

Direktvergaben an RVM, RLG und VKU

Bearbeitungsstand 8. März 2019

Dieter Marszalek

Rechtsanwalt | Of Counsel

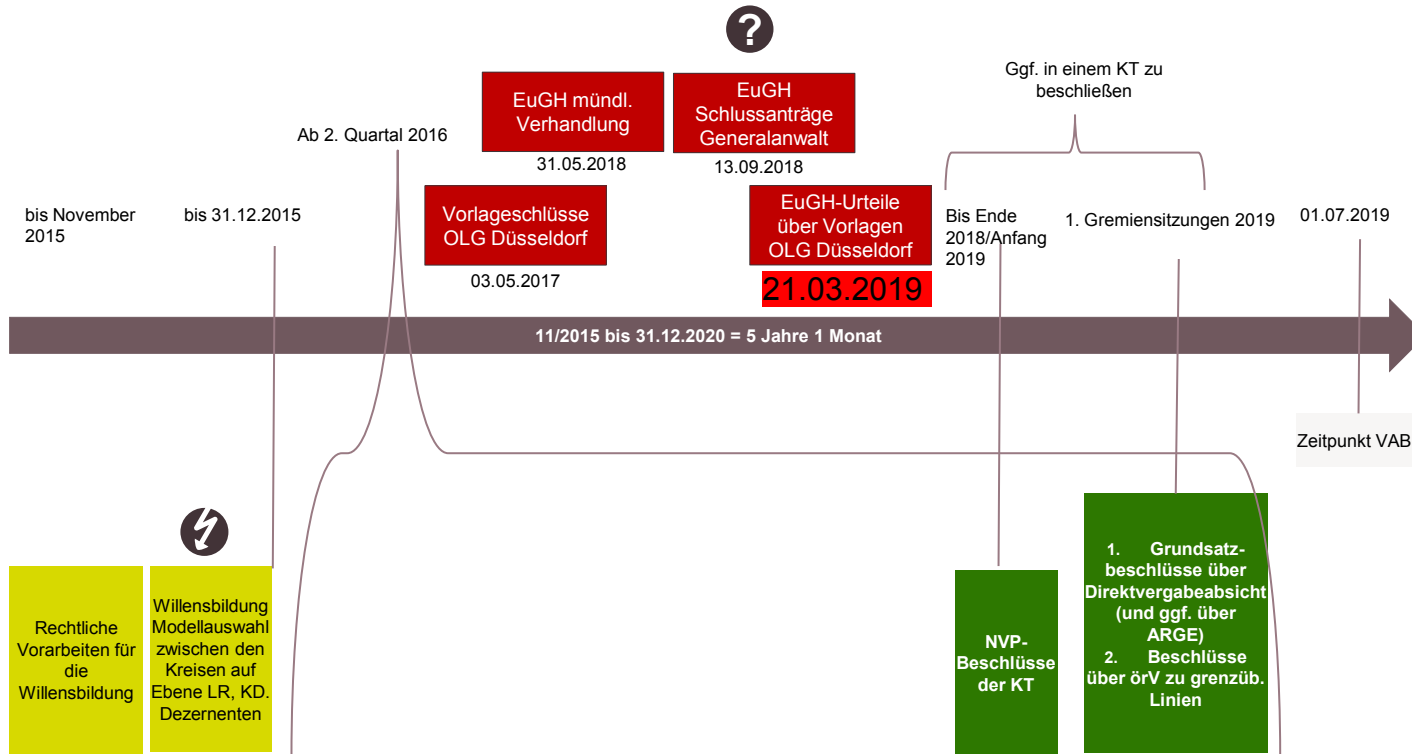
Bremen, 08.03.2019

Agenda

- > Zeitachse Gesamtverfahren
- > Zeitachse bis zur Vorabbekanntmachung
- > Beschlüsse 1. Quartal 2019
 - Grundsatzbeschluss Direktvergabeabsicht
 - Beschlüsse über öffentlich-rechtliche Vereinbarungen
 - Beschluss zur Aufhebung der Allgemeinen Vorschrift Ausbildungsverkehr
- > Anzuwendendes Vergaberecht?
- > Verhältnis NVP / Vorabbekanntmachung / ÖDA
- > Ausblick auf die nächsten Arbeitsschritte

