

18.02.2010

Ausgestaltung der Direktvergabe in der Praxis

Fachveranstaltung Wettbewerb im SPNV

Fulda, 18. Februar 2010

Rechtsanwalt Dr. Niels Griem

Rechtsanwalt Dr. Hubertus Baumeister

› BBG und Partner
› Contrescarpe 75 A
› 28195 Bremen

› T +49 (0) 421.335410
› F +49 (0) 421.3354115

› kontakt@bbgundpartner.de
› www.bbgundpartner.de

Inhalt

- > **Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland**
- > **Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten**
- > **Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung**

Anhang:

- > **Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019?**
- > **Anforderungen an das Verfahren**
- > **Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags**

Inhalt

- > **Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland**
- > Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten
- > Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung

Anhang:

- > Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019?
- > Anforderungen an das Verfahren
- > Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags

Welches Rechtsregime für den Abschluss von Dienstleistungsaufträgen im SPNV in Deutschland gilt, ist umstritten

Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland: Folie 1 von 7

Vergaberecht

OLG Düsseldorf-obiter dictum
(26.07.02/06.12.04)
Literatur

Eisenbahnrecht

OLG Brandenburg (02.09.03)
Literatur

Nach dem Vergaberecht ist die Direktvergabe nur ausnahmsweise zulässig

Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland: Folie 2 von 7

Mögliche Direktvergabe nach dem Vergaberecht:

- > § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A (2009)
„wenn für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht kommt“

- > § 3 Abs. 5 lit. d VOL/A (2009)
„wenn bei geringfügigen Nachbestellungen im Anschluss an einen bestehenden Vertrag kein höherer Preis als für die ursprüngliche Leistung erwartet wird und die Nachbestellungen insgesamt 20 vom Hundert des Werts der ursprünglichen Leistung nicht überschreiten“

- > § 4 Abs. 3 VgV n.F.
Wenn der Wettbewerb um die Leistungen im SPNV ermöglicht werden soll

Auch bei Vorrang des Eisenbahnrechts ist die Direktvergabe nur ausnahmsweise zulässig

Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland: Folie 3 von 7

§ 15 Abs. 2 AEG

↳ Ermessensentscheidung

Direktvergabe

Ausschreibung

Ausnahme

Haushaltsrecht
Gleichbehandlung der
Wettbewerber

Regelfall

Auch bei Vorrang des Eisenbahnrechts ist die Direktvergabe nur ausnahmsweise zulässig

Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland: Folie 4 von 7

§ 55 Landeshaushaltsordnungen
(entspr. Regelungen der Gemeindehaushaltsverordnungen)

„Dem Abschluss von Verträgen über Leistungen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.“



Wettbewerb als Mittel, um die wirtschaftliche und sparsame Verwendung von Steuergeldern sicher zu stellen.

Verzicht auf Wettbewerb = Ausnahme

Auch bei Vorrang des Eisenbahnrechts ist die Direktvergabe nur ausnahmsweise zulässig

Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland: Folie 5 von 7

- > Ständige Rechtsprechung BVerfG: Beschluss vom 13.06.2006, Beschluss vom 27.02.2008 und Beschluss vom 23.04.2009: Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien bei der Auftragserteilung berücksichtigt zu werden
- > Das Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG) führt dazu, dass die Direktvergabe einer Rechtfertigung bedarf

Auch bei Vorrang des Eisenbahnrechts ist die Direktvergabe nur ausnahmsweise zulässig

Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland: Folie 6 von 7

Unter Anwendung der neueren Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts ist bei der Entscheidung über die Direktvergabe der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten:

- > Die Ungleichbehandlung (Direktvergabe) führt zu einer Differenzierung zwischen Personengruppen (hier verschiedenen Unternehmen) und nicht lediglich zwischen Sachverhalten
- > Die Differenzierung ist von erheblicher Intensität: ein Unternehmen erhält staatliche Mittel, andere Unternehmen nicht

Auch bei Vorrang des Eisenbahnrechts ist die Direktvergabe nur ausnahmsweise zulässig

Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland: Folie 7 von 7

- > Sachliche Gründe:
 - > Nur ein Unternehmen kommt für die Leistung in Betracht (alleiniges Vorhandensein von Fahrzeugen oder sonstiger Infrastruktur, vertragliche Bindungen bei grenzüberschreitenden Linien)
 - > Flexibles Verwaltungshandeln bei geringem Eingriff in den Wettbewerb (geringfügige Nachbestellung)
 - > Verbesserung des Wettbewerbs. Durchsetzung einer Wettbewerbskonzeption, die eine möglichst hohe Beteiligung von Wettbewerbern sichert

Inhalt

- > Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland
- > **Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten**
- > Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung

Anhang:

- > Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019?
- > Anforderungen an das Verfahren
- > Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags

Die Absicht zur Direktvergabe ist ein Jahr vor dem Abschluss des Dienstleistungsauftrags bekannt zu machen

Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten: Folie 1 von 4

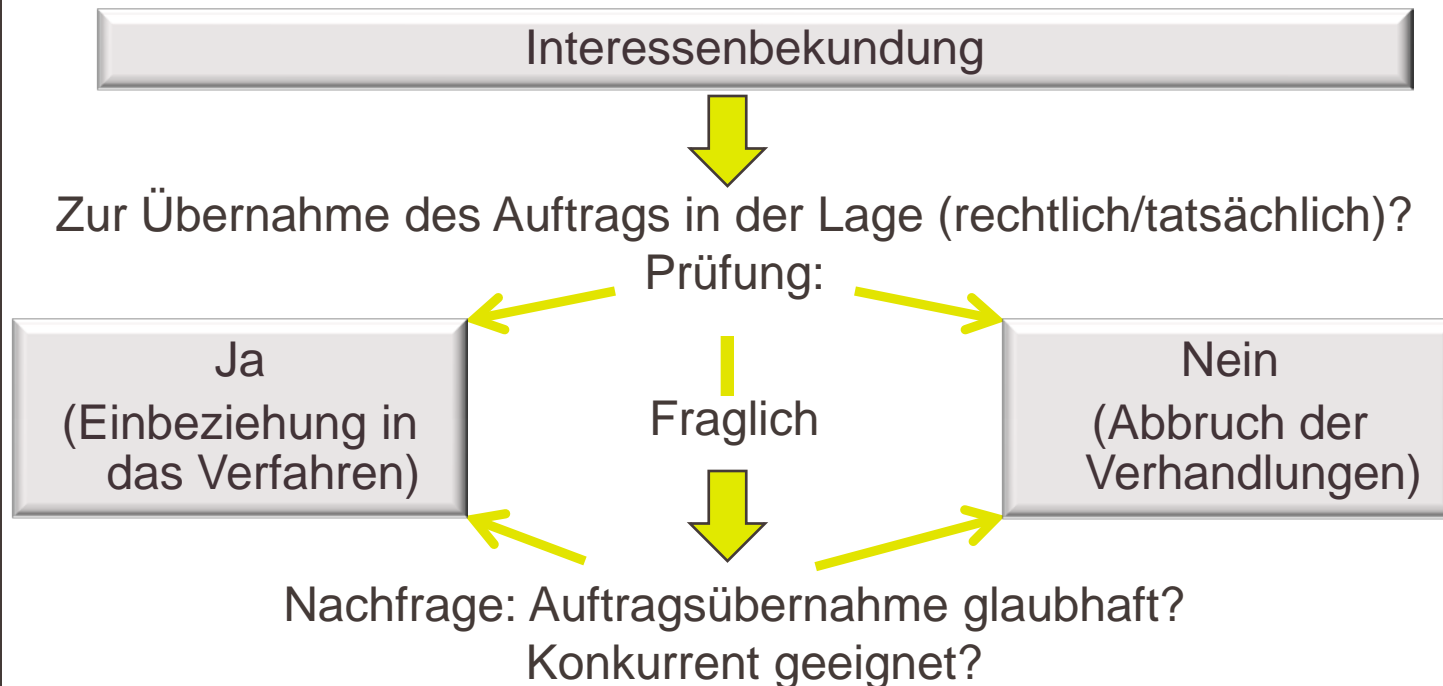
Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007

