



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über Verkehrsdienste im öffentlichen Personenverkehr mit Bussen, Straßen- und Stadtbahnen und sonstigen Verkehrsmitteln

VK 1 – 10/18

Antragstellerin zu 1.

Antragstellerin zu 2.

Antragstellerin zu 3.

Verfahrensbevollmächtigte

gegen

den Zweckverband

Antragsgegner zu 1.

Antragsgegnerin zu 2.

Antragsgegnerin zu 3.

Antragsgegnerin zu 4.

Antragsgegner zu 5.

Antragsgegnerin zu 6.

Antragsgegner zu 7.

Antragsgegnerin zu 8.

Antragsgegnerin zu 9.

Antragsgegnerin zu 10.

Antragsgegnerin zu 11.

Antragsgegnerin zu 12.

Verfahrensbevollmächtigte

Beigeladene zu 1)

und

Beigeladene zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte

hat die Vergabekammer Westfalen durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Spinzig und den ehrenamtlichen Beisitzer Bahrenberg auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 2018

am **19. Juni 2018** beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben; den Antragsgegnern werden die Direktvergaben an die Beigeladenen gemäß den Vorinformationen 2017/S 209-434835 und 2017/S 231-482645 untersagt.
2. Die Antragsgegner werden verpflichtet, bei Fortbestand der Beschaffungsabsicht, die Anforderungen des GWB oder der VO (EG) Nr.1370/2007 unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu berücksichtigen.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerinnen wird für notwendig erklärt.
5. Die Antragsgegnerinnen tragen die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerinnen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Der Antragsgegner zu 1), ein kommunaler Zweckverband, dessen Mitglieder die Antragsgegnerinnen zu 2) bis 9), zu 11) und zu 12) als auch die Antragsgegnerin zu 10), die nicht Mitglied im Zweckverband ist, kündigten mit den Vorinformationen 2017/S

209-434835 und 2017/S 231-482645 datiert vom 31.10.2017 und 01.12.2017 die beabsichtigte Direktvergabe von Leistungen im öffentlichen Personenverkehr mit Bussen, Straßen-, Stadtbahnen und sonstigen Verkehrsmitteln für den Stadtverkehr der Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3) gemäß Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im EU-Amtsblatt an. Dabei handelt es sich einerseits um Leistungen im räumlichen Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3), als auch um Linien die in benachbarten Gebiete der namentlich in der Auftragsbekanntmachung aufgeführten anderen öffentlichen Aufgabenträgern, und zwar den Antragsgegnern zu 4) bis 12) führen.

Die Leistungen sollen als Gesamtleistung iSv § 8a Abs. 4 PBefG für einen Zeitraum vom 01.01.2020 bis zum 30.06.2042 vergeben werden, wobei es nicht nur um die Vergabe der Fahrleistungen geht, sondern auch um die Vorhaltung der Betriebsmittel, den Betrieb der Infrastruktur und den Bau der Schieneninfrastruktur. Der geschätzte Auftragswert beträgt für die gesamte Laufzeit des Vertrages ca. 5 Milliarden Euro.

Die Antragstellerinnen sind Verkehrsunternehmen, die Leistungen des öffentlichen Personenverkehrs mit Bussen durchführen und sich insbesondere für einige konkret genannte Linien aus dem Gesamtleistungspaket interessieren.

In den beiden Vorinformationen wird unter Abschnitt I. 1) die zuständige Behörde wie folgt bezeichnet:

Zweckverband Verkehrsverbund xxxxxxxxxxxx, vertreten durch die Verkehrsverbund xxxxxxxxxxxxxxxx, handelnd als Gruppe von Behörden im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und Art. 2 lit. b Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, zugleich handelnd für die Stadt xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (bzw. für die Stadt xxxxx) und die im Anhang A. II aufgeführten mitbedienten Nachbarkommunen.

Unter Abschnitt I. 4) wird auf die Frage, ob die Auftragsvergabe im Namen anderer zuständiger Behörden erfolgt mit „Ja“ geantwortet. Im Anschluss daran sind die Antragsgegnerinnen zu 2) bzw. 3) als auch die Antragsgegnerinnen zu 4) bis 12) namentlich genannt.

Die geplanten Direktvergaben sollen aufgrund des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 unmittelbar an die Beigeladenen zu 1) und zu 2) erfolgen, die als interne Betreiber in der Bekanntmachung nicht namentlich genannt sind. Dabei handelt es sich um die Beigeladene zu 1), die xxxxxxxx GmbH, die zu ca. 69% im Eigentum der zu 100% stadteigenen Holding xxx und zu knapp 6% im Eigentum der Antragsgegnerin zu 2) selbst steht und zu 25% im Eigentum der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH. Die Beigeladene zu 2), die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH steht zu 100% im Eigentum der Beteiligungsholding xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, die ihrerseits vollständig im Eigentum der Antragsgegnerin zu 3) steht.

Alle beteiligten Antragsgegner haben eine sogenannte „Gruppe von Behörden“ iSv Art. 2 lit. b VO (EG) Nr. 1370/2007 gebildet, die wie folgt in der Verordnung definiert wird:

Als zuständige Behörde gilt jede Behörde oder Gruppe von Behörden, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geographischen Gebiet befugt ist oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung.