Zeitachse Gesamtverfahren

Zeitachse der Meilensteine für die Direktvergaben II bis zur Vorabbekanntmachung am 01.07.2019

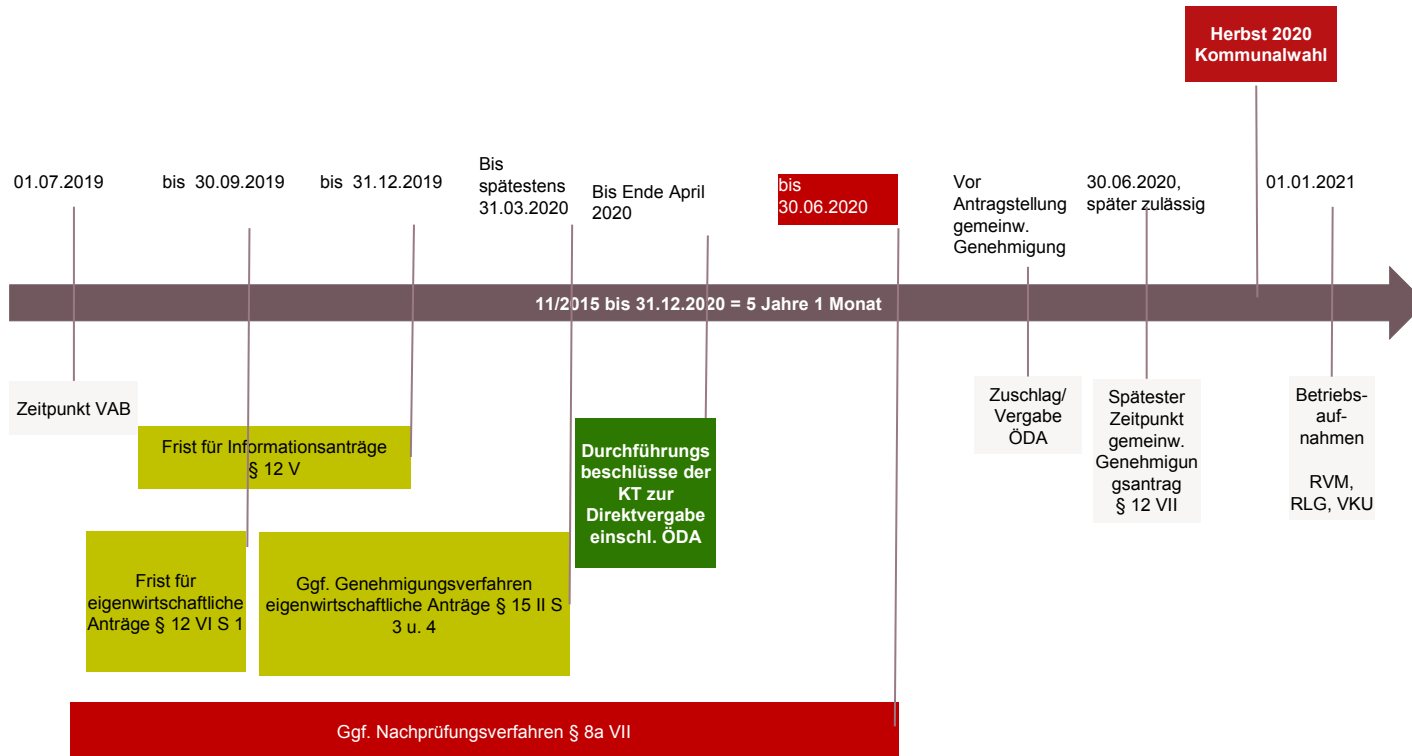


Vorarbeiten für die VAB und Direktvergaben in einer Arbeitsgruppe:

- Bewertung („Eigenwirtschaftlichkeitstest“), liegt vor
- Fortschreibung NVP (Netzdefinition als Gesamtleistung mit Qualitätsstandards für VB, Integrationsmerkmale für Behördengruppe)
- NVP-Fortschreibungen laufen, tw. liegen Entwürfe vor. Beschlussfassungen bis Anfang 2019
- ÖDA, auch Anfang 2019 ausreichend, Harmonisierung für alle Vergaben wünschenswert
- Anreizsysteme
- Abstimmung BZR Arnsberg und BZR Münster
- Dokumentation Direktvergabevoraussetzungen in den Vergabeakten

VAB = Vorabbekanntmachung
Paragraphenzitate = PBefG
Artikelzitate = VO 1370/2007

Zeitachse der Meilensteine für die Direktvergaben II nach der Vorabbekanntmachung am 01.07.2019 /



VAB = Vorabbekanntmachung
 Paragraphenzitate = PBefG
 Artikelzitate = VO 1370/2007

**Zeitachse
bis zur**

Vorabbekanntmachung

Beschlüsse bis April 2019

Beschlussinhalte bis April 2019 im Überblick

Grundsatz- beschluss

- > Absicht Direktvergabe mit Begründung zur Wahl der Vergabeart
- > **Vergabeart mit Option**
- > Vollzugsauftrag und –ermächtigung
- > **Ermächtigung für ARGE (Behördengruppe) als Option**

Öffentlich- rechtliche Vereinbarungen

- > Übertragung Vergabezuständigkeit für grenzüberschreitende Linien(abschnitte)

Aufhebung Satzung Allgemeine Vorschrift Ausbildungsverkehr

- > Ausreichung der Landesmittel in ÖDA
- > Bestandsschutz für genehmigte eigenwirtschaftliche Verkehre

Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen - Notwendigkeit förmlicher Regelungen

VO 1370/2007

- Gestattet die Mitvergabe sog. abgehender Linien auf das Gebiet eines Nachbar-Aufgabenträgers durch den Aufgabenträger mit dem Hauptleistungsanteil (bezogen auf das Gesamtnetz)

ÖPNVG NRW

- Begrenzt die Zuständigkeit der kommunalen Aufgabenträger nach h. M. auf das Stadt- oder Kreisgebiet, woraus folgt, dass z. B. eine Vorabbekanntmachung mit abgehenden Linien für gebietsfremde Linienabschnitte unwirksam wäre

Konsequenz:

- Übertragung der Vergabezuständigkeit für die angehenden Linien (= Linienabschnitte auf Nachbargebiet) durch eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung gemäß § 23 GkG
- Häufig mitgeregelt:
 - *Finanzierungsbeitrag des Nachbar-Aufgabenträgers* und
 - Mitwirkungsrechte des Nachbar-Aufgabenträgers bei beabsichtigten Änderungen des Verkehrsangebots

Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen (örV) - Umsetzung

- Inventur aller grenzüberschreitender Linien, die in die ÖDA einbezogen werden sollen und Bestimmung des Federführers/Auftraggebers
- Muster BBG für bilaterale, gegenseitige örV zwischen Nachbar-AT (auch nach NI, HE, VRR)
- Eine örV für alle nach Münster einbrechenden RVM-Verkehre
- Ausschließlich Übertragung der Vergabezuständigkeit
 - Finanzierung durch Allgemeine Vorschriften oder Förderrichtlinien bleibt unberührt
 - Bestehende Finanzierungsregelungen für Einzellinien im Verhältnis AT ./ AT oder AT ./ VU oder VU ./ VU bleiben bestehen
- Bereits angestoßene/abgeschlossene örV werden nicht „angefasst“
- Regelungsbedarf UN:
 - UN ./ DO (Verkehre DSW 21) erledigt
 - UN ./ DO (Verkehre VKU) endabgestimmt für Beschlüsse
 - UN ./ HA (Verkehre BVR) Verantwortung bei HA
 - UN ./ COE in Arbeit
 - UN ./ HAM Genehmigung und Bekanntmachung erfolgt

