

Wettbewerbliche Vergaben nach Art. 5 Abs. 3 VO Nr. 1370/2007

Kolloquium: Brennpunkte des öffentlichen Personenverkehrs
vor dem Hintergrund der neuen EG –
Personenverkehrsdiensteverordnung

Dr. Niels Griem

04. Juni 2009, Bucerius Law School, Hamburg

Agenda

- > **Vorbemerkungen**
- > **Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe als Zentralnorm der VO 1370/2007?**
- > **Dienstleistungskonzession als Voraussetzung der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007**
- > **Wettbewerb nach der VO 1370/2007: Anforderungen an das Verfahren**

Agenda

- > **Vorbemerkungen**
- > Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe als Zentralnorm der VO 1370/2007?
- > Dienstleistungskonzession als Voraussetzung der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007
- > Wettbewerb nach der VO 1370/2007: Anforderungen an das Verfahren

Sinn und Zweck des Wettbewerbs um die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen durch die öffentliche Hand

Vorbemerkungen 1 von 2

Sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung

Sicherstellung eines fairen und unbeeinflussten Wettbewerbs

- > Vermeidung der Diskriminierung von Marktteilnehmern
- > Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand allein nach Belangen des Allgemeinwohls

Die Vergabe von Leistungen im Öffentlichen Personennahverkehr im Wettbewerb ist in Deutschland nicht die Regel

Vorbemerkungen 2 von 2

Wettbewerb im Schienenpersonennahverkehr

Wettbewerb im Bus-, Straßenbahn- und U-Bahn -
Verkehr

Agenda

- > Vorbemerkungen
- > **Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe als Zentralnorm der VO 1370/2007?**
- > Dienstleistungskonzession als Voraussetzung der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007
- > Wettbewerb nach der VO 1370/2007: Anforderungen an das Verfahren

Die VO 1370/2007 enthält eine Reihe von Ausnahmen von der Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe

Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe als Zentralnorm der VO 1370/2007? 1 von 3

Keine Pflicht zum Wettbewerb:

- > bei Vergabe an den so genannten „internen Betreiber“, Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007
- > bei Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr des Eintretens einer solchen Situation, Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007
- > bei Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr, Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007

Die VO 1370/2007 enthält eine Reihe von Ausnahmen von der Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe

Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe als Zentralnorm der VO 1370/2007? 2 von 3

Keine Pflicht zum Wettbewerb:

- > bei Vergabe von Leistungen mit einem Jahresdurchschnittswert von weniger als 1.000.000,- Euro oder einer jährlichen Verkehrsleistung von unter 300.000 km, Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007
- > bei Vergabe von Leistungen an kleine oder mittlere Unternehmen, die nicht mehr als 23 Fahrzeuge betreiben: Erhöhung des Jahresdurchschnittswertes auf 2.000.000,- Euro und der jährlichen Verkehrsleistung auf 600.000 km, Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007

Fasst man die Ausnahmen für die unterschiedlichen Arten des ÖPNV zusammen, wird der Umfang der Ausnahmen deutlich

Voraussetzungen der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007: 3 von 3

| Schienenpersonennahverkehr (freiwillig) | Bus-, Straßenbahn- und U-Bahn – Verkehr |
|--|--|
| Wettbewerb nach VO 1370/2007 freiwillig | Kein Wettbewerb bei Vergabe an internen Betreiber |
| | Kein Wettbewerb bei Notmaßnahmen und Verkehrsleistungen geringen Umfangs |

Agenda

- > Vorbemerkungen
- > Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe als Zentralnorm der VO 1370/2007?
- > **Dienstleistungskonzession als Voraussetzung der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007**
- > Wettbewerb nach der VO 1370/2007: Anforderungen an das Verfahren

Das Verhältnis zum Verkehrsunternehmen muss im Bereich des Bus-, Straßenbahn- und U-Bahn – Verkehrs als Dienstleistungskonzession ausgestaltet sein

Voraussetzungen der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007: 1 von 4

Die Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 VO 1370/2007 setzt nach Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 folgende Ausgestaltung des Verhältnisses zum Verkehrsunternehmen voraus:

| Schienenpersonennahverkehr (freiwillig) | Bus-, Straßenbahn- und U-Bahn – Verkehr |
|---|--|
| Dienstleistungskonzession | Dienstleistungskonzession |
| Öffentlicher Auftrag im Sinne der Koordinierungsrichtlinien | |

Unter welchen Voraussetzungen eine Dienstleistungskonzession im ÖPNV vereinbart werden kann, bedarf einer genaueren Betrachtung

