Freie und Hansestadt Hamburg

LNVG

SH Schleswig-Holstein
Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus

4. Änderungsvereinbarung zum Verkehrsvertrag Verkehrsleistung S-Bahn Hamburg (Optionsfahrzeuge: Ausstattung ETCS/ATO, Mehrzweckbereich und Lieferplan)

zwischen der

Freien und Hansestadt Hamburg,

Behörde für Verkehr und Mobilitätswende

(nachfolgend „*Hamburg*“ genannt)

diese zugleich handelnd als Vertreterin ohne Vertretungsmacht für die Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH

und der

Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH,

(nachfolgend „*LNVG*“ genannt)

und dem

Land Schleswig-Holstein,

Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus,

(nachfolgend „*Schleswig-Holstein*“ genannt)

nachfolgend „*Auftraggeber*“ genannt

und der

S-Bahn Hamburg GmbH

(nachfolgend „*EVU*“ oder „*Auftragnehmer*“ genannt)

Präambel

Auftraggeber und Auftragnehmer haben im Jahr 2018 mit der 2. Änderungsvereinbarung eine Fortschreibung der ausgelaufenen Fahrzeugbeschaffungsoptionen nach §§ 4b und 4c Verkehrsvertrag (VV) vereinbart. Diese Option haben die Auftraggeber schriftlich im Mai 2021 mit einer Bestellung von 64 Fahrzeugen der BR 490 (Zweisystemfahrzeuge) fristgerecht ausgelöst.

Seit Unterzeichnung der 2. Änderungsvereinbarung haben sich neue Erkenntnisse hinsichtlich der späteren Fertigstellung der Infrastrukturprojekte für die neue Linie S4 ergeben, für welche ein Teil der Fahrzeuge beschafft werden soll. Außerdem ergeben sich aufgrund einer neu zu erfolgenden Zulassung der Fahrzeuge nun Spielräume, den Lieferplan stärker an den Inbetriebnahme-Zeitpunkten der neuen Linienprojekte und damit am zeitlichen Bedarf der Auftraggeber zu orientieren.

Des Weiteren zeigt sich aufgrund der gestiegenen Nachfrage und diversen Nutzungen im S-Bahn-System der Bedarf nach einer einheitlichen Ausstattung aller S-Bahn-Fahrzeuge mit Mehrzweckbereichen im Mittelwagen. Nachdem für die Fahrzeuge der BR 474 eine solche Ausstattung im Rahmen des Redesigns bereits erfolgt, sollen auch alle zukünftig beschafften Fahrzeuge der BR 490 eine vergleichbare Ausstattung erhalten. Die Umrüstung der Bestandsflotte BR 490 ist nicht Gegenstand dieser Vereinbarung.

Seit 2017 arbeitet die Auftragnehmerin im Auftrag der Auftraggeber an einem Konzept für die Weiterentwicklung des Hamburger S-Bahn-Netzes zu einem digitalisierten Bahnbetrieb. Dieser basiert im Kern auf einer Ertüchtigung der Infrastruktur und Fahrzeuge. In einer technischen Machbarkeitsuntersuchung wurden nun die hierfür erforderlichen Bausteine definiert. Diese beinhalten u.a. eine moderne Zugsicherung auf Basis des European Train Control System (ETCS), ohne Außensignale und kapazitätsoptimierte Blockteilung, sowie das Automatisierte Fahren (ATO) auf der Strecke.

Nachdem diese Mindestausstattungsmerkmale nun feststehen, soll eine herstellerseitige Ausstattung der neu zu beschaffenden Fahrzeugen mit ETCS und ATO-onboard Ausrüstung erfolgen. Ziel ist es, die Vorteile einer integrierten Beauftragung für die Auftraggeber zu sichern. Die zusätzlichen Ausstattungen und Leistungsänderung sowie die Anpassung des Lieferplans im Interesse der Auftraggeber muss sich der Auftragnehmer wiederum vom Hersteller einräumen lassen. Hierzu vereinbaren die Vertragspartner Folgendes:

§ 1 Zusätzliche Fahrzeugausstattung BR 490 (Zweisystemfahrzeuge)

(1) Der Auftragnehmer stellt gegenüber dem Hersteller der Fahrzeuge der BR 490, Bombardier Transportation GmbH (Teil der Alstom Group, Fahrzeughersteller), sicher, dass die unter der 2. Änderungsvereinbarung zum Verkehrsvertrag Verkehrsleistung S-Bahn Hamburg (Fahrzeugbeschaffungsoption) [im Folgenden 2. Änderungsvereinbarung] bestellten Fahrzeuge um folgende Ausstattungsmerkmale erweitert werden:

a. Alle Mittelwagen werden mit einem halbseitigen Mehrzweckbereich ausgestattet. Dabei entfallen acht Quersitze. Stattdessen werden sechs Klappsitze in Längsrichtung sowie eine horizontale Handstange unterhalb der Decke mit sechs Handschlaufen installiert. Die Ausführung der Türsäulenverkleidung erfolgt ähnlich

wie im Mehrzweckbereich der Endwagen mit einer verkürzten Trennwand. Es erfolgt eine geänderte Anordnung der Innendisplays, sofern technisch erforderlich.

b. Ausrüstung der neu zu liefernden Fahrzeuge mit ETCS und ATO. Hierbei wird die technische Spezifikation über die Interoperabilität der Teilsysteme „Zugsteuerung, Zugsicherung und Signalgebung" des Eisenbahnsystems in der Europäischen Union mit der Anforderung, dass die ERTMS-Ausrüstung mindestens konform zu den Vorgaben der Verordnung (EU) 2016/919, geändert durch die Verordnung (EU) 2019/776 der Kommission in der Version vom 16. Mai 2019 über die TSI ZZS des Eisenbahnsystems in der Europäischen Union Spezifikationsgruppe #3: Baseline 3 Release 2 (SRS 3.6.0), berücksichtigt. Berücksichtigt werden dabei weiter die in der ERA Technical Opinion ERA/OPI/2020-2 veröffentlichten Change Requests, die im S-Bahn-Netz Hamburg benötigt werden („TSI ZZS 2019"). Sätze 2 und 3 stehen unter dem Vorbehalt der unveränderten Gültigkeit der Normen und Standards zu dem für die Zulassung maßgeblichen Zeitpunkt. Soweit sich Normen und Standards ändern, deren Einhaltung für die Zulassung erforderlich ist, hat das Fahrzeug den geänderten Normen und Standards zu entsprechen.

(2) Die Vertragspartner vereinbaren eine Zulassung der Fahrzeuge einschließlich der Zusatzausstattung nach §1 Abs. 1 lit. b). Das EVU hat mit dem Hersteller einen festen Preis für die Zulassung der Fahrzeuge mit ETCS und ATO unter im Herstellervertrag näher bestimmten Bedingungen vereinbaren können. Hierzu zählt u. a., dass es nach dem 29.07.2021 weder zu Änderungen der für die Zulassung maßgeblichen anerkannten Regeln der Technik noch zu Forderungen der Genehmigungsbehörden kommt, die eine Änderung des mit dem Hersteller vereinbarten Leistungsumfangs verursachen. Für den Fall, dass alle Bedingungen eintreten, ist das EVU ohne Weiteres zur Zulassung der Fahrzeuge mit ETCS und ATO verpflichtet. Wenn die im Herstellervertrag genannten Bedingungen für die Zulassung zum Festpreis nicht eintreten, kann das EVU gegenüber dem Hersteller die Zulassung mit ETCS und ATO nur im Rahmen einer Leistungsänderung verlangen, was zu einer Verteuerung des Preises für das EVU führen kann. In diesem Fall wird das EVU, nach vorheriger Information an den Auftraggeber, mit dem Hersteller die für die Zulassung erforderliche Leistungsänderung vereinbaren und der Auftraggeber wird dem EVU die dadurch entstehenden Kosten gegen Nachweis der einzelnen Kostenpositionen erstatten.

