

Kommunales Infrastrukturmanagement 2013

Unterstützung der Fahrzeugbeschaffung im SPNV durch Aufgabenträger

Das Spannungsfeld zwischen ökonomischen und
vergaberechtlichen Anforderungen



Dr. Beatrice Fabry / Dr. Henning Tegner

Berlin, den 21. Juni 2013

Inhalt

1

Kurze Einführung und Überblick

2

Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

3

Vergaberechtliche Würdigung

4

Fazit

1 Einführung, Überblick

- SPNV-Leistungen werden von 27 kommunalen bzw. regionalen Aufgabenträgern per Ausschreibungswettbewerb bestellt
- seit einigen Jahren abnehmende Bieterzahlen
- Fahrzeugfinanzierung wird seit der Finanzkrise von den Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) als ein wesentliches Hindernis genannt, um sich erfolgreich am Wettbewerb beteiligen zu können:
 - z.T. gar keine Finanzierung zu erlangen
 - Finanzierung häufig nicht wettbewerbsfähig im Vergleich zur DB AG
 - Finanzierung belastet Rating börsennotierter EVU
- DB AG sieht Aufgabenträgerunterstützung kritisch (vgl. DB-Wettbewerbsbericht 2013, S. 9 f.)








**Aufgabenträger unterstützen Fahrzeugfinanzierung
im SPNV mit zunehmender Tendenz**

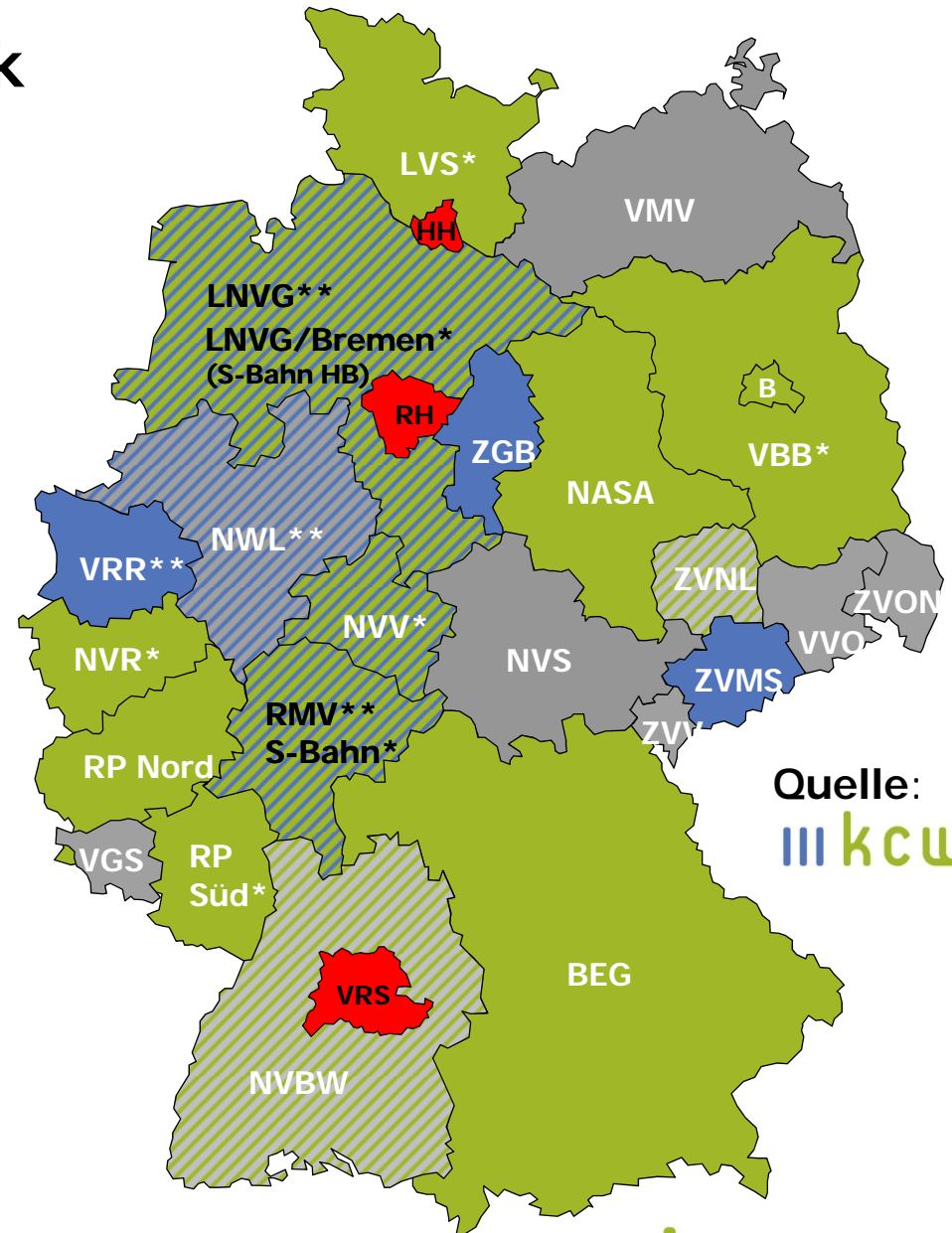
1 Einführung, Überblick

Die Darstellung zeigt, wo in Deutschland Möglichkeiten der aufgabenträgernahen Fahrzeugfinanzierung bereits vorbereitet, angeboten oder eingeführt wurden.

