

Scheuer, Dominik

Betreff: WG: Förderprogramm „HyPerformer“ Mehrkostenübernahme für den Einsatz von Brennstoffzellenbussen im Landkreis München-Drucksache 15/0134 -

Von: Metzner Detlev [REDACTED]

Gesendet: Mittwoch, 16. September 2020 13:00

An: Renz, Philipp [REDACTED]

Cc: Hubitschka-Gessner, Gabriele [REDACTED]; Schenck Martin

[REDACTED]; Probst Dominik [REDACTED]; Hoffmann Henning

[REDACTED]; Happel Till [REDACTED]

Betreff: Förderprogramm „HyPerformer“ Mehrkostenübernahme für den Einsatz von Brennstoffzellenbussen im Landkreis München-Drucksache 15/0134 -

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu o.g. Thema wurde im VA am 10.09.2020 folgender Beschluss gefasst:

1. Der Sachvortrag wird zur Kenntnis genommen.
2. Die Verwaltung wird beauftragt, die Umsetzung der On-Top-Linien mit Brennstoffzellenbussen in Zusammenarbeit mit der MVV GmbH in die Wege zu leiten. Die Mehrkosten für den Betrieb dieser On-Top-Busse werden vom Landkreis München getragen. Die Verwaltung wird beauftragt, die Umsetzbarkeit dieses Beschlusses in den betroffenen laufenden Verkehrsverträgen insbesondere vergaberechtlich zu prüfen und das Prüfungsergebnis zur ergänzenden Beratung und Beschlussfassung den zuständigen Gremien vorzulegen.

Sie bitten uns um eine Einschätzung zu dem Ihnen unter 2.) erteilten Prüfauftrag.

Am 10.09.20 in der Sitzung des Ausschusses für Mobilität und Infrastruktur des Landkreises München wurde die Mehrkostenübernahme für den Einsatz von Brennstoffzellenbussen im Landkreis München genehmigt unter einer Bedingung: Die Verwaltung soll prüfen, ob es nicht rechtlich Bedenken gäbe, wenn bei einem bestehenden Vertrag nun eine andere Fahrzeugart (BZ-Bus anstatt Diesel-Bus) eingesetzt wird.

Zur Erläuterung:

Der Landkreis München hat sich gemeinsam mit den Landkreisen Ebersberg und Landshut sowie vielen weiteren Projektpartnern aus Industrie und Wissenschaft erfolgreich als Wasserstoffregion beim Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) im Zuge des Förderprogramms „HYLAND“ beworben. Kernelement des Projekts ist, neben der Herstellung und Verteilung des regionalen Wasserstoffs aus erneuerbaren Energien, die Einführung von Brennstoffzellen-Bussen im ÖPNV. Für die Umsetzung haben zwei Verkehrsunternehmer (Ettenhuber und Geldhauser) aus dem Landkreis München ihr Interesse bekundet. Sie haben somit nicht nur einen Investitionsplan eingereicht, sondern sich bereit erklärt, in neue Busse mit Wasserstofftechnologie zu investieren.

Im Vorfeld wurden die Linien der beiden VU ermittelt, die für BZ-Busse geeignet sind. Auf deren geeigneten, seit Ende 2018 und 2019, bestehenden Linien sollen nun jeweils zusätzliche BZ-Busse zum Einsatz kommen. Den ausgewählten Linien werden je ein bis zwei Busse zugeordnet. Die Mehrkosten trägt der AT komplett. Ermittelt werden die Kosten über die aktuelle, über die Ausschreibung ermittelte Kostenkalkulation (unter Berücksichtigung der Einsparungen der Diesel-Kosten und einer Schätzung für die BZ-Kosten, für die eine Abschlagszahlung erfolgt und die später, zur Spitzabrechnung nachzuweisen sind). Es kommt zu keinen Leistungsausweitungen.

Nun ist zu klären, ob der Einsatz eines anders als in der Ausschreibung angegebenen Fahrzeuges vergaberechtlich und auch beihilferechtlich in Ordnung ist.

U.E. ist dies kein Problem, da wir auch bei Verträgen mit 12-Meter-Fz bei Bedarf auch in Abstimmung mit dem Verkehrsunternehmen z.B. Gelenkbusse zum Einsatz kommen können.

Überlegungen

1. Vergaberecht

Aus vergaberechtlicher Sicht geht es hier um eine Auftragsänderung. Der Maßstab ist § 132 GWB, der besagt, dass wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Im Übrigen gibt der § 132 Regelbeispiele für die Wesentlichkeit bzw. die Zulässigkeit der Änderung.

