

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Düsseldorf > 2020 > 19.02.2020 - Verg 27 / 17

## OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17

(Bieter unterliegt)

### Normen:

§ 8a Abs. 7 S. 1 PBefG; Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007

### Vorangegangene Entscheidung:

VK Rheinland, Beschluss vom 16.05.2017, VK VOL 58 / 16

### Stichworte:

Rechtsschutz bei Inhouse-Vergaben, Direktauftrag, Rüge

### Leitsatz (redaktionell):

1. Um eine Rechtsschutzlücke zu vermeiden, obliegt die Prüfung, ob anstelle einer beabsichtigten Direktvergabe ein sogenanntes Inhouse-Geschäft vorliegt und ob seine Voraussetzungen eingehalten sind, den Nachprüfungsinstanzen. Dies beruht auf entsprechender Anwendung des § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG.
2. Allein eine Falschbezeichnung einer Vergabe als Direktvergabe begründet keinen Schaden eines Unternehmens.
3. Eine Verletzung von Rechten des Antragstellers durch etwaige EU-Beihilfenrechtsverstöße ist ausgeschlossen, wenn die Beihilfe tatsächlich noch nicht gewährt wurde.
4. Auch bei Direktvergaben nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 besteht bei Nachprüfungsanträgen die Rügeobligie nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.
5. Die Vorschrift des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB ist auf den Fall einer angekündigten aber nicht vollzogenen Direktvergabeabsicht nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht entsprechend anwendbar.
6. Eine Rügeobligie entfällt ausnahmsweise, wenn eine Rüge ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann und daher reine Förmel wären. Ihren Zweck kann eine Rüge dann nicht erfüllen, wenn der öffentliche Auftraggeber eindeutig zu erkennen gibt, dass er unumstößlich an seiner Entscheidung festhält und auch auf eine Rüge unter keinen Umständen von seiner Entscheidung abrücken wird.
7. Eine solche unumstößliche Haltung liegt nicht vor, wenn sich der Auftraggeber umfangreich und mit einer inhaltlichen Tiefe mit der Rüge auseinandersetzt.
8. Aus § 8 Abs. 3 PBefG lässt sich kein Verbot ableiten, Verkehrsdienstleistungen im Wege einer Inhouse-Vergabe unter den Voraussetzungen von § 108 GWB direkt zu vergeben.

### Entscheidungstext:

#### Tenor:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) vom 16. Mai 2017 (VK VOL 58/16) aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 16. Dezember 2016 zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin. Die Beigeladenen tragen ihre Kosten jeweils selbst
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.
4. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf € 480.000,00 festgesetzt.

## Gründe

### I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 8. Oktober 2016 (Supplement zum Amtsblatt, Bekanntmachungsnummer 2018/S 123-280769) kündigte die Antragsgegnerin gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 die „Direktvergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiesten an Beigeladene zu 1) nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007“ mit Wirkung zum 1. Januar 2019 an.

Der Auftrag sollte die Erbringung aller Busverkehrsleistungen auf dem Gebiet der Antragsgegnerin einschließlich abgehender Linienabschnitte umfassen. Die Verkehrsleistungen sollten circa 1.300.000 Jahres-Fahrplan-Kilometer (Ziffer II.2 der Bekanntmachung) mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von € XXX betragen, wobei als Laufzeit des gesamten Auftrags zehn Jahre ab Auftragsvergabe vorgesehen waren (Ziffer II.3 der Bekanntmachung). Der Auftrag sollte gemäß Ziffer IV.1) der Bekanntmachung „an einen internen Betreiber (Art. 5.2 von 1370/2007)“ erfolgen.

Die Antragsgegnerin ist in ihrem Gebiet Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV). Die Antragstellerin, eine Konzerngesellschaft der E, ist ein im Gebiet der Antragsgegnerin tätiges Verkehrsunternehmen. Bei dem vorgesehenen internen Betreiber handelt es sich um die Beigeladene zu 1), eine im Alleineigentum der Antragsgegnerin stehende Gesellschaft, die selbst keine Fahrleistungen im öffentlichen Nahverkehr erbringt und über keine eigenen Fahrzeuge verfügt. Sie beabsichtigt, den überwiegenden Teil der Personenverkehrsdiesten durch die Beigeladene zu 2) erbringen zu lassen. Die Beigeladene zu 2) ist ein kommunales Verkehrsunternehmen, das Verkehrsdiestleistungen im Gebiet des Zweckverbandes W (im Folgenden W) durchführt.

