

# Ausschreibung von innovativen Modellen im Nahverkehr

Innovative, maßgeschneiderte Beschaffungsmodelle sorgen für mehr Wettbewerb und eine wirtschaftliche Beschaffung. Worauf zu achten ist, zeigt dieser Beitrag.

**CHRISTOPHER MARX | LAURENCE M. WESTEN**

**Seit dem Abellio-Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) im Jahr 2011 [1] hat sich viel getan: Wettbewerb ist bei Vergaben im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) mittlerweile die Regel. Um sowohl technisch als auch finanziell die beste Leistung zu beschaffen, müssen Aufgabenträger im Vergabeverfahren die richtigen Entscheidungen treffen und zahlreiche Hürden nehmen. Diese betreffen die Finanzierung einschließlich richtiger Einbindung von Fördermitteln sowie eine faire Verteilung der Verantwortlichkeiten, beispielsweise durch Wahl eines Lebenszyklusansatzes und/oder die Beschaffung verschiedener Leistungen im Paket. Dieser Beitrag zeigt die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten auf, insbesondere bei der Beschaffung von lokal emissionsfreien Fahrzeugen<sup>1</sup>.**

## Verschiedene Fahrzeugfinanzierungsmodelle

Um den Wettbewerb in SPNV-Ausschreibungen sicherzustellen, haben die Aufgabenträger verschiedene Finanzierungsmodelle entwickelt. Ohne diese Finanzierungsmodelle müssten die Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) die Fahrzeuge selbst beschaffen. Um die Fahrzeuge zu finanzieren, können sie selbst ein Darlehen aufnehmen oder eine Leasinggesellschaft einschalten, die ihrerseits das erforderliche Darlehen aufnimmt. Auch in der Niedrigzinsphase sind kleinere und jüngere EVU benachteiligt, da sie schlechtere Darlehenskonditionen erhalten.

Um allen Bietern günstigere Darlehenskonditionen zu ermöglichen, erwerben viele Aufgabenträger das Eigentum an den vom

EVU beschafften Fahrzeugen und verpachten die Fahrzeuge an das EVU zurück. Das EVU ist weiterhin für die rechtzeitige Lieferung der Fahrzeuge und deren Instandhaltung verantwortlich. Hierzu gehören unter anderem der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr, der Zweckverband Nahverkehr Westfalen-Lippe und das Land Baden-Württemberg (bzw. die Schienenfahrzeuge Baden-Württemberg AöR). Dies hat den Vorteil, dass zwar weiterhin das EVU die passenden Fahrzeuge beschaffen muss, allerdings auf die günstigen kommunalkreditähnlichen Konditionen der Aufgabenträger zurückgreifen kann. Nach Ablauf des Verkehrsvertrages verpachten die Aufgabenträger die Fahrzeuge an den neuen Betreiber.

Auf Grundlage dieses Eigentumsmodells wurde das Lebenszyklus-/Verfügbarkeitsmodell entwickelt. Danach erwerben die Aufgabenträger die Fahrzeuge direkt beim Hersteller, um sie anschließend dem EVU bereitzustellen. Dabei sind die Verantwortlichkeiten neu zugeordnet: Der Hersteller ist nicht nur für die Fahrzeuglieferung und Gewährleistungen, sondern auch für die tägliche Verfügbarkeit der Fahrzeuge verantwortlich. Der Hersteller muss nicht nur defekte Fahrzeuge reparieren, sondern auch dafür sorgen, dass die Fahrzeuge jeden Tag im geforderten Zustand am Startpunkt bereitstehen. Dies umfasst neben technischen Reparaturen auch die Beseitigung von Vandalismusschäden und die Fahrzeugaußenreinigung. Zudem muss der Hersteller für den Energieverbrauch der Fahrzeuge einstehen. Dieses Verfügbarkeitsmodell hat den Vorteil, dass der Hersteller sein Fahrzeug nicht nur energieeffizienter, sondern auch wartungsärmer entwirft. Die EVU haben zudem den Vorteil, dass sie einen Anspruch auf Bereitstellung des verfügbaren Fahrzeuges haben und sich nicht mehr um die Instandhaltung kümmern müssen. Dieses Verfügbarkeitsmodell setzten erstmals Aufgabenträger in Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Hessen für den Rhein-Ruhr-Express (RRX) in größerem Maßstab ein. Die ersten Fahrzeuge sind im Dezember 2018 in Betrieb gegangen.

## Lebenszyklusansatz bei lokal emissionsfreien Fahrzeugen

Auf dieser Grundlage entwickeln die Aufgabenträger derzeit Modelle, um lokal emis-

sionsfreie Fahrzeuge zu beschaffen. Insbesondere das Verfügbarkeitsmodell ist hierfür eine taugliche Grundlage, die jedoch auf das konkrete Projekt angepasst werden muss. Denn im Verfügbarkeitsmodell sind die Verantwortlichkeiten demjenigen zugeordnet, der sie am besten erfüllen kann.