Aufhebung Satzung „Allgemeine Vorschrift Ausbildungsverkehr“

Änderung des ÖPNVG NRW mit Wirkung zum 01.01.2017:

- Aufgabenträger sind wahlfrei, auf welcher Grundlage sie die Mittel nach § 11a (Ausbildungsverkehr-Pauschale) an Verkehrsunternehmen weiterleiten (Allgemeine Vorschrift und/oder ÖDA)

Risikoanalyse:

- Ausgleichsleistungen auf der Grundlage einer Allgemeinen Vorschrift sind für eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge für Verkehrsleistungen unschädlich
- Auf die VKU-Verkehre entfällt ein Großteil der ausgereichten Mittel (> 1 Mio. €)

Lösung:

- Aufhebung der Satzung und künftige Verwendung der Pauschale zur (Mit)Finanzierung von ÖDA-Verkehren
- Bestandsschutz für die bereits eigenwirtschaftlich genehmigten Verkehre des „Kleinen Bündels“ der Westfalenbus GmbH bis zum 25.05.2026

Anzuwendendes Vergaberecht

Anzuwendendes Vergaberecht – Zur Erinnerung (zuletzt SK 28.06.2017)

- Die bestehenden Direktvergaben an RVM, RG und VKU verstoßen nach Feststellung des OLG Düsseldorf im Rechtsstreit um die Direktvergabe an die RVM (Beschluss v. 02.03.2011, VII-Verg 48/10) gegen die für interne Betreiber geltende Tätigkeitsbeschränkung auf das Gebiet seines Aufgabenträgers
- Für die gewollte Anschluss(direkt)vergabe ab 01.01.2021 wird seit Mai 2014 zwischen den sieben Aufgabenträgern (BOR, COE, ST, WAF, HSK, SO, UN) über Modelle zur rechtssicheren Direktvergabe diskutiert
- Vorläufig wurde das Modell einer Behördengruppe favorisiert, dass eine Fortführung der bestehenden Unternehmensstruktur (RVM, RLG und VKU mit der gemeinsamen Dienstleistungsgesellschaft WVG) gestatten würde, ausgehend von einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007

Anzuwendendes Vergaberecht – Grundsatzfragen liegen dem EuGH vor

- Die VO 1370/2007 enthält ein Sondervergaberecht, ausdrücklich nur für Dienstleistungskonzessionen (Verkehrsunternehmen muss Marktrisiko tragen/Nettovertrag)
- Für öffentliche Aufträge (Verkehrsunternehmen trägt nur Produktionsrisiko/Bruttovertrag) gilt das allgemeine Vergaberecht
- Fraglich und streitig: Welches Vergaberecht gilt für einen öffentlichen Auftrag, der an ein eigenes Verkehrsunternehmen vergeben werden soll?
 - Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 als spezielle Regelung für alle Formen eines Inhousegeschäfts?

Oder

- § 108 GWB als allgemeine Regelung für Inhousevergaben öffentlicher Aufträge?

Anzuwendendes Vergaberecht – Grundsatzfragen liegen dem EuGH vor

- Das OLG Düsseldorf hat in seinen Vorlagebeschlüssen vom 03.05.2017 (VII-Verg 51/16 – Heinsberg und VII-Verg 17 und 18/16 – Rhein-Sieg) für die Annahme einer Spezialregelung votiert
- Die Kommission hat sich in ihrer Stellungnahme im zusammengefassten Verfahren vom 28.08.2017 gegenüber dem EuGH für eine Anwendung des allgemeinen Inhousegeschäfts als Bestandteil des allgemeinen Vergaberechts ausgesprochen
- Der Generalanwalt empfiehlt dem EuGH in seinen Schlussanträgen vom 13.09.2018, Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 als Spezialregelung anzusehen, was sich bereits in der mündlichen Verhandlung am 30.05.2018 andeutete
- Für das EuGH-Urteil der 21.03.2019 als Verkündungstermin mitgeteilt worden

