

BBG und Partner Contrescarpe 75 A D-28195 Bremen

Landkreis Lüchow-Dannenberg
Die Landrätin
Fachdienst 60 – Klimaschutz und Mobilität
Königsberger Straße 10
29439 Lüchow

Per Mail

Direktvergabe eines Beratungsauftrages des Landkreises Lüchow-Dannenberg an die NahverkehrsBeratung Südwest PartG zur Umsetzung des Modells „ÖPNV-Taxi“ im Projekt CleverMoWe

Sehr geehrte Frau Frahm,

wir hatten Sie Anfang Mai dieses Jahres dergestalt beraten, dass die o.g. wettbewerbsfreie Direktvergabe mit dem Vergaberecht im Einklang steht. Unsere damalige Begründung möchten wir an dieser Stelle noch einmal schriftlich niederlegen:

1. Anzuwendendes Vergaberecht

Ab einem Schwellenwert von derzeit **215.000 € netto** für Liefer- und Dienstleistungsaufträge ist das Europäische Vergaberecht anzuwenden. Für Aufträge in diesem Bereich unterhalb dieses Schwellenwertes gilt die Verfahrensordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Energie für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeverordnung – UVGO) vom 02.02.2017.

Gemäß Auftragsschreiben des Landkreises Lüchow-Dannenberg vom 19.06.2023 an die NahverkehrsBeratung Südwest PartG (NBSW) beträgt die Auftragssumme **39.600 € netto**. Somit ist grundsätzlich die nationale UvGO mit ihren Bestimmungen einschlägig. Das Land Niedersachsen hat die Anwendung der UvGO in § 3 Abs. 1 NTVergG (Niedersächsisches Tarifreue- und Vergabegesetz) auf seinem Gebiet landesgesetzlich vorgeschrieben. Mittlerweile haben auch alle anderen Bundesländer die Anwendung der UvGO angeordnet. Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 NTVergG gilt allerdings das NTVergG und damit die UVGO u.a. bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen bis zur Grenze der europäischen Schwellenwerte nicht.

Bremen, 22.08.2023

Aktenzeichen: 247/22/30 HB/ml
Ihr Zeichen:

RA: Dr. Hubertus Baumeister

Teamassistenz: Martina Littkemann
+49 421 33541-79
littkemann@bbgundpartner.de

Partner

Dr. Sibylle Barth
Dr. Hubertus Baumeister^{1,2}
Lothar H. Fiedler³
Dr. Niels Griem
Dr. Malte Kohls
Dr. Gerrit Landsberg
Dr. Malte Linnemeyer⁴
Prof. Dr. Peter Schütte
Dr. Lorenz Wachinger
Dr. Jantje Struß
Dr. Johannes Mosters⁵
Dr. Christoph Meitz, LL.M.⁵

¹ Partner bis 31.12.2022

² Of Counsel

³ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

⁴ Fachanwalt für Vergaberecht

⁵ Salary Partner

BBG und Partner
Contrescarpe 75 A
D-28195 Bremen
T +49 421 33541-0
F +49 421 33541-15
kontakt@bbgundpartner.de
www.bbgundpartner.de

Rechtsanwälte Barth
Baumeister Griem und Partner
Partnerschaftsgesellschaft mbB
PR 216 (AG Bremen)

Sparkasse Bremen
IBAN DE12 2905 0101 0001 0369 46
BIC SBREDE22XXX
UST. ID DE168156931

Nach Nr. 2. lit. c) des Partnerschaftsregisters des Amtsgerichts Mannheim (Nummer der Partnerschaft: PR 700318), mit Abruf vom 05.06.2023, 12.37 Uhr, ist Gegenstand der *nbsw nahverkehrsberatung Blome Jaißle Kroll El-Zahab Partnerschaftsgesellschaft* die **freiberufliche Berufsausübung** im Sinne von § 18 EstG (Einkommensteuergesetz) zur Nahverkehrsberatung (wird im Einzelnen noch vertieft ausgeführt).