So trägt der Hersteller sowohl die Chancen als auch Risiken seiner Innovation, wenn er auch bei lokal emissionsfreien Fahrzeugen insbesondere für die Verfügbarkeit des Antriebes (z. B. der Brennstoffzellen oder der Batterien mit ausreichend Energie an Bord) und des Energieverbrauchs einstehen muss. Für die EVU besteht der Vorteil, dass sie sich nicht mit ihnen noch unbekanntem Aspekten beschäftigen müssen, beispielsweise der Lebensdauer von Batterien oder Brennstoffzellen sowie der Beschaffung von Wasserstoff.

Anders als bei klassischen Fahrzeugantrieben müssen die Aufgabenträger auch die Energieinfrastruktur beschaffen. So sind oftmals Oberleitungsstationen als „Inselanlagen“ oder Wasserstofftankstellen erforderlich, um die Fahrzeuge mit Energie versorgen zu können. Auch hier bietet es sich an, demjenigen die Verantwortung aufzugeben, der diese Verpflichtungen möglichst wirtschaftlich erfüllen kann.

Falls sich das Antriebskonzept als untauglich herausstellt, müssen die Aufgabenträger eine Möglichkeit haben, sich von den langlaufenden Verfügbarkeitsverträgen zu lösen. Ohne entsprechende vertragliche Verpflichtungen bleibt es bei bloßen Versprechungen und die Fahrzeugbeschaffung wird zum „Hoffnungskauf“.

## Vergaberechtliche Herausforderungen

Um die Ziele der Aufgabenträger – Wirtschaftlichkeit, Innovation, Rechtssicherheit, Umweltschutz, Komfort für die Fahrgäste – umsetzen zu können, ist das Vergabeverfahren möglichst flexibel zu gestalten. Einer der größten Fehler ist es, zu früh zu viel vorzugeben. Dies betrifft die Leistungsbestimmung und die Verfahrensgestaltung gleichermaßen. Wer sich schon in der Bekanntmachung auf bestimmte Mindestreichweiten festlegt, darf im Verfahren nicht mehr innovative (Zwischen-)Ladekonzepte zulassen. Wer gleich zu Beginn eine Qualitätswertung kategorisch ausschließt, wird Schwierigkeiten haben, unerwartete Entwicklungen in der Wertung

<sup>1</sup>„Lokal emissionsfreie Fahrzeuge“ sind z. B. elektrisch angetriebene Schienenfahrzeuge, die ihre Traktionsenergie aus der Fahrleitung/Stromschiene, Batterie oder Brennstoffzelle beziehen. „Lokal emissionsfrei“ bedeutet in diesem Fall, dass elektrisches Fahren alleine noch nicht sicherstellt, dass die bereitgestellte Energie auch tatsächlich emissionsfrei gewonnen wurde. Quelle: Michael Decker, Torsten Fleischer, Jens Schippl, Nora Weinberger (Hrsg.): Zukünftige Themen der Innovations- und Technikanalyse: Methodik und ausgewählte Ergebnisse; KIT Scientific Publishing, 2012, S. 98

zu berücksichtigen. Wer klug ist, lässt den Markt mitdenken – und optimiert die Zwischenergebnisse fortlaufend. Hierfür kommt insbesondere das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb in Betracht. Ein solches ist immer dann zulässig, wenn die beste Lösung im Vorfeld nicht definierbar ist – beispielsweise bei der Beschaffung von Fahrzeugen mit innovativem Antrieb, Besonderheiten bei der Fahrzeugfinanzierung oder der Risikoverteilung, Umgang mit Schnittstellenrisiken, Anforderungen an die Verfügbarkeit etc.

Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs weisen die Bewerber ihre Eignung nach. Geeignet ist, wer nachvollziehbar und plausibel begründet, bis zur Betriebsaufnahme Fahrzeuge (und/oder Ladeinfrastruktur) in der benötigten Anzahl und Qualität liefern (und/oder installieren) zu können.

Danach beginnt das eigentliche Verhandlungsverfahren. Hier geht es um die Lösungen der Bieter. Diese erhalten die Möglichkeit, das Verfahren durch Optimierungsvorschläge und Konzepte mitzugestalten. Der Auftraggeber verhandelt mit den Bietern, entscheidet und definiert das gewünschte Ergebnis. Er steuert den Prozess als „Herr des Verfahrens“ und achtet auf Transparenz und Gleichbehandlung.