* Anforderungskatalog an Beschaffung und Finanzierung als Teil der Vergabeunterlagen

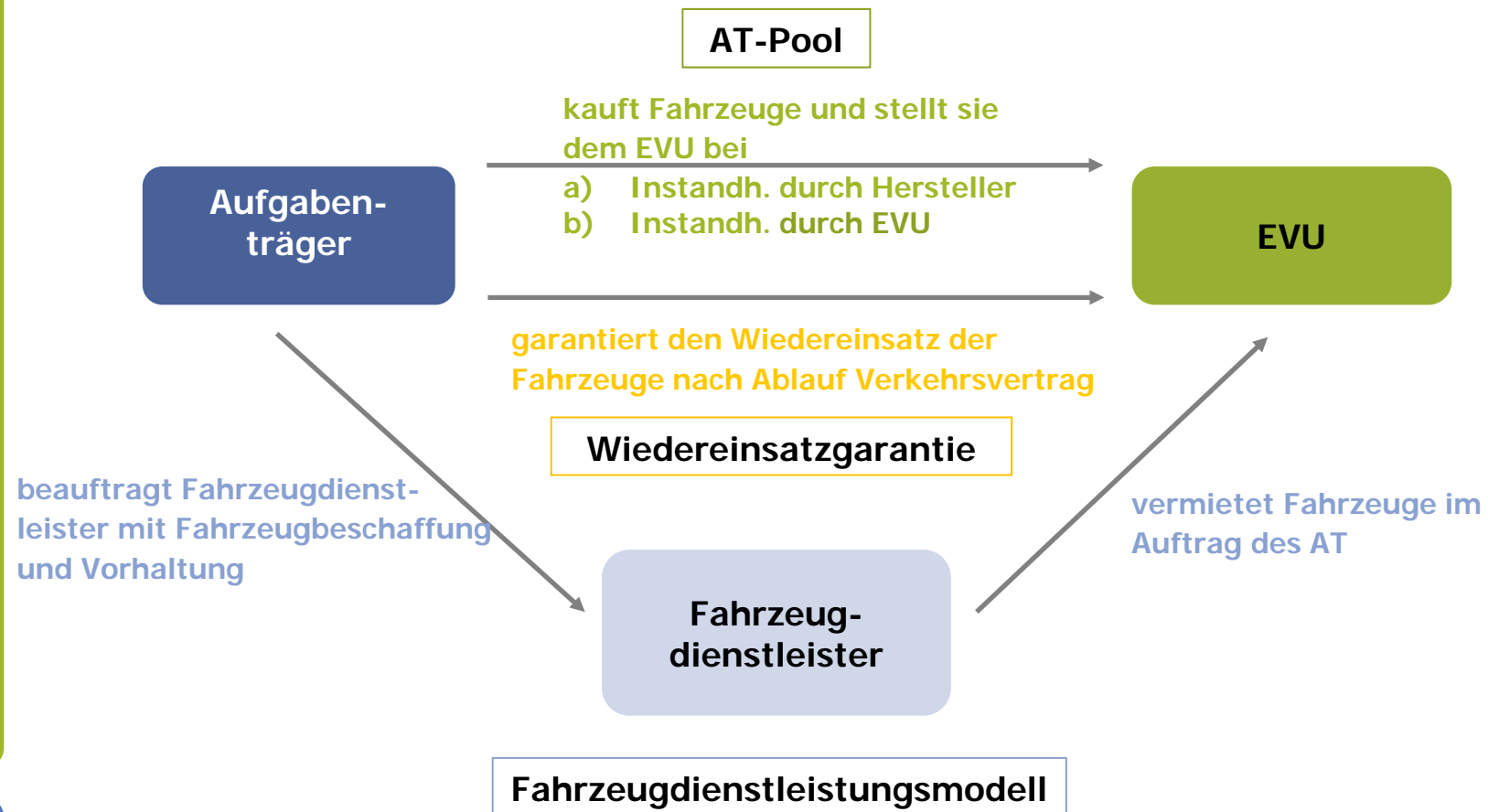
** Vollständige Vertragstexte zur Fahrzeugüberlassung; gesonderte Finanzierungsausschreibung (außer LNVG)

-  Bisher keine Aktivitäten
-  Fahrzeugeigentum bei Aufgabenträger
-  Aufgabenträger-Garantien
-  Gesicherter Zugriff auf Altfahrzeuge
-  In Prüfung/Entwicklung



