

Newsletter

Inhalt

Novellierung des ÖPNV-Gesetzes Nordrhein-Westfalen	2
EuGH: Zum Wesentlichkeitskriterium bei „In-house“-Vergaben	2
Vergabekammer Westfalen untersagt Direktvergabe zur Anerkennung von Nahverkehrstarifen im DB-Fernverkehr	3
Veranstaltungen.....	4
Ihre Ansprechpartner	5
Bestellung und Abbestellung.....	5

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neueste Ausgabe unseres PDF-Newsletter *Public Services Legal News – Verkehr und Infrastruktur* übersenden zu können.

Mit unserem Newsletter wollen wir den eiligen Leser auf prägnante und übersichtliche Weise über die aktuellen Themen aus den Bereichen Verkehr und Infrastruktur informieren. Sie profitieren dabei von dem Expertenwissen unseres 10-köpfigen ÖPNV-Teams an den Niederlassungen Düsseldorf, Frankfurt, Hannover und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Veranstaltungen.

Viel Spaß beim Lesen.

Ihre
Christiane Kappe

Novellierung des ÖPNV-Gesetzes Nordrhein-Westfalen

Am 27.12.2017 sind im Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen Änderungen des ÖPNV-Gesetzes NRW verkündet worden (GV. NRW. S. 1157). Neu sind vor allem die folgenden Punkte:

In § 8 Abs. 3 Satz 2 wird der Katalog der verbindlichen Inhalte eines Nahverkehrsplans um Vorgaben zur „Entlohnung des eingesetzten Personals bei den Verkehrsunternehmen nach Maßgabe einschlägiger und repräsentativer Tarifverträge“ erweitert. Auf diese Weise versucht der Gesetzgeber, auch außerhalb des durch das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG-NRW) erfassten gemeinwirtschaftlichen Bereichs eine Tarifbindung zu erreichen.

In der Vorschrift zur ÖPNV-Pauschale wird die Regelung, nach der mindestens 80 % der Mittel an öffentliche und private Verkehrsunternehmen weiterzuleiten sind, um die Verpflichtung ergänzt, dass dabei 30 Prozentpunkte „als Anreiz zum Einsatz neuwertiger und barrierefreier Fahrzeuge“ zu verwenden sind (§ 11 Abs. 2 Satz 6 n.F.).

Auch die Regelung der Ausbildungsverkehr-Pauschale (§ 11a) wird geändert; u.a. entfällt die Pflicht („soll“) für die Aufgabenträger, die Pauschalen über eine sog. Allgemeine Vorschrift nach Art. 3 Abs.2 VO 1370/2007 an die die Ausbildungsverkehre erbringenden Verkehrsunternehmen auszureichen. Künftig könnte daher dieser Mittelfluss direkt über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (öDA) nach der VO 1370/2007 und damit im Zusammenhang mit Verlustabdeckungen durch die Aufgabenträger erfolgen.

Offen bleibt dabei u.E. aber die Frage, ob der Aufgabenträger frei entscheiden kann, auf eine allgemeine Vorschrift insgesamt zu verzichten, auch wenn z.B. eigenwirtschaftlich fahrende Unternehmen in seinem Gebiet Ausbildungsverkehre zu abgesenkten Tarifen erbringen. Dies könnte den Grundsätzen von Transparenz und Gleichbehandlung widersprechen und einzelne Verkehrsunternehmen unzulässig benachteiligen.

EuGH: Zum Wesentlichkeitskriterium bei „In-house“-Vergaben

Mit Urteil vom 08.12.2016 befasste sich der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren mit der Auslegung des Begriffs des „öffentlichen Auftrags“ nach Art. 1 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2004/18/EG und konkretisierte dabei das Wesentlichkeitsmerkmal von „In-House“-Vergaben im Sinne der Rechtsprechung des EuGH.