Aus diesem Grund haben der xxx und die Antragsgegner zu 2) bis 12) zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung auf dem Gebiet des öffentlichen Personenverkehrs im Kooperationsraum Rhein-Ruhr ihre Zweckverbandsvereinbarung im Jahre 2014 ergänzt. Gemäß § 5a der Satzung (Zweckverbandsvereinbarung) haben die Antragsgegner Aufgaben im Zusammenhang mit der Vorbereitung, Organisation und Koordination von Direktvergaben öffentlicher Dienstleistungsaufträge gemäß Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 auf den Zweckverband übertragen. Mit der Antragsgegnerin zu 10), die nicht Mitglied im xxx ist, wurde eine separate öffentliche Vereinbarung geschlossen.

Der xxx ist für die Aufgaben im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr zuständig, nicht jedoch für den öffentlichen Personenverkehr auf den Straßen. Der xxx wurde von mehreren Städten und Kreisen im Bereich des Ruhrgebiets eingerichtet und besteht aus zwei rechtlich getrennten Körperschaften des öffentlichen Rechts, dem „Zweckverband xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx“ und dem „Verkehrsverbund xxx“. Der xxx kann von seinen Verbandsmitgliedern Umlagen erheben, um Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu finanzieren. Der xxx obliegen organisatorische Verwaltungsaufgaben im Zusammenhang mit der Abwicklung der Direktvergaben. Beispielsweise sollen stellvertretend die Bekanntmachungen veröffentlicht oder Nachprüfungsverfahren durchgeführt werden.

Auf der Grundlage des § 5 Abs. 3a ÖPNVG NRW haben die hier genannten Verbandsmitglieder dem VRR gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 der Zweckverbandsvereinbarung konkret die Finanzierung und Sicherstellung der Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im öffentlichen Personenverkehr übertragen, wobei dies insbesondere die Zuständigkeit zum Erlass von Finanzierungsbescheiden umfasst. Nach § 5a Abs. 2 der Zweckverbandsvereinbarung bleibt jedes Verbandsmitglied im Innenverhältnis zum Zweckverband bei Direktvergaben gemäß Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 aber selbst verantwortlich und zuständig für die Wahrnehmung der ihnen obliegenden Aufgaben zur rechtswirksamen Durchführung einer Direktvergabe, d.h. für die Entscheidung über die Inhalte des Betrauungsaktes.

Die Betrauung mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erfolgt dadurch, dass Nahverkehrspläne erstellt und damit die Leistungen für die künftigen Angebotsstandards und Qualitätsparameter im Personenverkehr festgelegt werden. Die Nahverkehrspläne bilden somit spiegelbildlich die Leistungen ab, die Gegenstand des Auftrages sind. Der Nahverkehrsplan beinhaltet beispielsweise die konkrete Benennung der

Linien, die Bedienungshäufigkeit für Verkehrsdienste, die Eckzahlen zu den Fahrleistungen, die Mindeststandards für die Qualität der Verkehrsdienste und der Verkehrsinfrastruktur.

Neben der Finanzierung und dem Betrauungsvertrag benötigt das Verkehrsunternehmen auch noch eine Genehmigung zur Bedienung von Bus- und Straßenbahnlinien nach dem Personenbeförderungsgesetz, also eine gewerbliche Erlaubnis.

Die Betrauung obliegt im Innenverhältnis weiterhin den Antragsgegnern zu 2) bis 12), die für ihr Gebiet -und gegebenenfalls für das Gebiet Mitbedienter -einen Rats- oder Kreistagsbeschluss benötigen. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag soll im Anschluss daran durch den Bescheid des xxx rechtsverbindlich nach außen dem Verkehrsunternehmen erteilt werden. Konkret gehen die Antragsgegner davon aus, dass nicht die Aufgabenträger für den öffentlichen Personenverkehr, sondern der xxx mit den Verkehrsunternehmen rechtsverbindlich den öffentlichen Dienstleistungsauftrag abschließt bzw. die Betrauung der internen Betreiber vornimmt.

Die Antragstellerinnen haben mit Schreiben vom 19.02.2018 und 27.02.2018 Rügen erhoben, die mit Schreiben vom 05.03.2018 zurückgewiesen wurden. Die Antragstellerinnen beantragten daraufhin am 20.03.2018 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und verfolgen damit ihre gerügten Beanstandungen weiter.

Die Antragstellerinnen halten sich für antragsbefugt, obwohl sie nur für einige Linien aus dem Gesamtpaket Interesse gezeigt haben. Sie verweisen darauf, dass keine nachvollziehbaren Begründungen für die Notwendigkeit einer Gesamtvergabe und den Verzicht einer Losvergabe vorliegen würden. Auch sei nichts verfristet, weil es keine gesetzliche Ausschlussfrist für Nachprüfungsanträge nach Veröffentlichung einer Vorinformation über beabsichtigte Direktvergaben gebe.