- > Inhalt: Name und Anschrift der zuständigen Behörde (jede zuständige Behörde); Direktvergabe; von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete
- > Ort: Amtsblatt der Europäischen Union
- > Sinn: Ermöglichung von Reaktionen konkurrierender Unternehmen (Erwägungsgrund 29: „so dass potentielle Betreiber darauf reagieren können“)

Äußert ein Konkurrent des für die Direktvergabe vorgesehenen Unternehmens Interesse am Auftrag, muss die zuständige Behörde reagieren

Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten: Folie 2 von 4

Pflicht zur Gestaltung eines fairen und dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügenden Verfahrens
(Haushaltsrecht, Art. 3 Abs. 1 GG bzw. §§ 97 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5 GWB)



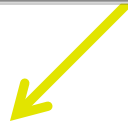
Ist der Konkurrent in das Verfahren einzubeziehen, treffen die zuständige Behörde Informations- und Handlungspflichten

Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten: Folie 3 von 4

Einbeziehung des Konkurrenten in das Verfahren



Korrektur der Bekanntmachung; Jahresfrist bis Beginn des Wettbewerbs abwarten (Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007)



Auskunft über den aktuellen Inhalt des Dienstleistungsauftrags



Gleichbehandlung bei den Verhandlungen

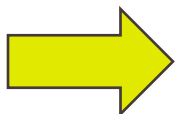


Gibt der Konkurrent ein Angebot ab, muss eine Vergabeentscheidung im Wettbewerb erfolgen

Vorschlägen zur Änderung des Dienstleistungsauftrags muss die zuständige Behörde nicht folgen

Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten: Folie 4 von 4

- > BVerfG: Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an Vergabeverfahren der öffentlichen Hand ist „nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien“ begrenzt
- > Aber: Haushaltsrecht verpflichtet zur Prüfung, ob auf der Grundlage des alternativen Vorschlags der Gesamtbedarf effizienter gedeckt werden kann, als durch die bislang vorgesehene Ausgestaltung des Dienstleistungsauftrags
- > Zweckmäßigkeitserwägungen: nur eingeschränkt überprüfbar



Korrekturen am Leistungsgegenstand sind möglich

Inhalt

- > Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland
- > Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten
- > Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung

Anhang:

- > Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019?
- > Anforderungen an das Verfahren
- > Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags

Besondere beihilfenrechtliche Vorgaben sind bei direkt vergebenen Verträgen zu beachten

Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung: Folie 1 von 5

- > Im Vertragswerk sind bei Direktvergaben Regelungen zu vereinbaren, die eine Überkompensation wirksam ausschließen
- > **Ex ante:** Vereinbarung von Ausgleichsparametern
 - > Strukturvorgaben: Parameter müssen objektiv und transparent sein (Art. 4 Abs. 1 lit. b) S. 1 VO 1370)
 - > Vorgaben zur Höhe:
 - > Kein 4. Kriterium, aber Anreiz (Ziff. 7 Anhang)
 - > Grundlage = sachgerechte, belastbare Prognose, wonach Überkompensation nicht zu erwarten ist (folgt aus Art. 4 Abs. 1 lit. b) S. 2 VO 1370)
- > **Ex post:** Spitzabrechnung finanzieller Nettoeffekt (Art. 6 Abs. 2, Anhang VO 1370)

Zentraler Maßstab für direkt vergebene Verträge ist der „finanzielle Nettoeffekt“

Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung: Folie 2 von 5

- > „Finanzieller Nettoeffekt“ entspricht „Nettomehrkosten der gemeinwirtschaftlichen Verpfl.“
- > Struktur des finanziellen Nettoeffekts:

Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung

- ./.** Einnahmen in Erfüllung der Verpflichtung
- ./.** Positive Effekte innerhalb des Netzes
- ./.** Zubringereffekte (positive externe Effekte)
- +** angemessener Gewinn

- = finanzieller Nettoeffekt**

- > Nur die zuordenbaren Kosten sind ausgleichsfähig
- > Kein Ansatz kalkulatorischer Kosten (Ziff. 4 Anhang)
- > Trennungsrechnung (Ziff. 5 Anhang)

Der Anhang der VO 1370/2007 verlangt eine Spitzabrechnung des finanziellen Nettoeffekts

Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung: Folie 3 von 5

- > Die Definition des finanziellen Nettoeffekts orientiert sich an Ist-Kosten und Ist-Erlösen
- > Zwingend geboten ist daher eine Ex-post-Korrektur der Ausgleichsbeträge auf Basis realer Zahlen
- > Betreiber haben gegenüber zuständiger Behörde die entsprechenden Zahlen offenzulegen bzw. Einsichtnahme durch WP zu gewährleisten
- > Kontrollprobleme bei direkt vergebenen Verträgen mit mehreren zuständigen Behörden
- > Bei Nettoverträgen ist Vorsicht geboten
 - > Erlössteigerungen können zu Überkompensation führen (vgl. KOM-Entscheidung „Wittenberg“)
 - > Daher nachträgliche Korrekturmechanismen zwingend

Der Betreiber darf nur einen „angemessenen Gewinn“ behalten

Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung: Folie 4 von 5

- > Der angemessene Gewinn ist auf Grundlage einer angemessenen Kapitalrendite zu berechnen (Ziff. 6)
- > Der angemessene Gewinn setzt sich aus einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals und einem Risikoaufschlag zusammen
- > Verzinsung des Eigenkapitals: Angemessen dürfte Orientierung an risikofreien Kapitalanlagen sein
- > Risikoaufschlag:
 - > branchenspezifisch
 - > Vergleichswerte in Deutschland
 - > individuelle Risikobewertung bezogen auf den konkreten Vertrag

Auch Altverträge sind an die beihilfenrechtlichen Regelungen anzupassen

Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung: Folie 5 von 5

- > VO 1370/2007 am 3.12.2009 in Kraft getreten
- > Aus Art. 8 Abs. 2 folgt generelle Anpassungspflicht für bestehende Regelungen
- > Übergangsregelung nur für vergaberechtliche Vorschriften des Art. 5, nicht für Beihilfenrecht
- > Daher Anpassungspflicht für bestehende Verträge (so auch gemeinsame Position der Bundesländer)
 - > Überprüfung der Berechnungsmechanismen
 - > Überprüfung der vereinbarten Höhe des Gewinns
 - > Einführung einer Spitzabrechnungsklausel, soweit noch nicht erfolgt

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

Rechtsanwalt Dr. Niels Griem

Rechtsanwalt Dr. Hubertus Baumeister

BBG und Partner
Contrescarpe 75 A
28195 Bremen

T +49 (0) 421.335410
F +49 (0) 421.3354115

griem@bbgundpartner.de
www.bbgundpartner.de

Inhalt

- > Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland
- > Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten
- > Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung

Anhang:

- > **Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019?**
- > Anforderungen an das Verfahren
- > Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags

Ob Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 auch ohne nationalen Umsetzungsakt in Deutschland gültig ist, ist umstritten

Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019: Folie 1 von 2

Art. 8 Abs. 2 VO 1370/2007

„Unbeschadet des Absatzes 3 muss die Vergabe von Aufträgen für den öffentlichen Verkehr auf Schiene und Straße ab 3. Dezember 2019 im Einklang mit Artikel 5 erfolgen.“

Während dieses Übergangszeitraums treffen die Mitgliedstaaten Maßnahmen, um Artikel 5 schrittweise anzuwenden und ernste strukturelle Probleme hinsichtlich der Transportkapazität zu vermeiden.“

Pflicht zur Anwendung des Art. 5 VO 1370/2007 erst ab 03.12.2019 oder nach konkreter Umsetzungsmaßnahme der Mitgliedstaaten?

Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 ebenfalls erst dann?

Ob Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 auch ohne nationalen Umsetzungsakt in Deutschland gültig ist, ist umstritten

Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019: Folie 2 von 2

Art. 8 Abs. 1 Satz 1 VO 1370/2007

„Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben.“

Art. 8 Abs. 2 VO 1370/2007 bezieht sich auf Abs. 3 (Übergangsregelungen für Altverträge)

Art. 8 Abs. 2 VO 1370/2007 will ausdrücken, dass alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge über den Verkehr auf Schiene und Straße spätestens ab dem 03.12.2019 unter Anwendung des Art. 5 vergeben worden sein müssen. Eine Ausnahme soll nur für die in Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007 angesprochenen Altverträge gelten

