

## **1. Verfahrensstand**

Die Novellierung der Verordnung 1191/69 ist nunmehr abgeschlossen. Am 18.09.2007 hat der Ministerrat der Parlamentsfassung mit den in den Beschlüssen vom 10.05.2007 vorgenommenen Änderungen einstimmig zugestimmt.

Die neue Verordnung heißt jetzt offiziell

„Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schienen und Straßen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates“.

Inkrafttreten wird die Verordnung gem. Artikel 12 am 03.12.2009.

## **2. Auswirkungen**

Mit der Nachfolgeverordnung wird ein einheitlicher Rechtsrahmen für den ÖPNV geschaffen. Die Verordnung gestaltet sowohl das Beihilferecht als auch den Marktzugang im öffentlichen Verkehr.

Sie sieht grundsätzlich eine wettbewerbliche Vergabe von Verkehrsdienstleistungen vor. Allerdings sind Ausnahmen von diesem Grundsatz unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen. Die Verordnung erlaubt die Direktvergabe in 4 Fällen:

- Eigenproduktion bzw. Vergabe an einen internen Betreiber
- Vergabe unterhalb bestimmter Schwellenwerte
- Vergabe von SPNV-Leistungen
- Notfälle.

Die Direktvergabeoption steht aber unter dem Vorbehalt, dass nationales Recht nicht entgegensteht. Ob und in welchem Umfang eine Direktvergabe durch nationales Recht untersagt ist (z.B. wegen des Willkürverbotes, des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit oder wegen der Gewerbefreiheit), wird die nationale Rechtsprechung entscheiden müssen.

## **3. Ziel der Verordnung**

Ziel der Verordnung ist die Sicherung der Daseinsvorsorge im Einklang mit den Anforderungen des europäischen Wettbewerbs- und Beihilfenrechts.

Der öffentliche Personenverkehr ist nach dem Ansatz der Verordnung grundsätzlich eine kommerzielle Angelegenheit. Vor diesem Hintergrund ist es der Zweck der Verordnung zu regeln, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts intervenieren können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die umfangreicher, sicherer, höherwertiger

oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte.

Abschließend festgelegt wird daher, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines Verkehrsdienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben.

Zulässig ist die Vergabe exklusiver Rechte sowie öffentlicher Finanzmittel daher nur, wenn dieses für die Erfüllung „gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ erforderlich ist und die Regelung der VO 1370 beachtet wird.

Im Sinne der Subsidiarität ist es Sache der zuständigen Behörden, unter Beachtung des für sie gültigen nationalen Rechts darüber zu entscheiden, welche konkreten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten erforderlich sind.

Zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen können beispielsweise hören:

- Fahrplanpflichten (Pflichten zur Erbringung bestimmter fahrplanmäßiger Leistungen)
- Tarifpflicht (Pflicht zur Anwendung eines bestimmten Tarifes bzw. der Nichtüberschreitung einer bestimmten Tarifobergrenze)
- Qualitätspflicht (Pflicht zur Einhaltung bestimmter Qualitätskriterien, wie z.B. Einstiegshöhe, Niederflrigkeit, Emissionsanforderung, Serviceanforderung, etc.)

#### **4. Instrumente der zuständigen Behörden**

Öffentlichen Dienstleistungsauftrag werden nach Maßgabe der Verordnung vergeben.

Ein „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ besteht aus einem oder mehreren rechtsverbindlichen Akten, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen.

Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag ist zwingend abzuschließen, wenn eine zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt.

Der Begriff der „Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ ist sehr umfassend definiert. Er umfasst jeden Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln wäh-

rend des Zeitraumes der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird.

Angelehnt an das erste Kriterium aus dem Altmark-Trans-Urteil sind die zuständigen Behörden in der Pflicht, in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes zu erfüllenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und die geografischen Geltungsbereiche klar zu definieren. Die zuständigen Behörden müssen festlegen, welche konkreten Anforderungen aus öffentlichem Interesse an das Verkehrsangebot gestellt werden. Dieses kann konkrete Anforderungen für Linienweg (inklusive Haltestellen), Fahrplan, Tarif, Fahrzeugstandards (Qualität, Kapazität, Umweltstandards), Qualitätsanforderungen (Zuverlässigkeit, Pünktlichkeit, etc.) und auch andere im jeweiligen Einzelfall im öffentlichen Interesse relevante Angebotsmerkmale betreffen.

Zur Kompensation der wirtschaftlichen Nachteile, die mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbunden sind, sind in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen zuvor transparent und objektiv die entsprechenden Gegenleistungen festzulegen:

- die vorgesehenen Parameter, anhand deren ggfs. die Ausgleichsleistung gerechnet wird (zweites Kriterium Altmark-Tans)

sowie ggfs.