1 Einführung, Überblick

Unterscheidung in drei Grundmodelle



Inhalt

1

Kurze Einführung und Überblick

2

Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

3

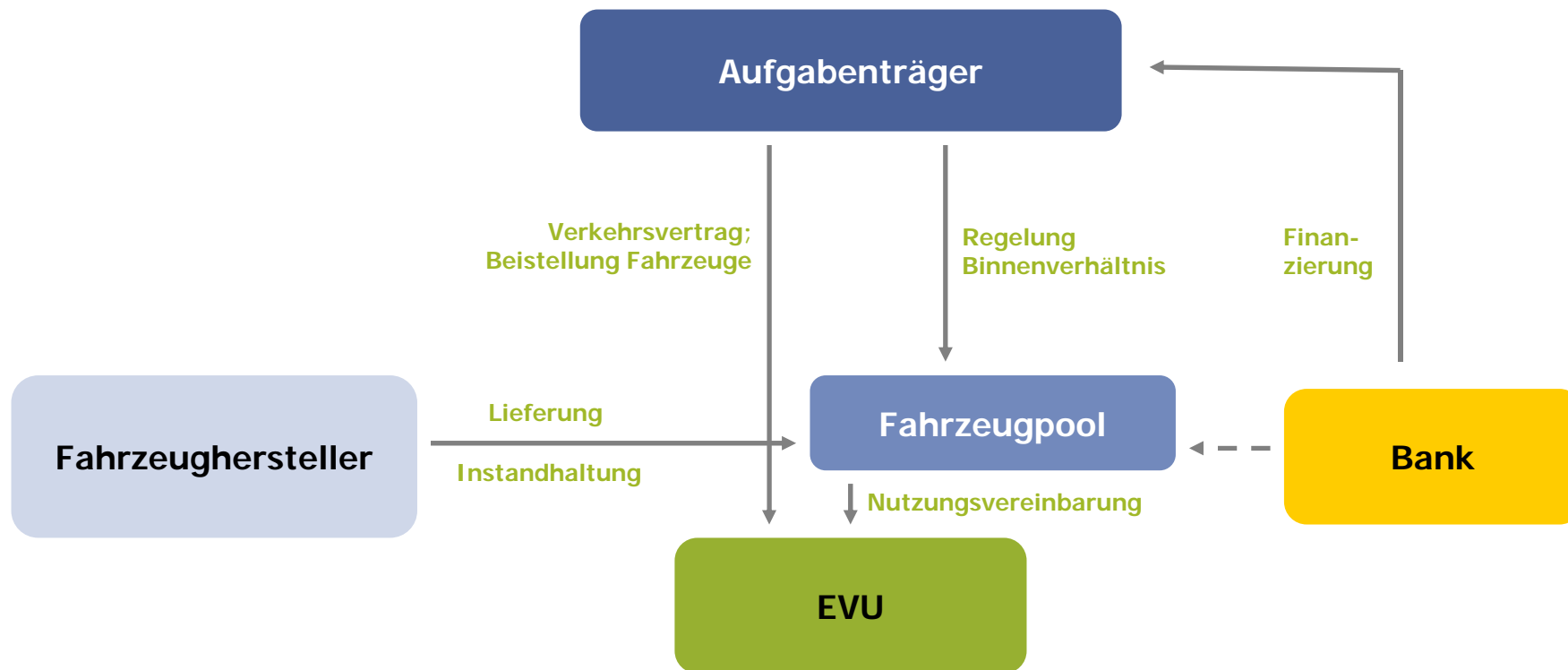
Vergaberechtliche Würdigung

4

Fazit

2 Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

AT-Pool mit sog. Herstellerinstandhaltung



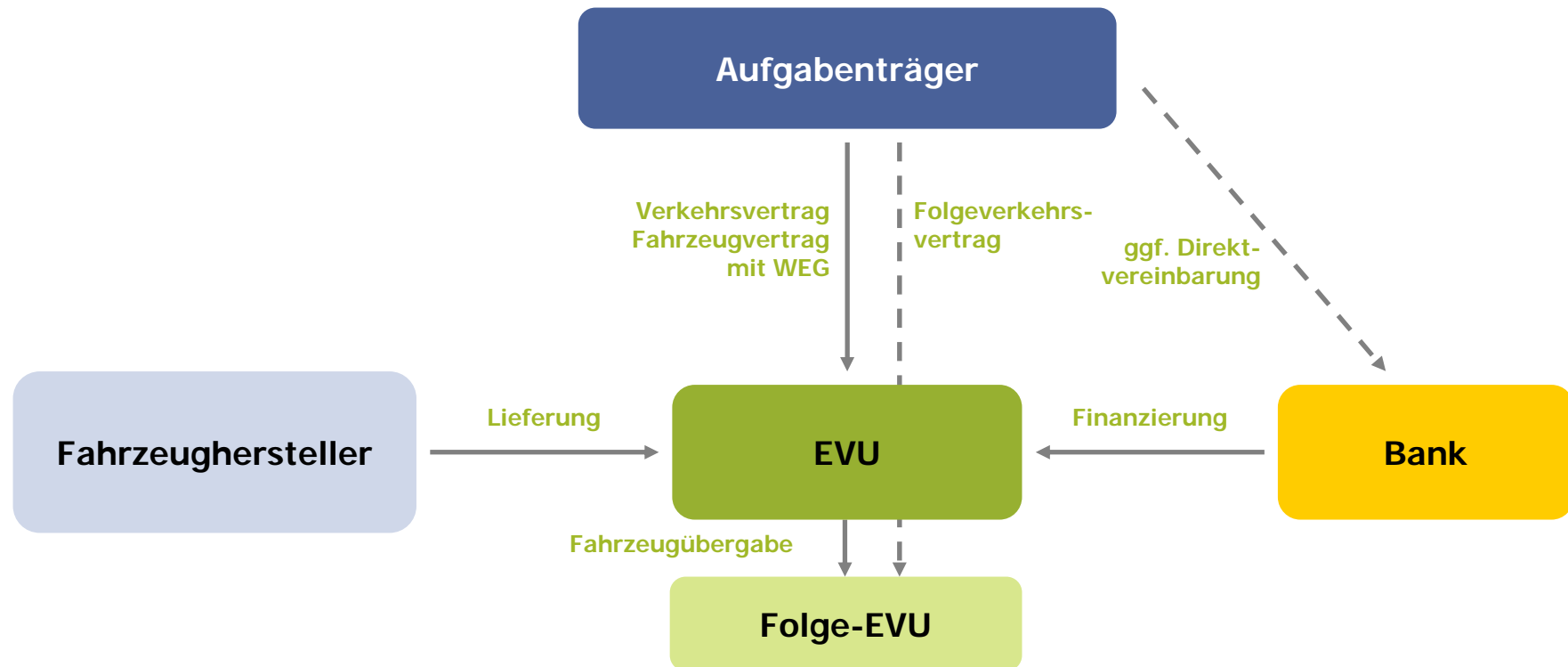
2 Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