Mit Schreiben vom 9. November 2016 bat die Antragstellerin um nähere Informationen zu den Gründen und zu den Rahmenbedingungen der beabsichtigten Direktvergabe und machte einen „Auskunftsanspruch aus § 8a Abs. 5 PBefG und Art. 7 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007“ geltend. Die „Einhaltung der Voraussetzungen“ von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007, so das Schreiben weiter, „ist insbesondere deshalb interessant, da der aktuelle Nahverkehrsplan mit Stand November 2015 auf Seite 80 noch kritisch ausführt: „Mit der Anwendung der EU-Verordnung [...] wäre die [Beigeladene zu 1)] gehalten, den ‚überwiegenden Teil‘ der Verkehrsleistungen selbst zu erbringen [...]. Das ist unter den bestehenden Strukturen nicht möglich, weshalb eine andere Organisationsform zu entwickeln ist.“ Ferner bekundete die Antragstellerin ihr Interesse, Verkehrsdiestleistungen als Unterauftragnehmerin der Beigeladenen zu 1) zu erbringen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

Die Antragsgegnerin erläuterte mit Antwortschreiben vom 23. November 2016 die Gründe für die beabsichtigte Direktvergabe und führte aus, dass die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzeßion und die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 erfüllt seien. Die Beigeladene zu 1) fahre zwar nicht selbst mit Bussen, sie werde jedoch in Kürze eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Beigeladenen zu 2) erwerben, wodurch sichergestellt sei, dass sie, die Antragsgegnerin, gemeinsam mit anderen Kommunen die Beigeladene zu 2) kontrolliere. Da die Beigeladenen „vergaberechtlich als Einheit anzusehen“ seien, könne sich die Beigeladene zu 1) die Beförderungsleistungen der Beigeladenen zu 2) wie eigene zurechnen lassen. Zum anderen sei das Vergaberecht nicht anwendbar, weil zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1) „eine Inhouse-Konstellation i.S. von § 108 GWB“ vorliege.

Der Rüge einer anderen Bieterin, wonach der beabsichtigten Direktvergabe mangels Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 die Rechtsgrundlage fehle, die Bekanntmachung gegen Art. 4 Abs. 7 dieser Verordnung verstoße und die Beigeladene zu 1) zur Auftragsdurchführung nicht geeignet sei, half die Antragsgegnerin am 23. November 2016 nicht ab.

Die Antragstellerin hat am 16. Dezember 2016 einen Nachprüfungsantrag gestellt und folgende Rügen erhoben: Die bekanntgemachte Direktvergabe verstoße gegen das Gebot in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. e der Verordnung (EG) 1370/2007, den überwiegenden Teil der Leistungen selbst zu erbringen. Die Antragsgegnerin habe dies im Schreiben vom 23. November 2016 selbst eingeräumt. Zudem liege ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. a und lit. b der Verordnung (EG) 1370/2007 vor, weil die Beigeladene zu 1) nicht in der Lage sei, die erforderliche Kontrolle über die Beigeladene zu 2), in deren Gremien sie nicht vertreten sei, auszuüben. Die Beigeladene zu 2) führe ihre Tätigkeiten auch nicht ausschließlich innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der Antragsgegnerin durch. Die Voraussetzungen des § 108 GWB für ein vergaberechtes Inhouse-Geschäft lägen ebenfalls nicht vor.