- Art und Umfang der gewährten Ausschließlichkeit

Besondere Regelungen greifen im Falle einer Direktvergabe. Hier findet eine Überkompensationskontrolle statt. Ausgleichsobergrenze ist demnach die Differenz zwischen den Kosten (inklusive einer angemessener Rendite) und der erzielten Einnahmen (entsprechend dem dritten Altmark-Trans-Kriterium). Die konkrete Vorgehensweise ist im Anhang der Verordnung beschrieben.

Im öffentlichen Dienstleistungsauftrag sind ferner festzulegen:

- die Zuordnung von Kostenbestandteilen,
- das Einnahmenrisiko, die Laufzeit (bei Busleistungen max. 10, bei Schienenleistungen max. 15 Jahre),
- die Qualitätsstandards.

Für die Vergabe von Unteraufträgen gelten besondere Bestimmungen.

## **5. Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge**

### **a) Anwendbares Vergaberecht**

Öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Eisenbahn, U-Bahn und Hochbahn betreffen, sind stets nach den Vorschriften der Verordnung 1370 zu vergeben.

Öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Bus und Straßenbahn betreffen und die kein Dienstleistungsauftrag im Sinne des Vergaberechts sind, sind ebenfalls nach den

Vorschriften der VO 1370 zu vergeben. (Das sind insbesondere Dienstleistungskonzessionen).

Öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Bus und Straßenbahn betreffen und die einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Vergaberechts darstellen, unterliegen den Bestimmungen des Vergaberichtlinienrechts.

Im Grundsatz sind öffentliche Dienstleistungsaufträge im Wege eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens zu vergeben. Unter bestimmten engen Voraussetzungen kann von diesem Grundsatz abgewichen und der öffentliche Dienstleistungsauftrag direkt ohne Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens vergeben werden.

#### b) Eigenproduktion und Direktvergabe an interne Betreiber

Die Verordnung 1370 regelt, unter welchen europarechtlichen Voraussetzungen eine zuständige Behörde öffentliche Personenverkehrsdienste selber erbringen kann (Eigenproduktion) oder diese direkt an ein eigenes Unternehmen vergeben kann (interner Betreiber).

Entsprechend der Subsidiarität des EG-Rechts können die nationalen Behörden von der Direktvergabeoption keinen Gebrauch machen, sofern dies durch Vorschriften des nationalen Rechtes untersagt wird.

Die Voraussetzungen der Direktvergabe an einen internen Betreiber sind den von der Rechtssprechung des EUGH entwickelten Kriterien der In-House-Vergabe nachgebildet, die Kriterien der In-House-Vergabe sind aber wesentlich restriktiver.

Diese In-House-Kriterien greifen unmittelbar, wenn auf einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag Vergaberichtlinienrecht anzuwenden ist. Es ist deshalb sinnvoll, diese Kriterien einzuhalten, wenn das Risiko besteht, das Vergaberichtlinienrecht einschlägig sein könnte.

##### aa) Erfordernis der Beherrschung des internen Betreibers

Eine direkte Vergabe an das eigene Unternehmen ist nur möglich, wenn der interne Betreiber von der zuständigen Behörde so kontrolliert wird, wie es einer Kontrolle über ihre eigene Dienststelle entspricht. Insofern besteht keine Differenz zum entsprechenden Erfordernis im Rahmen des „In-House-Privilegs“.

Ob der im eigenen Eigentum stehende Betreiber wie eine eigene Dienststelle beherrscht wird, ist eine in der Zusammenschau mehrerer Kriterien zu entscheidende Frage. Dabei ist entgegen der In-House-Rechtsprechung des EuGH privates Eigentum kein zwingendes Indiz gegen eine Beherrschung durch die zuständige Behörde.

Problemhaft ist dabei allerdings der Fall der Aktiengesellschaft, da das deutsche Aktienrecht eine Kontrolle des Vorstandes durch die Anteilhaber „wie über ihre eigene Dienststelle“ nicht zulässt.

Eine Gruppe von Behörden, die integrierte Verkehrsdienste anbietet, kann die Verkehrsdienste auch dann direkt vergeben, wenn nur ein Gruppenmitglied den zu beauftragenden Betreiber beherrscht.

**bb) Wettbewerbsbeschränkung für interne Betreiber**

Voraussetzung für das Direktvergabeprivileg ist, dass der interne Betreiber und sein Tochterunternehmen nicht an wettbewerblichen Verfahren außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der Eigentümergebietskörperschaft teilnehmen. Erforderlich ist ferner die Selbsterbringung des Großteils der Leistungen ohne jede Ausnahmeoption, d.h. die Möglichkeit von Subunternehmerleistungen ist erheblich eingeschränkt.

**c) Direktvergabe unterhalb Schwellenwert**

Nach der Verordnung 1370 sind Direktvergaben unterhalb bestimmter Schwellenwerte zulässig:

- Jahresdurchschnittswert des öffentlichen Dienstleistungsauftrages unter 1 Mio. € oder weniger als 300.000 km
- Sonderregelung für Betreiber mit max. 23 Fahrzeugen: Jahresdurchschnittswert unter 2 Mio. € bzw. 600.000 km.

