

Oberlandesgericht Düsseldorf, Verg 10/18

Datum: 04.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Verg 10/18
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2020:0304.VERG10.18.00

Tenor: Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 18.01.2018 (VK K 51/17 – L) aufgehoben.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und die dem Antragsgegner in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.

Die Hilfsanträge der Antragstellerin und ihr Akteneinsichtsantrag werden zurückgewiesen.

Den Verfahrensbeteiligten wird aufgegeben, binnen zwei Wochen Angaben zum Streitwert des Beschwerdeverfahrens zu machen.

Gründe

I.

Mit einer am 12.09.2017 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten Vorinformation (Anlage Ast. 1) machte der Antragsgegner die beabsichtigte Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über Busverkehrsleistungen auf seinem Gebiet einschließlich von dort abgehender Linien in benachbarte Gebietskörperschaften europaweit bekannt. Der Dienstleistungsauftrag sollte nach dem Inhalt der Vorinformation für die Zeit ab dem 09.12.2018 für zehn Jahre gestützt auf Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 an einen internen Betreiber, die Beigeladene, vergeben werden, die in der Vorinformation nicht namentlich genannt war. Der Dienstleistungsauftrag sollte als Gesamtleistung vergeben werden, wobei die Vergabe von Unteraufträgen

1

2

3

beabsichtigt war, zu ihrem Umfang in der Vorinformation (Ziffer II.1.5 der Vorinformation) aber keine Angaben enthalten waren.

Der Antragsgegner ist Mitglied im Zweckverband W. (W.). Dessen Satzung enthält folgende Regelungen zur Tarifzuständigkeit: 4

„§ 3 Aufgaben 5

(1) Der Zweckverband hat die nachfolgenden Aufgaben wahrzunehmen, die ihm auf der Grundlage des einschlägigen Gesetzes (derzeit: Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr O. ÖPNVG O.) übertragen werden. 6

(2) Der Zweckverband hat gemäß § 5 Abs. 3 ÖPNVG O. darauf hinzuwirken, dass die Verkehrsunternehmen den Gemeinschaftstarif (Verbundtarif) und die dazu gehörenden Beförderungsbedingungen anwenden und bei starken überregionalen Verkehrsverflechtungen Übergangstarife geschaffen bzw. Bestehende fortgebildet werden. Er hat des weiteren auf die Bildung Kooperationsraum übergreifender Tarife mit dem Ziel eines landesweiten Tarifs und landeseinheitlicher Beförderungsbedingungen hinzuwirken. 7

(3) Der Zweckverband entscheidet über die Fortschreibung des Gemeinschaftstarifs (Verbundtarifs), der Übergangstarife und der dazu gehörenden Beförderungsbedingungen. Er entscheidet gemeinsam mit den anderen zuständigen o. Zweckverbänden über die Fortschreibung des landesweiten Tarifs (O.-Tarif). 8

(4) Der Zweckverband nimmt die Aufgabe Tarif unter dem Aspekt „Gemeinschaftstarif“ nach den jeweils einschlägigen gesetzlichen Vorschriften wahr (derzeit: als Aufgabenträger nach § 8 Abs. 3 PBefG und als zuständige Behörde nach Artikel 9 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69). 9

(5) Der Zweckverband ermittelt und schreibt die unternehmensspezifischen Aufwanddeckungsfehlbeträge nach § 13 Abs. 2 Satz 4 der Zweckverbandssatzung fort. 10

(6) Der Zweckverband wirkt auf ein koordiniertes Verkehrsangebot im ÖPNV mit einheitlichen Produkt- und Qualitätsstandards, einheitlichen Fahrgastinformations- und Betriebssystemen und einem unternehmensübergreifenden ÖPNV-Marketing hin. 11

[...] 12

(10) Die Durchführung des Verkehrs und damit die Übernahme einer unternehmerischen Tätigkeit ist nicht Aufgabe des Zweckverbandes. Sie obliegt den im W. tätigen Verkehrsunternehmen.“ 13

Bei der Beigeladenen handelt es sich um ein Verkehrsunternehmen, das zu 100 % in kommunalem Eigentum steht. An ihr sind der Antragsgegner zu 12,5 % und zu gleichen Anteilen von 12,5 % die Stadt L., der Kreis F., die Kreisholding S. GmbH, der S. 1-Kreis und die Stadtwerke C. Verkehrs GmbH beteiligt. Der P. Kreis, die Elektrische Bahnen der Stadt C. und des S.-Kreises T.-GmbH, die T. 1 GmbH, die Stadtwerke C. 1 GmbH, die Stadtwerke X. GmbH und die Stadtwerke I. AöR halten seit 2018 jeweils 2,5 % der Anteile (Anlagen Bf. 4 und Bf. 5). Die verbleibenden 10 % hält die Beigeladene selbst. 14

Der Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen mit Stand vom 12.12.2017 (Anlage Bf. 2) enthält unter anderem die folgenden Regelungen: 15

„§ 16	16
[...]	17
(2) Die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn mindestens $\frac{3}{4}$ des Stammkapitals vertreten sind.	18
[...]	19
(3) Die Gesellschafterversammlung beschließt insbesondere über	20
[...]	21
n) das Zustandekommen, die Änderung oder die Beendigung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007.	22
§ 17	23
[...]	24
(1a) Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bedürfen grundsätzlich einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei diese zugleich $\frac{2}{3}$ der anwesenden Gesellschafter nach Köpfen repräsentieren müssen. Ausgenommen hiervon sind Änderungen des § 16 Abs. 3n) und § 17 Abs. 1a), die der Einstimmigkeit bedürfen, sowie Beschlüsse gemäß § 16 Abs. 3 Buchstabe c) und g), die der einfachen Mehrheit bedürfen. Bei Beschlüssen gemäß § 16 Abs. 3 Buchstabe n)) ist alleine derjenige Gesellschafter stimmberechtigt, der selber oder dessen mittelbarer oder unmittelbarer Eigentümer einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Artikel 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 an die Gesellschaft vergibt und entsprechend für die Finanzierung der durch diese Beschlüsse eintretenden wirtschaftlichen Effekte unter Beachtung des EU-Beihilferechts Sorge trägt. Dabei sind die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und die Interessen der übrigen Gesellschafter zu berücksichtigen.“	25
Mit einem an den Antragsgegner gerichteten Schreiben vom 14.09.2017 bekundete die Antragstellerin Interesse an den zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen und erkundigte sich nach den Gründen für die beabsichtigte Direktvergabe. Der Antragsgegner antwortete hierauf mit einem Schreiben vom 26.09.2017, in welchem er unter anderem mitteilte, dass nicht beabsichtigt sei, den öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 als Dienstleistungskonzession auszugestalten.	26
Mit Schreiben vom 27.09.2017 (Anlage Ast. 2) rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner insgesamt neun vermeintliche Vergaberechtsverstöße: 1. Die Beigeladene erfülle die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nicht, weil der Gesellschaftsvertrag keine Kontrolle ermögliche, die der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle entspreche. 2. Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sei nicht anwendbar, weil der Antragsgegner keine Dienstleistungskonzession vergebe. 3. Die nach § 97 Abs. 3 GWB erforderliche Losbildung sei unterblieben. 4. Die Direktvergabe sei unzulässig, weil der Antragsgegner bereits die X. 1 GmbH als internen Betreiber bestimmt habe. 5. Dem Antragsgegner fehle die Vergabebefugnis, weil er die Zuständigkeit für den Beförderungstarif und damit die Interventionsbefugnis auf den W. übertragen habe. 6. Die Beigeladene nehme in unerlaubter Weise an Vergabeverfahren in der Stadt F., dem Kreis F., dem S. 1-Kreis, der Stadt I. und dem S.-Kreis teil. 7. Bei den Stadtbusverkehren I. und F. gehe es nicht um Leistungen innerhalb einer Übergangsregelung nach Art. 8 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, sondern	27