Die Antragstellerin hat beantragt,

der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag für den öffentlichen Dienstleistungsauftrag gemäß der Vorabinformation an die Beigeladene zu 1) zu erteilen, und die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Auftrag nur nach Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 16. Mai 2017 der Antragsgegnerin untersagt, den Zuschlag auf den öffentlichen Dienstleistungsauftrag der Beigeladenen zu 1) zu erteilen, und sie bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, den Auftrag nur nach vorheriger Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB zu vergeben. Der Nachprüfungsantrag sei gemäß § 8a Abs. 7 PBefG statthaft. Die beabsichtigte Direktvergabe unterfalle dem Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007, der sich nicht nur auf Dienstleistungskonzeßionen, sondern auch auf sogenannte Inhouse-Vergaben erstrecke. Eine Rügeobligieheit habe nicht bestanden, weil die Vorschrift des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB dann nicht gelte, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Direktvergabe erst beabsichtige. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 und 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 lägen nicht vor.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer fristgerecht eingeleiteten sofortigen Beschwerde.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

Sie beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) vom 16. Mai 2017, VK VOL 58/16, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 16. Dezember 2017 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Neben den schon vor der Vergabekammer gerügten Verstößen beanstandet sie die Unzulässigkeit der beabsichtigten Direktvergabe wegen fehlender Vergabereife. Die Finanzierung der Stadtbusverkehre durch die Antragsgegnerin sei nicht gewährleistet, weil die Quersubventionierung der Beigeladenen zu 1) durch die F EU-beihilfenrechtswidrig sei. Ungeklärt sei auch, ob die Beigeladenen zu 1) über die erforderlichen Ressourcen verfüge, um den nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. e und Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 geforderten Eigenanteil erbringen zu können. Die Direktvergabe verstöße zudem gegen § 3 Abs. 2 S. 2 ÖPNVG und § 8a Abs. 3 PBefG, weil diese Vorschriften allein Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 erlaubten, nicht jedoch Inhouse-Vergaben nach § 108 GWB.

Die Beigeladenen haben weder vor der Vergabekammer noch im Beschwerdeverfahren Anträge gestellt. Auch haben sie sich nicht durch Einreichung von Schriftsätze an dem Verfahren beteiligt.

## II.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist begründet, denn der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist überwiegend unzulässig und im Übrigen unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist statthaft. 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. Dezember 2019, VII-Verg 16/16). Nach Absatz 2 dieser Vorschrift gilt der 4. Teil des GWB, wenn öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Bussen oder mit Kraftfahrzeugen zugleich öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB a.F. sind. Absatz 7 der Regelung sieht vor, dass die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung (EG) 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) 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. Dezember 2019, VII-Verg 16/16; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30. Januar 2014, 11 Verg 15/13 – juris, Rn. 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 1. Januar 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) 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 erklärt hatte (Senatsbeschluss vom 2. März 2011, VII-Verg 48/10 –

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

juris, Rn. 38 ff.; dem Senat folgend OLG München, Beschluss vom 22. Juni 2011, VII-Verg 6/11 – juris, Rn. 55; vgl. auch Fehling in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, § 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. März 2016, Verg 14/15 – juris, Rn. 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) 1370/2007 unterfällt (vgl. Senatsbeschluss vom 2. März 2011, VII-Verg 48/10 – juris, Rn. 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 Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, § 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) 1370/2007 bei den Vergabenachprüfungsinstanzen führen (vgl. BT-Drucksache 17/8233, S. 23). Sollte daher durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 21. März 2019 – C-266/17 und C-267/17 – und vom 8. Mai 2019 – C-253/18 –, wonach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 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.

2. Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat ihr Interesse an dem Auftrag mit Schreiben vom 9. November 2016 bekundet. Unschädlich ist, dass die Antragstellerin selbst kein Angebot abgegeben hat, weil sie gerade durch die von ihr gerügte beabsichtigte Direktvergabe des Auftrags an die Beigeladene zu 1) an der Angebotsabgabe gehindert war.

