5/19, gegeben, wenn bei Auslaufen des Vertrags eine wettbewerbliche Vergabe nicht mehr erfolgen kann. Es kommt nicht darauf an, ob die Unterbrechung nicht vorhersehbar und planwidrig war
 - nach OLG Rostock, B.v. 20.11.2013 – 17 Verg 7/13, nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar
- Laufzeitbegrenzung auf zwei Jahre

2. Durchführung

- Entscheidung für die Direktvergabe: keine weiteren Anforderungen bei zulässiger Direktvergabe
 - nachvollziehbare Dokumentation aber erforderlich, OLG Frankfurt, B.v. 10. 11.2015 – 11 Verg 8/15; OLG München, B.v. 14.10.2019 – Verg 16/19
- formale Anforderungen
 - Vergabe in Form eines (öffentlichen) Dienstleistungsauftrags
 - Laufzeitbegrenzungen und spezifische Informationserfordernisse
 - Vorgehen gem. § 8a V PBefG
- Ausgleichsleistungen gem. Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

The seal of the University of Jena is a circular emblem. It features a central figure of a bearded man wearing a fur-trimmed hat and a voluminous fur robe. He holds a sword in his right hand. The Latin inscription 'COMPT. DOCERE' is at the top. A banner across the middle reads 'FRIEDRICH-SCHILLER'. On the left, 'THVR: MARCHIO:' is visible, and at the bottom, 'F: LANTGR.' is partially seen.

—
Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!