Die Antragstellerinnen halten den Antrag auch für begründet. Sie tragen zunächst vor, dass die rechtliche Regelung in Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 sich nur auf Dienstleistungskonzessionen beziehe und nicht auf Dienstleistungsaufträge. Insofern gelte der Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr.1370/2007, wonach die allgemeinen Vergabebestimmungen des GWB anwendbar seien, wenn ein Dienstleistungsauftrag für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen vergeben werden solle. Das lasse sich bereits aus dem Wortlaut entnehmen, ließe sich aber auch aus dem Zweck schließen. Zweck der Richtlinien sei die Öffnung der Märkte für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten, wobei jegliche Ausnahmen nach der Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen seien. Art. 5 Abs. 1 sei keine Ausnahmeregelung und normiere auch kein Sondervergaberecht.

Zudem vertreten die Antragstellerinnen die Auffassung, dass eine in-house Vergabe nach allgemeinem Vergaberecht (GWB) an die Beigeladenen nicht in Betracht komme, weil es sich bei Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 um eine reine Rechtsfolgenverweisung auf die Vergaberichtlinien handele und mithin öffentliche Dienstleis-

tungsaufträge nach den Verfahren zu vergeben seien, die in den Richtlinien vorgesehen seien. Nach allgemeinem Vergaberecht würde somit zu entscheiden sein, wie das Vergabeverfahren bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen durchzuführen sei, während Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 sich nur auf das „Ob“ beziehe.

In diesem Zusammenhang verweisen die Antragstellerinnen auch darauf, dass nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die Eigenerbringung streng kontrolliert werden sollte, um möglichst mehr Wettbewerb und Transparenz bei den öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu ermöglichen. Mit dieser Zielsetzung sei es nicht zu vereinbaren, wenn die zuständigen Behörden bei Unanwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 einfach auf die Vorschriften der Vergaberichtlinien über in-house Geschäfte zurückgreifen könnten.

Zudem beanstanden die Antragstellerinnen die beabsichtigte Vergabe der Leistungen durch die „Gruppe von Behörden“, weil sie der Auffassung sind, dass diese lediglich an der Vergabe mitwirke, aber nicht selbst öffentlicher Auftraggeber sei. Der xxx habe aufgrund seiner Satzung keine Entscheidungszuständigkeiten für Direktvergaben im Gebiet seiner Mitglieder, soweit es um den öffentlichen Personenverkehr gehe. Diese Zuständigkeit stehe dem xxx lediglich im Bereich des öffentlichen Schienenpersonenverkehrs zu. Auch durch die Zweckverbandsvereinbarung und die Bildung des xxxxxx habe sich diese Rolle nicht geändert. Denn ausweislich des § 5a obliege dem Antragsgegner zu 1), lediglich die Verwaltung und Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, nicht aber die Betrauung. Für die Betrauung seien vielmehr weiterhin die jeweiligen Verbandsmitglieder zuständig und verantwortlich, also die Antragsgegner zu 2) und zu 3). Dabei handele es sich um die originär für die Vergabe der öffentlichen Aufträge im straßengebundenen öffentlichen Personenverkehr zuständigen Aufgabenträger. Die Antragstellerinnen meinen, dass der Antragsgegner zu 1) somit nur eine Service- und Botenfunktion erfülle, aber keine Entscheidungszuständigkeit habe. Da der xxx auch keine entsprechenden Zuständigkeiten habe, konnte er diese Zuständigkeiten auch gar nicht auf die Gruppe von Behörden übertragen.

Die Antragstellerinnen sind der Auffassung, dass die Betrauung der Verkehrsunternehmen mit der Durchführung von Leistungen im straßengebundenen öffentlichen Personenverkehr weiterhin bei den lokalen Aufgabenträgern verblieben sei und die Antragsgegner nur vorspiegeln würden, dass hier Änderungen vorgenommen worden seien.

Im Übrigen tragen die Antragstellerinnen vor, dass die Antragsgegner wechselnde Aussagen zur Gruppe von Behörden gemacht hätten. Entweder sei nur der Antragsgegner zu 1) die „Gruppe von Behörden“ oder diese Gruppe umfasse alle genannten Antragsgegner zu 1) bis 12). Die Interventionsbefugnisse nach Art. 2 lit. b) VO (EG) Nr. 1370/2007 setze aber mehr voraus, als das Vorliegen einer Mehrzahl von Behörden. Eine bloße Mehrzahl von Behörden sei als solche noch keine Gruppe mit Interventionsbefugnissen. Vielmehr würden die Interventionsbefugnisse im Falle einer Mehrzahl von Behörden nach wie vor bei den einzelnen zuständigen Behörden bleiben und nicht

auf die rechtlich verselbständigte Mehrheit der zuständigen Behörden übergehen. Interventionsbefugnisse könnten einer Mehrzahl von Behörden nur dann zustehen, wenn nach den maßgeblichen Vorschriften des nationalen Rechts eine institutionalisierte Gruppe geschaffen würde und diese mit Interventionsbefugnissen ausgestattet würde, die ursprünglich bei den einzelnen Behörden lagen.

Aus der Zielsetzung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 folge, dass unter der Intervention in den öffentlichen Personenverkehr der Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Betreiber durch Ausspruch gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu verstehen sei. Daher könne eine zuständige Behörde nur eine institutionalisierte Stelle sein, die nach nationalem Recht die Befugnis habe, im Sinne einer Marktintervention gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auszusprechen. Der Antragsgegner zu 1) würde aber lediglich mitwirken, aber keine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung aussprechen können.