Die Antragsbefugnis, die für jede erhobene vergaberechtliche Beanstandung gesondert zu prüfen ist (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 43/18; Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 Rn. 6), fehlt ihr aber insoweit, als sie Falschbezeichnungen (Ankündigung als Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007) und fehlende Angaben in der Vorabbekanntmachung (Bedingungen für eine Unterauftragsvergabe und den Wert des Anteils der Unterauftragsvergabe) rügt. Diese Vergaberechtsverstöße bleiben folgenlos, weil die Antragstellerin nicht dargetan hat, dass ihr hierdurch ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB droht (vgl. BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 – Rn. 46 ff.; Senatsbeschluss vom 3. Juli 2019, VII-Verg 51/16). Der Senat schließt aus, 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. Die Antragsbefugnis fehlt der Antragstellerin auch insoweit, als sie 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. September 2018, VII-Verg 17/18). Diese Anforderung enthält in Verfahren einer Direktvergabe jedoch keinen bieterschützenden Charakter (Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2019, VII-Verg 16/16). 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. Eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten durch die behaupteten EU-Beihilfenrechtsverstöße ist ebenfalls ausgeschlossen. Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. dem Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist erst dann verletzt, wenn die Beihilfe gewährt wird. Dies setzt voraus, dass ein Unternehmen einen geldwerten

Vorteil ohne angemessene Gegenleistung erhalten hat, während die hier angegriffene beabsichtigte Direktvergabe allenfalls die Möglichkeit einer Beihilfengewährung eröffnet.

3. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit die Antragstellerin geltend macht, die beabsichtigte Direktvergabe an die Beigeladene zu 1) verstoße gegen Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 und gegen die Voraussetzungen von § 108 GWB. Sie hat ihre Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB verletzt. Die Rügeobliegenheit ist auch bei Nachprüfungsanträgen gegen beabsichtigte Direktvergaben nach der Verordnung (EG) 1370/2007 zu beachten (unter a.), die Antragstellerin hat ihre Rügeobliegenheit verletzt (unter b.) und die Rüge war weder entsprechend § 160 Abs. 3 S. 2 GWB (unter c.), noch wegen Unumstößlichkeit der Abhilfeverweigerung (unter d.) entbehrlich.

a. Die in § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB aufgestellte Rügeobliegenheit besteht auch bei Nachprüfungsanträgen gegen angekündigte Direktvergaben nach der Verordnung (EG) 1370/2007. Dies folgt aus dem Verweis von § 8a Abs. 2 S. 1, Abs. 7 S. 1 PBefG in das GWB, der die Rügeobliegenheit einschließt (OLG Jena Beschluss vom 12. Juli 2019, 2 Verg 1/18 – juris, Rn. 70; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 24. Januar 2017, 11 Verg 1/16 – juris, Rn. 38). Die Rüge erfüllt ihren Zweck, dem öffentlichen Auftraggeber die Selbstkorrektur zu ermöglichen sowie Verzögerungen und unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden (Senatsbeschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19; BayObLG, Beschluss vom 20. August 2001, Verg 9/01, NZBau 2002, 348; Jaeger in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 3), bei angekündigten Direktvergaben angesichts der weiträumigen Vorankündigungsfrist von einem Jahr und der Mehrstufigkeit des Verfahrens – sowohl die Entscheidung zur Direktvergabe als auch die Direktvergabe selbst können Gegenstand der Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen sein (Linke/Prieß in Linke, VO (EG) 1370/2007 Art. 5 Rn. 286) – erst recht (so ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung der BReg zu § 8a PBefG, BT-Drucks. 17/8233, S. 14).