Voraussetzungen der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007: 2 von 4

Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18 EG:

„Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen

- > ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung
- > oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

Unter welchen Voraussetzungen eine Dienstleistungskonzession im ÖPNV vereinbart werden kann, bedarf einer genaueren Betrachtung

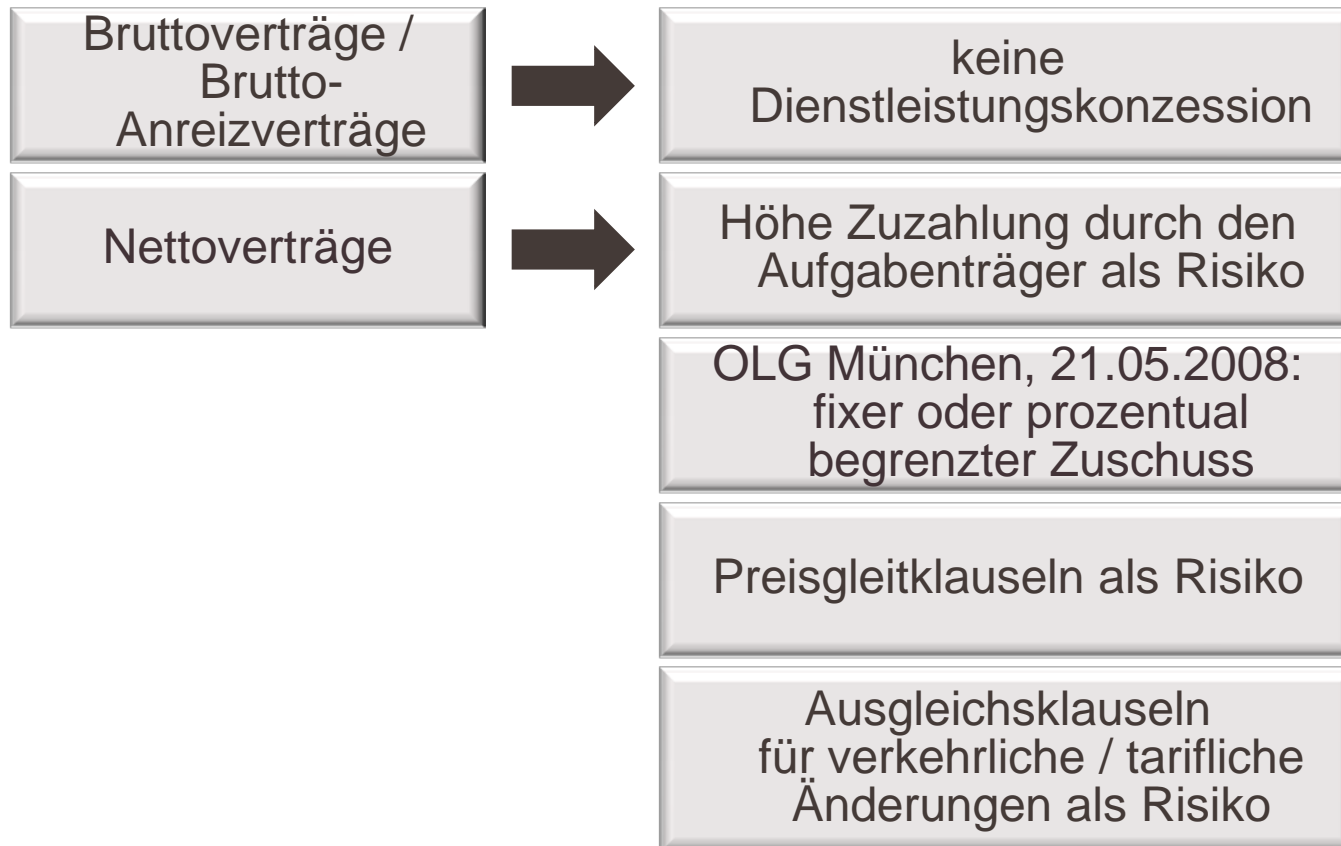
Voraussetzungen der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007: 3 von 4

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession an folgende Voraussetzungen geknüpft:

- Vergütung erfolgt nicht (ausschließlich) durch ein Entgelt, sondern durch das Recht zur Verwertung der eigenen Leistung und
- Leistungserbringer übernimmt das wirtschaftliche Risiko der Verwertung seiner Leistung