Umgehungsgeschäfte sind unzulässig.

Es gilt der Vorrang des EG-Vertrages: Die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung gelten auch bei der Entscheidung für die Direktvergabe. Die Transparenz wird durch die Veröffentlichungspflichten hergestellt. Unklar ist, wie den Gleichbehandlungsgrundsatz bei einer Direktvergabe Genüge getan werden kann.

**d) Direktvergaben im Eisenbahnverkehr**

Ebenso sind nach der Verordnung 1370 Direktvergaben im Eisenbahnverkehr unter folgenden Bedingungen zulässig:

- Gegenstand: Eisenbahnverkehr, keine anderen schienengestützten Verkehrsträger wie Hoch- und Untergrundbahn.
- Höchstlaufzeit von 10 Jahren
- Transparenz über Leistungen und Finanzierung
- Subsidiarität des EG-Rechts: Direktvergabeoption nur zulässig, soweit sie nicht durch nationale Vorschriften untersagt wird.

**6. Anforderung an die wettbewerbliche Vergabe**

Das Richtlinienvergaberecht ist verpflichtend für Dienstleistungsaufträge bei Bus und Straßenbahnen oberhalb bestimmter Schwellenwerte. Dienstleistungskonzessionen unterliegen nicht dem Richtlinienvergaberecht.

Die wettbewerblichen Vergabeverfahren nach der Verordnung 1370 sehen folgende grob skizzierte Verfahrensanforderungen vor:

- Das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren muss allen Betreibern offenstehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen.
- Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können in diesem Verfahren unter Einhaltung dieser Grundsätze Verhandlungen geführt werden um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderung am besten Rechnung zu tragen ist.

Von der Regelung zur Verhandlungsoption abgesehen enthält die Verordnung 1370 keine Vorgaben zur Ausgestaltung des Verfahrens (Fristen, Leistungsbeschreibung, etc.).

Nationales Recht und/oder Richterrecht kann bzw. muss die Lücke füllen, wenn Unsicherheiten bestehen oder die zuständigen Behörden die „Freiheiten“ missbrauchen.

## **7. Transparenz und Rechtsschutz**

Ein Jahr vor Verfahrenseinleitung muss die zuständige Behörde über die beabsichtigte Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt informieren. Auf Basis dieser Informationen bietet sich den Unternehmen ein Überblick über den Markt, so dass sie abschätzen, ob sich eine Wettbewerbsteilnahme lohnt.

Im Falle einer Direktvergabe sind die Gründe für die Direktvergabe auf Antrag jeder interessierten Partei zu übermitteln. Unklar ist, welche formellen und materiellen Anforderungen an die Begründung zu stellen sind.

Jede zuständige Behörde muss einmal jährlich einen Gesamtbericht über die in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes sowie die diesen Betreibern zur Abgeltung gewährten Ausgleichsleistungen und ausschließlichen Rechte öffentlich zugänglich machen.

Der Bericht unterscheidet nach Busverkehr und schienengebundenem Verkehr. Er muss eine Kontrolle und Beurteilung der Leistung, der Qualität und der Finanzierung des öffentlichen Verkehrsnetzes ermöglichen und ggfs. Informationen über Art und Umfang der gewährten Ausschließlichkeit enthalten.

Über die Berichterstattung soll im Sinne eines öffentlichen Benchmarkings der öffentliche Druck zu verantwortungsvollem Einsatz öffentlicher Haushaltsmittel erhöht werden. Vorbild ist hier die in Skandinavien bzw. in Großbritannien erreichte Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Gelder. Gleichzeitig soll durch den somit erreichten „informellen Wettbewerbsdruck“ der „Entfall des vierten EuGH Kriteriums“ kompensiert werden.

Die Verordnung 1370 nimmt die Mitgliedsstaaten in die Pflicht, einen wirksamen Rechtsschutz zu etablieren, der „vergleichbar effektiv“ und damit insbesondere so zügig wie Vergaberechtsschutz sein muss.

Zur Umsetzung der Vorgaben kann der Rechtsschutz in dem derzeitig bestehenden Vergaberechtsschutz zu den Vergabekammern einbezogen werden. Dieses hätte den Vorteil einer einheitlichen Gerichtsbarkeit für alle Dienstleistungsaufträge im öffentlichen Personenverkehr. Alternativ wäre es möglich, die bestehenden Rechtsschutzoptionen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu „beschleunigen“.

Aufgrund des „schnellen“ Rechtsschutzes ist zu erwarten, dass „offene Rechtsfragen“ zügiger als in der Vergangenheit durch Richterrecht geklärt werden. Europaweit wird der EuGH für die erforderliche Einheitlichkeit der Rechtsprechung sorgen müssen.