Der EuGH hatte den folgenden Fall zu beurteilen: Eine italienische Gemeinde hatte abfallwirtschaftliche Dienstleistungen an eine Gesellschaft vergeben, an der neben dieser Gemeinde ausschließlich andere Gemeinden beteiligt waren. Durch eine Anweisung der Regionalbehörde, die selbst ebenfalls nicht an der Einrichtung beteiligt war, wurde die Gesellschaft verpflichtet, auch für nicht an der Gesellschaft beteiligte Gemeinden tätig zu werden. Für die Frage, ob die Gesellschaft im Wesentlichen für ihre Gesellschafter bzw. die sie kontrollierenden Gemeinden tätig war, war festzustellen, ob die Tätigkeiten der Gesellschaft für nicht an ihr beteiligte Gemeinden als schädliche Drittsätze zu berücksichtigen sind. Bezog man diese Tätigkeiten als wesentlichkeitsschädlich ein, lagen die sog. Drittsätze bei etwa 50 %, bezog man sie nicht ein hingegen bei 10 %.

Der EuGH führte aus, dass das Wesentlichkeitskriterium ein marktbezogenes Tätigwerden der kontrollierenden Einheit verhindern soll. Für die Bewertung sei der

Umsatz entscheidend, den die Einrichtung auf Grund der Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers bzw. der öffentlichen Auftraggeber erzielt, von dem bzw. denen die Einrichtung kontrolliert wird. Unerheblich ist hingegen, wer die Leistung bezahlt oder auf wessen Gebiet sie erbracht werden. Diesbezüglich hat der EuGH auf seine bisherige Rechtsprechung, insbesondere die „Carbotermo“-Entscheidung, Bezug genommen.

Die Tätigkeiten der Einrichtung auf Anordnung der Regionalbehörde sind daher als Tätigkeit für einen Dritten anzusehen. Die Einrichtung stand daher insgesamt im Wettbewerb. Eine Privilegierung der an sie ausgereichten Vergaben durch die „In-House“-Regelungen ist damit insgesamt nicht möglich.

Praxishinweis:

Dieser Fall zeigt nachdrücklich, wie wichtig das Controlling der Tätigkeiten der Inhouse-Gesellschaft im Hinblick auf die Einhaltung des Wesentlichkeitskriteriums ist. Darüber hinaus bestätigt das Urteil, dass man im Fall von Direktvergaben an einen internen Betreiber in einer Gruppe dann vorsichtig sein muss, wenn die vergebende zuständige Behörde nicht Gesellschafter des internen Betreibers ist. Insbesondere in diesem Fall ist darauf zu achten, dass nicht schädliche Drittumsätze produziert werden, die eine weitere Direktvergabe im Inhouse-Wege unmöglich machen.

Schädliche Drittumsätze könnten auf Basis der o.a. Entscheidung des EuGH u.E. auch generiert werden im Fall einer Direktvergabe durch einen Aufgabenträger-Gesellschafter, in die Verkehrsleistungen außerhalb des Aufgabenträgergebiets einbezogen sind, die nicht ausbrechende Verkehre sind.

Unschädlich sind allerdings solche „Umsätze mit Dritten“, die das Verkehrsunternehmen in Durchführung der Direktvergabe mit den Fahrgästen erzielt. Diese sind nämlich auf die Vergabeentscheidung zurückzuführen und stellen daher keine schädlichen Drittumsätze dar.

Vergabekammer Westfalen untersagt Direktvergabe zur Anerkennung von Nahverkehrstarifen im DB-Fernverkehr

Mit Beschluss vom 25.01.2017 - VK 1 - 47/16 - hat die Vergabekammer Westfalen die Finanzierung der Anerkennung eines Nahverkehrstarifs in Fernzügen der DB Fernverkehr AG im Wege einer Direktvergabe untersagt.