um eine unzulässige Tätigkeit außerhalb des Gebiets des Antragsgegners. 8. Die Einhaltung des Eigenerbringungsgebots sei nicht konkret belegt. 9. Die Beigeladene erbringe ihre überwiegende Tätigkeit nicht für öffentliche Auftraggeber, weil sie wesentliche Umsätze mit den Beförderungsgästen als Privatpersonen erziele.

Der Antragsgegner wies diese Rügen mit Schreiben vom 02.10.2017 (Anlage Ast. 3) zurück. 28

Mit einem am 06.10.2017 bei der Vergabekammer Rheinland eingegangenen Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 04.10.2017 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt. Der Nachprüfungsantrag führte die vergaberechtlichen Beanstandungen nach knapper Sachverhaltsdarstellung nicht weiter aus, sondern nahm stattdessen wie folgt auf das ihm beigefügte Rügeschreiben Bezug: 29

„Dem Nachprüfungsantrag ist stattzugeben. Zur Begründung nehmen wir in vollem Umfang auf das Rügeschreiben der Antragstellerin vom 27. September 2017 (Anlage Ast. 2) Bezug.“ 30

Die Antragstellerin hat beantragt, 31

1. dem Antragsgegner zu untersagen, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag über Busverkehrsleistungen im Liniennetz „S. 2 Kreis“ entsprechend der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12. September 2017 veröffentlichten Vorinformation 2014/S 174-357275 an die Beizuladende zu vergeben, 32

2. den Antragsgegner für den Fall, dass er an dem Beschaffungsvorhaben festhält, zu verpflichten, den Auftrag nur nach vorheriger Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Teiles 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben. 33

Der Antragsgegner hat beantragt, 34

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. 35

Der Antragsgegner hat die Ansicht vertreten, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei. Der Nachprüfungsantrag genüge nicht den Formanforderungen des § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag jedoch auch unbegründet. Er, der Antragsgegner, sei zuständige Behörde nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Er habe seine Interventionsbefugnis nicht auf den W. übertragen. Die Direktvergabe an die X. 1 GmbH sei unschädlich, weil die Verordnung die Direktvergabe an mehrere interne Betreiber nicht verbiete. Er übe über die Beigeladene, insbesondere wegen der gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung, eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus. Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 würden erfüllt. Abgesehen von abgehenden Linien erbringe die Beigeladene Verkehrsdienstleistungen nur auf dem Gebiet von an ihr beteiligten Behörden. Auch die Stadtbusverkehre seien mit dem Tätigkeitskriterium vereinbar. Sie würden jedenfalls unter die Übergangsregelung des Art. 8 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 fallen. Auch die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB seien erfüllt. 36

Die Antragstellerin hat replizierend die Ansicht vertreten, dass es auf das Vorliegen der Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nicht ankomme, weil sie ausschließlich die in der Bekanntmachung des Antragsgegners angekündigte Maßnahme angreife und es sich hierbei um eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 handele. 37

Mit Beschluss vom 18.01.2018 hat die Vergabekammer dem Antragsgegner untersagt, in dem Vergabeverfahren der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Sie hat ihm zugleich aufgegeben, den Auftrag nur nach vorheriger Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB zu vergeben, wenn er an dem Beschaffungsvorhaben festhalten sollte. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag für zulässig und begründet gehalten. Es fehle dem Antragsgegner an einer Kontrolle über die Beigeladene wie über eine eigene Dienststelle, wie sie Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für eine zulässige Direktvergabe verlange. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 fordere zwingend die Kontrolle über strategische Entscheidungen des internen Betreibers. Diese habe der Antragsgegner nicht, weil er lediglich 12,5 % der Gesellschaftsanteile der Beigeladenen halte. Die dem Antragsgegner durch die Satzung der Beigeladenen gegebenenfalls eröffnete Möglichkeit der Alleinentscheidung über die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich sei unzureichend, um die notwendige generelle Kontrolle über strategische Entscheidungen zu begründen. Es genüge entgegen der Auffassung des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf in den Verfahren VII-Verg 17/16 und VII-Verg 18/16 auch nicht, dass der Antragsgegner die Kontrolle über die Beigeladene gemeinsam mit anderen Gesellschaftern ausübe. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sehe eine gemeinsame Kontrolle nicht vor, wenn eine einzelne zuständige Behörde handle. Zudem seien die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht erfüllt. Danach dürfe der interne Betreiber seine Verkehrsdienstleistungen ausschließlich innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der den Auftrag vergebenden zuständigen Behörde durchführen. Daran fehle es hier, weil die Beigeladene Personenverkehrsdienstleistungen im gesamten Gebiet des W. erbringe. Die Auffassung des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf in den Verfahren VII-Verg 17/16 und VII-Verg 18/16, dass der interne Betreiber auch für weitere örtlich zuständige Behörden, die an ihm beteiligt sind, innerhalb deren Zuständigkeitsbereichs öffentliche Personenverkehrsdienste ausführen könne, gehe fehl. Sie sei mit Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht vereinbar. Mit dieser Vorschrift sei auch die Erbringung der Stadtbusverkehre in F., I., C. 1 und X. durch die Beigeladene nicht zu vereinbaren. Entgegen der Auffassung des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf in den Verfahren VII-Verg 17/16 und VII-Verg 18/16 ergebe sich aus Art. 8 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nichts anderes. Diese Vorschrift erweitere nicht den zulässigen Tätigkeitsbereich nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

Gegen den ihm am 18.01.2018 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat der Antragsgegner am 01.02.2018 sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Der Antragsgegner rügt die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung und macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag bereits die formalen Anforderungen des § 161 GWB nicht erfülle. Überdies sei die von der Vergabekammer verneinte Kontrollmöglichkeit über den internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu bejahen. Bezüglich der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bestehe sie als Alleinentscheidungsbefugnis, im Übrigen reiche die gemeinsame Kontrolle durch mehrere zuständige Behörden aus. Die Direktvergabe sei auch mit Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu vereinbaren. Das Tätigkeitsgebiet umfasse infolge zulässiger paralleler Direktvergaben die Gesamtheit der Zuständigkeitsgebiete der Mitglieder der Beigeladenen. Die Beigeladene erbringe Verkehrsdienstleistungen außer für die an ihr beteiligten Behörden nur in den sogenannten Stadtbusstädten. Die zugrunde liegenden Altverträge stünden dem Tätigkeitskriterium jedoch nicht entgegen.