(3) Die zusätzliche Ausstattung wird im Zuge dieser Vereinbarung nur für die 64 nach §2 Abs.1 neu zu liefernden Fahrzeuge der BR 490 (Zweisystemfahrzeuge) vereinbart.

§ 2 Lieferplan

(1) Der Auftragnehmer wird mit dem Hersteller der Fahrzeuge abweichend von der 2. Änderungsvereinbarung einen neuen Auslieferungszeitplan vereinbaren. Dieser stellt insbesondere eine rechtzeitige Auslieferung

- frühestens beginnend ab Dezember 2024
- von 29 Fahrzeugen für den Fahrgasteinsatz bis Fahrplanwechsel im Dezember 2025 (voraussichtliche Inbetriebnahme der S21 nach Kaltenkirchen sowie S32 und für Bestandsnetzmaßnahmen)
- von 21 Fahrzeugen für den Betrieb der RB 81 ab Juni 2026 sowie

- von 14 Fahrzeugen bis Fahrplanwechsel Dezember 2027 (voraussichtliche Teil-Inbetriebnahme S4) sicher.

(2) Eine rechtzeitige Auslieferung liegt vor, wenn das letzte erforderliche Fahrzeug für die Inbetriebnahme der genannten Strecken mindestens drei Monate vor den in Absatz 1 genannten Daten vom Hersteller an den Auftragnehmer übergeben wurde.

§ 3 Finanzielle Bewertung

(1) Zusätzlich zu den unter § 2 Abs. 3 der 2. Änderungsvereinbarung und Anlage 7.4.1 VV festgelegten Verrechnungssätzen haben die Auftraggeber ab dem Tag der Abnahme jedes im Rahmen der Option und mit den unter § 1 genannten zusätzlichen Ausstattungsmerkmalen beschafften Fahrzeugs an den Auftragnehmer im Hamburger S-Bahn-Netz einen Verrechnungssatz von [redacted] Euro/a je BR 490 (Zweisystemfahrzeuge) und damit insgesamt [redacted] Euro/a je BR 490 (Zweisystemfahrzeuge) zu zahlen, zzgl. einer Dynamisierung analog § 10 Abs. 12 Satz 2 VV i. V. m. Anlage 7.2 Ziffer 7.2.1. Im Fall von unvollständigen Kalenderjahren sind die Beträge anteilig entsprechend den Kalendertagen zu zahlen. Zusätzlich sind anteilige Finanzierungskosten in entsprechender Anwendung von Anlage 3.5 Nr. 7 Sätze 2 und 3 zu zahlen. Die Preisgleitung hat als Basis das Jahr 2018 und läuft bis zum Tag der Auslieferung des Fahrzeugs an den Auftragnehmer.

(2) Die mit der zusätzlichen Ausstattung nach dieser Vereinbarung durch den Auftragnehmer beschafften Fahrzeuge der BR 490 (Zweisystemfahrzeuge) gehen mit einem neuen Anschaffungswert in Höhe von [redacted] Euro zum Preisstand 2018 in die unter A.5.2.2.1 in Anlage A.5 ein. Der Wert stellt zzgl. einer Dynamisierung analog § 10 Abs. 12 Satz 2 VV i. V. m. Anlage 7.2 Ziffer 7.2.1 die Anschaffungs- und Herstellkosten (AHK) für einen möglichen späteren Kaufpreis gemäß § 4a Abs. 5 lit. d) Satz 1 VV dar und bildet die Grundlage für die Restwertformel in Anlage A.3.5.

(3) Auf die unter § 2 Abs. 3 Satz 4 der 2. Änderungsvereinbarung geregelte Einmalzahlung je ausgelieferten Fahrzeugs in Höhe von [redacted] Euro erfolgt ergänzend eine Dynamisierung analog § 10 Abs. 12 Satz 2 VV i. V. m. Anlage 7.2 Ziffer 7.2.1. Die Preisgleitung hat als Basis das Jahr 2018 und läuft bis zum Tag der Auslieferung des Fahrzeugs an den Auftragnehmer. Damit verlängert sich die Fälligkeit des Dynamisierungsbetrags bis zu dem Termin, an dem die endgültige Feststellung der Preisgleitung für das jeweils betroffene Fahrzeug erstmals möglich ist.