Dies steht nicht in Widerspruch zu Entscheidungen anderer Obergerichte. Soweit die Oberlandesgerichte München (Beschlüsse vom 31. März 2016, Verg 14/15 – juris, Rn. 141, und vom 22. Juni 2011, Verg 6/11 – juris, Rn. 60), Frankfurt a.M. (Beschluss vom 30. Januar 2014, 11 Verg 15/13 – juris, Rn. 34) und Celle (Beschluss vom 29. Oktober 2009, 13 Verg 8/09 – juris, Rn. 54) eine Rügeobliegenheit bei Direktvergaben verneint haben, betraf dies – anders als hier – Fälle vollzogener Direktvergaben (teils als „de-facto-Vergabe“ bezeichnet). Zudem war der angewandte Rechtssatz in den genannten Entscheidungen wegen rechtzeitiger Rüge bzw. mangels Feststellungen zur Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß (OLG München, Beschluss vom 22. Juni 2011, Verg 6/11) nicht tragend. Der Senat weicht auch nicht in einem tragenden Rechtssatz von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg ab, das eine Rügeobliegenheit bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit einer „drohenden“ Direktvergabe verneint hat (Beschluss vom 14. Dezember 2010, 1 Verg 5/10 – juris, Rn. 66). Die Entscheidung ist auf der Grundlage der außer Kraft getretenen Vorschriften der §§ 101b Abs. 2 S. 1, 107 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. ergangen und betraf eine bevorstehende Direktvergabe, die – anders als hier – ohne Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union durchgeführt worden war. Nichts für sich herleiten kann die Antragstellerin schließlich aus den Beschlüssen des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019 (Verg 16/19) und des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. November 2016 (15 Verg 5/16) und vom 9. Oktober 2012 (15 Verg 12/11), die zum Bestehen einer Rügeobliegenheit keine Ausführungen enthalten und aus denen hervorgeht, dass die dortigen Antragsteller, abweichend zur Antragstellerin, die beabsichtigte Direktvergabe gerügt haben. Für eine Divergenzvorlage nach § 179 Abs. 2 GWB besteht vor diesem Hintergrund, anders als die Antragstellerin meint, kein Anlass (zu den Voraussetzungen einer Divergenzvorlage vgl. BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 1 20/19 – Rn. 14).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

b. Die Antragstellerin hat ihre Rügeobliegenheit verletzt. Sie hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße vor Einreichen des Nachprüfungsantrags am 16. Dezember 2016 erkannt, jedoch nicht innerhalb einer Frist von zehn Tagen gerügt.

Gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Die Rügeobliegenheit wird nur ausgelöst, wenn der Antragsteller eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen hat. Darüber hinaus muss er aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung zugleich die positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften gewonnen haben (Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 40). Nicht erforderlich ist die Kenntnis eines völlig zweifelfreien und in jeder Beziehung sicher nachweisbaren Vergaberechtsfehlers, da für die Rügeobliegenheit nicht erheblich ist, ob ein Vergaberechtsverstoß tatsächlich vorliegt. Es reicht vielmehr schon das Wissen um einen Sachverhalt, der, gegebenenfalls auch erst nach juristischer Beratung, den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt (Senatsbeschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 7. Oktober 2003, 11 Verg 7/03; Hofmann in Müller-Wrede, GWB Kommentar, 2016, § 160 Rn. 58; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 51; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 160 GWB Rn. 225). Dem gleichzustellen ist, wenn der Antragsteller in tatsächlicher oder rechtlicher Unkenntnis in einer Weise verharrt, die mit Blick auf einen möglichen Vergaberechtsverstoß als ein mutwilliges Sich-der-Erkenntnis-Verschließen zu bewerten ist (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06 – juris, Rn. 35; Senatsbeschlüsse vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, und vom 12. Juni 2019, VII-Verg 54/18 – juris, Rn. 49).