Anzuwendendes Vergaberecht – Abwägung im Vorfeld des EuGH-Urteils

Allgemeines Inhousegeschäft

- Wesentlichkeitskriterium erfüllt oder erfüllbar
- Subunternehmerquote nicht beschränkt
- Unternehmensstruktur unbeachtlich

Direktvergabe Art. 5 Abs 2 VO 1370/2007

- Behördengruppe erforderlich und mit Rechtsrisiken verbunden
- Pflicht zum überwiegenden Selbsterbringen
- Dienstleistungskonzession widerspricht Risikoverteilung und ist rechtsunsicher

Neutral:

- Kontrollkriterium muss immer erfüllt sein
- Vorabbekanntmachung immer erforderlich
- Ausgleichsregime der VO 1370/2007 muss immer beachtet werden
- Privatbeteiligung spielt keine Rolle

Anzuwendendes Vergaberecht – Zusatzkomplikation altes und neues Vergaberecht

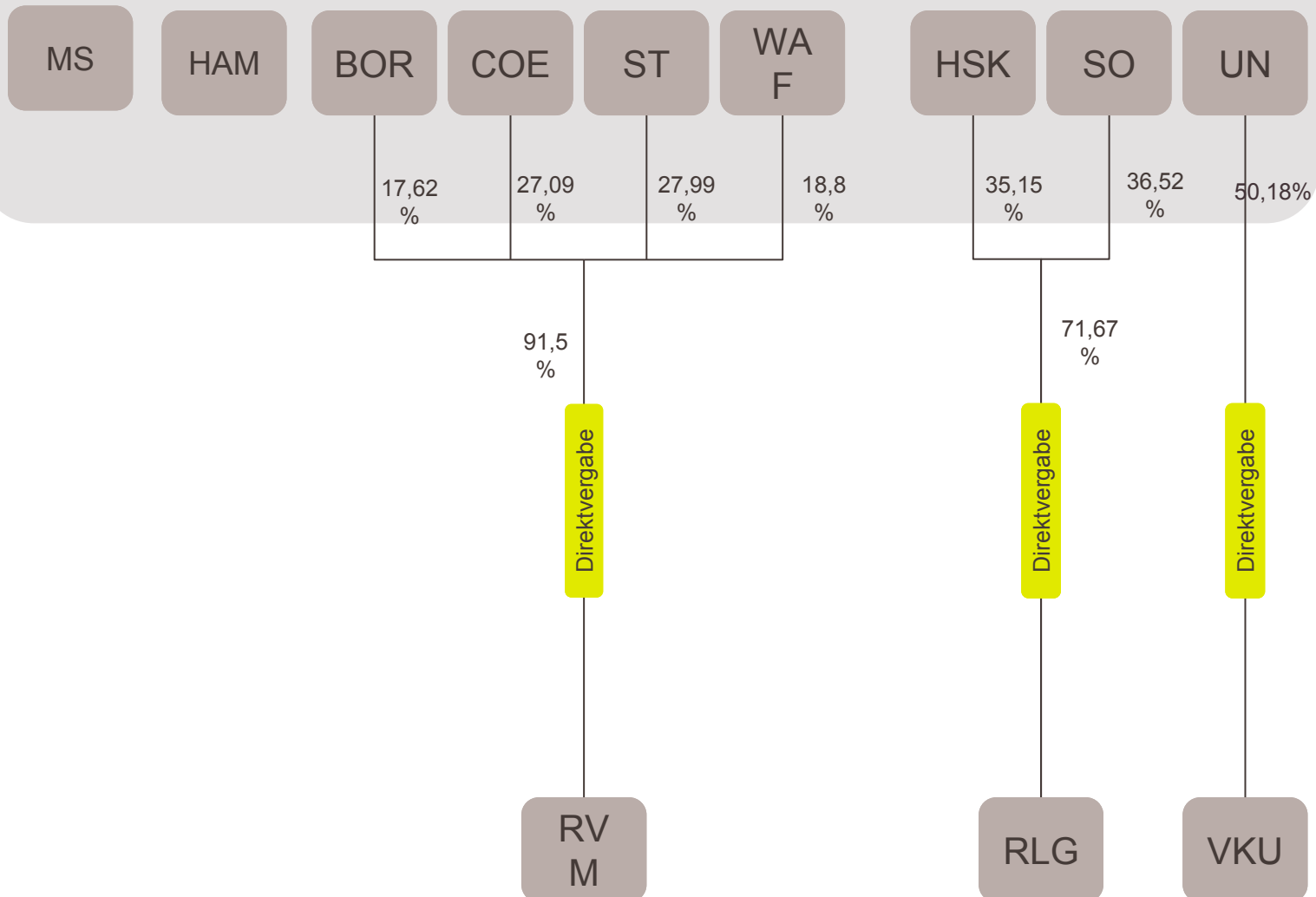
- Für das vom OLG Düsseldorf seinen Vorlagebeschlüssen vom 03.05.2017 zugrunde zu legende Vergaberecht galten die EU-Richtlinien aus 2004 ohne gesetzliche Regelung des (allgemeinen) Inhousegeschäfts; dies beruhte auf der Rechtsprechung des EuGH
- Für die Direktvergaben an RVM, RLG und VKU gilt das auf den EU-Richtlinien aus 2014 beruhende Vergaberecht des GWB, dass das Inhousegeschäft nunmehr gesetzlich definiert
- Dieser Unterschied kann entscheidungserheblich sein. Der Generalanwalt hat darauf hingewiesen, dass die durch die EU-Richtlinien aus 2014 geschaffene Rechtslage möglicherweise anders zu beurteilen sein könnte
- Unwägbarkeit: Urteilt der EuGH streng nach altem Recht, kann die Situation eintreten, dass das Urteil keinen Aufschluss über das jetzt anzuwendende Recht bringt!
- Das OLG Düsseldorf hat dies in einem aktuellen Vergaberechtsstreit erkannt und erwägt, dieselbe Rechtsfrage nach dem anwendbaren Vergaberecht auch für die EU-Richtlinien 2014 vorzulegen!

