



Novellierung des PBefG – Neuregelung der Vergaben im ÖPNV

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 22.01.2013 in Köln**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe

1. Das neue PBefG – Ein Überblick

Andreas Wille, Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr NRW, Düsseldorf

- Nach dem Scheitern der ersten Versuche der Umsetzung der VO 1370/2007 fanden ab Anfang 2012 informelle Sondierungsgespräche zwischen fast allen Bundestagsfraktionen, BMVBS und Ländervertretern statt. Das anfänglich vereinbarte Stillschweigen wurde gewahrt. Der so gefundene Kompromiss wurde erfolgreich verabschiedet. Dieses Vorgehen könnte auch ein Vorbild für andere Gesetzgebungsvorhaben sein.
- Zu den wesentlichen Kompromissen gehören der relative Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre, die eindeutige Regelung der Direktvergabe im PBefG, die Liberalisierung der Fernbusverkehre mit Schutz des ÖPNV sowie die konkrete Regelung der Barrierefreiheit im ÖPNV und beim Fernbus.
- Aufgrund der Ausgestaltung des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre werden zukünftig wahrscheinlich weniger Verkehre als eigenwirtschaftlich anzusehen sein.
- Der Anspruch interessierter Unternehmen auf Informationen über die Gründe für eine Direktvergabe (§ 8a Abs. 5 PBefG) führt nicht zu einem Interessenbekundungsverfahren. Es gibt daher auch keine rechtliche Möglichkeit für solches Unternehmen, ein Angebot abzugeben. Eine politische Einflussnahme ist aber möglich.
- Die Dauer einer Genehmigung wurde entsprechend den Vorgaben der VO 1370/2007 neu geregelt. Sie darf bei gemeinwirtschaftlichen Verträgen nicht länger sein als die Geltungsdauer des öffentlichen Dienstleistungsauftrages.
- Die Rolle des Aufgabenträgers ist deutlich gestärkt. Er definiert die Anforderungen an eine ausreichende Verkehrsbedienung im Nahverkehrsplan (§ 8 Abs. 3 PBefG) und in der Vorabbekanntmachung

(§ 8a Abs. 2 PBefG). Der Aufgabenträger trifft bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren allein die Auswahlentscheidung.

- Die Bekanntmachung des Aufgabenträgers bindet diesen und erhält damit eine größere Bedeutung.
- Die Genehmigungsbehörde trifft im Genehmigungswettbewerb die Auswahlentscheidung unter Beachtung der Festlegungen im Nahverkehrsplan des Aufgabenträgers. Bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren erteilt die Genehmigungsbehörde eine nur die Auswahlentscheidung des Aufgabenträgers nachvollziehende Genehmigung.

2. Eigenwirtschaftlicher Nahverkehr

Rechtsanwältin Dr. Sybille Barth, BBG und Partner, Rechtsanwälte, Bremen

- Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre ist im Grundsatz unverändert geblieben. Ausgangsfrage ist, ob eine ausreichende Verkehrsbedienung eigenwirtschaftlich angeboten wird.
- Novelliert wurden die Regeln für ein vorgeschaltetes eigenwirtschaftliches Verfahren, die Anforderungen an eigenwirtschaftliche Angebote und die Regeln zum eigentlichen Genehmigungswettbewerb.
- Die Vorgabe, eine Bekanntmachung spätestens 2012 vor Genehmigungsbeginn zu veröffentlichen, kann in 2013 für laufende Verfahren nicht gehalten werden. Daher dürfen Aufgabenträger wie in 2012 verfahrensleitende Fristen setzen.
- Die Wertungsmatrix muss nicht bekanntgemacht werden. Dies begegnet Bedenken hinsichtlich der angestrebten Verfahrenstransparenz.
- Beim eigenwirtschaftlichen Antrag sind nur ausdrücklich als verbindlich zugesicherte Bestandteile wertungsrelevant.
- Problematisch sind Rolle und insbesondere die Überprüfbarkeit des Nahverkehrsplans.

3. Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, insbesondere von Dienstleistungskonzessionen, im wettbewerblichen Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 und § 8b PBefG

Prof. Dr. Andreas Saxinger, Hochschule für Wirtschaft und Umwelt, Geislingen

- Der rechtsverbindliche Akt über die Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen kann ein Vertrag ebenso wie ein Verwaltungsakt sein.

- Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in Art. 2 e) VO 1370/2007 ist weit gefasst und nicht zu verwechseln mit „gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen“ i.S.v. § 13a PBefG a.F.
- Öffentliche Dienstleistungsaufträge i.S.v. Art. 2 i) VO 1370/2007 werden gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2, 3 VO 1370/2007 nach allgemeinem Vergaberecht vergeben.
- Dienstleistungskonzessionen werden gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Hs. 2 VO 1370/2007 nach Art. 5 Abs. 2-6 VO 1370/2007 vergeben.
- Die Dienstleistungskonzession zeichnet sich dadurch aus, dass der Konzessionär das Betriebsrisiko vollständig oder zu einem erheblichen Teil trägt. Das Betriebsrisiko kann auch eingeschränkt sein. Betriebsrisiko ist das Risiko, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt sein.
- Die Regelungen zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in § 8b Abs. 3-7 PBefG sind teilweise weniger formstrenge als das allgemeine Vergaberecht. Insbesondere zeigt sich dies bei den Verfahrensfristen.
- Teilweise sind diese Regelungen aber auch strenger, so bei der Pflicht zur Vergabe der Leistung in Losen, ohne dass eine § 97 Abs. 3 GWB vergleichbare Vorschrift vorhanden wäre.
- Insgesamt bieten daher die Regelungen zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für Auftraggeber nicht qualitativ mehr Spielraum.

4. Direkt- und Inhousevergaben: Die Perspektive der Aufgabenträger

Dr. Markus Faber, Landkreistag Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf

- Die ausdrückliche bundesrechtliche Regelung in § 8a Abs. 1, 3 PBefG führt dazu, dass Einschränkungen der Direktvergabemöglichkeit durch Landesrecht nicht mehr möglich sind.
- Es gibt Ansatzpunkte für Zweifel, ob das Modell für Direktvergaben europarechtskonform ist. So könnte eine Liniengenehmigung ein ausschließliches Recht darstellen, was bei jedem Verkehr zur Anwendung der VO 1370/2007 zwingen würde. Auch erscheint fraglich, ob „sonstige Unternehmenserträge“ i.S.d. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG eine Eigenwirtschaftlichkeit begründen können.
- Die Vorabkennzeichnung ist wegen § 13 Abs. 2a PBefG nunmehr zentrales Steuerungselement des Aufgabenträgers. Durch die von ihm aufzustellenden Mindestanforderungen kann er sich vor „eigenwirtschaftlichen Dumpingangeboten“ schützen.
- Der Nahverkehrsplan ist daneben als Steuerungselement weiter notwendig.

- Das Verhältnis von Nahverkehrsplan und Vorabbekanntmachung ist zumindest teilweise ungelöst. Es erscheint empfehlenswert, im Vorgriff auf erforderlich werdende Abweichungen eine Dispensregelung in den Textteil des Nahverkehrsplans aufzunehmen; z.B. mit einem Gremien-Zustimmungsvorbehalt.

5. Direkt- und Inhousevergaben: Die Perspektive der Verkehrsunternehmen

Rechtsanwalt Martin Schäfer, Verband Deutscher Verkehrsunternehmen, Köln

- Für die Einflussmöglichkeit der Aufgabenträger auf die Genehmigungspraxis wird künftig die Vorabbekanntmachung entscheidende Bedeutung erhalten.
- Der neue Versagungsgrund in § 13 Abs. 2 Nr. 3 d) PBefG, wenn ein Antrag sich auf einzelne ertragreiche Linien beschränken will, ist ein wichtiges Steuerungselement.
- Es kann offenbleiben, ob die Liniengenehmigung ein ausschließliches Recht ist oder nicht. Die Genehmigungsverfahren können unabhängig von dieser Frage so ausgestaltet werden, dass die materiellen Anforderungen der VO 1370/2007 erfüllt sind.
- Insgesamt stellt sich der PBefG-Kompromiss trotz einiger durchaus gravierender Schwächen im Detail in der Substanz aus unternehmerischer Sicht insgesamt als tragbar und in der Praxis handhabbar dar.

6. Rechtsschutz bei Genehmigungswettbewerb und der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

Rechtsanwalt Dr. Christian Jung, Becker Büttner Held Rechtsanwälte, Köln

- Der Rechtsschutz bei der Vergabe von ÖPNV-Leistungen ist aufgeteilt.
- Alle Rechtsstreitigkeiten über Liniengenehmigung sind vor Verwaltungsgerichten auszutragen, ebenso wie die um eine Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre.
- Bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren sind Streitigkeiten über öffentliche Dienstleistungsaufträge auf dem Vergaberechtsweg auszutragen. Wegen der ebenfalls erforderlichen Genehmigung sind daher widersprechende Entscheidungen möglich.
- Dies ist unbefriedigend und sollte geändert werden.
- Die Linienverkehrsgenehmigung kann als notwendiger Teil des öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Sinne der VO 1370/2007 angesehen werden. Damit könnte auch insoweit der Vergaberechtsweg eröffnet werden.

- Sinnvoll ist es, den Vergaberechtsweg nur für die Auswahl des Adressaten eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages und des Zuteilungsverfahrens vorzusehen. Der reine Genehmigungswettbewerb ist vor die Verwaltungsgericht zu bringen, ebenso die Entscheidung über die verwaltungsrechtliche und beihilferechtliche Rechtmäßigkeit eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages. einschließlich der Linienverkehrsgenehmigung.