Unter welchen Voraussetzungen eine Dienstleistungskonzession im ÖPNV vereinbart werden kann, bedarf einer genaueren Betrachtung

Voraussetzungen der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007: 4 von 4



Agenda

- > Vorbemerkungen
- > Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe als Zentralnorm der VO 1370/2007?
- > Dienstleistungskonzession als Voraussetzung der Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007
- > **Wettbewerb nach der VO 1370/2007:
Anforderungen an das Verfahren**

Die Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 der VO 1370/2007 an das Verfahren werden skizziert

Anforderungen an das wettbewerbliche Verfahren 1 von 7

Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO 1370/2007:

„Das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren muss allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen.“

Das Verfahren muss

- > wettbewerblich ausgestaltet sein,
- > transparent sein,
- > dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung genügen
- > allen Betreibern offen stehen und
- > fair sein (eigenständiger Gehalt der Anforderung fraglich)

Die Anforderungen des Transparenzgrundsatzes sind vielfältig

Anforderungen an das wettbewerbliche Verfahren 2 von 7

Transparenz bedeutet:

- > Vorhersehbares Handeln der zuständigen Behörde (z. B. vorherige Bekanntgabe der Eignungskriterien und der Wertungskriterien)
- > Eindeutigkeit der Anforderungen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags (siehe auch Art. 4 VO 1370/2007)
- > Kalkulierbarkeit der Anforderungen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags
- > Ordnungsgemäße Dokumentation des Handelns im Verfahren
- > Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung?
 - › „Angemessener Grad an Öffentlichkeit“
 - › grenzüberschreitendes Interesse

Die Anforderungen des Diskriminierungsverbots sind ebenfalls vielfältig

Anforderungen an das wettbewerbliche Verfahren 3 von 7

- > Keine Benachteiligung aus Gründen der Staatsangehörigkeit
- > Keine gezielte Bevorzugung eines Unternehmens
- > Daraus folgt: Nivellierung von kalkulationsrelevanten Wissensvorsprüngen der Altunternehmen



Informationen zur Abschätzbarkeit der Fahrgeldeinnahmen?

Ob sich das Gebot der Transparenz und das der Offenheit für alle Betreiber unterscheiden, ist fraglich

Anforderungen an das wettbewerbliche Verfahren 4 von 7

Offen für alle Betreiber:

- > Pflicht zur Ausgestaltung der Eignungskriterien so, dass alle Betreiber teilnehmen können?
- > Oder Wiederholung des Transparenzgrundsatzes?

In welchem Umfang Verhandlungen mit den Teilnehmern am Verfahren geführt werden können, ist fraglich

Anforderungen an das wettbewerbliche Verfahren 5 von 7

Art. 5 Abs. 3 Satz 3 VO 1370/2007:

„Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können in diesem Verfahren unter Einhaltung dieser Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist.“

Zulässigkeit von Verhandlungen:

- > nur nach Abgabe der Angebote
- > nur um festzulegen, wie der Besonderheit und Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist
- > und unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung

- ➔ keine Verhandlungen über die sinnvolle Ausgestaltung der Verkehrsleistung vor Abgabe der Angebote;
- ➔ keine Verhandlungen über den Preis.

Im Vergabeverfahren kann der Kreis der Teilnehmer sukzessive verringert werden

Anforderungen an das wettbewerbliche Verfahren 6 von 7

Nach Abgabe der Angebote:



Siehe Art. 5 Abs. 3
Satz 3 VO 1370/2007

Vor Abgabe der Angebote:



Keine gegenteilige
Regelung ersichtlich

Die Auswahlkriterien müssen vorab bekannt gemacht werden:

- > Vor Abgabe des Angebotes Auswahl nach unterschiedlicher Eignung für den Dienstleistungsauftrag;
- > Nach Abgabe des Angebotes Auswahl nach Inhalt des Angebotes!

Die zuständige Behörde muss die Absicht zur wettbewerblichen Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags vorab bekannt machen

Anforderungen an das wettbewerbliche Verfahren 7 von 7

Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007:

„Jede zuständige Behörde ergreift die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens ... mindestens die folgenden Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden:

- a) der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde*
- b) die Art des geplanten Vergabeverfahrens*
- c) die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete.“*

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rückfragen/Kontakt:

Rechtsanwalt Dr. Niels Griem

BBG und Partner

Contrescarpe 75 A

28195 Bremen

T +49(0)421.335410

F +49(0)421.3354115

griem@bbgundpartner.de

www.bbgundpartner.de