- Seitdem die sogenannten Stadtbusstädte im Jahr 2018 vermittelt durch ihre Verkehrsmanagementgesellschaften jeweils Gesellschaftsanteile der Beigeladenen erworben haben, weist der Antragsgegner darauf hin, dass die Beigeladene – mit Ausnahme abgehender Linien – nur noch auf dem Gebiet an ihr unmittelbar oder mittelbar beteiligter zuständiger Behörden Verkehrsdienstleistungen erbringe. 40
- Der Antragsgegner beantragt, 41
1. den Beschluss der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) vom 18.01.2018 – VK K 51/17 – L – aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen, 42
 2. die Hinzuziehung der anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners und Beschwerdeführers im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären. 43
- Die Antragstellerin beantragt, 44
1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen, 45
 2. hilfsweise – für den Fall, dass der Vergabesenat nicht ohne weiteres entsprechend dem Antrag zu 1. entscheiden sollte – dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen: 46
- a. Steht, wenn eine einzelne zuständige Behörde ein Inhouse-Geschäft oder gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt an einen internen Betreiber vergibt, es der gemeinsamen Kontrolle dieser Behörde zusammen mit den weiteren Gesellschaftern des internen Betreibers entgegen, wenn die Befugnis zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet (Art. 2 Buchst. b und c der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007) zwischen der einzelnen zuständigen Behörde und einer Gruppe von Behörden, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet, aufgeteilt ist, beispielsweise indem die Befugnis zur Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen an einen internen Betreiber bei der einzelnen zuständigen Behörde verbleibt, die Aufgabe Tarif aber auf einen Zweckverband Verkehrsverbund übertragen wird, dem neben der einzelnen Behörde weitere in ihren geografischen Gebieten zuständige Behörde angehören? 47
 - b. Steht, wenn eine einzelne zuständige Behörde entweder ein Inhouse-Geschäft oder gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt an einen internen Betreiber vergibt, es der gemeinsamen Kontrolle dieser Behörde zusammen mit den weiteren Gesellschaftern des internen Betreibers entgegen, wenn nach dessen Gesellschaftsvertrag bei Beschlüssen über das Zustandekommen, die Änderung oder die Beendigung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 alleine derjenige Gesellschafter stimmberechtigt ist, der selber oder dessen mittelbarer oder unmittelbarer Eigentümer einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 an den internen Betreiber vergibt? 48
 - c. Kann eine in der Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 angekündigte Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs.2 dieser Verordnung in ein Inhouse-Geschäft im Sinne des Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU umgedeutet werden, ohne dass die zuständige Behörde bzw. der öffentliche Auftraggeber zuvor durch Veröffentlichung einer weiteren Bekanntmachung darauf hingewiesen hat, dass nun anstelle der 49

angekündigten Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 die Vergabe eines Inhouse-Geschäfts im Sinne des Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU vorgenommen wird?

d. Sind Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bzw. Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU dahingehend auszulegen, dass eine nach nationalem Recht grundsätzlich zuständige Behörde bzw. ein öffentlicher Auftraggeber über einen anderen internen Betreiber bzw. über eine juristische Person, die im Rahmen eines Inhouse-Geschäfts beauftragt werden soll, schon dann eine Kontrolle ausüben kann wie über eine eigene Dienststelle, wenn die zuständige Behörde bzw. der öffentliche Auftraggeber nur die Entscheidung über die Direktvergabe im Verhältnis zwischen ihr und dem angeblichen internen Betreiber bzw. die Entscheidung über den Abschluss eines Inhouse-Geschäfts mit der betreffenden juristischen Person allein treffen, sonstige strategische Entscheidungen oder Managemententscheidungen des internen Betreibers bzw. der juristischen Person, die im Wege eines Inhouse-Geschäfts beauftragt werden soll, aber nicht wesentlich beeinflussen kann?, 50

3. hilfsweise – für den Fall, dass der Vergabesenat weder entsprechend dem Antrag zu 1. noch entsprechend dem Antrag zu 2. entscheiden sollte – festzustellen, dass eine Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste mit Bussen im Verhältnis zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entsprechend dem Inhalt der vom Antragsgegner veröffentlichten Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht zulässig ist, 51

4. ihr Akteneinsicht in Seite 166 bis 190 der Vergabeakte zu gewähren. 52

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer als im Ergebnis richtig. Sie vertritt unter anderem die Ansicht, dass die Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die dem Auftragsbegriff der Vergaberichtlinien unterfallen, nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht möglich sei, aber auch eine Vergabe nach den Inhouse-Vorschriften der Vergaberichtlinien nicht in Betracht komme. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 enthalte eine reine Rechtsfolgenverweisung dergestalt, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen, wettbewerblich nach den Vergaberichtlinien zu vergeben seien. Darüber hinaus übe der Antragsgegner über die Beigeladene keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus. Die Beteiligung des Antragsgegners an der Beigeladenen belaufe sich lediglich auf 12,5 %, sodass er auf sie keinen ausschlaggebenden Einfluss habe. Eine Behörde wie der Antragsgegner, der die Zuständigkeit für die Festlegung der Tarife auf eine andere Behörde übertragen habe, könne die Tarife zudem nicht mehr bestimmen und gebe damit eine wesentliche Steuerungsmöglichkeit hinsichtlich des beauftragten Unternehmens aus der Hand. Eine effektive Kontrolle der Beigeladenen scheitere daran. 53

Mit Schriftsatz vom 01.10.2019 hat der Antragsgegner auf eine gerichtliche Verfügung vom 25.09.2019 vorgetragen, dass er beabsichtige, den Dienstleistungsauftrag an die Beigeladene in der Rechtsform eines Vertrags zu vergeben, der nach dem Bruttoprinzip ausgestaltet ist. Die Vergabe eines solchen Vertrags stehe nur noch unter dem Vorbehalt einer verbindlichen positiven Auskunft des zuständigen Finanzamts. Das Drittgeschäft der Beigeladenen betrage, nachdem die sog. Stadtbusstädte mittelbar an der Beigeladenen beteiligt seien, nur noch 5,1 %. 54

Hieraufhin hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass der Auftrag nach der veröffentlichten 55

Vorinformation sowie nach dem Beschluss des Kreistags des Antragsgegners vom 05.10.2017 nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vergeben werde und nicht als Inhouse-Geschäft. Zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags mittels Inhouse-Geschäfts sei der Antragsgegner nur bei einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit in der Gesellschafterversammlung der Beigeladenen in der Lage, weil sich § 17 Abs. 1a Satz 3 des Gesellschaftsvertrags der Beigeladenen nur auf Vergaben nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beziehe. Das Wesentlichkeitskriterium eines Inhouse-Geschäfts werde nicht erfüllt. Die von der Beigeladenen erwirtschafteten Fahrgeldeinnahmen seien dem Antragsgegner nicht zuzurechnen. 30 % der Fahrgeldeinnahmen, nämlich diejenigen in den Stadtbusstädten, erwirtschaftete die Beigeladene für andere als zuständige Behörden. Dem Beschaffungsvorhaben des Antragsgegners fehle die Vergabereife. Diese sei wegen des vom Antragsgegner formulierten Vorbehalts zur positiven Auskunft des Finanzamts zwingend ausgeschlossen. Schließlich sei Art. 4 Abs. 7 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verletzt, weil nicht ersichtlich sei, wie der Antragsgegner sicherstellen wolle, dass die Beigeladene einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst erbringe.

