

16. Wahlperiode

Kleine Anfrage

der Abgeordneten Claudia Hämmerling (Bündnis 90/Die Grünen)

vom 26. November 2009 (Eingang beim Abgeordnetenhaus am 27. November 2009) und **Antwort**

Neuvergabe der S-Bahn-Verkehrsleistungen nach Auslaufen des Vertrages mit der S-Bahn Berlin GmbH

Im Namen des Senats von Berlin beantworte ich Ihre Kleine Anfrage wie folgt:

Frage 1: Zu welchem Datum laufen die Verträge mit der S-Bahn Berlin GmbH über die verschiedenen S-Bahn-Verkehrsleistungen aus?

Antwort zu 1.: Der Vertrag endet am 14.12.2017.

Frage 2: Wie bewertet der Senat die Auffassung, dass eine Neuvergabe der S-Bahn-Verkehrsleistungen unter Beachtung der Vorschriften der Verordnung 1370/2007 erfolgen muss?

Antwort zu 2.: Der Senat hält diese Auffassung für zutreffend.

Frage 3: Wie bewertet der Senat die Auffassung, dass eine Direktvergabe nach nationalem Recht wegen Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und wegen Verletzung des Gleichbehandlungsverbotes nach Art. 3 GG untersagt ist?

Antwort zu 3.: Der Senat hält diese Auffassung für unzutreffend, denn bereits im Jahre 2006 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass ein direkt vergebener Vertrag über Schienenpersonennahverkehrsleistungen ohne vorherige wettbewerbliche Ausschreibung nicht gegen Verfassungsrecht verstößt (Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGK] 10, 19-41).

Frage 4: Wie bewertet der Senat die Auffassung, dass Art. 4 Abs. 3 der Vergabeverordnung eine Direktvergabe nach der Verordnung 1370 ausschließt?

Antwort zu 4.: Diese Auffassung ist durch die geltende Rechtslage nicht gedeckt. Nach der Verordnung der

Europäischen Union (EG) - VO (EG) - Nr. 1370/2007 gilt bei der Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen lediglich bei Bus- und Straßenbahnverkehren der Vorrang des europäischen Kartellvergaberechts. Innerhalb des nationalen Rechts sieht § 15 Abs. 2 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) vor, dass gemeinwirtschaftliche Leistungen ausgeschrieben werden können, aber nicht müssen. Nur wenn sich der Aufgabenträger für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet, sind bei einer freihändigen Vergabe die Voraussetzungen von § 4 Abs. 3 der Vergabeverordnung zu berücksichtigen (Oberlandesgericht [OLG] Brandenburg, Beschluss vom 2. September 2003 - Verg W 3/03 und Verg W 5/03).

Frage 5: Wie beurteilt der Senat die Auffassung, dass aufgrund des europäischen Rechts über das europäische Minimum hinaus gehende nationale Liberalisierungen des Eisenbahnmarktes nicht zurückgenommen werden dürfen?

Antwort zu 5.: Mit dieser Auffassung würde das allgemeine europarechtliche „standstill-Gebot“ auf den Bereich des Eisenbahnmarktes übertragen. Dem Senat sind allerdings keine Initiativen bekannt, die darauf zielen, die nationalen Regelungen zur Umsetzung der EU-Richtlinien zur Marktöffnung im Eisenbahnmarkt (u.a. 2004/51/EG, 91/440/EWG, 2001/12/EG, 2004/49/EG) im Sinne einer stärkeren Beschränkung des Marktzugangs zu ändern. Die VO (EG) Nr. 1370/07 kann dabei außer Betracht bleiben, denn sie hat gem. Erwägungsgrund 25 ausdrücklich nicht die Liberalisierung des Schienenverkehrsmarktes zum Gegenstand.

Soweit die Fragestellung darauf abzielen sollte, ob es ein europarechtliches Gebot gibt, das der Rekommunalisierung von Daseinsvorsorgeleistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) entgegensteht, ist diese Auffassung ebenfalls unzutreffend. Ein europarechtlicher Bestandsschutz für rechtliche oder tatsächliche Privati-

sierungen im Eisenbahnrecht besteht nicht. Die VO (EG) Nr. 1370/07 überlässt es in Art. 5 Abs. 2 vielmehr ausdrücklich den Mitgliedsstaaten, ob öffentliche Personenverkehrsdienste staatlicherseits (wieder) selbst erbracht werden, sofern die dort genannten strengen Voraussetzungen an eine Inhouse-Vergabe erfüllt werden.

Frage 6: Wie interpretiert der Senat die Möglichkeiten der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der VO 1370?