Die Antragstellerin hatte mit Erhalt des Antwortschreibens der Antragsgegnerin vom 23. November 2016 in tatsächlicher Hinsicht Kenntnis von den einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 oder gegen § 108 GWB. Ihr wurden im Einzelnen die Gründe mitgeteilt, die nach Auffassung der Antragsgegnerin eine Direktvergabe ermöglichten. Der Antragstellerin war demnach bewusst, dass die Beigeladene zu 1) als interne Betreiberin die Busverkehrsleistungen nicht selbst erbringen werde, sie sich aber nach Auffassung der Antragsgegnerin die Leistungen der Beigeladenen zu 2) als eigene zurechnen lassen könne. Ihr war nach Erhalt des Schreibens auch bekannt, welche Kontrolle die Antragsgegnerin nach den beabsichtigten gesellschaftsvertraglichen Änderungen über die Beigeladenen ausüben wird. Schließlich wusste sie, dass die Antragsgegnerin die beabsichtigte Direktvergabe sowohl auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 als auch nach § 108 GWB „vergaberechtsfrei“ ausgestalten wollte. Spätestens nachdem sich die Antragstellerin anwaltlich hat beraten lassen und vor der Entscheidung stand, ob ein Nachprüfungsantrag eingereicht wird, hatte sie das Bewusstsein, dass das beanstandete Verhalten der Antragsgegnerin gegen Vergaberecht verstößt. Unerheblich ist, dass die Antragstellerin nach ihrem Vortrag erst aufgrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 8. Mai 2019 (C-253/18) erkannt haben will, dass für die hier in Rede stehende Direktvergabe der Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht eröffnet ist und sich die Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Direktvergabe nach § 108 GWB richtet. Die exakte rechtliche Einordnung des beanstandeten Verhaltens ist nach dem oben Gesagten gerade nicht erforderlich. Die Antragstellerin hatte – für die Kenntnis in rechtlicher Hinsicht ausreichend – vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens den Schluss gezogen, dass die beabsichtigte Direktvergabe an § 108 GWB zu messen ist und die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht vorliegen. Dies belegt ihr Vortrag im Nachprüfungsantrag (S. 19 bis 21), in dem die Voraussetzungen von § 108 GWB ausführlich geprüft und verneint werden. In der Begründung ihres Nachprüfungsantrags hat die Antragstellerin insbesondere darauf abgehoben, dass die gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB erforderliche Kontrolle über die Beigeladene zu 2) fehle, die Beigeladene zu 2) in nur geringem Umfang für die Antragsgegner tätig werde und

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

deshalb „[s]elbst wenn auf die beabsichtigte Direktvergabe die Inhouse-Kriterien des § 108 GWB anzuwenden wären“, die beabsichtigte Direktvergabe unzulässig wäre, „da die Voraussetzungen des § 108 GWB aus den oben ausgeführten Gründen nicht erfüllt sind“.

Innerhalb der Zehn-Tages-Frist nach Kenntnis des vermeintlichen Vergaberechtsverstoßes hat die Antragstellerin eine Rüge nicht erhoben. Sie hat vielmehr unmittelbar nach anwaltlicher Beratung einen Nachprüfungsantrag gestellt.

c. Die Rüge war nicht entsprechend § 160 Abs. 3 S. 2 GWB entbehrlich.

aa. Nach dieser Vorschrift finden die Rügeobliegenheiten nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB keine Anwendung. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, weil der beabsichtigte Vertrag noch nicht geschlossen wurde und die Antragstellerin nicht die Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags beantragt hat.

bb. Die Vorschrift des § 160 Abs. 3 S. 2 GWB ist auf den Fall einer angekündigten und nicht vollzogenen Direktvergabeabsicht nach der Verordnung (EG) 1370/2007 auch nicht entsprechend anwendbar (OLG Jena, Beschluss vom 12. Juli 2019, 2 Verg 1/18 – juris, Rn. 70; OLG Rostock, Beschluss vom 20.11.2013 – 17 Verg 7/13 – juris, Rn. 42 f.). Der dort geregelte Fall eines Vertragsschlusses ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union ist nicht vergleichbar mit der EU-weiten Bekanntgabe einer Direktvergabeabsicht. Nichts anderes ergibt sich aus dem von der Antragstellerin in Bezug genommenen Senatsbeschluss vom 7. Februar 2010 (VII-Verg 19/10 – juris, Rn. 101 ff.), in dem der Senat eine Rügeobliegenheit bei einer vollzogenen Direktvergabe ohne vorherige „Beteiligung“ des dortigen Antragstellers „am Vergabeverfahren“ im Sinne des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB verneint hat. Nach der mittlerweile außer Kraft getretenen Vorschrift des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB war für die Unwirksamkeit des Vertrags die „fehlende Beteiligung“ anderer Unternehmen am Vergabeverfahren erforderlich, wohingegen nach hier anwendbarer Rechtslage (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB) die vorherige Veröffentlichung der Vergabeabsicht rechtswidrig unterlassen worden sein muss. Ihre Direktvergabeabsicht hat die Antragsgegnerin aber in der Vorinformation vom 8. Oktober 2016 im Amtsblatt der Europäischen Union ordnungsgemäß veröffentlicht.

d. Die Rüge war auch nicht ausnahmsweise wegen Unumstößlichkeit der Abhilfeverweigerung entbehrlich.