Inhalt

- > Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland
- > Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten
- > Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung

Anhang:

- > Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019?
- > **Anforderungen an das Verfahren**
- > Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags

Bei den Verhandlungen mit dem Verkehrsunternehmen sind die Anforderungen der Art. 4 und 6 sowie des Art. 7 Abs. 2 und Abs. 4 der VO 1370/2007 zu beachten

Anforderungen an das Verfahren: Folie 1 von 2

- > Die Anforderungen an die Gestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind in Art. 4 und Art. 6 Abs. 1 der VO 1370/2007 geregelt
- > Ggf. Korrektur der Veröffentlichung im Amtsblatt nach Art. 7 Abs. 2, 3. Unterabsatz VO 1370/2007
- > Bei Antrag einer „interessierten Partei“ (nicht nur eines Verkehrsunternehmens): Übermittlung der Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe, Art. 7 Abs. 4 VO 1370/2007

Nach Abschluss des Dienstleistungsauftrags muss eine weitere Bekanntmachung erfolgen

Anforderungen an das Verfahren: Folie 2 von 2

Bekanntmachung nach Art. 7 Abs. 3 VO 1370/2007

- > Inhalt: Auftraggeber, Vertragslaufzeit, Beschreibung der zu erbringenden Personenverkehrsdienste, Parameter für die finanzielle Ausgleichsleistung, Qualitätsziele (z. B. bei der Pünktlichkeit) und evtl. „Prämien und Sanktionen“, Bedingungen in Bezug auf die wichtigsten Wirtschaftsgüter (Werkstatt / Betriebshof, Fahrzeuge, Tank- und Abstellanlagen)
- > Ort: „öffentlich zugänglich“ (z. B. eigene Homepage)

Inhalt

- > Voraussetzungen der Direktvergabe in Deutschland
- > Umgang mit Interessenbekundungen von Konkurrenten
- > Anforderungen an die Höhe der Ausgleichsleistung

Anhang:

- > Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 vor dem 03.12.2019?
- > Anforderungen an das Verfahren
- > **Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags**

Die Anforderungen an die Gestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind in Art. 4 und Art. 6 Abs. 1 der VO 1370/2007 geregelt

Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags (Folie 1 von 3)

- > Definition der gemeinwirtschaftlichen Pflichten des Betreibers, Art. 4 Abs. 1 lit. a) VO 1370/2007
- > Definition der geografischen Geltungsbereiche der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, Art. 4 Abs. 1 VO 1370/2007
- > Laufzeit: in der Regel zehn Jahre, Art. 5 Abs. 6 Satz 2 VO 1370/2007; im Ausnahmefall maximal fünfzehn Jahre, Art. 4 Abs. 4 VO 1370/2007

Die Anforderungen an die Gestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind in Art. 4 und Art. 6 Abs. 1 der VO 1370/2007 geregelt

Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags (Folie 2 von 3)

- > Ggf. fingierter Betriebsübergang, Art. 4 Abs. 5 Satz 1 VO 1370/2007

- > Ggf. Verpflichtung, bestimmte Sozialstandards einzuhalten, Art. 4 Abs. 5 Satz 2 VO 1370/2007 (z. B. Mindestarbeitsbedingungen, Sicherheit der Angestellten, Verpflichtungen aus Kollektivvereinbarungen, örtlich einschlägiger Sozialschutz)

- > Regelung der vom Betreiber einzuhaltenden Qualitätsstandards, Art. 4 Abs. 6 VO 1370/2007 (Fahrgastrechte, Bedürfnisse von Personen mit eingeschränkter Mobilität, Umweltschutz, Sicherheit von Fahrgästen, sonstige Dienstleistungsqualität)

Die Anforderungen an die Gestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind in Art. 4 und Art. 6 Abs. 1 der VO 1370/2007 geregelt

Sonstige Anforderungen an die Gestaltung des direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags (Folie 3 von 3)

- > Regelung, ob und in welchem Umfang die Vergabe von Unteraufträgen in Betracht kommt (wenn ja: im Regelfall „bedeutender“ Eigenleistungsanteil), Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007
- > Regelung der Bedingungen für die Vergabe von Unteraufträgen entsprechend den Anforderungen des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007