Antwort zu 6.: Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 erlaubt ohne weitere europarechtliche Voraussetzungen die Direktvergabe von SPNV-Leistungen.

Frage 7: Welche Bedeutung hat nach Auffassung des Senates die in Art. 7 Abs. 2 vorgeschriebene Ankündigung der Direktvergabe im Amtsblatt der EU für das Vergabeverfahren und bis zu welchem konkreten Datum muss der Senat die Veröffentlichung vorgenommen haben?

Antwort zu 7.: Die VO (EG) Nr. 1370/2007 schreibt in Art. 7 Abs. 2 eine ex ante Bekanntmachung der beabsichtigten Direktvergabe vor. Die Funktion dieser Transparenzvorschrift besteht darin, den für die Überprüfung der Zulässigkeit einer Direktvergabe zuständigen Instanzen die erforderlichen Informationen bereit zu stellen. Die Pflicht zur ex ante Transparenz hat jedoch nicht die Funktion, Eisenbahnverkehrsunternehmen die Möglichkeit zu eröffnen, aus eigener Initiative konkurrierende Angebote zu unterbreiten. Das ergibt sich bereits aus den im Vergleich zu wettbewerblichen Verfahren wesentlich kürzeren Fristen und den beschränkten Anforderungen an die Bekanntmachungsinhalte.

Frage 8: In welcher Form können auf die Ankündigung hin andere Verkehrsunternehmen, die an der Direktvergabe gegebenenfalls interessiert sind, ihr Interesse bekunden?

Antwort zu 8.: Die Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 stellt weder eine Bekanntmachung zur Eröffnung des Teilnahmewettbewerbs noch eine Vergabebekanntmachung dar. Insoweit wird auch nicht die Abgabe einer Interessenbekundung oder eines Angebotes geregelt.

Frage 9: Bis zu welchem Zeitpunkt müssen diese Unternehmen das Interesse bekunden und welche Konsequenzen hätte es, wenn Unternehmen ihr Interesse zu einem späteren Zeitpunkt im Laufe des Direktvergabeverfahrens verkünden würden?

Frage 10: Wie müsste der Senat das weitere Verfahren der Direktvergabe gestalten, wenn sich auf die Bekanntmachung der Direktvergabe hin, mehr als ein Unternehmen meldet und Interesse an der Direktvergabe bekundet?

Antwort zu 9. und 10.: Siehe Antworten auf die Fragen 7 und 8.

Frage 11: Wie bewertet der Senat die Auffassung, dass das weitere Verfahren der Direktvergabe fair und transparent unter Gleichbehandlung und Beteiligung aller Interessenten gestaltet werden muss?

Antwort zu 11.: Die beschriebenen Verfahrensanforderungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 beziehen sich auf das wettbewerbliche Verfahren nach Art. 5 Abs. 3 der Verordnung. Soweit diesbezüglich der Umgang mit mehreren Verfahrensteilnehmern geregelt wird, sind diese Vorgaben naturgemäß nicht auf die Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der Verordnung übertragbar. Im Übrigen wird den Transparenzgeboten der VO (EG) Nr. 1370/2007 auch bei Direktvergabe entsprochen. Diesbezüglich ist sogar eine besondere Pflicht zur Transparenz nach Vertragsschluss in Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 geregelt.

Frage 12: Teilt der Senat die Auffassung, dass eine Direktvergabe unter Ausschluss der sich auf die Bekanntmachung hin gemeldeten Interessenten an das ursprünglich ins Auge gefasste Verkehrsunternehmen möglich ist, und wenn ja, warum?

Antwort zu 12.: Die Direktvergabe schließt definitionsgemäß die Berücksichtigung anderer Interessenten aus. Der Senat teilt die Auffassung, dass eine Direktvergabe bei Vorliegen der dafür geltenden Voraussetzungen und unter Einhaltung der dafür geltenden Rechtsvorschriften rechtmäßig ist.

Frage 13: Welche Bedeutung hat nach Auffassung des Senates die Vorschrift von Art. 5 Abs. 7, die es den an einer Direktvergabe interessierten Verkehrsunternehmen ermöglicht, die Direktvergabe rechtlich überprüfen zu lassen?

Antwort zu 13.: Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 eröffnet den an einer Direktvergabe interessierten Verkehrsunternehmen zwar keinen eigenen Anspruch auf Direktvergabe, gibt aber die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit einer Direktvergabe überprüfen zu lassen.

Berlin, den 09. Februar 2010

In Vertretung

K r a u t z b e r g e r

.....

Senatsverwaltung für Stadtentwicklung

(Eingang beim Abgeordnetenhaus am 17. Februar 2010)