Anzuwendendes Vergaberecht – Reaktion für das aktuelle Vergabeverfahren

- Die einzuhaltenden Fristen erfordern die Grundsatzbeschlüsse unabhängig von der zu wählenden Verfahrensart (Inhouse- oder Direktvergabe)
- Deswegen die Aufnahme der Option einer allgemeinen Inhousevergabe und der Kommunalen Arbeitsgemeinschaft für die noch nicht feststehende Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007
- Wichtig für die Aufgabenträger:
Die Verfahrensanforderungen nach der VO 1370/2007 und dem PBefG gelten für beide Verfahrensarten, also z. B.
 - Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen
 - Vorabbekanntmachung mit Wartefrist
 - Auf die zu vergebenden Verkehre haben die unterschiedlichen Verfahrensarten ebenfalls keine Auswirkung

Behördengruppe ist formal und inhaltlich vorbereitet (Mitgliederbestand ist abgestimmt!)

Gruppenvereinbarung – Kommunale Arbeitsgemeinschaft



NVP /

Vorabbekanntmachung /

ÖDA

NVP / Vorabbekanntmachung (VAB) / ÖDA

- Die Aufgabenträger haben im Vorfeld des Vergabeverfahrens ihre NVP fortgeschrieben und damit (auch) die Grundlagen für die an ihren internen Betreiber zu vergebenden Verkehrsleistungen geschaffen
- Seine Vergabeabsicht muss der Aufgabenträger im TED unionsweit veröffentlichen
- In dieser VAB definiert er die von ihm gewollte Verkehrsbedienung in Gestalt von Anforderungen an:
 - Fahrplan
 - Beförderungsentgelt
 - (Qualitäts)Standards
 - Gesamtleistung (= Losgröße)

Die Angaben hierzu können in einem Verweis auf einen NVP bestehen

= Wirkungen für den internen Betreiber (VKU)