Weiterhin tragen die Antragstellerinnen vor, dass sich auch aus anderen gesetzlichen Bestimmungen, wie der Finanzierungsrichtlinie, nicht ergebe, dass der Antragsgegner zu 1) für die Direktvergabe zuständig sei, sondern die Betrauungsbeschlüsse könnten nur durch die öffentlichen Vorhabenträger vorgenommen werden. Das lasse sich auch aus den Ratsbeschlüssen der Antragsgegnerin zu 2) und zu 3) vom 24.08.2017 und vom 12.10.2017 entnehmen. Danach solle die Direktvergabe an die internen Betreiber durch diese beiden Antragsgegner erfolgen.

Zudem mutmaßen die Antragstellerinnen, dass es den Antragsgegner lediglich um die Möglichkeit einer steuerlichen Quersubventionierung gehe. Diese Vorteile würden nur dann bestehen, wenn es innerhalb eines Stadtwerke-Konzerns möglich sei, Gewinne aus der Energieversorgung mit Verlusten im öffentlichen Personenverkehr zu verrechnen. Die Beigeladene zu 2), so die Antragstellerinnen, sei letztlich nur eine reine Managementgesellschaft, deren Funktion sich darin erschöpfe, die Vorteile des steuerlichen Querverbands für die Antragsgegnerin zu 3) zu erhalten. Denn nach der Übertragung des Anlagevermögens und dem Personal sei die Beigeladene zu 2) nicht mehr zur operativen Erbringung der Verkehrsleistungen in der Lage.

Weiterhin beanstanden die Antragstellerinnen die lange Laufzeit des Vertrages von 22,5 Jahren. Sie meinen, dass die Amortisationsdauer hinsichtlich der Investitionen in Schienenfahrzeuge und Schieneninfrastruktur einfach behauptet würde, aber nicht belegt sei. Schon gar nicht könnten diese Argumente für Busse gelten, die lediglich auf der Straße, aber nicht auf Schienen fahren würden.

Die Antragstellerinnen sind der Auffassung, dass es keine ausreichenden Gründe für eine Gesamtvergabe gebe. Auch wenn man die Linien in den Stadtgebieten der Antragsgegnerin zu 2) und zu 3) als Gesamtnetz definiere, würden diese Linien schon bisher von unterschiedlichen Verkehrsunternehmen bedient. Das soll auch zukünftig so bleiben, weil sich aus der Anlage 6 zur Finanzierungsrichtlinie ergebe, dass die

Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3) auch weiterhin Kleinaufträge an andere Verkehrsunternehmen vergeben wollen.

Weiterhin mutmaßen die Antragstellerinnen einen Verstoß gegen § 6 VgV, weil Mitarbeiter der Beigeladenen und des Antragsgegners zu 1) im Unternehmensbeirat sitzen, woraus sich ein Interessenkonflikt für Personen ergebe, die an der Durchführung eines Vergabeverfahrens beteiligt seien.

Abschließend meinen die Antragstellerinnen, dass der VRR und die AöR ausweislich der Satzungen als Unternehmen am Markt iSv § 1 GWB tätig sind und sie damit gegen § 8 Abs. 3b PBefG verstoßen, weil deren Vereinbarungen und Beschlüsse bei der Genehmigungsbehörde nicht angemeldet worden seien.

Die Antragstellerinnen beantragen,

1. den Antragsgegnern zu 1) bis 10) die beabsichtigte Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über Verkehrsdienste im öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen, Straßen- und Stadtbahnen und sonstigen Verkehrsmitteln im **Stadtverkehrxxxxxx** einschließlich Stadtgrenzen überschreitender, in die Gebiete benachbarter ÖPNV-Aufgabenträger führender Linien nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entsprechend der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten Vorinformation vom 31. Oktober 2017 (2017/S 209-434835) zu untersagen und ihnen aufzugeben, für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben festhalten, den Vertrag nur nach vorheriger Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;
2. den Antragsgegnern zu 1) bis 6), zu 9), zu 11) und zu 12) die beabsichtigte Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages über Verkehrsdienste im öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen, Straßen- und Stadtbahnen und sonstigen Verkehrsmitteln im **Stadtverkehr xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx** einschließlich grenzüberschreitender, in die Gebiete benachbarter ÖPNV-Aufgabenträger führender Linien nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entsprechend der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten Vorinformation vom 1. Dezember 2017 (2017/S 231-482645) zu untersagen und ihnen aufzugeben, für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben festhalten, den Vertrag nur nach vorheriger Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerinnen für notwendig zu erklären und die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerinnen den Antragsgegnern aufzuerlegen.

Die Antragsgegner beantragen,

1. die Nachprüfungsanträge kostenpflichtig zurückzuweisen und
2. festzustellen, dass die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren notwendig war,
3. und die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragsgegner den Antragstellerinnen aufzuerlegen.