Damit finden die Vorschriften des NTVergG und der UVgO auf die Direktvergabe des Landkreises Lüchow-Dannenberg an die NBSW keine Anwendung. Für diesen Fall ist aber in Niedersachsen die haushaltsrechtliche Vorschrift § 28 KomHKVO (Kommunalhaushalts- und -kassensicherungsverordnung) i. V. m. § 178 Abs. 1 Nr. 16 NKomVG (Nds. Kommunalverfassungsgesetz) einschlägig. Nach § 28 Abs. 1 KomHKVO ist unterhalb der europäischen Schwellenwerte grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnehmerwettbewerb durchzuführen, **„wenn nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen“**. Hierbei sind nach § 28 Abs. 2 KomHKVO vom Auftraggeber einheitliche Richtlinien zu Grundsätzen der Vergabe und zum Verfahrensablauf anzuwenden, die für öffentliche Aufträge im NTVergG geregelt sind. Der Landkreis Lüchow-Dannenberg hat deshalb das „Qualitäts- handbuch Vergabeverfahren Landkreis Lüchow-Dannenberg mit Stand vom 04.04.2023 als Richtlinie erarbeitet. In diesem Handbuch werden strukturiert die Prozessabläufe von Vergabeverfahren beschrieben, ohne allerdings auf die Besonderheiten von Direktvergaben für freiberufliche Leistungen einzugehen. Über § 3 Abs. 1 NTVergG finden ansonsten die Grundsätze der Vergabe und zum Verfahrensablauf der UVgO bei freiberuflichen Unterschwellenvergaben - in formell erleichteter Form - Anwendung.

2. Ausnahmetatbestand einer wettbewerblichen Vergabe gemäß § 8 Absätze 3 und 4 UvGO („Vergabe nur an ein Unternehmen möglich“)

Der Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe in § 28 Abs. 1 KomHKVO wird dann durchbrochen, „wenn nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen“. Solche Ausnahmen finden sich in der UVgO. Soweit eine Verhandlungsvergabe an nur ein Unternehmen ohne die Angebotsaufforderung an mindestens drei potenzielle Bieter erfolgen soll (Direktvergabe), dürfen gemäß § 12 Abs. 3 UVgO nur die Ausnahmetatbestände gemäß § 8 Abs. 4 Nummer 9 bis 14 UVgO herangezogen werden.

Für die hier zu prüfende Fragestellung einer Direktvergabe eines Beratungsauftrages in Höhe von 39.600 € netto durch den Landkreis

Lüchow-Dannenberg an die NBSW kommt der **Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 4 Nummer 10 UVgO** in Betracht:

*„Der Auftraggeber kann Aufträge im Wege der Verhandlungsvergabe (...) ohne Teilnehmerwettbewerb vergeben, wenn (...) die Leistung **nur von einem** bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann.“* (Hervorhebung Verfasser)

Deshalb muss nachfolgend vergaberechtlich geprüft werden, ob die zu erbringenden Leistungen allein von der NBSW erbracht werden können. Nur wenn dies bejaht werden kann, ist eine Direktvergabe des Landkreises Lüchow-Dannenberg an die NBSW vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

3. Liegt der Ausnahmetatbestand gemäß § 8 Abs. 4 Nummer 10 UVgO („nur ein bestimmtes Unternehmen“) für eine Direktvergabe eines Beratungsauftrages des Landkreises Lüchow-Dannenberg an die NBSW vor?

Zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist es notwendig, zunächst das Modell des ÖPNV-Taxi zu erläutern.

In diesem Modell können die Taxifahrer ihr Fahrzeug als frei an die digitale Dispositionszentrale des ÖPNV-Aufgabenträgers melden. Die Fahrgäste des ÖPNV buchen über diese Zentrale digital eine Fahrt mit dem ÖPNV-Taxi (hilfsweise per Telefon). Ein Algorithmus prüft dann digital, ob ein zumutbarer Linienverkehr für die Fahrgäste vorhanden ist. Wenn das nicht der Fall ist, wird die Fahrt mit dem ÖPNV-Taxi freigegeben, andernfalls wird der Fahrgast auf den Linienverkehr verwiesen. Durch diesen innovativen Ansatz über die neuen digitalen Technologien wird erstmals im Grundsatz eine flächendeckende Bedienung im ÖPNV mit Linien- und Bedarfsverkehren für die Fahrgäste geschaffen, was dieses System im intermodalen Wettbewerb mit dem privaten PKW naturgemäß erheblich stärkt. Gleichzeitig ist dieses On-Demand-Modell mit Taxen gegenüber On-Demand-Vertragsmodellen mindestens um die Hälfte günstiger, weil keine Vorhaltekosten anfallen, auch wenn die Fahrzeuge nicht im Einsatz sind.

