

Anhang zum Leitfaden vom Dezember 2007
für die kommunalen ÖPNV-Aufgabenträger
Hinweise des Landes zum Abschluss
öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Am 3.12.2009 tritt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in Kraft, die dann in Deutschland unmittelbar gilt. Damit ändert sich der Rechtsrahmen für die Finanzierung und Vergabe von ÖPNV-Leistungen. Dies macht es erforderlich, die Handlungsempfehlungen des Landes Brandenburg anzupassen und zu ergänzen. Gegenstand dieses Anhangs sind die konkreten Umsetzungsempfehlungen an die Aufgabenträger zum Abschluss öffentlicher Dienstleistungsaufträge (öDA). Der rechtliche Hintergrund ist in **Anlage R** ausführlicher beschrieben.

1 Wesentliche rechtliche Änderungen

Neu ist die Pflicht für den Aufgabenträger, für Zuschüsse oder jeglichen anderen wirtschaftlichen Vorteil einen sogenannten *öffentlichen Dienstleistungsauftrag* (öDA) abzuschließen. In diesem müssen konkret die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen definiert sein, d. h. die Pflichten, die der Aufgabenträger für das Verkehrsunternehmen festsetzt (Leistungsdefinition), und welche (finanzielle) Kompensation er dafür gewährt (Zuschüsse und/oder Ausschließlichkeit). ÖDA werden der Normalfall in Brandenburg werden.

Die Aufgabenträger müssen in Brandenburg öDA im Regelfall nach den Regelungen des Vergaberechts vergeben. Eine Direktvergabe ist ggf. unter den „Inhouse-Voraussetzungen“ möglich. Nur falls eine „Dienstleistungskonzession“ (vgl. dazu Punkt 2.4) vorliegt, sind stattdessen die neuen Vergaberegeln der VO (EG) Nr. 1370/2007 anzuwenden. Diese lassen ggf. Direktvergaben an „interne Betreiber“ sowie für Kleinaufträge zu.

Die Verordnung verpflichtet die Aufgabenträger zudem zu höherer Transparenz. Sie müssen jährliche Berichte veröffentlichen und weitere Daten auf Anfrage zur Verfügung stellen.

Die genannten Neuerungen betreffen inhaltlich Kapitel 1.2 der Hinweise zur Erteilung von Liniengenehmigungen des Landes Brandenburg, S. 14ff. („Finanzierung des ÖPNV“).

Anlage R erläutert den rechtlichen Hintergrund, vgl. zum Inhalt von öDA darin: Kapitel 2; zu den Vergabevorschriften für öDA: Kapitel 3; zu den Transparenzregeln im Zusammenhang mit öDA: Kapitel 4.

2 Handlungsbedarf

2.1 Entwicklung und Abschluss öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Nahezu für alle Verkehrsangebote in Brandenburg werden gegenwärtig Zuschüsse gewährt. Damit müssen die Aufgabenträger zukünftig regelmäßig öffentliche Dienstleistungsaufträge (öDA) abschließen.

In den Fällen, in denen bislang kein öDA besteht oder Verkehrsangebote neu vergeben werden, muss der öDA ab dem 3.12.2009 den Vorgaben der Verordnung entsprechen. Von den bestehenden Verkehren können insbesondere Leistungen betroffen sein, die bisher über Zuwendungsbescheide und Finanzierungsregelungen der Aufgabenträger oder im Wege einer Ergebnisübernahme durch den Gesellschafter finanziert wurden.

Finanzierungsregelungen außerhalb von öDA bedürfen einer Genehmigung durch die EU-Kommission („Notifizierung“) und dürfen sonst nicht weiter angewendet werden.

Bestehende Finanzierungsregelungen (z. B. Verträge, Bescheide u. ä.) müssen zum Zeitpunkt des Abschlusses rechtskonform gestaltet gewesen sein; sie gelten dann ebenso wie die Liniengenehmigungen im Regelfall bis zum Ende ihrer Laufzeit, in den Grenzen, die Art. 8 der VO (EG) Nr. 1370/2007 setzt. Dabei müssen auch für diese Altverträge die Regeln für die Überkompensationskontrolle des Anhangs der Verordnung angewendet werden. Es wird empfohlen, die Finanzierungsregelungen an die Laufzeit der bestehenden Genehmigungen anzupassen.