Der Zweckverband Nahverkehr Westfalen-Lippe (NWL) und der Verkehrsverbund Nordhessen (NVV) hatte eine Direktvergabe mit dem Ziel der Taktverdichtung auf der Strecke zwischen Dortmund und Kassel angekündigt. Inhalt der Vergabe sollte die Anerkennung von Fahrscheinen des Nahverkehrs (Westfalen-Tarif) in dem bereits vorhandenen IC 51 der DB sein.

Dagegen wandte sich die Abellio GmbH, die auf dieser Strecke im Rahmen einer Ausschreibung bereits den Zuschlag für den Betrieb einer Regionalexpress-Linie erhalten hatte.

Die Vergabekammer Westfalen hat nun den NWL und den NVV verpflichtet, die angestrebte Taktergänzung im Wege eines formellen europaweiten Vergabeverfahrens auszuschreiben. Die Vergabekammer ist der Auffassung, dass auch andere Unternehmen

in der Lage seien, diese zusätzlichen Fahrten auf der Strecke zwischen Dortmund und Kassel anzubieten.

Zwar werde öffentlichen Auftraggebern von der Rechtsprechung grundsätzlich ein Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt. Dabei dürfe aber die Festlegung des Beschaffungsbedarfs nicht gleichsam einen „Kunstgriff“ darstellen, durch den erst eine technische Besonderheit geschaffen würde, die dann wiederum die Auftragsvergabe an ein ganz bestimmtes Unternehmen nach sich ziehe.

Vorliegend hätten die Aufgabenträger die Vergabeparameter „Anerkennung von Nahverkehrstickets im SPNV-Fernverkehr“ so gewählt, dass ein Wettbewerb verhindert würde. Ein öffentlicher Auftraggeber müsse aber auch andere Möglichkeiten als Alternativen überlegen, um Wettbewerb zu ermöglichen. Hier hätten die Aufgabenträger weder in ihrer Vergabedokumentation noch im Nachprüfungsverfahren hinreichend darlegen können, dass es keine Alternativlösungen zur Taktoptimierung und zur – hier ebenfalls zu berücksichtigenden – Abdeckung der aufgrund der geplanten Einführung eines einheitlichen Nahverkehrstarifs (Westfalen-Tarif) zu erwartenden erhöhten Nachfrage gibt. Solche Alternativlösungen können nach Auffassung der Vergabekammer auch beinhalten, dass der Auftraggeber zugunsten des Wettbewerbsgedanken Kompromisse in Kauf nehmen muss.

Veranstaltungen

PwC Roadshow „ÖPNV 2017“ - Vorankündigung

Wie bereits seit 2008 wollen wir auch in diesem Jahr allen Marktteilnehmern im ÖPNV die Gelegenheit bieten, sich über neueste rechtliche und wirtschaftliche Entwicklungen im ÖPNV zu informieren und auszutauschen.

Merken Sie sich bereits jetzt die folgenden Termine und Standorte vor:

***13. November 2017
Hamburg***

***14. November 2017
Hannover***

***21. November 2017
Düsseldorf***

***22. November 2017
Frankfurt***

***28. November 2017
Stuttgart***

***29. November 2017
München***

***5. Dezember 2017
Leipzig***

Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei

Frau RA/StB Christiane Kappe

Tel.: +49 211 981 - 2700, christiane.kappe@de.pwc.com

Ihre Ansprechpartner

RA/StB Christiane Kappe

Düsseldorf

Tel.: +49 211 981-2700

christiane.kappe@de.pwc.com

RA/StB Maren Weber

Düsseldorf

Tel.: +49 211 981-4853

maren.weber@de.pwc.com

Bestellung und Abbestellung

Wenn Sie den PDF-Newsletter bestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Bestellung" an:

SUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com.

Wenn Sie den PDF-Newsletter abbestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Abbestellung" an:

UNSUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com.

Die Beiträge sind als Hinweise für unsere Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Teile dieser Veröffentlichung/Information dürfen nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung durch den Herausgeber nachgedruckt und vervielfältigt werden. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© Juli 2017 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten. „PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltsgesellschaft, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.