(4) Die Erstattung der Kosten aus der Vorhaltung der Fahrzeuge gemäß § 2 Abs. 4 der 2. Änderungsvereinbarung wird um den entstehenden Mehraufwand aus dieser Leistungsänderung ergänzt.

(5) Die Vertragspartner vereinbaren, über die Erstattung der steigenden Instandhaltungskosten aufgrund der Zusatzausstattung nach dieser Vereinbarung nach Vorliegen weiterer Erkenntnisse Gespräche aufzunehmen. Ziel ist eine angemessene Kompensation des zusätzlichen Aufwands für den Betrieb und die Instandhaltung der Fahrzeuge.

(6) Die Ausstattungsänderung ergänzt die Bereitstellung der Fahrzeuge, die wiederum der Erbringung von Verkehrsleistung gemäß Verkehrsvertrag dienen, so dass die Vertragspartner davon ausgehen, dass für alle Leistungen nach dieser

Änderungsvereinbarung keine Umsatzsteuer geschuldet wird. Im Übrigen gilt § 11 Abs. 19 VV.

§ 4 Folgeänderungen des Verkehrsvertrags

(1) § 4a Abs. 5 lit. d) VV erhält folgende Fassung

„Der Kaufpreis pro Fahrzeug wird nach der in Anlage A.3.5 enthaltenen Restwertformel berechnet, ggf. unter Abzug eines nach Anlage A.3.5 ermittelten Minderwertes. Für Fahrzeuge, die eine zusätzliche Ausstattung gemäß 4. Änderungsvereinbarung besitzen, gelten die in diesem Rahmen (§3 Abs. 2) vereinbarten Anschaffungs- und Herstellkosten als Grundlage für die Berechnung des Kaufpreises. Fällig ist der Kaufpreis (zzgl. einer gesetzlichen Umsatzsteuer) Zug um Zug gegen Übergabe der Fahrzeuge. § 11 Abs. 19 Sätze 4-8 finden keine Anwendung."

§ 5 Schlussbestimmungen

(1) § 24 VV (Schlussbestimmungen) findet auch auf diese Änderungsvereinbarung Anwendung.

(2) Der LNVG wird nachgelassen, die Genehmigung der vollmachtlosen Vertretung bis spätestens zum 30. September 2021 schriftlich gegenüber Hamburg, Schleswig-Holstein und dem Auftragnehmer zu erklären. Genehmigt die LNVG nicht fristgerecht, verpflichten sich Hamburg, Schleswig-Holstein und der Auftragnehmer, über eine Anpassung dieser Vereinbarung zu verhandeln. Wenn der Auftragnehmer, Schleswig-Holstein und Hamburg nichts anderes vereinbaren, gilt die Vereinbarung trilateral entsprechend zwischen dem Auftragnehmer, Schleswig-Holstein und Hamburg. Schleswig-Holstein und Hamburg werden den Auftragnehmer insbesondere finanziell dann so stellen, als hätte die LNVG schriftlich bis 30. September 2021 genehmigt. Dies umfasst auch, aber nicht nur, eine Freistellung von eventuellen Ansprüchen, die die LNVG gegenüber dem Auftragnehmer wegen der Nichtauslieferung der mit der LNVG vereinbarten Fahrzeuge geltend macht. Schleswig-Holstein und Hamburg sichern zu, dass sie alles dafür unternehmen werden, dass es wegen der von Hamburg und Schleswig-Holstein gewünschten Nichtumsetzung der mit der LNVG getroffenen Vereinbarungen weder zu einer vorzeitigen Beendigung des öffentlichen Auftrags noch zu Schadensersatz noch zu einer ähnlichen Rechtsfolge noch zu einem Ausschluss aus Vergabeverfahren (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB) kommt. Die Regelungen dieses Absatzes gelten unabhängig davon, ob die LNVG dieser Vereinbarung zustimmt. Diese Anpassung kann z. B. in einer Verlängerung der Frist für die Genehmigung nach Absatz 2 oder in einer inhaltlich im Wesentlichen identischen Änderungsvereinbarung mit nur drei Vertragspartnern (Hamburg, Schleswig-Holstein und dem Auftragnehmer) bestehen.