Die Antragsgegner tragen vor, dass der Zweckverband xxx und die weiteren Antragsgegner, die Verbandsmitglieder des xxxxsind, als Gruppe von Behörden nach außen alleine, wie eine Außengesellschaft, auftreten. Auch aus der Zweckverbandsvereinbarung ergebe sich, dass der Antragsgegner zu 1) zur Entgegennahme und Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig sei. Die Nachprüfungsanträge seien somit zu Recht dem Antragsgegner zu 1) zugestellt worden.

Die Nachprüfung sei aber unzulässig, weil die Antragstellerinnen nicht antragsbefugt seien. Bei in-house Vergaben oder Direktvergaben an einen internen Betreiber komme eine Bildung von Teillosen bzw. die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens nicht in Betracht. Gegenstand der Vorinformationen sei die Vergabe als Gesamtleistung gewesen; die Genehmigung einzelner Linien sei damit ausgeschlossen, so dass die von den Antragstellerinnen genannten Linien auch nicht aus dem Gesamtpaket gelöst werden könnten. Demgegenüber habe der Entscheidung des BGH vom 8.2.2011 ein anderer Sachverhalt zugrunde gelegen. Dort sei es um die grundsätzliche Frage gegangen, ob das GWB zur Anwendung komme, also ob überhaupt eine Ausschreibungspflicht vorgelegen habe. Im Übrigen seien die Antragstellerinnen auch wirtschaftlich nicht in der Lage, einen solchen umfassenden Auftrag auszuführen.

Die Anträge seien auch verfristet, da die Frist von 30 Kalendertagen nach § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB im Zeitpunkt der Rügen bereits abgelaufen gewesen sei. Diese Regelung sei hier entsprechend anwendbar, weil die Vorabbekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 völlig sinnlos wäre, wenn keine Fristverkürzung ausgelöst würde. Demgegenüber würde der Verweis in § 8a Abs. 7 PBefG eine planwidrige Regelungslücke enthalten.

Die Antragsgegner halten den Nachprüfungsantrag aber auch für unbegründet, weil die geplante Vergabe der Leistungen an die beiden Beigeladenen als Direktvergaben gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr.1370/2007 zulässig sei.

Die Antragsgegner vertreten die Auffassung, dass die VO (EG) Nr.1370/2007 sehr wohl anwendbar sei und die Regelung in Art. 5 Abs. 1 keine Verweisung in das GWB enthalte. Das allgemeine Vergaberecht des GWB sei aufgrund des Vorliegens der in-house Voraussetzungen nicht anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob eine Dienstleistungskonzession oder ein Dienstleistungsauftrag vergeben werde. Dies lasse sich ohne Weiteres dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 entnehmen, weil dort auf das in jenen Richtlinien vorgesehene „Verfahren“ verwiesen werde. Für in-house Vergaben gebe es aber auch nach dem GWB keine Verfahrensvorschriften. Denn die in-house Vergabe bedeute, dass es sich um eine Eigenleistung der Verwaltung zur

Bedarfsdeckung aus eigenen Mitteln handele, so dass keine Leistungen am Markt beschafft würden und mithin ein Vergabeverfahren nicht durchgeführt werde müsse. Zudem seien aber auch die Voraussetzungen einer in-house Vergabe nach dem GWB vorliegend erfüllt.

Demgegenüber würde unter Berücksichtigung der Auffassung der Antragstellerinnen der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien auch auf in-house Vergaben ausgedehnt, obwohl diese nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen. Nach dem Sinn und Zweck der Norm solle aber lediglich der Anwendungsbereich des GWB nicht durch das sektorspezifische Vergaberecht nach der VO (EG) Nr.1370/2007 eingeschränkt werden.

Weiterhin tragen die Antragsgegner vor, dass sie als Gruppe von Behörden hier tätig geworden seien. Dieser Begriff sei in Art. 2 lit. b) VO (EG) Nr.1370/2007 definiert, aber nur funktional beschrieben. Die innere Verfasstheit der Gruppe sei nicht vorgegeben, aber man müsse zur gemeinsamen Marktintervention in ihrer Gesamtheit als Gruppe befugt sein. Die Gruppe entstehe durch schlichtes gemeinschaftliches Handeln einzelner zuständiger Behörden. Die Gruppe von Behörden sei dabei nicht allumfassend zuständig, sondern jedes Mitglied der Gruppe könnte auch weiterhin eigenständig als zuständige Behörde am Markt agieren. Die fortbestehende Eigenständigkeit würde sich auch aus der Definition in Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 ergeben, weil im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde die Kontrolle ausüben müsse.

Der Wortlaut der VO (EG) Nr. 1370/2007 gebe nicht vor, wie die Gruppe von Behörden gebildet werden müsse. Das sei vielmehr aufgrund des nationalen Rechts festzustellen. Die Antragsgegner gehen davon aus, dass es nicht darauf ankommt, dass eine institutionalisierte Gruppe vorhanden ist, sondern entscheidend sei allein das koordinierte gemeinsame Handeln der Gruppenmitglieder. Jedes Gruppenmitglied könne dann im Rahmen dieser Gruppe von Behörden für unterschiedliche Teilaufgaben oder verschiedene Aspekte, wie die Anforderungen an den Fahrplan oder die Beförderungsentgelte, zuständig sein.