Mit Schreiben vom 10.12.2019 (Bl. 343 GA) hat der Antragsgegner auf den Beschluss des Senats vom 27.11.2019 (Bl. 325 GA) als Teil der fortgeschriebenen Vergabeakte den Entwurf eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zwischen ihm und der Beigeladenen vorgelegt. 56

Die Antragstellerin hat eine ihr zur Stellungnahme zu diesem Vertragsentwurf eingeräumte Schriftsatzfrist genutzt, um mit Schriftsatz vom 17.01.2020 weitere Rügen vorzubringen. Sie ist – erstens – der Ansicht, dass die Rechtsprechung des Senats zur Anwendbarkeit von § 108 GWB den verfassungsrechtlichen und methodischen Anforderungen an die Gesetzesauslegung nicht genüge. Zweitens sei der vom Antragsgegner veröffentlichten Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht zu entnehmen, dass der Antragsgegner ein Inhouse-Geschäft nach § 108 GWB beabsichtige. Bis zur Herstellung diesbezüglicher Transparenz sei die Vergabe unzulässig. Die beabsichtigte Vergabe verletze sowohl Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 als auch das Transparenzgebot. Drittens stehe die aktuelle Beschlusslage im Kreistag einem Inhouse-Geschäft des Antragsgegners entgegen; der Kreistag habe nur einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zugestimmt. Die Antragstellerin bestreitet – viertens – mit Nichtwissen, ob a) der Auftrag direkt nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 oder als Inhouse-Geschäft nach § 108 GWB vergeben wird, b) welche gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen die Beigeladene zu erfüllen hat, c) welche objektiven und transparenten Ausgleichsparameter aufgestellt wurden, d) ob und in welchem Umfang der Beigeladenen eine Ausschließlichkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gewährt wurde, e) ob Durchführungsvorschriften für die Aufteilung der Kosten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. c) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 aufgestellt wurden, f) ob und in welchem Umfang eine Vergabe von Unteraufträgen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. c) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in Frage kommt und g), dass die Beigeladene dazu verpflichtet sei, alle für die Vergabe der öffentlichen Dienstleistungsaufträge wesentlichen Informationen im Sinne des Art. 4 Abs. 8 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zur Verfügung zu stellen. Bei einer Inhouse-Vergabe seien – fünftens – die Voraussetzungen des § 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB nicht sichergestellt, weil die Beigeladene 10 % ihrer Geschäftsanteile selbst halte. Der Antragsgegner habe – sechstens – den Nachweis für die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums nicht erbracht. So sei aus dem Jahresabschluss 2019 der Beigeladenen und dem Wegfall von Aufträgen der S. 1-Verkehrsgesellschaft zu folgern, dass der Anteil der Tätigkeiten, welche die Beigeladene für andere Auftraggeber als ihre 57

Gesellschafter erbringe, im Jahr 2019 bei über 40 % gelegen habe und dies auch im Jahr 2020 so sein werde. Außerdem erbringe die Beigeladene, wie ihrer Homepage entnommen werden könne, Dienstleistungen nicht nur auf den Gebieten ihrer Gesellschafter beziehungsweise der hinter diesen stehenden Aufgabenträger, sondern auch für andere Auftraggeber. Überdies sei die Beigeladene Alleingesellschafterin der S. 3 GmbH. Soweit der Senat ihren, der Antragstellerin, Beschwerdeanträgen zu 2. und 3. nicht folge, sei wegen des entsprechenden Rechtsschutzinteresses an einer klärenden Feststellung ihrem Hilfsantrag zu 3. stattzugeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte Bezug genommen. 58

II. 59

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Vergabekammer. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zum Teil bereits unzulässig und im Übrigen unbegründet. 60

1. 61

Der Nachprüfungsantrag ist nur zum Teil zulässig. 62

a) 63

Keine Bedenken bestehen allerdings gegen die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist eröffnet. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 8a Abs. 2 Satz 1, Abs. 7 Satz 1 PBefG (Senatsbeschluss vom 18.12.2019 – VII-Verg 16/16). Nach Absatz 2 dieser Vorschrift gilt der 4. Teil des GWB, wenn öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Bussen oder mit Kraftfahrzeugen zugleich öffentliche Aufträge im Sinne des § 103 GWB sind. Absatz 7 der Regelung sieht vor, dass die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 der Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterliegt. Nach Auffassung des Senats gilt die Rechtswegzuweisung auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar die Absicht einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bekanntgegeben hat, tatsächlich aber die Regeln über ein sogenanntes Inhouse-Geschäft anwendbar sind. Zwar sind die durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in das GWB eingeführten Voraussetzungen eines sogenannten Inhouse-Geschäfts in § 108 GWB als Bereichsausnahme formuliert mit der Folge, dass bei deren Vorliegen der 4. Teil des GWB keine Anwendung findet. Dies bedeutet vorliegend aber nicht, dass eine Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen ausscheidet. Vielmehr sind in diesem Fall die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe bzw. des § 108 GWB im Rahmen der Begründetheit zu prüfen (Senatsbeschluss vom 18.12.2019 – VII-Verg 16/16; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30.01.2014 – 11 Verg 15/13, zitiert nach juris, Tz. 39 f.), wie eine Auslegung der in § 8a Abs. 2 S. 1, Abs. 7 PBefG getroffenen Regelungen ergibt. Dem Gesetzgeber stand, wie den Gesetzesmaterialien entnommen werden kann (vgl. BT-Drs. 17/8233, S. 23), bei Schaffung des am 01.01.2013 in Kraft getretenen § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG die seinerzeitige Rechtsprechung des Senats vor Augen, der sich in Fällen der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im Hinblick auf Art. 5 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mittels einer analogen Anwendung von § 102 GWB a.F. als Vergabenachprüfungsinstanz für zuständig 64