AT-Pool mit sog. Herstellerinstandhaltung

- Aufgabenträger beschafft sowie finanziert die Fahrzeuge und stellt sie dem EVU für die Dauer des Verkehrsvertrages unentgeltlich bei
- z.T. wird die Fahrzeugbeschaffung zusammen mit dem Instandhaltungsverantwortung (insb. Bauartüberwachung) beauftragt; betriebsnahe Instandhaltung bleibt in den Händen des EVU
- Wesentliche ökonomische Vorteile sind:
 - niedrige Einstiegshürden für kleinere EVU
 - sehr günstige Finanzierungsbedingungen
 - Trennung von Instandhaltungsverantwortung und betriebsnaher Instandhaltung (Kontrolle des Fahrzeugwerterhalts auf Gegenseitigkeit)
- aber: rechtfertigt die gewünschte Trennung auch das Verbot einer „Doppelbewerbung“ auf beide Leistungen (Fahrzeug-/Instandhaltungsverantwortung und Verkehrsleistung)?

2 Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

EVU beschafft mit Hilfe einer Wiedereinsatzgarantie



Übergang in 2. Einsatzperiode bedarf konkreter Ausgestaltung

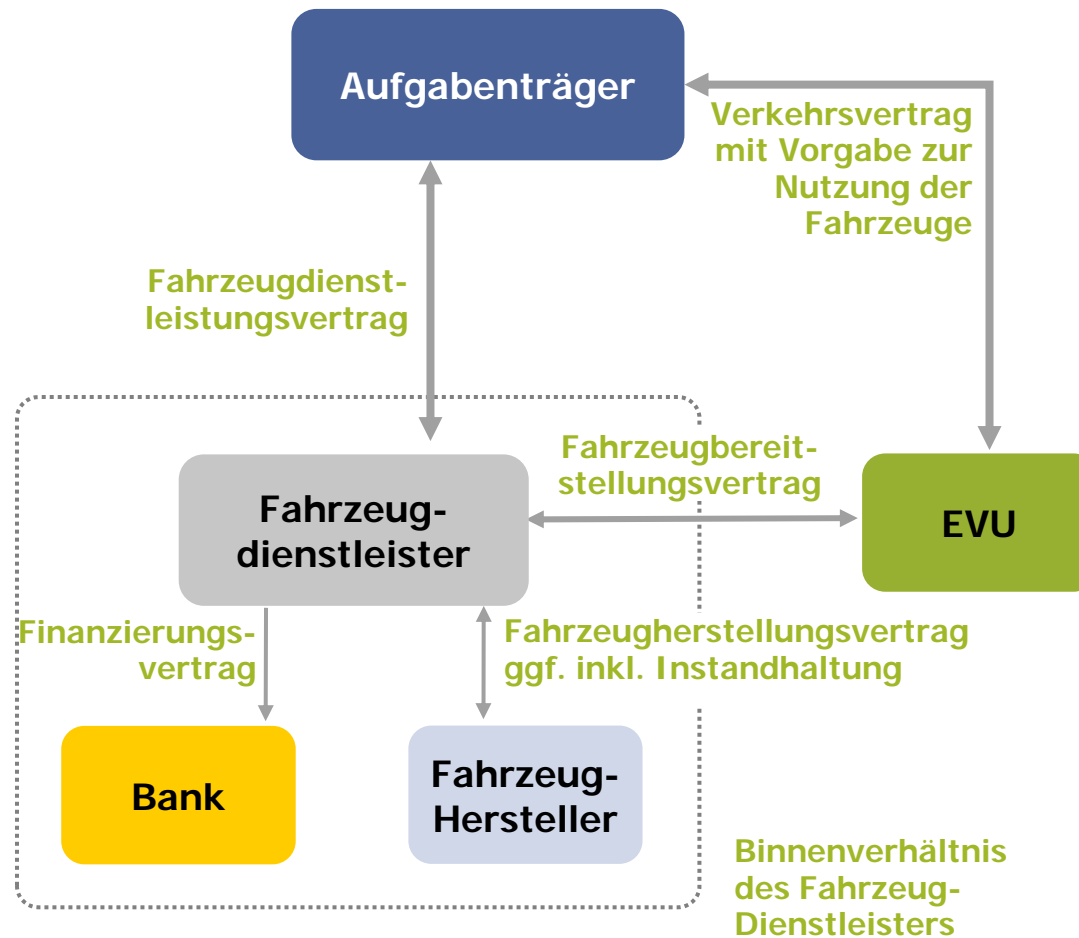
2 Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

EVU beschafft mit Hilfe einer Wiedereinsatzgarantie

- EVU beschafft und finanziert die Fahrzeuge. Aufgabenträger garantiert den Wiedereinsatz (Wiedereinsatzgarantie; kurz „WEG“)
- Nach Ablauf des Verkehrsvertrages werden die Fahrzeuge dem Folge-EVU zur Nutzung übergeben. Dies kann in unterschiedlichen Formen geschehen: über Leasingunternehmen; nach Ankauf durch den Aufgabenträger oder per direkter Veräußerung an das Folge-EVU
- Wesentliche ökonomische Vorteile sind:
 - Kleinere EVU und Finanzierer werden vom Wiedereinsatzrisiko entlastet
 - WEG ist häufig Voraussetzung für die Finanzierbarkeit
 - AT kann in 2. Einsatzperiode über Fahrzeuge verfügen
- aber: muss die Inanspruchnahme der WEG durch einen Bieter negativ gewertet werden?