Die Rügeobliegenheit entfällt ausnahmsweise, wenn eine Rüge ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann und daher „reine Förmel“ wäre. Ihren Zweck kann eine Rüge dann nicht erfüllen, wenn der öffentliche Auftraggeber eindeutig zu erkennen gibt, dass er unumstößlich an seiner Entscheidung festhält und auch auf eine Rüge unter keinen Umständen von seiner Entscheidung abrücken wird (Senatsbeschlüsse vom 16. August 2019, VII-Verg 56/18, und vom 11. Januar 2012, VII-Verg 67/11; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27. Juni 2016, 1 Verg 2/16 – juris, Rn. 85 ff.; OLG Stuttgart, Beschluss vom 11. Juli 2000, 2 Verg 5/00, NZBau 2001, 462; Jaeger in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 67; Hofmann in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, Kommentar, 2016, § 160 Rn. 86 f.). An die Feststellung der Unumstößlichkeit einer zum Ausdruck gebrachten Abhilfeverweigerung sind hohe Anforderungen zu stellen (Jaeger in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 67).

Dem Antwortschreiben der Antragsgegnerin vom 23. November 2016 lässt sich eine unumstößliche Abhilfeverweigerung nicht entnehmen. Die Antragsgegnerin hat in dem Schreiben ihre Rechtsauffassung erläutert und ist damit dem von der Antragstellerin auf der Grundlage von § 8a Abs. 5 PBefG geltend gemachten Auskunftsanspruch nachgekommen. An keiner Stelle kommt in dem Schreiben jedoch zum Ausdruck, dass die Antragsgegnerin unumstößlich an ihrer Rechtsauffassung festhalten will. Gerade der

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

Umfang und die inhaltliche Tiefe der rechtlichen Erwägungen der Antragsgegnerin sprechen gegen eine solche Annahme. Damit bot die Antragsgegnerin der Antragstellerin vielmehr Gelegenheit, sich kritisch mit ihren Argumenten auseinanderzusetzen und etwaige Fehler in der rechtlichen Argumentation aufzuzeigen. Dass eine Rüge vor diesem Hintergrund „von vornherein aussichtslos“ gewesen wäre, ist nicht ersichtlich.

Eine unumstößliche Abhilfeverweigerung der Antragsgegnerin ist auch nicht dadurch zum Ausdruck gekommen, dass sie die Rüge einer anderen Bieterin zurückgewiesen hat. Ob es zutrifft, dass eine im Hinblick auf denselben Vergaberechtsverstoß erhobene Rüge eines anderen Bieters den Antragsteller von seiner Rügeobliegenheit befreit (OLG Celle, Beschluss vom 15. Dezember 2005, 13 Verg 14/05 – juris, Rn. 12; kritisch Jaeger in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 67), erscheint zweifelhaft, bedarf hier aber keiner Entscheidung. Es trifft jedenfalls nicht zu, dass die andere Bieterin dieselben Vergaberechtsverstöße beanstandet hat wie die Antragstellerin. Die „Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe nach allgemeinem Vergaberecht“ wird in dem Rügeschreiben der anderen Bieterin nur im Hinblick auf die fehlende „Eignung“ der Beigeladenen zu 1), den Auftrag selbst auszuführen, verneint. Im Übrigen hat sich die andere Bieterin nicht mit den Voraussetzungen von § 108 GWB auseinandergesetzt. Aus diesem Grund konnte die Antragstellerin aus der Nichtabhilfe der Rüge der anderen Bieterin nicht schließen, dass ihre eigenen Einwände gegen die beabsichtigte Direktvergabe die Antragsgegnerin von vornherein nicht zu einer Selbstkontrolle veranlasst hätten und eine Rüge aus diesem Grund entbehrlich war.

