

Die Sektorenverordnung - Neue Vergaberegeln für Verkehrsunternehmen

Die Reform des Vergaberechts bringt deutliche Vorteile für kommunale Verkehrsunternehmen. Sie profitieren von den Spielräumen, die die neue Sektorenverordnung (SektVO) seit dem 29.09.2009 für Vergaben in den Bereichen Verkehr, Trinkwasser und Energie gewährt.

Dr. Ute Jasper,
Dr. Jan Seidel,
Heuking Kühn Lüer Wojtek,
Düsseldorf

Gleiches Recht für alle

Kommunale Unternehmen dürfen nun wie private Verkehrsunternehmen über Preise verhandeln. Dies war vor dem Inkrafttreten der SektVO anders. Damals mussten kommunale Verkehrsunternehmen grundsätzlich das Offene Verfahren wählen, das Verhandlungen über die Angebote nicht gestattet. Für private Verkehrsunternehmen galt dieser Vorrang des Offenen Verfahrens nicht. Sie

durften die Verfahrensart frei wählen und insbesondere die Vorteile des flexibleren Verhandlungsverfahrens nutzen. Diese Differenzierung brachte nicht nur Abgrenzungsprobleme und Rechtsunsicherheit mit sich. Sie ging zudem weit über das hinaus, was das europäische Vergaberecht vorschreibt.

Mit dem Erlass der SektVO besinnt sich der Normgeber auf die EU-Mindestvorgaben. Nun können sämtliche Ver-

kehrsunternehmen – egal, ob kommunal oder privat – die Art des Vergabeverfahrens frei wählen.

Erweiterter Anwendungsbereich?

Der Anwendungsbereich der SektVO richtet sich nach den bekannten Kriterien: sie gilt für Auftraggeber nach § 98 GWB, die im Verkehr oder in anderen Sektorenbereichen tätig sind. Welche Tätigkeiten dies im Einzelnen sind, ist in einer Anlage zum GWB näher beschrieben.

Die Tätigkeiten im Verkehrsbereich, die zu einer Anwendbarkeit der SektVO führen, sind durch die Vergabereform dem Wortlaut nach ausgeweitet worden. War vor der Reform nur das „Betreiben von Netzen“ im ÖPNV/SPNV Sektorentätigkeit, gilt dies nun für das „Erbringen von Verkehrsleistungen“ ebenso wie das „Bereitstellen oder Betreiben“ von Infrastruktur. Der neue Wortlaut ist jedoch stärker der zugrunde liegenden EU-Richtlinie 2004/17/EG angenähert.

Nicht eindeutig ist, ob das „Erbringen von Verkehrsleistungen“ auch deren Bestellung durch die Aufgabenträger umfasst. Diese Frage war schon zum alten Recht umstritten. Nach einer Auffassung umfasste der damalige Begriff



Die Reform des Vergaberechts bringt Vorteile für kommunale Verkehrsunternehmen (Bild: Stadtwerke Osnabrück).

auch die Bestellung von Verkehrsleistungen, da diese den Betrieb eines Netzes im weiteren Sinne darstelle. Hiergegen wurde vorgebracht, dass die Bestellung als rein vorbereitende Tätigkeit nicht vom Betriebsbegriff erfasst werde. Wie die neue Formulierung verstanden wird, ist noch nicht abzusehen. Fest steht jedoch, dass die Bestellung von SPNV-Verkehren auch weiterhin nicht in einem Vergabeverfahren erfolgen muss, wie § 4 Abs. 2 SektVO bestimmt.

Inhaltlich gilt die SektVO für alle Aufträge im Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit. Sie gilt nicht für Bau- oder Dienstleistungskonzessionen. Nicht geregelt ist die umstrittene Frage, ob auch ein Auftrag mit nur teilweise Sektorencharakter in den Anwendungsbereich der SektVO fällt. Ein viel diskutiertes Beispiel hierfür ist der Bau eines Verwaltungsgebäudes, das nicht nur den kommunalen Verkehrstätigkeiten dient, sondern auch dem kommunalen Entsorgungsunternehmen. Diese Streitfrage sollte ursprünglich im Rahmen der Vergabereform gelöst werden, fand jedoch später keine Berücksichtigung. Zu diesem Punkt gibt es auch noch keine endgültige Klärung durch den EuGH. Bei derartigen gemischten Tätigkeiten kann es jedoch nur auf den Schwerpunkt der Leistungen ankommen. Dieser Schwerpunkt wird gerade bei Stadtwerken in der Regel auf Sektorentätigkeiten liegen. In solchen Fällen würde auch eine gemischte Tätigkeit in den Anwendungsbereich der SektVO fallen.