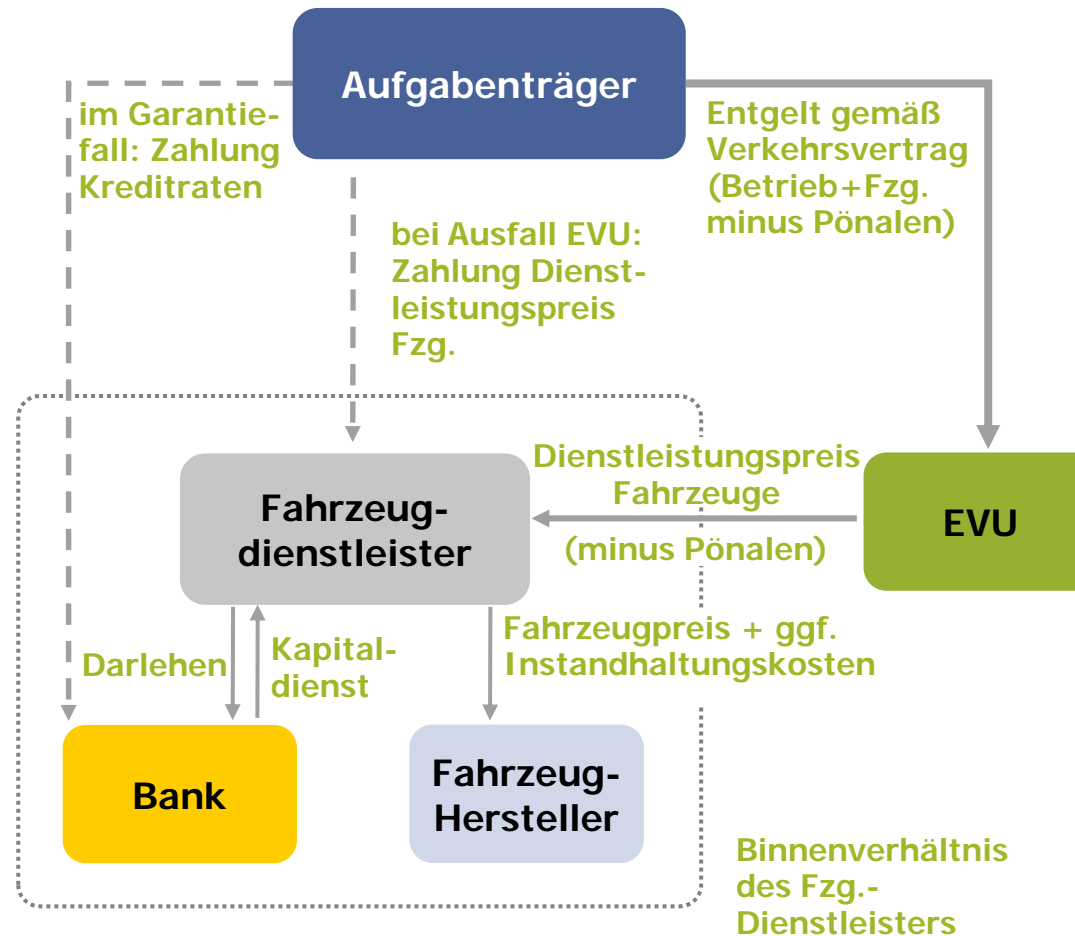
2 Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

Fahrzeugdienstleistungsmodell: Vertragsstruktur



2 Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

Fahrzeugdienstleistungsmodell: Finanzströme



2 Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

Fahrzeugdienstleistungsmodell

- AT beauftragt einen Fahrzeugdienstleister mit Fahrzeugbeschaffung und der Instandhaltungsverantwortung über den Lebenszyklus
- Verkehrsleistung wird gesondert vergeben
- Der Fahrzeugdienstleister verpflichtet sich, die Fahrzeuge dem EVU auf Basis definierter Konditionen zur Verfügung zu stellen
- Wesentliche ökonomische Vorteile sind:
 - Langjährige Beauftragung des Fahrzeugdienstleisters ermöglicht Finanzierung zu günstigen Konditionen
 - Umsetzung des Lebenszyklusgedankens
 - Ausschreibung der Verkehrsleistung kann zeitlich näher an die Betriebsaufnahme herangelegt werden
- aber: erlaubt die VO 1370/2007 entsprechend lange Vertragslaufzeiten?