Die Fahrgäste des ÖPNV-Taxi zahlen nur den ÖPNV-Tarif und ggf. einen Zuschlag. Die Zuschläge können nach einem Urteil des EuGH sozial gestaffelt werden, da ansonsten das System des ÖPNV-Taxi schnell finanziell überfordert werden könnte. Ein „Taxi für jedermann“ soll nicht der Ansatz des ÖPNV-Taxi sein, weil dies nicht finanzierbar ist.

Der ÖPNV-Aufgabenträger (hier der Landkreis Lüchow-Dannenberg) gleicht im Hintergrund den Taxiunternehmen die finanzielle

Unterdeckung gegenüber dem Markttarif für private Taxifahrten gemäß der Rechtsverordnung des Landkreises nach § 51 Abs. 1 PBefG aus, aber jeweils nur für konkret erbrachte Fahrten mit dem ÖPNV-Taxi. Damit fallen keine Vorhaltekosten an, denn das ÖPNV-Taxi setzt auf vorhandene eigenwirtschaftliche unternehmerische Strukturen der Taxiunternehmen auf.

Die Fahrten werden nach den Regeln der VO (EG) Nr. 1370/2007 und seines Anhanges abgerechnet. Das Abrechnungsmodell berücksichtigt alle betriebswirtschaftlichen Faktoren des Taxigewerbes (u.a. Fixkostendeckungsbeiträge als Grundpreis und Betriebskosten der einzelnen Fahrt als Arbeitspreis). Hierbei werden bei der digitalen Abrechnung zur Ausschaltung beihilfenrechtswidriger sog. positiver Effekte auch Korrekturfaktoren zu Grunde gelegt, die einen überschießenden Fixkostendeckungsbeitrag und eine Überdeckung der Gesamtkosten verhindern. In der Praxis erhalten die Taxiunternehmen eine Vergütung, die je nach zeitlicher Fahrtenlage in einer Tagesschicht in etwa zwischen der Vergütung der gesetzlichen Krankenkassen und dem behördlich festgesetzten Taxitarif nach § 51 Abs. 1 PBefG liegt. Über eine digitale Abrechnung kann mit geringem administrativem Aufwand wöchentlich und bei Bedarf sogar täglich abgerechnet werden. Fahrten des ÖPNV-Taxi mit klimafreundlichen E-Fahrzeugen und barrierefreien Fahrzeugen¹ werden höher vergütet (beihilfenrechtlich zulässiges Anreizsystem gemäß dem Anhang der VO 1370/2007).

Rechtlicher Anknüpfungspunkt für die beihilfenrechtskonforme Abrechnung des ÖPNV-Taxi ist eine gemeinwirtschaftliche Tarifverpflichtung der Taxiunternehmen. Über eine allgemeine Vorschrift des zuständigen ÖPNV-Aufgabenträgers werden sie verpflichtet, statt des eigenwirtschaftlichen Taxitarifs nach § 51 Abs. 1 PBefG den vorgegebenen gemeinwirtschaftlichen ÖPNV-Tarif anzuwenden. Die allgemeine Vorschrift nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 wird entweder ergänzend in die RVO nach § 51 Abs. 1 PBefG aufgenommen (und ggf. ergänzt durch Regelungen nach § 47 Abs. 3 PBefG) oder als Sondervereinbarung nach § 51 Abs. 2 PBefG gefasst. Die Taxiunternehmer erbringen weiterhin ihre Verkehre gemäß § 47 Abs. 1 PBefG und üben im Modell des ÖPNV-Taxi ihre Hilfsfunktion für den Linienverkehr nach § 8 Abs. 2 PBefG aus. Die Fahrten für das ÖPNV-Taxi können mit der bestehenden Taxigenehmigung erbracht werden, so dass neue Genehmigungsverfahren entfallen. Damit sind auch vergaberechtliche Verfahren nicht notwendig. Allen Taxiunternehmen wird die Teilnahme an diesem System diskriminierungsfrei ermöglicht.