Erfolgreiche „Fastenkur“

Betrachtet man den Umfang der SektVO, fällt die deutliche Verschlan-
kung gegenüber den früheren Sektorenbestimmungen in den Verdingungsordnungen auf. Dies ist der begrüßenswerten Absicht des Normgebers zu verdanken, in der SektVO nur solche As-



Verkehrsunternehmen profitieren von den Spielräumen, die die neue Sektorenverordnung für Vergaben im Bereich Verkehr gewährt (Bild: Stuttgart Straßenbahnen AG).

pekte zu regeln, die auch gesondert regelungsbedürftig sind. Auf eine Wiederholung von bereits im GWB enthaltenen Regelungen wurde verzichtet.

So finden sich etwa die Pflicht zur Losvergabe, das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse oder das Nachverhandlungsverbot nicht in der SektVO. Die diesen Regeln zugrunde liegenden Grundsätze des § 97 GWB wie Transparenz, Gleichbehandlung oder Mittelstandsfreundlichkeit gelten jedoch selbstverständlich auch bei Sektorenvergaben. Verzichtet wurde zudem auf die erneute Definition der einzelnen Verfahrensarten, die bereits in § 101 GWB enthalten ist.

Nach § 6 Abs. 1 SektVO dürfen Sektorenauftraggeber statt eines Offenen Verfahrens auch ein Nichtoffenes oder ein Verhandlungsverfahren durchführen, wenn diesem eine EU-weite Bekanntmachung vorausgeht. Ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ist nach § 6 Abs. 2 SektVO nur in Ausnahmefällen zulässig. Ob auch ein Nichtoffenes Verfahren ohne Bekanntmachung zulässig ist, ergibt sich aus der SektVO nicht. Im Referentenentwurf war diese Verfahrensart noch enthalten, so dass die spätere Herausnahme gegen eine planwidrige Gesetzeslücke spricht. Andererseits kennt die zugrunde liegende EU-Richtlinie 2004/17/EG ein solches Verfahren durchaus. In der Praxis dürfte diese Frage jedoch angesichts der weitgehenden Wahlfreiheit zwischen

den Verfahrensarten von geringer Bedeutung bleiben.

Der Ablauf von Vergabeverfahren nach der SektVO orientiert sich am üblichen Vorgehen. Sie beginnen regelmäßig mit einer Bekanntmachung (§§ 12 ff. SektVO), unterliegen bestimmten Fristen (§§ 17 ff. SektVO) und müssen gewisse Anforderungen an die Leistungsbeschreibungen erfüllen (§ 7 SektVO). Auch die vier Prüfungs- und Wertungsstufen der Verdingungsordnungen finden sich in der SektVO wieder (§§ 20, 26 ff. SektVO). Insbesondere die Bestimmungen zum formalen Ausschluss von Angeboten sind jedoch deutlich flexibler. Ein weiterer Unterschied zu den Verdingungsordnungen zeigt sich bei der Aufhebung von Vergabeverfahren (§ 30 SektVO): besondere Aufhebungsgründe sind nicht mehr erforderlich.

Fazit

Insgesamt führt die Rückbesinnung auf die EU-Mindestvorgaben und die begrüßenswerte Verschlan-
kung des Regelungsumfangs daher zu neuen Vergabespielräumen für Verkehrsunternehmen. Zwar geht mit neuen Freiheiten auch neue Verantwortung einher. Gerade die kommunalen Verkehrsunternehmen, die bislang eine strenge Reglementierung gewohnt waren, werden diese jedoch freudig ergreifen.