Inhalt

1

Kurze Einführung und Überblick

2

Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

3

Vergaberechtliche Würdigung

4

Fazit

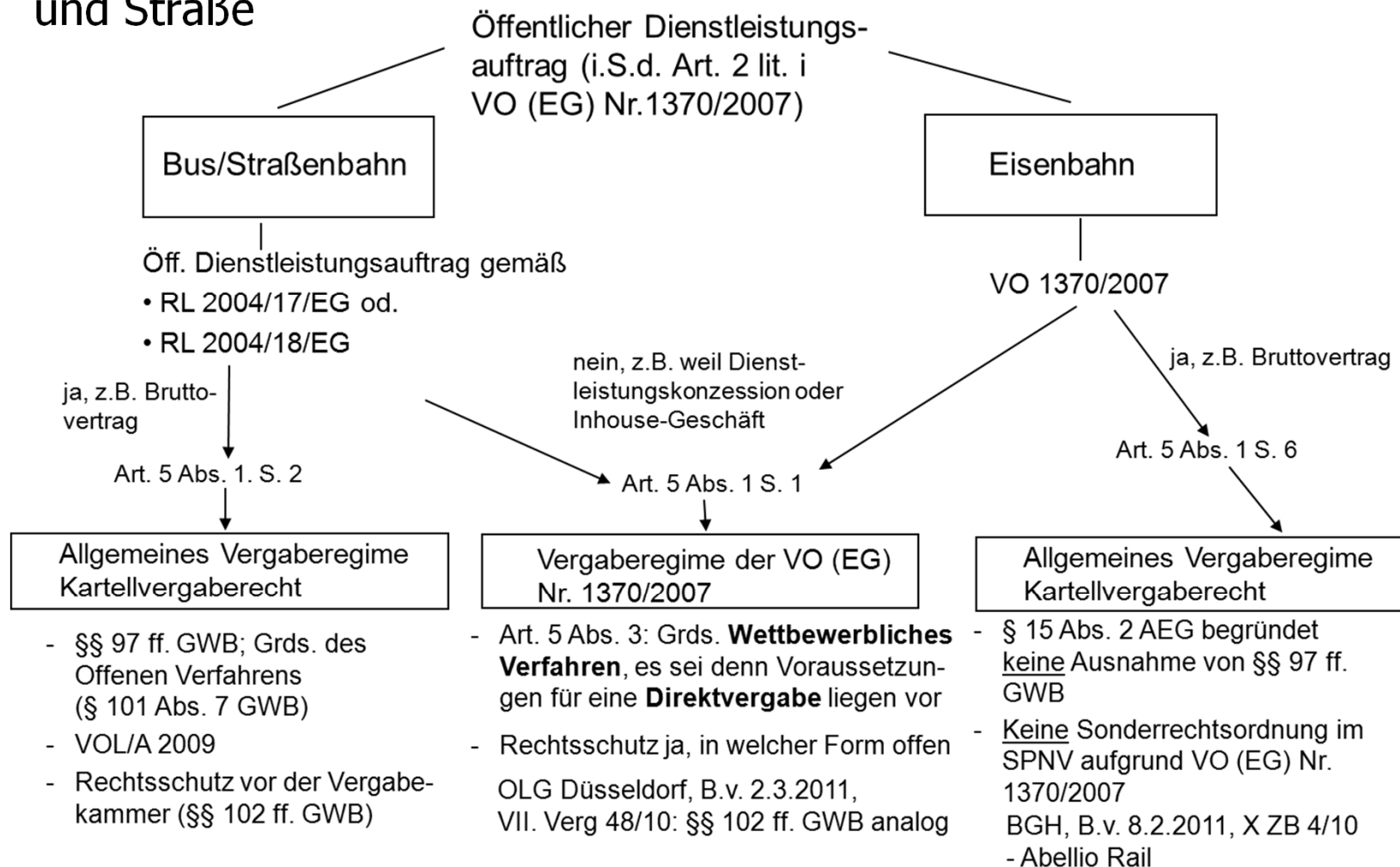
3 Vergaberechtliche Würdigung

Rechtsgrundlagen Kartellvergaberecht



3 Vergaberechtliche Würdigung

VO (EG) Nr. 1370/2007 öff. Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße



3 Vergaberechtliche Würdigung

Voraussetzungen für europaweite Ausschreibungen nach Kartellvergaberecht (1)

1. Öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB, u.a.

- Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen (§ 98 Nr. 1 GWB)
- Juristische Personen des öff. und privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Angaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen (§ 98 Nr. 2 GWB)
- Verbände, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder Nr. 2 fallen (§ 98 Nr. 3 GWB)
- Sektorauftraggeber im Verkehrs-/Trinkwasser-/Energiebereich (§ 98 Nr. 4 GWB)

2. Öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 GWB, u.a.

- entgeltliche Lieferaufträge
- entgeltliche Dienstleistungsaufträge

3 Vergaberechtliche Würdigung

Voraussetzungen für europaweite Ausschreibungen nach Kartellvergaberecht (2)

3. **Überschreiten des relevanten Schwellenwerts**, § 100 Abs. 1 GWB
 - ➔ bei Liefer-/Dienstleistungen derzeit 200 T€ bzw. 400 T€ netto im
Sektorenbereich
4. **Kein Ausnahmetatbestand**, § 100 Abs. 2, §§ 100a-c GWB

3 Vergaberechtliche Würdigung

Allgemeine Grundsätze des Kartellvergaberechts (1)

- Die Grundsätze für europaweite Vergabeverfahren sind in § 97 GWB dargestellt:
 - **Beschaffung** von Waren, Bau- und Dienstleistungen **im Wettbewerb** und **im Wege transparenter Vergabeverfahren**
 - Die **Teilnehmer** an einem Vergabeverfahren **sind gleich zu behandeln**, es sei denn, eine Benachteiligung ist aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet
 - **Mittelständische Interessen** sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen
 - **Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzes-treue und zuverlässige Unternehmen vergeben.** Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.
 - **Zuschlag auf das wirtschaftlichste** (nicht das billigste) **Angebot**
 - **Anspruch der Unternehmen auf Einhaltung der Bestimmungen** über das Vergabeverfahren durch den öffentlichen Auftraggeber

3 Vergaberechtliche Würdigung

AT-Pool mit Herstellerinstandhaltung

- Vertragsinhalt:
 - AT beschafft die Fahrzeuge selbst: Lieferauftrag
 - AT beauftragt Fahrzeughersteller mit Instandhaltung: Dienstleistungsauftrag
 - ➔ gemischter Liefer- und Dienstleistungsauftrag
- Maßgebliches Vergaberechtsregime
 - ➔ allgemeines Kartellvergaberecht gemäß §§ 97 ff. GWB
- VK Sachsen, B.v. 04.02.2013, 1/SVK/039-12
 - ➔ Fahrzeugbeschaffung und Instandhaltung sind fachlich abtrennbare Vorgänge, daher grds. in **Fachlose** aufzuteilen, sofern wirtschaftliche oder technische Gründe (z.B. Schnittstellenproblematik, effektive Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen) nicht eine Gesamtvergabe erfordern (§ 97 Abs. 3 S. 1, 3 GWB). Letzteres ist im Vergabevermerk detailliert zu dokumentieren.