erklärt hatte (Senatsbeschluss vom 02.03.2011 – VII-Verg 48/10, zitiert nach juris, Tz. 38 ff.; dem Senat folgend OLG München, Beschluss vom 22.06.2011 – VII-Verg 6/11, zitiert nach juris, Tz. 55; vgl. auch Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl., § 8a Rn. 81). In dem in den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 17/8233, S. 23) zitierten Beschluss ging der Senat – wie später auch weitere Vergabesenate (vgl. z.B. OLG München, Beschluss vom 31.03.2016 – Verg 14/15, zitiert nach juris, Tz. 149) – noch davon aus, dass die Inhouse-Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Vergaberichtlinien, die seinerzeit noch nicht kodifiziert war, dem Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unterfällt (vgl. Senatsbeschluss vom 02.03.2011 – VII-Verg 48/10, zitiert nach juris, Tz. 62). In der Literatur ist daraus – aus damaliger Sicht zutreffend – geschlussfolgert worden, dass § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Dienstleistungskonzessionen und -aufträgen sowie eine Rechtswegspaltung ausschließt (vgl. Fehling, in: in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl., § 8a Rn. 8). Eine Rechtswegspaltung entspricht aber weder dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers noch dem Sinn und Zweck der von ihm geschaffenen gesetzlichen Regelung. Vielmehr sollen sie zu einer Zuständigkeitskonzentration für sämtliche Streitigkeiten aus Vergaben von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von Art. 2 lit. i) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bei den Vergabenachprüfungsinstanzen führen (vgl. BT-Drs. 17/8233, S. 23). Sollte daher durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2019 – C-266/17 und C-267/17 – und vom 08.05.2019 – C-253/18 –, wonach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auf die heute in § 108 GWB geregelten Inhouse-Vergaben nicht anwendbar ist, eine Lücke in diesem gewollten rein vergaberechtlichen Rechtsschutzsystem entstanden sein, ist diese zur Vermeidung einer Rechtswegspaltung durch eine entsprechende Anwendung des § 8a Abs. 7 S. 1 PBefG zu schließen.

b) 65

Die Antragstellerin ist allerdings bezüglich mehrerer von ihr erhobener Rügen nicht antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat zwar ihr Interesse an einem Teil des Auftrags bekundet. Insoweit ist unschädlich, dass die Antragstellerin kein Angebot abgegeben hat, denn sie macht gerade geltend, an der Abgabe eines Angebots vergaberechtswidrig gehindert worden zu sein. Nicht durchweg beruft sie sich jedoch dafür auf eine Verletzung bieterschützender vergaberechtlicher Vorschriften. Auch legt sie teilweise entgegen § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB keinen ihr durch die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße entstandenen oder drohenden Schaden dar. 66

Die Antragsbefugnis fehlt der Antragstellerin mangels drittschützender vergaberechtlicher Anknüpfungsnormen insoweit, als sie mit Blick auf die vom Antragsgegner angefragte und noch ausstehende Auskunft des Finanzamts die „fehlende Vergabereife“ rügt. Mit dem Begriff der Vergabereife hat der Senat in der Vergangenheit unter anderem die Forderung an den öffentlichen Auftraggeber umschrieben, die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen für den Beginn der Leistungsausführung zu schaffen (Senatsbeschluss vom 19.09.2018 – VII-Verg 17/18). Diese Anforderung enthält in Verfahren einer Direktvergabe jedoch keinen bieterschützenden Charakter (Senatsbeschlüsse vom 19.02.2020 – VII-Verg 1/19, VII-Verg 2/19 und VII-Verg 26/17). Kann eine Direktvergabe an einen internen Betreiber – wie hier von der Antragstellerin behauptet – mangels gesicherter Finanzierung nicht wie vom öffentlichen Auftraggeber ursprünglich geplant abgeschlossen werden, werden allenfalls Rechte des internen Betreibers und des öffentlichen Auftraggebers selbst berührt. 67

Hinsichtlich weiterer vermeintlicher Vergaberechtsverstöße hat die Antragstellerin entgegen § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB keinen ihr entstandenen oder drohenden Schaden dargelegt. Dies 68

gilt an erster Stelle für den vermeintlichen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und den Transparenzgrundsatz, der sich daraus ergeben soll, dass der Antragsgegner abweichend von der in der Vorinformation angekündigten Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eine solche nach § 108 GWB beabsichtigt. Insoweit fehlt es der Antragstellerin an einem Schaden (vgl. BGH, Beschluss vom 12.11.2019 – XIII ZB 120/19 – Rn. 46 ff. des amtlichen Umdrucks; Senatsbeschluss vom 03.07.2019 – VII-Verg 51/16). Es kann nicht festgestellt werden, dass die behaupteten Fehler Auswirkungen auf die Zuschlagschance der Antragstellerin hatten, weil der Antragstellerin auch bei zutreffenden Angaben in der Vorinformation eine Angebotsabgabe nicht möglich gewesen wäre.

Auch der Vortrag der Antragstellerin, für eine Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB fehle es bislang an einem Kreistagsbeschluss des Antragsgegners, der ursprüngliche Beschluss des Kreistags beziehe sich auf eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, lässt keinen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigenden Vergaberechtsverstoß erkennen. Das gilt schon deshalb, weil nicht feststeht, dass der Kreistag des Antragsgegners keinen neuen Beschluss mehr fasst, der sich zu dem vorgelegten Entwurf des mit der Beigeladenen beabsichtigten öffentlichen Dienstleistungsauftrags verhält. Aus diesem Grund kann dahinstehen, ob die Zulässigkeit dieser Rüge noch aus weiteren Gründen zu verneinen ist. 69

Die Antragsbefugnis fehlt der Antragstellerin schließlich, soweit sie eine parallele Direktvergabe an die X. 1 GmbH rügt. Es ist nicht ersichtlich, wie sie, die Antragstellerin, durch eine etwaige Doppelvergabe an verschiedene interne Betreiber in ihren Zuschlagschancen beeinträchtigt sein könnte (vgl. dazu auch schon Senatsbeschluss vom 28.10.2019 – VII-Verg 3/19). 70

c) 71

Der Nachprüfungsantrag genügt noch den formalen Anforderungen des § 161 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GWB. Er bezeichnet den Antragsgegner, enthält eine knappe Sachverhaltsdarstellung sowie durch die Bezugnahme auf das ihm beigefügte Rügeschreiben nicht nur die Darlegung, dass gerügt worden ist, sondern auch eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung. 72

d) 73

Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 19.02.2020 – VII-Verg 27/17) hat die Antragstellerin genügt. Soweit sie manche Rügen erst im Laufe des Vergabenachprüfungsverfahrens erhoben hat, lässt sich nicht feststellen, dass sie von diesen vermeintlichen Vergaberechtsverstößen schon zuvor positive Kenntnis hatte oder sie aus der Vorinformation für sie erkennbar waren. 74