Nach Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ist die Änderung zulässig, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungs Klauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Von BZ-Bussen ist nicht die Rede, aber die Verträge ermöglichen es, dass statt 12-Meter-Fz bei Bedarf auch in Abstimmung mit dem Verkehrsunternehmen Gelenkbusse zum Einsatz kommen können. Dies ermöglicht zumindest den Einsatz von anderen Fahrzeugen – allerdings geht es hierbei um die Kapazität, bei den BZ-Bussen aber um die Antriebstechnik. Unterscheidet sich der öffentliche Auftrag dadurch erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag, ändert sich der Gesamtcharakter des Auftrags?

Mit Abs. 1 S. 3 Nr. 1 lit. c) argumentiert, ob mit der Änderung das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten: Es wurde grundsätzlich allen lokalen VU ermöglicht, an dem Projekt teilzunehmen, es haben sich insgesamt nur zwei VU von über zehn angefragten VU dafür interessiert. Da in der Vergangenheit, seit 1996, sich bei Ausschreibungen nur Unternehmen aus der Region beworben haben, ist davon auszugehen, dass sich auch keine VU von außerhalb auf die sonst unverändert ausgeschriebenen Linien beworben hätten, nur weil eine neue Technologie zur Anwendung kommt. Dies spricht gegen eine wesentliche Änderung. Zu einer Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts des öffentlichen Auftrags (Abs. 1 S. 3 Nr. 2) kommt es auch nicht, weil mit der Ur-Kalkulation gearbeitet wird und es daher zu keinen überproportionalen Gewinnen kommt.

Eine wesentliche Änderung ergibt sich auch nicht aus Abs. 1 S. 3 Nr. 3, ob mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird: Zwar steigen die Kosten, doch der Umfang des öffentlichen Auftrags, die eigentliche Leistung wird gar nicht ausgeweitet. Es kommen „nur“ neue Fahrzeuge zum Einsatz. Damit sollte diese Fallgruppe nicht erfasst sein.

Nach Abs. 2 S. 1 Nr. 2 könnte eingreifen, dass zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre. Hier wäre schon problematisch, dass keine zusätzlichen Leistungen beschafft werden, sondern ein zusätzliches Arbeitsmittel. Wenn dies doch darunterfällt, wäre ein Wechsel des AN angesichts des Beginns der Vertragslaufzeit unwirtschaftlich und würde zu beträchtlichen Zusatzkosten führen. Der Schwellenwert von 50 % des Abs. 2 S. 2 wäre allerdings in einigen Fällen überschritten.

Die Ausnahme des Abs. 3 dürfte in keinem Fall eingreifen.

Ergebnis:

Vor diesem Hintergrund erscheint der Wechsel vom Dieselbus zum BZ-Bus als nicht wesentlich im Sinne von § 132 GWB: Ein Wechsel auf einen anderen Bustyp ist grundsätzlich in den Vertragsunterlagen angelegt, aber wenn dies schon mit der ursprünglichen Ausschreibung vorgegeben wäre, hätte sich der Wettbewerb wohl nicht anders dargestellt, und es verändert das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages nicht.

2. Beihilferecht

Bei der Prüfung wird davon ausgegangen, dass die einzigen Zahlungen die sind, die im Rahmen der Vertragserfüllung (über die angepasste Kalkulation ermittelt) fließen, deren Grundlage aber über Ausschreibung ermittelt wurde. Auch

vor dem Hintergrund, dass Bestandslinien gesucht wurden und das die Bereitschaft bei den wesentlichen Marktakteuren abgefragt worden war, ist keine Begünstigung eines Unternehmens oder Produktionszweigs und auch keine Wettbewerbsverfälschung und damit kein Beihilferechtsverstoß zu erkennen.

Mit freundlichen Grüßen

ppa. Martin Schenck

Münchener Verkehrs- und
Tarifverbund GmbH (MVV)
Justiziar/Stabsstellenleiter

Thierschstr. 2, 80538 München

Tel.: [REDACTED]
www.mvv-muenchen.de

i.V. Detlev Metzner

Münchener Verkehrs- und
Tarifverbund GmbH (MVV)
Bereich Regionalbus
Vergabe- und Vertragsmanagement

Thierschstr. 2, 80538 München

Tel.: [REDACTED]
www.mvv-muenchen.de

Muenchner Verkehrs- und Tarifverbund GmbH (MVV); Sitz: Muenchen; Amtsgericht Muenchen, HR B 43 460; Geschaeftsfuehrer: Dr. Bernd Rosenbusch. Diese E-Mail kann vertrauliche und/oder rechtlich geschuetzte Informationen enthalten. Sollten Sie nicht der beabsichtigte Empfaenger sein oder die E-Mail irrtuemlich erhalten haben, informieren Sie bitte sofort den Absender und loeschen diese E-Mail und ihre eventuellen Anhaenge aus Ihrem System. Das unerlaubte Kopieren sowie die unbefugte Weitergabe dieser E-Mail ist nicht gestattet.