¹ Alternativ können die Spezialfahrzeuge auf der Grundlage der De-Minimis-Regelungen der Kommission gefördert werden.

Das Modell des ÖPNV-Taxi ist von der NBSW entwickelt worden. Bislang gibt es keine anderen Marktteilnehmer im Beratungsmarkt, die in Konkurrenz zu der NBSW das komplexe Modell des ÖPNV-Taxi beraten könnten. Dies zeigt auch ihre wettbewerbsfreie Beauftragung von bisher etwa acht weiteren ÖPNV-Aufgabenträgern. Kein anderes Beratungsunternehmen ist derzeit in der Qualität allein in der Lage, einen Algorithmus einzusetzen, der digital prüft, ob ein adäquater Linienverkehr vorhanden ist. Die NBSW greift hierzu methodisch analog auf die aus der Verkehrswissenschaft entwickelte standardisierte Bewertung für Investitionen für Verkehrswege zurück, um u.a. sog. Raumwiderstände für Fahrgäste des ÖPNV zu ermitteln (Weg zur Haltstelle, Zahl der Umstiege etc.). Zusammen mit dem ÖPNV-Aufgabenträger wird ein break even – Punkt definiert, ab wann ein Linienverkehr nicht mehr zumutbar ist, so dass die Freigabe eines ÖPNV-Taxis für den Fahrgast durch die Dispositionszentrale erfolgen kann. Das Besondere an dem methodischen Ansatz der NBSW eines (Raum-)Widerstandsmodells durch den digitalen Abgleich von Busfahrten mit Fahrten mit dem ÖPNV-Taxi ist, dass dieser Punkt vom Aufgabenträger bei Bedarf immer variabel neu bestimmt werden kann (mehr oder weniger streng mit Blick auf die Zumutbarkeit der Nutzung des Linienverkehrs). Dies hat auch positive Rückwirkungen auf mögliche planerische Optimierungen der Linienverkehre, in dem ineffiziente Randbedienungen mit dem Linienverkehr eingestellt und durch das ÖPNV-Taxi on demand ersetzt werden. Neben Kosteneinsparungen kann dies auch zu attraktiveren kürzeren Fahrzeiten des Busverkehrs führen („Straffung des Netzes“).

Des Weiteren hat die NBSW ein betriebswirtschaftliches Modell für eine **beihilfenrechtskonforme Abrechnung der Zuschüsse an die Taxifahrer für Fahrten mit dem ÖPNV-Taxi** gemäß der VO 1370/2007 entwickelt (s.o.), das für die ÖPNV-Aufgabenträger zur Vermeidung von rechtlichen Risiken eine zentrale Bedeutung hat. Dieses Modell wurde von uns umfassend rechtlich geprüft. Wir sehen es als vereinbar mit der beihilfenrechtskonformen Abrechnung der VO 1370/2007 an.

In den hier geschilderten beiden Beratungsansätzen hat die NBSW derzeit ein Alleinstellungsmerkmal², die von anderen Beratungsbüros - zumindest derzeit - nicht angeboten werden können.

² Vgl. hierzu Völlink in Ziekow/Völlink, Vergaberecht (Kommentar), 4./2020, § 8, Rn. 36.

4. Ergebnis

Die wettbewerbsfreie Direktvergabe des Landkreises Lüchow-Dannenberg vom 19.06.2023 an die NBSW zur Erbringung von Beratungsleistungen zur Implementation des Modells des ÖPNV-Taxi ist vergaberechtlich gemäß § 28 KomHKVO i. V. m. § 8 Abs. 4 Nummer 10 UVgO zulässig, weil bislang kein anderes Beratungsunternehmen diese Leistungen erbringen kann.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Hubertus Baumeister
- Rechtsanwalt -