2. 75

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, unbegründet. Die beabsichtigte Direktvergabe ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. 76

a) 77

Die Rüge der Antragstellerin, dem Antragsgegner fehle die Vergabebefugnis, weil er die Zuständigkeit für den Beförderungstarif und damit die Interventionsbefugnis auf den W. übertragen habe, geht fehl. Der Antragsgegner ist die für die beabsichtigte Direktvergabe 78

zuständige Behörde im Sinne von Art. 2 lit. b der Verordnung (EG) 1370/2007. Nach dieser Vorschrift ist zuständige Behörde jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung. Die Bestimmung der zur Intervention, das heißt zur Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Personenverkehr, zuständigen Behörde obliegt unionsrechtlich allein den Mitgliedstaaten (vgl. BGH, Beschluss vom 12.11.2019 – XIII ZB 120/19 – Rn. 26 des amtlichen Umdrucks). Die Zuständigkeit des Antragsgegners ergibt sich aus § 3 Abs. 2 Satz 2 ÖPNVG NRW. Nach dieser Vorschrift sind die Aufgabenträger berechtigt, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Art. 3 der [Verordnung \(EG\) Nr. 1370/2007](#) nach Art. 5 Abs. 2, 4, 5 und 6 direkt zu vergeben, soweit Bundesrecht dem nicht entgegensteht. Dies schließt die Befugnis zur Direktvergabe im Wege eines Inhouse-Geschäfts mit ein (hiervon geht ohne ausdrückliche Erwähnung auch der BGH, Beschluss vom 12.11.2019 – XIII ZB 120/19 – Rn. 24 ff. des amtlichen Umdrucks, aus). Der Antragsgegner ist als Kreis Aufgabenträger im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 ÖPNVG NRW.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hat der Antragsgegner die Eigenschaft als zuständige Behörde für die Auftragsvergabe nicht dadurch verloren, dass er bestimmte Aufgaben wie die Bestimmung der Tarife oder Beförderungsbedingungen durch den W. erfüllen lässt (BGH, Beschluss vom 12.11.2019 – XIII ZB 120/19 – Rn. 25 des amtlichen Umdrucks). Dadurch hat er lediglich sachlich und örtlich begrenzte Teile seiner ÖPNV-Aufgabe gemäß [§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit \(GkG O.\)](#) auf den Zweckverband übertragen. Nach [§ 6 GkG O.](#) gehen allein das Recht und die Pflicht zur Erfüllung dieser eng umrissenen Aufgaben auf den Zweckverband über (vgl. [OVG Münster, Beschluss vom 31.03.2016 – 9 A 254/15](#), zitiert nach juris, Tz. 7).

b) 80

Alle mit der Vorschrift des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im Zusammenhang stehenden Rügen der Antragstellerin gehen ins Leere. Ein Verstoß des Antragsgegners gegen Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 scheidet aus, weil die Vorschrift vorliegend keine Anwendung findet. 81

aa) 82

Auf Direktvergaben über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen, ist Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht anwendbar (EuGH, Urteil vom 21.03.2019 – C-266/17 und C-267/17, zitiert nach juris, Tz. 80). Direktvergaben für den öffentlichen Busverkehr sind öffentliche Dienstleistungsaufträge, für die Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gilt, ganz gleich, ob diese Direktvergaben durch den Abschluss eines Vertrags oder durch einen anderen rechtverbindlichen Akt erfolgen (BGH, Beschluss vom 12.11.2019 – XIII ZB 120/19 – Rn. 31 des amtlichen Umdrucks). 83

bb) 84

Die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession, die zur Anwendung von Art. 5 Abs. 2 bis 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 führen würde, sind nicht erfüllt, wie die Antragstellerin selbst hervorhebt. Eine Dienstleistungskonzession unterscheidet sich von einem Dienstleistungsauftrag dadurch, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung entweder ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht 85

zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Ob und inwieweit ein Unternehmen bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und es das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10, zitiert nach juris, Tz. 34).

Gemessen daran soll der Beigeladenen ein Dienstleistungsauftrag erteilt werden. Die Beigeladene soll mit dem beabsichtigten Vertrag, wie er im Entwurf vom Antragsgegner vorgelegt worden ist, nicht nur das Recht erhalten, die ihr übertragene Dienstleistung zu verwerten, sondern sie erhält zusätzlich zu ihren Einnahmen aus Beförderungsentgelten öffentliche Ausgleichszahlungen. Diese sind unter Ziffern 3.2. und 14 des zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen abzuschließenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags geregelt. Ein unternehmerisches Risiko infolge der Auftragsübernahme, das ergibt sich aus dem vom Antragsgegner vorgelegten Vertragsentwurf, soll die Beigeladene nicht tragen. 86

b) 87

Die vom Antragsgegner beabsichtigte Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an die Beigeladene erfüllt die Voraussetzungen einer zulässigen Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 4 GWB. Die diesbezüglichen Rügen der Antragstellerin sind unbegründet. Der Verweis in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nimmt zwar seinem Wortlaut nach nur auf die Vergaberichtlinien und die in diesen vorgesehenen Verfahren Bezug, nicht auf das nationale Recht. Der Senat versteht diesen Verweis aber so, dass er die die Richtlinien umsetzenden Vorgaben des jeweiligen nationalen Vergaberechts mit umfasst (ebenso Linke/Prieß, in: Linke, VO (EG) Nr. 1370/2007, 2. Aufl., Art. 5 Rn. 40a), so dass hier der den Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzende § 108 GWB heranzuziehen ist. 88

Nach § 108 Abs. 4 GWB ist der Vierte Teil des GWB nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB über eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB ausübt, jedoch gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium), mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde (Wesentlichkeitskriterium), und an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht (Beteiligungskriterium). Diese Voraussetzungen liegen hier entgegen der Annahmen der Antragstellerin sämtlich vor. 89

aa) 90

In diesem Zusammenhang ist unproblematisch, dass der Antragsgegner die nunmehr beabsichtigte Direktvergabeart in der Vorinformation fehlerhaft als eine „Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2“ der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bezeichnet hat. Der Senat ist dadurch nicht gehindert, zu überprüfen, ob die Direktvergabe nicht nach anderen Vorschriften vergaberechtlich unbedenklich ist (Senatsbeschluss vom 03.07.2019 – VII-Verg 51/16). Da sich der Antragsgegner auf das Vorliegen der Voraussetzungen von § 108 GWB berufen hat und der Eingriff in ein Vergabeverfahren stets nur ultima ratio sein kann und nicht in Betracht kommt, wenn sich der öffentliche Auftraggeber, wenn auch aufgrund einer anderen Norm, 91

zulässigerweise einer bestimmten Vergabeform bedient, ist der Senat zu einer entsprechenden Prüfung sogar verpflichtet.

bb) 92

Ein Dokumentationsmangel bezüglich der vom Antragsgegner beabsichtigten Vergabe liegt nicht mehr vor (siehe zu Dokumentationsanforderungen OLG München, Beschluss vom 14.10.2019 – Verg 16/19). Der Antragsgegner hat mit Schreiben vom 10.12.2019 den Entwurf eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags vorgelegt, aus dem sich seine Vergabeabsicht für den Senat nachprüfbar ergibt. Anhaltspunkte für eine Manipulation bestehen insoweit nicht (vgl. auch BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10, zitiert nach juris, Tz. 73). Dass bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch kein Kreistagsbeschluss vorlag, der sich auf diesen Vertragsentwurf bezieht, begründet keine Zweifel an der Vergabeabsicht des Antragsgegners, sondern mag dem Umstand geschuldet sein, dass auch die Auskunft des Finanzamts zu diesem Zeitpunkt noch ausstand. 93

cc) 94

Das Kontrollkriterium des § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB ist erfüllt. Der Antragsgegner übt im Sinne von § 108 Abs. 5 Nr. 1 bis 3 GWB gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die Beigeladene eine ähnliche Kontrolle aus wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen. Gemeinsam haben sie ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Beigeladenen. 95