3 Vergaberechtliche Würdigung

AT-Pool mit Herstellerinstandhaltung (2)

→ Ein in den Vergabeunterlagen festgelegter Ausschluss von Unternehmen, die an der Instandhaltung beteiligt sind, von den in der Folge zu vergebenden Verträgen über die Erbringung von Verkehrsleistungen (bezeichnet als "Doppelbewerbungsverbot") verstößt gegen den in § 97 Abs. 1 GWB verankerten

Wettbewerbsgrundsatz

- ⇒ Bewerbungsverbot für zweiten Auftrag ist keine Frage der Zuverlässigkeit im Rahmen der Eignungsprüfung
- ⇒ keine sonstige Rechtfertigung eines Wettbewerbsausschlusses
- ⇒ Wettbewerbsverstoß auch durch Zwang, sich bereits jetzt für einen der Aufträge entscheiden zu müssen, ohne genaue Kenntnis vom Inhalt des zweiten Auftrags zu haben

3 Vergaberechtliche Würdigung

EVU beschafft mit Hilfe einer Wiedereinsatzgarantie (1)

- Vertragsinhalt:
 - AT beauftragt EVU mit Verkehrsdienstleistung
 - AT gibt EVU Wiedereinsatzgarantie für Fahrzeuge
- Maßgebliches Vergaberechtsregime
 - ➔ allgemeines Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) oder VO (EG) Nr. 1370/2007 (je nach Ausgestaltung des Verkehrsdienstleistungsvertrags)
- Diskutierte Vergaberechtsfrage

Muss bei Angeboten, die eine WEG/Restwertgarantie in Anspruch nehmen, ein Malus (z.B. durch Erhöhung des Angebotspreises) erfolgen? (Argument: risikoreicher für AT)

Offen gelassen vom OLG Celle, B.v. 27.08.2008, 13 Verg 2/08

3 Vergaberechtliche Würdigung

EvU beschafft mit Hilfe einer Wiedereinsatzgarantie (2)

Vergaberechtliche Einschätzung: nein, nicht zwingend geboten

- EU-Vergaberecht will Wettbewerb stärken
- Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers
- Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt, da jeder Bieter die Möglichkeit hat, die WEG in Anspruch zu nehmen

3 Vergaberechtliche Würdigung

Fahrzeugdienstleistungsmodell

- Vertragsinhalt:
 - (1) AT beauftragt EVU mit Verkehrsdienstleistung
 - (2) AT beauftragt Fahrzeugdienstleister mit Fahrzeugvorhaltung (Beschaffung und Instandhaltung von Fahrzeugen)
- Maßgebliches Vergaberechtsregime
 - (1) allgemeines Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) oder VO (EG) Nr. 1370/2007 (je nach Ausgestaltung des Verkehrsdienstleistungsvertrags)
 - (2) allgemeines Kartellvergaberecht gemäß §§ 97 ff. GWB
- Diskutierte Vergaberechtsfrage:

Macht das Vergaberecht Vorgaben für die Laufzeit von Verträgen?

- ➔ VO (EG) Nr. 1370/2007: Dienstleistungsaufträge SPNV grundsätzlich höchstens 15 Jahre
- ➔ allgemeines Kartellvergaberecht: grds. nein

Inhalt

1

Kurze Einführung und Überblick

2

Ausgewählte Modelle aus ökonomischer Sicht

3

Vergaberechtliche Würdigung

4

Fazit

4 Fazit

- Die von SPNV-Aufgabenträgern unterstützte oder selbst vorgenommene Fahrzeugbeschaffung wird – mit unterschiedlichen Modellen – weiterhin eine Rolle spielen
- Dies kann den Wettbewerb fördern und die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung verbessern, wirft aber auch neue Schnittstellen und Risiken auf
- Das Vergaberecht setzt dem „Zusammenfassen von Leistungen“ wie z.B. Fahrzeugbeschaffung und –instandhaltung gewisse Grenzen
- Eine vergaberechtliche Pflicht zur negativen Bewertung von Aufgabenträgergarantien usw. ist u.E. nicht festzustellen



Kontakt

Dr. Beatrice Fabry
Menold Bezler

Menold Bezler Rechtsanwälte
Rheinstahlstraße 3
70469 Stuttgart
Fon: 0711 860 40-650
Fax: 0711 860 40-550
Mail: beatrice.fabry@menoldbezler.de
Web: www.menoldbezler.de