Bei kluger Ausgestaltung ist das Verhandlungsverfahren dabei flexibler, als man denkt. Die Rechtsprechung beschreibt das Verfahren als „dynamischen Prozess, in dem sich durch Verhandlung sowohl auf Nachfrage- als auch auf Bieterseite Veränderungen ergeben können.“ [2]. Solange die vergaberechtlichen Grundsätze insbesondere der Gleichbehandlung und der Transparenz beachtet werden, sind auch größere Änderungen noch während des Verfahrens zulässig. Durch eine kluge Verfahrensgestaltung kann sich der Auftraggeber anfangs beispielsweise offen halten, ob er neben der reinen Verkehrsleistung auch Fahrzeuge und – bei der Beschaffung lokal emissionsfreier Fahrzeuge – neben den Fahrzeugen auch Ladeinfrastruktur beschafft. Zwar verlangt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) [3] in § 97 Abs. 4 Satz 2, die Leistung in Fach- und Teillose aufzuteilen. Hiervon dürfen Auftraggeber jedoch abweichen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Ob und in welchem Umfang dies der Fall ist, ist im Einzelfall zu prüfen und – bei Einsatz von Fördermitteln – mit dem Fördermittelgeber abzustimmen. Die Gefahr, bei Verstößen gegen das Vergaberecht Fördermittel zurückzahlen zu müssen, ist real.

Ferner darf der Auftraggeber die zu Beginn nur rudimentär genannten Wertungskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens konkretisieren und präzisieren und so den Entwicklungen des Verfahrens Rechnung tragen. Gerade bei einem Wettbewerb der Finanzierungsmodelle (klassischer Verkehrs-

i

Dr. Christopher Marx und Dr. Laurence Westen sind Rechtsanwälte und Salaried Partner bei der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek im Dezernat „Öffentlicher Sektor und Vergabe“. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist die juristische Begleitung komplexer Vergabeverfahren. Unter anderem beraten sie Aufgabenträger aus Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg sowie andere Bundesländer bei großen SPNV-Vergaben. Gemeinsam mit Dr. Ute Jasper, Leiterin des Dezernats „Öffentlicher Sektor und Vergabe“, entwickelten sie für die Aufgabenträger innovative Fahrzeugfinanzierungsmodelle, u. a. das „VRR-Fahrzeugfinanzierungsmodell“, das „NRW-RRX-Modell“ und das „BW-Modell“. Im Jahr 2016 wurde das Dezernat für die Entwicklung der innovativen Fahrzeugfinanzierungsmodelle mit dem JUVE-Award ausgezeichnet. In den Rankings für Anwälte ist das Dezernat regelmäßig auf Platz 1 und wird als führende Kanzlei empfohlen. Dr. Jasper und Dr. Westen gelten laut Wirtschaftswoche zu den „renommiertesten Vergaberechtsanwälten“. Regelmäßig referiert das Team zu diesen Themen, wie beispielsweise Dr. Ute Jasper zu „Ausschreibung von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben“ bei der Veranstaltung Eurailpress-Forum „Alternative Antriebe im SPNV – Erwartungen, Erfahrungen und Herausforderungen“ am 21. Juni 2018 in Hamburg oder auch Dr. Christopher Marx zu „Recht, Gesetz und kreative Lösungen – wie geht das?“ bei der Veranstaltung Plattformtreffen „Zero-Emission-Antriebe für den Schienenverkehr“ am 7. November 2018 in Berlin.

vertrag, Lebenszyklusansatz, Sale and Lease Back) oder der Antriebssysteme (batterieelektrisch, Brennstoffzelle, Hybrid, mit/ohne fossile Teilsysteme) liegt die Herausforderung darin, die verschiedenen Lösungen miteinander vergleichbar zu machen. Mögliche Wertungskriterien sind der Energieverbrauch, der Schadstoffausstoß, aber auch der Umfang der vom Bieter übernommenen Risiken und Garantien.

Das Vergabeverfahren dient dazu, die beste Lösung zu finden. Die Verträge sichern diese Lösung und machen sie für den Auftraggeber einklagbar. Weiterer Kardinalfehler ist, zu spät zu wenig vorzugeben. Bei der Aufforderung zur Abgabe letztverbindlicher Angebote müssen die Vergabeunterlagen bis auf das letzte Komma feststehen. So konstruktiv das

Vergabeverfahren auch war, ein Rechtsstreit entzündet sich schnell an nicht eindeutig schriftlich fixierten Details. Das Vertragswerk muss als Krönung des Vergabeverfahrens lückenlos und fehlerfrei sein.

#### QUELLEN

- [1] Bundesgerichtshof, Beschluss X ZB 4/10 vom 08.02.2011, Vergabenachprüfungsverfahren S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr; <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=55186&pos=0&anz=1>; 15.01.2019, 16:19 Uhr
- [2] OLG Düsseldorf, Beschluss VII - Verg 54/17 vom 28.03.2018: Keine Mindestanforderungen an Erst-Angebot im Verhandlungsverfahren;

**Dr. Christopher Marx**

Rechtsanwalt und Salaried Partner  
Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf  
c.marx@heuking.de



**Dr. Laurence M. Westen**

Rechtsanwalt und Salaried Partner  
Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf  
l.westen@heuking.de