NVP / Vorabbekanntmachung (VAB) / ÖDA

- Eigenwirtschaftliche Anträge anderer Verkehrsunternehmen (zu stellen binnen drei Monaten nach der Vorabbekanntmachung) sind zu versagen, wenn
 - der Antrag nicht sämtliche Anforderungen erfüllt oder
 - nur Teilleistungen der Gesamtleistung beinhaltet
- = Wirkungen für interessierte eigenwirtschaftliche Betreiber

NVP / Vorabbekanntmachung (VAB) / ÖDA

Daraus folgt:

Die „Anforderungen“ müssen eine vollständige Leistungsbeschreibung für den internen Betreiber sein (= zu erfüllende gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen = Zielnetz 2021 = Inhalt des ÖDA)

Die „Anforderungen“ müssen eindeutig und konkret definiert werden und damit geeignet im Sinne von Prüfungskriterien sein, um einen eigenwirtschaftlichen Antrag daraufhin beurteilen zu können, ob er der vom Aufgabenträger gewollten Verkehrsbedienung entspricht

In Bezug auf das Verkehrsangebot kann ein NVP in diesem Sinne ausreichend konkret sein, z. B.

- Fahrplanparameter (Verkehrstage, Betriebszeiten, Takte oder Fahrtenhäufigkeiten)
- Liniensteckbriefe (ergänzend zu Fahrplanparameter) mit einzusetzenden Fahrzeugen und Verknüpfungspunkten, Bedarfsverkehre in Schwachverkehrszeiten
- Fahrzeugstandards

NVP / Vorabbekanntmachung (VAB) / ÖDA

- Aktuelle Feststellungen und Fragestellungen bei der Erarbeitung der VAB für jedes der drei Unternehmen:
 1. NVP bedarf der Konkretisierung, wenn z. B. Qualitätsstandards allgemein formuliert sind
 2. NVP bedarf der Vervollständigung, wenn z. B. der interne Betreiber höhere Standards realisiert hat (aktueller ÖDA) als im NVP definiert
 3. NVP bedarf der Ergänzung, wenn z. B. betriebsinterne Standards oder Zusatzaufgaben (Katastrophenschutz) nicht Bestandteil des NVP sind
 4. NVP bedarf der Ergänzung, wenn ab 2021 nicht geplante Zusatzstandards vom Aufgabenträger gewollt sind

NVP / Vorabbekanntmachung (VAB) / ÖDA

- Zweifelhaft in Bezug auf Rechtsfolgen aber für das Vergabeverfahren unkritisch ist die Aufnahme von Anforderungen, die ein eigenwirtschaftlicher Antragsteller nicht zu beachten braucht, z. B.
 - Tarifvertragsbindung
 - Pflichtenübernahme von Dritten (z. B. Haltestellen vom Straßenbaulastträger)
- Aktuell wird am Beispiel RVM eine VAB erarbeitet, genauer das sog. „Ergänzende Dokument“ zur eigentlichen TED-Bekanntmachung, die selbst auf einem kurzen Formular beruht

9.5.5 Information und Kommunikation

Grundsätzliche Zielsetzung ist es, die Fahrgäste und alle Bürger kontinuierlich, verständlich, merkbar und barrierefrei über das aktuelle Fahrplan- und Tarifangebot des ÖPNV zu informieren. Die Zuständigkeit für das Stadtbusangebot liegt beim Nahverkehrsmanagement der Stadtwerke Münster.