(3) Änderungen, Ergänzungen und die Aufhebung dieser Vereinbarung bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für Änderungen, Ergänzungen und die Aufhebung des Schriftformerfordernisses.

(4) Die Vertragspartner gehen gemeinsam davon aus, dass es sich mit dieser Änderungsvereinbarung nicht um eine wesentliche Änderung des Verkehrsvertrags i. S.

von §§ 132, 133 GWB handelt. Insoweit handelt es sich allerdings um juristische Wertungsfragen, bei denen sich nicht mit letzter Sicherheit ausschließen lässt, dass andere Rechtsanwender diese abweichend beantworten. Für den Fall, dass diese Zusatzvereinbarung ganz oder teilweise von Dritten doch als wesentliche Vertragsänderung i. S. von § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB gewertet werden sollte, die nach § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte, vereinbaren die Vertragspartner Folgendes:

a) Ein etwaiges Kündigungsrecht des öffentlichen Auftrags nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB bezieht sich ausschließlich auf diese Änderungsvereinbarung, nicht auf den bisher geltenden Verkehrsvertrag.

b) Unabhängig von lit. a) werden die Auftraggeber von einem etwaigen Kündigungsrecht nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB weder im Hinblick auf diese Änderungsvereinbarung noch im Hinblick auf den Gesamtverkehrsvertrag Gebrauch machen, es sei denn, sie werden bestands- oder rechtskräftig durch eine Behörde oder ein Gerichtsurteil dazu verpflichtet oder sie weisen nach, dass sie sonst rechtlich zur Kündigung verpflichtet sind. Gegen etwaige vorgenannte behördliche oder gerichtliche Entscheidungen werden die Auftraggeber unter Ausschöpfung des Rechtswegs rechtlich vorgehen.

(5) Der Auftragnehmer geht davon aus, dass er den Vertrag mit dem Hersteller Bombardier Transportation vergaberechtskonform anpassen kann. Der Auftragnehmer übernimmt jedoch keine Haftung für den Fall, dass die Leistungsänderung bei dem Hersteller Bombardier Transportation aus (vergabe-)rechtlichen Gründen aufgrund des Einschreitens Dritter ganz oder teilweise nicht umsetzbar ist und der Auftragnehmer deshalb seinen Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung nicht bzw. nicht vollumfänglich nachkommen kann. Sollte der Auftragnehmer aus den vorgenannten (vergabe-) rechtlichen Gründen seinen hier übernommenen vertraglichen Verpflichtungen nicht bzw. nicht vollumfänglich nachkommen können, bleiben die übrigen vertraglichen und gesetzlichen Rechte der Auftraggeber einschließlich ggf. bestehender Rücktrittsrechte unberührt.

(6) Die Vertragspartner stellen klar, dass eine Lieferverzögerung der Fahrzeuge, die auf eine Leistungsänderung i. S. von § 1 Abs. 2 zurückzuführen ist, den Auftraggeber weder zum Rücktritt noch zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.

Hamburg, den 27.7.2021

Für die Freie und Hansestadt Hamburg

(Behörde für Verkehr und Mobilitätswende)

[redacted] .....

([redacted])

[redacted] .....

([redacted])

Kiel, den 28.07.2021

Für das Land Schleswig-Holstein

(Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus)

[redacted]

([redacted])

Hamburg, den 28.07.21

Für die S-Bahn Hamburg GmbH

[redacted] .....

([redacted])

[redacted] .....

([redacted]führer)

Vorsitzender der Geschäftsführung)