Aber für den Fall, dass eine Institutionalisierung der Gruppe und eine Interventionsbefugnis aller Gruppenmitglieder erforderlich sein sollten, wären auch diese Voraussetzungen hier erfüllt. Diese Gruppe sei gesetzeskonform organisiert und damit auch institutionalisiert, weil die Ausgestaltung der Organisationsstrukturen im jeweiligen Kooperationsraum durch die Mitglieder des Zweckverbandes bzw. der gemeinsamen Anstalt erfolge, so § 5 Abs. 1 und Abs. 2 ÖPNVG NRW. Die Satzungen des xxx würde umfassend die bei einer Direktvergabe zur Anwendung kommenden Verantwortlichkeiten und Aufgaben der kommunalen Aufgabenträger einerseits und der Verbundebene andererseits regeln. Keiner der Beteiligten verfüge über die Zuständigkeiten, um sämtliche Komponenten eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages selbst abzudecken. Vielmehr obliege dem xxx in Umsetzung von § 5 Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG NRW als satzungsmäßige Aufgabe die Festlegung des xxx-Tarifs, die Integration des Gesamtangebotes sowie die Zuständigkeit für die Betrauung und Ausgleichsgewährung

für die direkt vergebenen Personenverkehrsdienste. Die Befugnisse zur Marktintervention seien somit auf die Mitglieder der Gruppe verteilt und keiner der Beteiligten verfüge über die Zuständigkeiten, um sämtliche Komponenten eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages selbst abzudecken.

Diese Gruppe von Behörden habe aufgrund der Aufgabenzuweisung eine Interventionsbefugnis für den Markt der Erbringung öffentlicher Personenbeförderungsleistungen. Der Begriff der Intervention gehe inhaltlich über den Begriff des Tätigwerdens hinaus und umfasse alle staatlichen Handlungen, die den öffentlichen Personenverkehr beeinflussen würden. Die VO (EG) Nr. 1370/2007 überlasse es auch den Mitgliedstaaten, welche Behörden für die einzelnen Aspekte des öffentlichen Personenverkehrs zuständig seien und akzeptiere folglich auch ein Nebeneinander verschiedener zuständiger Behörden. Nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr.1370/2007 dürfe auch die Gewährung von Ausgleichsleistungen nur durch eine zuständige Behörde erfolgen, woraus man schlussfolgern könne, dass das Gewähren von Ausgleichsleistungen als Intervention anzusehen sei.

Ausgehend von diesem Begriffsverständnis sei auch der VRR Teil der Gruppe von Behörden, weil dieser die Ausgleichsleistungen gewähre und die Finanzierung sicherstelle. Die Zweckverbandsmitglieder würden ebenfalls eigene Aufgaben als Aufgabenträger für den öffentlichen Personenverkehr erfüllen. Deren Interventionsbefugnis ergebe sich daraus, dass sie die Betrauung mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durchführen würden, wozu auch die konkrete Planung des lokalen Verkehrsangebots oder die Bestimmung der Qualität der Leistungen zähle.

Da die Vergaben im Rahmen der Gruppe von Behörden erfolgen, sei eine Kontrollmöglichkeit des Antragsgegners zu 1) in Bezug auf die Beigeladenen nicht erforderlich. Vielmehr reiche es aus, wenn die Kontrolle durch ein Gruppenmitglied erfolge, wie das hier der Fall sei.

Die Antragsgegner tragen weiterhin vor, dass kein Verstoß gegen die sogenannte Eigenbringungsquote iSv Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007 vorliege, nur weil die Beigeladenen als Einheit auftreten und das operative Geschäft der Beigeladenen zu 1) übertragen worden sei. Denn es würde sich bei beiden Unternehmen um interne Betreiber handeln.

Weiterhin meinen die Antragsgegner, dass eine Laufzeit des Vertrages von 22,5 Jahren wegen der Amortisationsdauer für die Investitionsgüter wie Schienenfahrzeuge und Schieneninfrastruktur vorliegende gerechtfertigt sei.

Zudem vertreten die Antragsgegner die Auffassung, dass bei einer Direktvergabe eines Auftrages an einen internen Betreiber kein Gebot auf Losbildung gemäß § 97 Abs. 4 GWB gebe. Denn diese Pflicht zur Losbildung gebe es nur in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen sei § 8 Abs. 3 b PBefG keine eigenständige kartellrechtliche Verbotsnorm, sondern eine Bereichsausnahme, die Vereinbarungen zwischen Verkehrsunternehmen unter den dort genannten materiellen und formellen Voraussetzungen vom Verbot des § 1 GWB ausnehme.

Die Beigeladenen erhielten Gelegenheit zum Vortrag.

Die Vergabekammer hat die beiden Nachprüfungsanträge entsprechend § 147 ZPO zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung verbunden, weil die Ansprüche, die Gegenstand dieser Prozesse sind, in einem rechtlichen Zusammenhang stehen. Es geht in beiden Fällen um die geplante Direktvergabe an zwei unterschiedliche interne Betreiber, aber die Antragstellerinnen und die Antragsgegner bestehen aus denselben Verfahrensbeteiligten. Die Antragsgegner haben während des laufenden Nachprüfungsverfahrens Vollmachten nachgereicht, so dass eine ordnungsgemäße Vertretung aller im Rubrum genannten Antragsgegner sichergestellt war.