Das beschlussfassende Organ der Beigeladenen – die Gesellschafterversammlung – setzt sich ausschließlich aus Vertretern öffentlicher Auftraggeber zusammen. Die umfassenden Befugnisse der Gesellschafterversammlung sind im Gesellschaftsvertrag niedergelegt: Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen (§ 16 Abs. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags). Sie beschließt über die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals, die Beteiligung an anderen Unternehmen, die Zustimmung zu der von der Geschäftsführung vorgelegten Wirtschafts- und Finanzplanung, die Entlastung des Aufsichtsrats und der Geschäftsführung sowie die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer (§ 11 Abs. 3, 4 und 7, § 16 Abs. 3 lit. a, b, e, f, k und n des Gesellschaftsvertrags). Der Antragsgegner dominiert gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern den Aufsichtsrat. Dieser besteht aus 12 Mitgliedern, von denen nur vier Mitglieder nach den Bestimmungen des Drittelbeteiligungsgesetzes gewählt und nicht von den öffentlichen Auftraggebern entsandt werden. Selbst wenn die Bestimmung des § 17 Abs. 1a Satz 3 des Gesellschaftsvertrags, wonach der Antragsgegner bei Entscheidung über das Zustandekommen, die Änderung und die Beendigung des zu vergebenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags allein stimmberechtigt ist, bei Inhouse-Vergaben nicht einschlägig wäre, wie die Antragstellerin meint, änderte dies nichts an der – für eine Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB ausreichenden – gemeinsamen Kontrolle des Antragsgegners und der übrigen öffentlichen Auftraggeber über die Beigeladene. Hiervon abgesehen, ist § 17 Abs. 1a Satz 3 des Gesellschaftsvertrags entgegen der Ansicht der Antragstellerin aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung zwanglos auch auf Inhouse-Vergaben nach § 108 GWB anwendbar. Die Vertragsparteien des Gesellschaftsvertrags wollten auch Inhouse-Vergaben mit der Regelung erfassen, gingen aber, wie früher auch der Senat, davon aus, dass Inhouse-Vergaben der Regelung des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unterfallen würden. Daher ist nur diese Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich genannt. 96

Der Annahme der gemeinsamen Kontrolle im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB steht nicht 97

entgegen, dass die an der Beigeladenen beteiligten öffentlichen Auftraggeber ihre Befugnisse hinsichtlich der Teilaufgabe Tarif an den Zweckverband W. übertragen haben, weil ihnen – wie dargelegt – wesentliche Kontroll- und Interventionsbefugnisse verbleiben.

Schließlich steht einer gemeinsamen Kontrolle nicht § 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB entgegen. Aus dem Umstand, dass die Beigeladene 10 % ihres Gesellschaftsvermögens selbst hält, lässt sich nicht ableiten, dass sie Interessen verfolgt, die den Interessen der an ihr beteiligten öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen. 98

dd) 99

Das Wesentlichkeitskriterium des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB ist ebenfalls erfüllt. Die Tätigkeiten der Beigeladenen dienen zu mehr als 80 % der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde. Zur Bestimmung des prozentualen Anteils wird gemäß § 108 Abs. 7 Satz 1, 1. Alt. GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags herangezogen. Abweichend hiervon können die Durchschnittswerte mit prognostischen Überlegungen kombiniert werden, wenn die zu beauftragende juristische Person ihre Tätigkeiten umstrukturiert hat und belastbare historische Daten fehlen (Säcker/Wolf, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 108 GWB Rn. 79). Art. 12 Abs. 5 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU sieht diese Möglichkeit zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten ausdrücklich vor. 100

Der Antragsgegner hat durch eine Aufstellung über den Anteil der Drittgeschäfte im Jahr 2019 sowie durch Vorlage eines Wirtschaftsplans glaubhaft gemacht, dass die Beigeladene im Jahr 2019 mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten für die an ihr unmittelbar oder mittelbar beteiligten Gesellschafter erbracht hat. Der Vertragsentwurf für den mit der Beigeladenen abzuschließenden „Öffentlichen Dienstleistungsauftrag“ beinhaltet in Ziffer 27.2 diese Vorgabe auch für die Zukunft. Dem steht nicht entgegen, dass die Beigeladene einen großen Teil ihrer Umsätze mit Fahrgästen erzielt. Diese Umsätze sind entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht als Drittumsätze zu werten, sondern beruhen auf dem Auftrag, den die Beigeladene vom Antragsgegner erhält. Sie werden nicht aufgrund einer eigenen unternehmerischen Entscheidung erzielt, sondern aufgrund der Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers (Senatsbeschluss vom 19.12.2019 – VII-Verg 16/16). 101

Um Drittumsätze handelt es sich auch nicht (mehr) bei den für die vier Stadtbusstädte C. 1, I., F. und X. erbrachten Personenverkehrsdienstleistungen, seitdem diese Städte mittelbar über ihre jeweiligen Verkehrsmanagementgesellschaften – die Stadtwerke C. 1 GmbH, die Stadtwerke I. AöR, die T. 1 GmbH, und die Stadtwerke X. GmbH – zu jeweils 2,5 % an der Beigeladenen beteiligt sind. Infolge dieser Beteiligung gehen im Übrigen auch alle weiteren Rügen der Antragstellerin, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Beigeladenen auf dem Gebiet der sogenannten Stadtbusstädte stehen, inzwischen ins Leere. 102

Unerheblich ist schließlich, dass die Beigeladene in den Jahren 2017 und 2018 etwa ein Drittel ihrer Fahrleistungsumsätze aus Aufträgen der S. 1-Verkehrsgesellschaft (S. 1VK), die an der Beigeladenen nicht beteiligt ist, erwirtschaftet hat. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei diesen Fahrleistungen um Drittgeschäfte handelte oder ob der S. 1-Kreis, der Gesellschafter der Beigeladenen ist, die Beigeladene mit der Erbringung dieser Leistungen betraut hat und diese Leistungen daher als Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB anzusehen sind. Jedenfalls können selbst bei Annahme 103

eines Drittgeschäfts aus den Umsatzzahlen der Jahre 2017 und 2018 keine Schlüsse auf den Umfang der Tätigkeiten der Beigeladenen für ihre Gesellschafter in der Zukunft abgeleitet werden. Im Zeitpunkt der beabsichtigten Direktvergabe wird die Beigeladene keine Umsätze aus der Erbringung von Personenverkehrsdienstleistungen für die S. 1VK erzielen. Die Antragstellerin trägt selbst vor, dass die Beigeladene „alle Aufträge der S. 1VK im Jahr 2019 verloren hat“. Dies deckt sich mit den Angaben im Wirtschaftsplan der Beigeladenen für das Jahr 2019. Soweit die Antragstellerin im Schriftsatz vom 17.01.2020 erstmals vorträgt, für das Jahr 2020 sei ein Fremdgeschäftsanteil der Beigeladenen von 40 % anzunehmen, fehlt es dem Vorbringen nicht nur an Substanz und damit für eine entsprechende Feststellung an ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten. Anlass für eine etwaige weitere Amtsaufklärung besteht insoweit auch deshalb nicht, weil das Vorbringen in dem seit 2018 anhängigen Beschwerdeverfahren derart spät vorgebracht worden ist, dass es unberücksichtigt bleiben kann, weil sich die übrigen Verfahrensbeteiligten darauf nicht mehr zumutbar einlassen konnten (vgl. Senatsbeschluss vom 19.11.2003 – Verg 22/03, zitiert nach juris, Tz. 8; dem folgend OLG Celle, Beschluss vom 21.01.2016 – 13 Verg 8/15, zitiert nach juris, Tz. 26).