2.2 Welchen Inhalt muss der öffentliche Dienstleistungsauftrag haben?

Der öDA muss einerseits die „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ enthalten. Das sind die Leistungen, die der Unternehmer ohne den öDA nicht oder nicht in dieser Weise erbringen würde. Der öDA gewährt im Gegenzug Ausgleichsleistungen für die Erfüllung dieser Pflichten in Form von Zuschüssen, anderen finanziellen Vorteilen und/oder ausschließlichen Rechten.

Diese gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen müssen klar und rechtlich durchsetzbar beschrieben werden. Auf die Checkliste für

Verkehrsverträge wird grundsätzlich verwiesen.¹ Die Höhe der Zuschüsse muss durch vorab festgelegte objektive „Ausgleichsparameter“, die sich auf die konkreten Pflichten beziehen, ermittelt werden. Ausgeschlossen sind damit u.a. die pauschale Kostenübernahme durch den Aufgabenträger oder Ergebnisübernahme durch den Gesellschafter.

Eine Überkompensation der angemessenen Kosten des Verkehrsunternehmens muss ausgeschlossen sein.

Praktisch empfiehlt sich, alle gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in einem öDA zusammenzufassen und eine Kompensation für die Gesamtleistung zu gewähren (vgl. dazu Punkt 2.4.4 der Anlage R). Auch der Ausgleich für vergünstigte Zeitkarten im Ausbildungsverkehr sollte in den öDA integriert werden. Sonst müsste für jeden finanziellen Ausgleich der „finanzielle Nettoeffekt“, d.h. Kosten bzw. entfallene Erlöse durch die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung abzüglich der Nachfrage- und externen Wirkungen ermittelt werden. Dieses erscheint nicht praktikabel und kann zu enormem bürokratischem Aufwand führen.

Neben Leistungspflichten und Finanzierung sind Informationsrechte des Aufgabenträgers bzw. Auskunftspflichten des Unternehmens erforderlich. Sie ermöglichen es dem Aufgabenträger, seinen Berichtspflichten nachzukommen (vgl. dazu Kapitel 2.5). Der Aufgabenträger kann sich nicht darauf berufen, dass das Verkehrsunternehmen ihm nicht die erforderlichen Daten zur Verfügung gestellt hat.

2.3 Welche Form können öffentliche Dienstleistungsaufträge annehmen?

2.3.1 Was sind die grundsätzlichen Anforderungen an die Rechtsform des öDA und wie werden sie am einfachsten erfüllt?

Aus der EG-Verordnung ergibt sich unmittelbar keine konkrete Rechtsform für öDA. Allerdings muss der öDA konkret und rechtlich durchsetzbar die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bestimmen. Ausgleichszahlungen dürfen nur als darauf bezogene Gegenleistung gewährt werden, wobei eine Überkompensation ausgeschlossen werden muss.

¹ Eine Aktualisierung der Checkliste erfolgt zeitnah.

Daraus ergibt sich der zweiseitige Vertrag (Verkehrsvertrag) als typischer Fall für einen öDA.

Regelmäßig ungeeignet sind somit Zuwendungsbescheide. Ausgeschlossen ist auch die Finanzierung von Subunternehmern, die keine Leistungen für den Aufgabenträger erbringen, da keine gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen für den Aufgabenträger als Gegenleistung erfüllt werden.

2.3.2 Warum sind Zuwendungsbescheide ungeeignet?

Das Zuwendungsrecht sieht die Förderung von Maßnahmen vor, ohne dass der Zuwendungsempfänger einen Erfolg oder eine Gegenleistung schulden würde. Dieser ist lediglich zum zweckentsprechenden Einsatz der Mittel verpflichtet. Damit können sie die Anforderungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 regelmäßig nicht erfüllen.