Die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer ist bis zum 29. Juni 2018 verlängert worden. Am 8. Juni 2018 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Der nachgelassene Schriftsatz der Antragsgegner vom 13. Juni 2018 wurde bei der Entscheidung berücksichtigt.

II.

Die Vergabekammer Westfalen ist gemäß Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 iVm § 8a Abs. 7 PBefG idF vom 20.7.2017 zuständig. Danach unterliegt die Vergabe von Direktvergaben an interne Betreiber der Nachprüfung nach dem 4. Teil Kapitel 2 des GWB, also den §§ 155 ff. GWB.

Die örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich unter entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 3 GWB, da mehrere öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung genannt sind, die nicht ausschließlich ihren Sitz im Bezirk der Vergabekammer Westfalen (vgl. § 2 Abs. 2 ZuStVO NpV NRW) haben. Es besteht bei länderübergreifenden Beschaffungen die Möglichkeit, in der Vergabebekanntmachung nur eine zuständige Vergabekammer zu nennen. Davon haben die Auftraggeber vorliegend entsprechend durch Nennung der VK Westfalen Gebrauch gemacht.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragstellerinnen sind antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB, auch wenn sie nur an einigen Linien aus dem Gesamtpaket Interesse bekundet haben.

Wie bereits in der Entscheidung des BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10 ausgeführt, kommt es für die Antragsbefugnis nicht darauf an, dass das Gesamtpaket von den antragstellenden Unternehmen bedient werden kann. Vielmehr ist entscheidend,

ob hier ein Verstoß gegen Vergaberecht vorliegt, wodurch dann eine erneute Ausschreibung erforderlich sein könnte. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist völlig offen, wie eine solche neue Ausschreibung ausgestaltet sein wird, so dass auch im Vorfeld noch nicht sicher bestimmt werden kann, wer sich an einer solchen Ausschreibung beteiligen könnte.

Die Frage, ob die Antragstellerinnen tatsächlich durch bestimmte Maßnahmen eines öffentlichen Auftraggebers in ihren Rechten verletzt sind, ist letztlich eine Frage der Begründetheit. Erst dann, wenn ein Vergaberechtsverstoß positiv festgestellt wurde, ist zu prüfen, ob auch der Antragsteller dadurch (kausal) in seinen Rechten verletzt wird.

1.2 Die Antragstellerinnen haben die geplanten und im Amtsblatt der EU veröffentlichten Vorinformationen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB gerügt.

Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, müssen spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Bewerbung oder Angebotsabgabe gerügt werden. Die Bekanntmachung iSv § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB ist sicherlich nicht gleichzusetzen mit der Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007, ist aber durchaus vergleichbar. Denn die Vorinformation ist eine zwingende Voraussetzung für eine spätere Direktvergabe; spätestens damit wird das „Vergabeverfahren“ eingeleitet, so dass potentielle Wettbewerber die Möglichkeit erhalten, um Rechtsschutz nachzusuchen. Da die Vorinformation ein Jahr vor der Direktvergabe zu veröffentlichen ist, haben die Wettbewerber auch – unabhängig von bestimmten Fristen im PBefG – bis zu einem Jahr Zeit, die Nachprüfung zu beantragen. Insofern waren die Rügen nicht verfristet.

Ob auch eine entsprechende Anwendung des § 135 Abs. 2 GWB in Betracht kommt, lässt die Kammer unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens aus § 311 Abs. 3 BGB dahingestellt, weil in beiden Vorinformationen auf beide Vorschriften Bezug genommen wurde. Die Interessenten sind sowohl auf § 160 Abs. 3 GWB als auch auf § 135 Abs. 2 GWB hingewiesen worden.

Zudem würde es sich um eine Ausschlussfrist handeln, die kraft Gesetzes nicht geregelt ist. Eine solche Frist im Wege einer Regelungslücke anzunehmen, widerspricht der Klarheit und Eindeutigkeit der Bestimmungen über den Rechtsschutz.

Die Antragstellerinnen haben zudem innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S.1 Nr. 4 GWB die Nachprüfung beantragt, vgl. dazu die Stattgabe des Wiedereinsetzungsantrages mit Verfügung vom 03.04.2018.

1.3 Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen öffentliche Auftraggeber iSv § 99 Nr. 1 und Nr. 3 GWB. Denn sowohl die Gebietskörperschaften als auch der VRR sind für sich genommen öffentliche Auftraggeber im Sinne dieser Vorschrift.

Ob auch eine „Gruppe von Behörden“ öffentlicher Auftraggeber sein kann, ist im Rahmen der Begründetheit zu beurteilen.

1.4 Die Kammer geht davon aus, dass Dienstleistungsaufträge vergeben werden sollen und keine Dienstleistungskonzessionen. In beiden Fällen sind aber die entsprechenden Auftragswerte weit überschritten.