- ee) 104
- An der Beigeladenen besteht schließlich in Übereinstimmung mit § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB keine direkte private Kapitalbeteiligung. Gesellschafter der Beigeladenen sind kommunale Gebietskörperschaften, eine Anstalt öffentlichen Rechts und juristische Personen des Privatrechts, die ihrerseits zu 100 % im Eigentum kommunaler Gebietskörperschaften stehen. 105
- c) 106
- Die beabsichtigte Unterauftragsvergabe verstößt nicht gegen Art. 4 Abs. 7 Satz 2 der Verordnung (EG) 1370/2007. Nach dieser Vorschrift ist der mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten betraute Betreiber verpflichtet, einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen. Die Vorschrift ist bei der Vergabe eines Auftrags über den öffentlichen Personenverkehr mit Bussen anwendbar (EuGH, Urteil vom 27.10.2016 – C-292/15, zitiert nach juris, Tz. 41). Es bestehen keine Anzeichen, dass die Beigeladene diese Vorgaben tatsächlich nicht erfüllen wird. Der diesbezügliche Einwand der Antragstellerin ist substanzlos. Sie macht lediglich geltend, dass nicht ersichtlich sei, wie der Antragsgegner sicherstellen wolle, dass die Beigeladene einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst erbringe. Eine entsprechende Verpflichtung der Beigeladenen ist aber nicht nur in der Vorinformation genannt (Ziffer II.1.5), sondern wird auch in Ziffer 27.3 des Vertragsentwurfs für den an die Beigeladene zu vergebenden Dienstleistungsauftrag wiederholt. 107
- d) 108
- Der beabsichtigten Direktvergabe steht nicht entgegen, dass der Antragsgegner der Beigeladenen ein ausschließliches Recht gewähren will. Die Gewährung ausschließlicher Rechte ist gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auch im Wege eines Inhouse-Geschäfts nach § 108 GWB möglich, weil es sich bei diesem um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Verordnung handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 12.11.2019 – XIII ZB 120/19 – Rn. 32 des amtlichen Umdrucks). 109
- f) 110
- Der Antragsgegner verstößt mit der beabsichtigten Inhouse-Vergabe nicht gegen das in § 97 111

Abs. 4 Satz 2 GWB niedergelegte Gebot, Leistungen aufgeteilt nach Losen zu vergeben. Das Gebot der losweisen Vergabe findet bei einer vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe gerade keine Anwendung.

g) 112

Dass die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 17.01.2019 zahlreiche Umstände mit Nichtwissen bestreitet, verhilft ihrem Nachprüfungsantrag schließlich ebenfalls nicht zum Erfolg. Ausreichend substantiierte vergaberechtliche Beanstandungen, denen gegebenenfalls von Amts wegen weiter nachzugehen wäre, ergeben sich aus diesem Bestreiten nicht. 113

III. 114

Zu der von der Antragstellerin hilfsweise beantragten Vorlage der Sache an den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV besteht mangels Zweifeln des Senats an dem zutreffenden Verständnis des hier zu beachtenden europäischen Rechts kein Anlass. Der Senat sieht sich insoweit auch durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 12.11.2019 – XIII ZB 120/19) bestätigt, der in einem vergleichbaren Fall ebenfalls keinen europarechtlichen Klärungsbedarf mehr gesehen hat, wie ihn die Antragstellerin mit ihren Vorlagefragen hier annimmt. 115

IV. 116

Der Hilfsantrag zu 3. hat ebenfalls keinen Erfolg. Er ist nach §§ 156 Abs. 2, 178 GWB nicht statthaft, und zwar ungeachtet der Frage, ob der Senat eine feststellende Entscheidung auch unabhängig von einer – hier nicht eingetretenen – Erledigung des Nachprüfungsverfahrens aussprechen kann (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 26.07.2018 – VII-Verg 23/18). Im Beschwerdeverfahren feststellungsfähig ist gemäß § 178 Satz 3 GWB allein eine Rechtsverletzung des Antragstellers. Eine solche Feststellung begehrt die Antragstellerin mit ihrem Hilfsantrag indes nicht. 117

Die im Vergabenachprüfungsverfahren unstatthafte allgemeine Feststellungsklage ist auch im Übrigen unzulässig, weil es ihr an einem berechtigten Feststellungsinteresse fehlt. Die Entscheidung des Senats über eine etwaige Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften wäre nicht präjudiziell für eine Entscheidung über einen Antrag auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Linienverkehrs. Es ist allein Sache der nach § 11 PBefG zuständigen Behörde, zu prüfen, ob eine veröffentlichte Vorabbekanntmachung trotz formaler oder inhaltlicher Mängel geeignet ist, die Drei-Monats-Frist des § 12 Abs. 6 PBefG auszulösen (OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 24.01.2017 – 11 Verg 1/16, zitiert nach juris, Tz. 55 f.). 118

V. 119

Der wiederholte Akteneinsichtsantrag der Antragstellerin bleibt aus den Gründen des Senatsbeschlusses vom 09.01.2020 weiterhin ohne Erfolg. 120

VI. 121

Die Entscheidung bezüglich der im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB. Es entspricht der Billigkeit, der Antragstellerin die durch das begründete Rechtsmittel des Antragsgegners verursachten Kosten aufzuerlegen, jedoch ohne die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt hat. Dass in der Vorinformation eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der 122

Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 anstelle einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB angekündigt worden ist, ändert an der Billigkeit dieser Kostenentscheidung nichts, weil die Antragstellerin auch die Vergaberechtskonformität einer auf § 108 Abs. 4 GWB gestützten Inhouse-Vergabe des Antragsgegners in Frage gestellt hat. Die Beigeladene hat die ihr im Beschwerdeverfahren gegebenenfalls entstandenen Kosten selbst zu tragen, weil sie sich an diesem Verfahren inhaltlich nicht beteiligt hat.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG. Danach hat die Antragstellerin als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen, jedoch wiederum ohne die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die sich nicht aktiv am Vergabenachprüfungsverfahren beteiligt hat. Die Falschbezeichnung in der Vorinformation führt aus den genannten Gründen nicht dazu, dass dem Antragsgegner die Kosten gemäß § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB aufzuerlegen sind. 123

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war angesichts der Komplexität des Sachverhalts und der Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen notwendig. 124

VII. 125

Die Entscheidung über den Streitwert des Beschwerdeverfahrens bleibt einem gesonderten Beschluss vorbehalten, weil die Verfahrensbeteiligten hierzu bislang keine Angaben gemacht haben. 126