2.4 Wie werden öffentliche Dienstleistungsaufträge rechtssicher vergeben?

Grundsätzlich müssen die Aufgabenträger öffentliche Dienstleistungsaufträge in einem transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahren (im Wettbewerb) vergeben. Ausnahmen lässt die VO (EG) Nr. 1370/2007 unter bestimmten Voraussetzungen zu. Die Direktvergabe an einen „internen Betreiber“ kann im Bereich Bus und Straßenbahn zur Anwendung kommen, wenn der öDA als „Dienstleistungskonzession“ ausgestaltet ist. Diese kann dann vorliegen, wenn Verkehrsangebote (weit) überwiegend durch Fahrgelderlöse finanziert sind, der Unternehmer das wirtschaftliche Risiko dafür trägt (Nettovertrag) und über die entsprechenden Gestaltungsfreiheiten für Angebot, Marktkommunikation und Tarif verfügt. Insbesondere im regionalen ÖPNV in Brandenburg sind solche Bedingungen jedoch untypisch.

Liegt keine Dienstleistungskonzession vor, muss der Aufgabenträger den öDA nach den Regeln des Vergaberechts vergeben. Wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses sollte bei Zweifeln an der Einordnung des öDA ebenso nach Vergaberecht verfahren werden.

In Brandenburg werden öDA damit im Regelfall nach allgemeinem Vergaberecht vergeben werden müssen. Dies bedeutet:

- Direktvergaben an kommunale Unternehmen sind nur zulässig, wenn diese den Inhouse-Anforderungen entsprechen. Dazu muss der Aufgabenträger das

Verkehrsunternehmen wie eine eigene Dienststelle beherrschen, 100% der Anteile halten und das Unternehmen muss den Großteil (mehr als 90%) seiner Leistungen für den Aufgabenträger erbringen.

- Direktvergaben an kleine und mittlere Unternehmen nach Maßgabe der VO (EG) Nr. 1370/2007 sind nicht vorgesehen. Es gelten die niedrigeren Schwellenwerte der Vergaberichtlinien/ der VgV. Regelmäßig muss vorher ein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt werden.
- Alle anderen öDA sind (in der Regel europaweit) auszuschreiben. Dieses betrifft u.a. Vergaben an Unternehmen mit privater Beteiligung.

2.5 Wie werden die Transparenzpflichten erfüllt?

Ab dem 3.12.2009 kommen neue Transparenzpflichten auf die Aufgabenträger zu, sowohl jährlich wie auch bei jeder Vergabe.

Die Absicht zur Vergabe eines öDA muss der Aufgabenträger ein Jahr vor Einleitung des Vergabeverfahrens im EU-Amtsblatt veröffentlichen, bei Direktvergabe ein Jahr vor Abschluss des öDA. Im Falle einer Direktvergabe hat er auf Anfrage seine Gründe hierfür jedem interessierten Verkehrsunternehmen mitzuteilen.

Die Europäische Kommission kann verlangen, dass ihr alle erforderlichen Informationen übermittelt werden, um feststellen zu können, ob eine gewährte Ausgleichsleistung mit der Verordnung vereinbar ist. Diese Dokumentation muss erstellt und beim Aufgabenträger für den Fall bereit gehalten werden, dass die Informationen angefordert werden. Dies erfordert, dass der Aufgabenträger umfassend Einblick in die Kosten- und Einnahmedaten des Verkehrsunternehmens erhält.

Jährlich muss der Aufgabenträger einmal einen Gesamtbericht erstellen. Dieser Bericht muss nach Sparten (Bus, Schiene) unterscheiden und die Kontrolle und Beurteilung der Leistungen, Qualität und Finanzierung ermöglichen.

Das Land Brandenburg beabsichtigt, die zukünftigen Berichtspflichten nach § 5 FinVO und Art. 7 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 (Gesamtbericht) zusammenzufassen, um den zusätzlichen Aufwand zu minimieren. Hierzu wird das Land ein Berichtsmuster erarbeiten.

3 Übersicht zu den zukünftigen Finanzierungsmöglichkeiten

Finanzierungsform	Bewertung	Kapitel in Anlage R
Wettbewerblich vergebener Verkehrsvertrag	zulässig	-/-
Direkt vergebener Verkehrsvertrag: Direktvergabevoraussetzungen gegeben, zusätzlich werden für die Finanzierung die Anforderungen des Anhangs der VO 1370 erfüllt	zulässig	2.3
Zuwendungsbescheid	nicht zulässig	2.4.1
Investitionsförderung außerhalb von öDA	nicht zulässig	2.4.3
Gesonderte Vereinbarung über Schülerverkehre	risikobehaftet	2.4.4
Finanzierung außerhalb der Verordnung auf Basis genehmigter Beihilfen	risikobehaftet	6