- Bei der Gestaltung der Printmedien ist eine gute Lesbarkeit und Handhabung unter Berücksichtigung eines einheitlichen Erscheinungsbildes zu gewährleisten.
- Es wird eine elektronische Fahrplanauskunft mit Istzeit-Auskunft, adressscharfem Routing, Tarifauskünften, Störungsmeldungen und dem möglichen Abruf persönlicher Fahrpläne betrieben. Weitergehende aktuelle Informationen werden über entsprechende Internetplattformen gegeben. Applikationen für Smartphones sind vorzuhalten.
- Zur Sicherstellung aktueller Verkehrsinformationen an den Haltestellen, in den Fahrzeugen und im Internet bereitet das Nahverkehrsmanagement alle von den Verkehrsunternehmen gelieferten Störungsinformationen für die jeweiligen Informationskanäle auf.
- Vor Ort wird eine Mobilitätszentrale ("mobilé" gegenüber dem Hauptbahnhof) mit Kundenberatung und Ticketverkauf betrieben.
- Der Kundenkontakt ist neben dem persönlichen Kontakt über die Mobilitätszentrale, telefonisch über die NRW-weite einheitliche Rufnummer

Beispiel: Ergänzendes Dokument Direktvergabe Münster

Fahrgastinformationen und -kommunikation

Die Stadtwerke Münster GmbH bietet unter Beachtung der Qualitätsstandards des 3. Nahverkehrsplanes Stadt Münster diverse Informations- und Serviceprodukte:

- Einen jährlichen Taschenfahrplan mit einer der Kundennachfrage entsprechende Auflage von aktuell 60.000 Exemplaren.
- Bei der Gestaltung der Printmedien ist eine gute Lesbarkeit und Handhabung unter Berücksichtigung eines einheitlichen Erscheinungsbildes zu gewährleisten.
- Den Schulleitungen sind jährlich zum Schuljahresbeginn die gültigen, auf die Schulanfangszeiten abgestimmten Schulfahrpläne zu übermitteln.
- Es wird eine elektronische Fahrplanauskunft in Echtzeit und mit adressscharfem Routing, Tarifauskünften, Störungsmeldungen sowie dem möglichen Abruf persönlicher Fahrpläne betrieben. Weitergehende aktuelle Informationen werden über entsprechende Internetplattformen gegeben. Applikationen für Smartphones mit dem genannten Leistungsumfang sind vorzuhalten.
- Die Stadtwerke Münster GmbH unterhält dauerhaft 100 dynamische Fahrgastinformationsanzeigen an ausgewählten Standorten im Stadtgebiet. Das System ist zu erweitern, wenn dies erforderlich ist.
- Zur Sicherstellung aktueller Verkehrsinformationen an den Haltestellen, in den Fahrzeugen und im Internet bereitet das Nahverkehrsmanagement diskriminierungsfrei alle von den Verkehrsunternehmen gelieferten Störungsinformationen für die jeweiligen Informationskanäle auf. Hierfür ist eine Kundenleitstelle mit besonders geschultem Personal in der Zeit von 6:00 Uhr bis 18:00 Uhr (Montag bis Freitag) vorzuhalten. In den übrigen Betriebszeiten sind Stö-
- Vor Ort wird eine Mobilitätszentrale ("mobilé" gegenüber dem Hauptbahnhof) mit Kundenberatung und Ticketverkauf betrieben. Öffnungszeiten: montags bis freitags von 9 - 19 Uhr, samstags von 9 - 14 Uhr oder darüber hinausgehend.

Nächste Arbeitsschritte

Nächste Arbeitsschritte

- Erarbeitung VAB durch WVG und Verkehrsunternehmen, Abstimmung mit BBG und Aufgabenträgern (Zielstellung: bis Ende April 2019)
- Vorbereitung der Bekanntmachung zum 01.07.2019 (technisch für Homepage, Formular für TED)
- Nach Verkündung des EuGH-Urteils in den Vorabentscheidungsersuchen OLG Düsseldorf am 21.03.2019: Festlegung des Vergabemodells, Ende März (26.03.2019: Sitzung LR, KD, Dezernenten)
- Beginn mit den Vorarbeiten zum ÖDA in Workshops (z. B. Stärken-Schwächenanalyse der laufenden ÖDA, Harmonisierungsgrad der drei ÖDA) nach Abschluss der Arbeiten an den VAB

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Dieter Marszalek

Rechtsanwalt

Of Counsel

marszalek@bbgundpartner.de

T +49 (0) 421 33 54 10

M +49 (0) 151 21 43 61 14