4. Soweit zulässig, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die beabsichtigte Direktvergabe verstößt weder gegen § 8a Abs. 3 PBefG noch gegen § 3 Abs. 2 ÖPNVG.

a. Anders als die Antragstellerin meint, lässt sich aus § 8a Abs. 3 PBefG kein Verbot ableiten, Verkehrsleistungen im Wege einer Inhouse-Vergabe unter den Voraussetzungen von § 108 GWB direkt zu vergeben. Nach dieser Vorschrift ist die zuständige Behörde unter den in der Verordnung (EG) 1370/2007 genannten Voraussetzungen befugt, Verkehrsleistungen im Nahverkehr nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung selbst zu erbringen oder nach Art. 5 Abs. 2 und 4 der Verordnung direkt zu vergeben. Damit wiederholt die Vorschrift lediglich die in der Verordnung (EG) 1370/2007 geregelten Befugnisse der Antragsgegnerin. Dies schließt die Möglichkeit der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen nach den vom Gerichtshof der Europäischen Union (Urteil vom 18. November 1999, C-107/98 – Rn. 50) entwickelten und später in den Vergaberichtlinien kodifizierten Inhouse-Regeln ein, auf die Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 verweist. Dass diese Möglichkeit in § 8a Abs. 3 PBefG nicht ausdrücklich erwähnt ist, ist unschädlich. Wie bereits dargelegt (oben II.1.), ging der Gesetzgeber des PBefG davon aus, dass die Inhouse-Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Vergaberichtlinien dem Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 unterfällt und die Aufgabenträger unter den dort genannten Voraussetzungen zur Direktvergabe berechtigt sind. Eine Beschränkung der nach EU-Recht bestehenden Befugnisse zur Selbsterbringung und Direktvergabe war durch § 8a Abs. 3 PBefG, der den Vorbehalt einer etwaigen Untersagung durch das nationale Recht gerade ausräumt, nicht beabsichtigt (Fehling in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage 2014, § 8a Rn. 46).

b. Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 S. 2 ÖPNVG liegt ebenfalls nicht vor. Auch diese Vorschrift schließt eine Direktvergabe nach den Inhouse-Vorschriften des § 108 GWB nicht aus, weil sie allein eine redaktionelle Anpassung an die „Novellierung des europäischen Rechtsrahmens für die Personenbeförderung“ und die seinerzeit neue Verordnung (EG) 1370/2007 beinhaltet (LT-Drucks. 15/444, S. 18). Die Rechte der Gemeinden, den Öffentlichen Personennahverkehr als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe wahrzunehmen, sollten über die durch Bundes- und Gemeinschaftsrecht bestehenden Einschränkungen hinaus durch Landesrecht nicht eingeschränkt werden (LT-Drucks. 11/7847, S. 31).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, Verg 27 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.8.2020

### III.

Die Entscheidung bezüglich der im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB. Es entspricht gemäß § 78 S. 1 GWB der Billigkeit, der Antragstellerin die durch das begründete Rechtsmittel der Antragsgegnerin verursachten Kosten aufzuerlegen, jedoch ohne die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen. Die Beigeladenen haben – ebenfalls aus Gründen der Billigkeit – ihre jeweiligen Kosten selbst zu tragen, denn sie haben weder einen eigenen Antrag gestellt, noch sich in relevantem Umfang schriftlich oder mündlich am Verfahren beteiligt. Die Entscheidung über die Kostentragung im Verfahren vor der Vergabekammer beruht, weil die Antragstellerin unterlegen ist, auf § 182 Abs. 3 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin in dem Verfahren vor der Vergabekammer war nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 VwVfG notwendig, weil der Sachverhalt komplex und die zu beurteilenden Rechtsfragen schwierig waren.

Die Entscheidung über den Wert für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG, wobei der geschätzte Gesamtauftragswert bezogen auf einen Vierjahreszeitraum zugrunde gelegt wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, Rn. 80; Senatsbeschlüsse vom 19. Dezember 2019, VII-Verg 16/16, und vom 2. März 2011, VII-Verg 48/10; OLG Rostock, Beschluss vom 25. September 2013, 17 Verg 3/13).