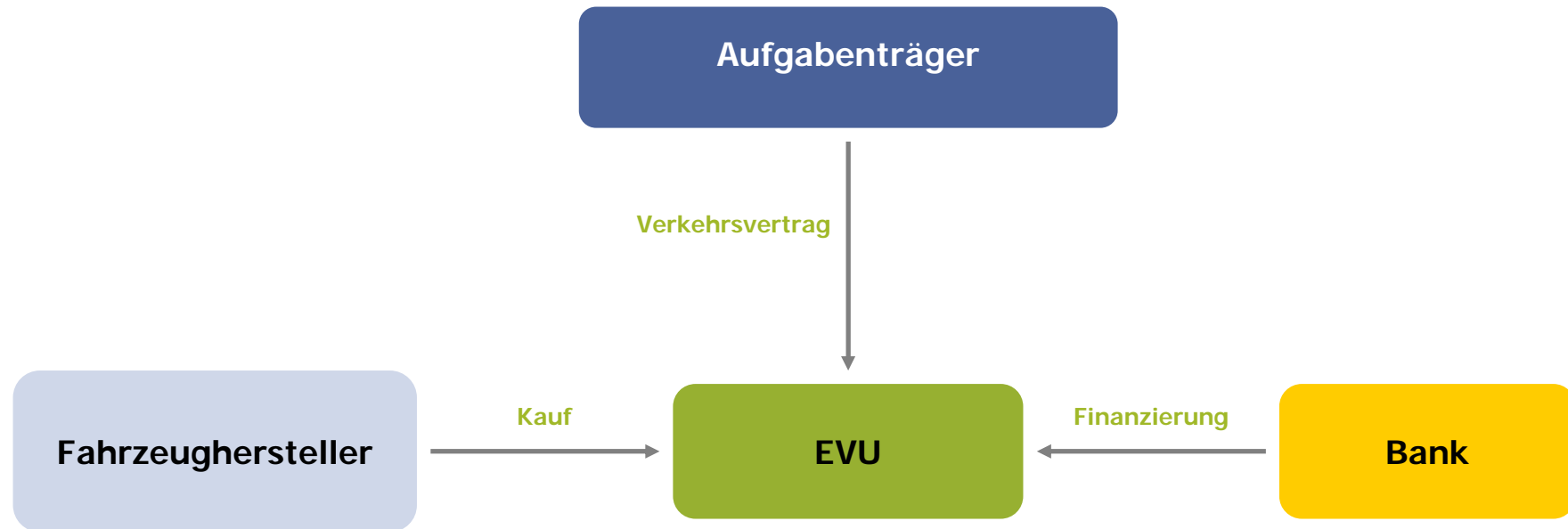
Dr. Henning Tegner
KCW

KCW GmbH
Berlin
Bernburger Str. 27
10963 Berlin
Fon: 030 4081768-60
Fax: 030 4081768-61
Mail: tegnert@kcw-online.de
Web: www.kcw-online.de

Anhang

Grundmodell mit Fahrzeugkauf

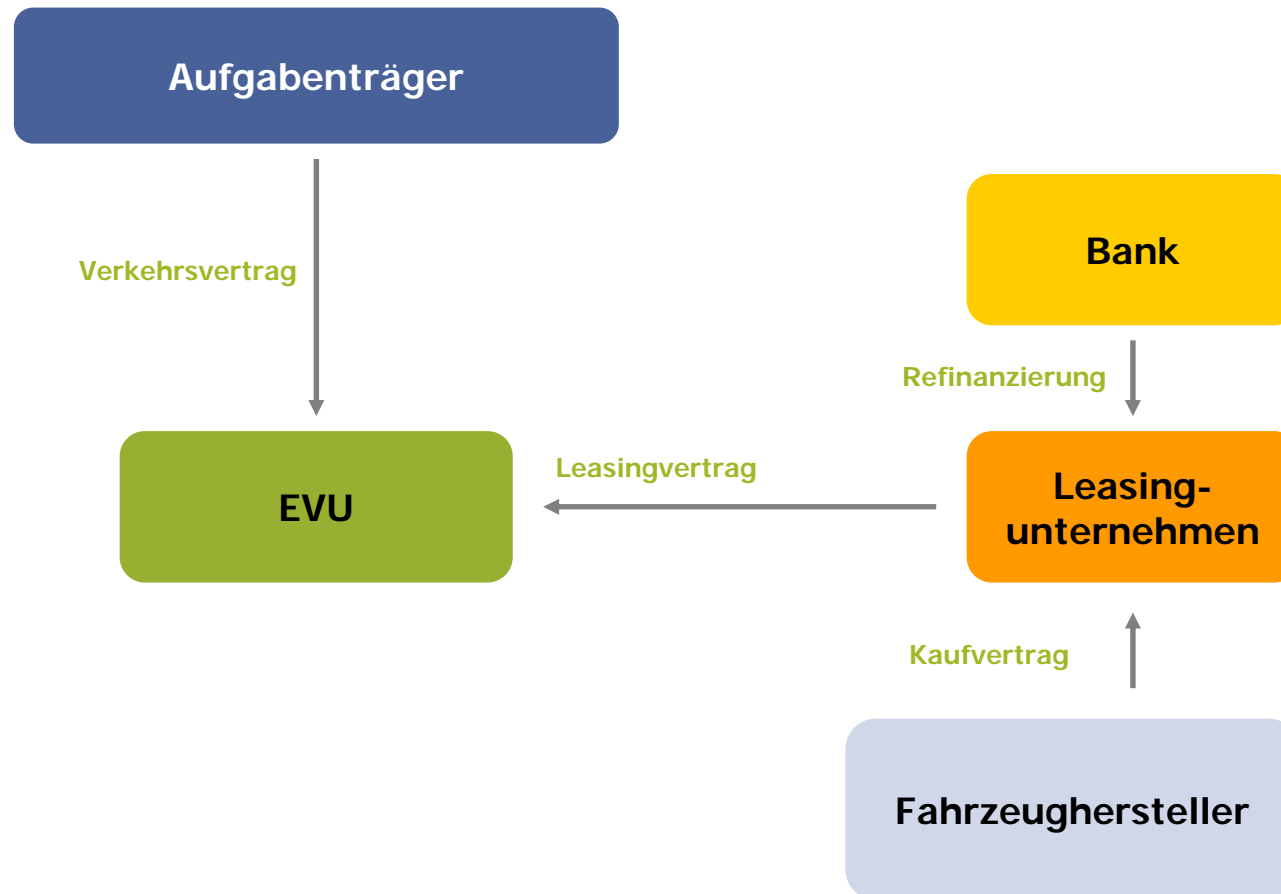
Konventionelle Projektfinanzierung durch EVU



Grundmodell mit Leasing

Konventionelle Finanzierung über Leasing

Operate Lease



Zeitbedarf Beschaffungsprozess (ohne Iterationen) für Neuentwicklung eines elektrischen Regio-Triebzuges