1.5 Die Kammer geht unter Berücksichtigung der in der mündlichen Verhandlung ausgehändigten Tabelle und dem nachgelassenen Schriftsatz vom 13. Juni 2018 von einem Auftragswert von ca. 5 Mrd. € für die Gesamtlaufzeit des Vertrages aus.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die von den Antragsgegnern geplanten Direktvergaben an die beiden Beigeladenen, die als interne Betreiber bezeichnet werden, ist nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 vergaberechtlich nicht zulässig.

Die Kammer hat lediglich das „Vorhaben“ der Antragsgegner vergaberechtlich zu überprüfen, aber nicht zu entscheiden, welche anderen vergaberechtlichen Möglichkeiten bestehen. Gibt es mehrere Möglichkeiten, so hat allein der öffentliche Auftraggeber diese Entscheidungen zu treffen. Das Vorhaben der Antragsgegner besteht darin, dass eine „Gruppe von Behörden“ die konkret in den Bekanntmachungen genannten integrierten Personenverkehrsleistungen mit Bussen und Straßenbahnen direkt gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 an die beiden Beigeladenen vergeben will.

2.1 Die Vergabekammer lässt die Frage, ob Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 anwendbar ist oder gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 die Vorschriften des GWB gelten, hier dahingestellt, weil diese Frage Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens des OLG Düsseldorf gemäß Art. 267 AEUV ist, worüber der EuGH noch nicht entschieden hat.

a) Nach Auffassung des BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10, ist der Ausnahmekatalog im GWB (nunmehr in §§ 107, 108 GWB geregelt) maßgeblich. Aufgrund dessen ist zu entscheiden, ob es gemeinschaftsrechtliche Sonderregelungen gibt, die im Einzelfall ausnahmsweise eine Relativierung der Auslegung erforderlich machen. Ob die VO (EG) Nr. 1370/2007 eine solche Regelung ist, bleibt dahingestellt. Diese Verordnung gilt zwar unmittelbar, es ist aber fraglich, ob diese Regelung Vorrang unter dem Gesichtspunkt der Spezialität gegenüber dem GWB hat. Der BGH hat jedenfalls für den Eisenbahnbereich (Art. 5 Abs. 6) grundsätzlich keine abdrängende Sonderzuweisung der VO (EG) Nr. 1370/2007 angenommen. Da auch Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 für den Bereich des Personenverkehrs auf der Straße zunächst darauf hinweist, dass es keine nationalen Untersagungstatbestände geben darf („Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“), würde die Kammer eher dazu tendieren, in Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 keine vorrangige Spezialregelung für in-house Vergaben zu sehen.

Das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.05.2017 Verg 17/16 und Verg 18/16 hat diese Frage dem EuGH vorgelegt. Konkret will das OLG wissen, ob Art 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 auf Aufträge anwendbar ist, bei denen es sich nicht um Aufträge han-

delt, die im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr.1370/2007 die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG annehmen.

Eine Entscheidung des EuGH liegt bislang noch nicht vor, so dass die Vergabekammer für dieses Verfahren die Anwendbarkeit der VO (EG) Nr.1370/2007 unterstellt.

b) Unabhängig davon weist die Kammer darauf hin, dass die nationalen Regelungen des 4. Teils des GWB hier sehr wohl anwendbar sind und bleiben. Insofern kommt es auch darauf an, wer öffentlicher Auftraggeber iSv § 99 GWB ist und ob ein öffentlicher Auftrag iSv § 103 GWB vorliegt.

Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist zunächst und vorrangig keine Bestimmung über das Vergaberecht, sondern eine Vorschrift, nach der die Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen (Ausgleichsleistungen) geprüft wird. Nach dem Altmark Trans Urteil des EuGH vom 24.7.2003, Rs. C-280/00, konnte Art. 93 AEUV nicht unmittelbar angewandt werden, sondern diesbezüglich war eine Verordnung erforderlich. Der EuGH hatte seinerzeit mit dem 4. Kriterium verlangt, dass die Ausgleichsleistungen der zuständigen Behörde mit den Aufwendungen zu vergleichen sind, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen aufwendet, um das Verkehrsmittel zur Verfügung zu stellen, d.h. Aufwendungen die ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen bei der Erfüllung der Leistungen hätte. Ziel des Anhangs zur VO (EG) Nr. 1370/2007 ist somit die Festlegung objektiver, transparenter und realistischer Methoden, so dass keine Überkompensation und keine Quersubventionierung erfolgt und auch keine getrennten Kontenführungen stattfinden, die der Kostenwahrheit zuwiderlaufen.

Die Ausgleichsleistungen stellen nicht die Vergütung des „Vertrages“ dar, sondern werden berechnet durch den Abgleich der Kosten und Aufwendungen, die ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen haben würde, mit den Einnahmen, die aufgrund der Durchführung der Leistungen zu erwarten sind (z.B. Fahrgeldeinnahmen). Die Ausgleichsleistungen sind Zuschüsse (staatliche Beihilfen), die gewährt werden, weil die geforderten Leistungen ansonsten unrentabel sind, somit in der Regel nicht eigenwirtschaftlich von Busdienstleistern erbracht werden, aber im Rahmen der Daseinsvorsorge vom öffentlichen Auftraggeber gewollt sind. Damit werden diese Leistungen auch für private Busunternehmen interessant, weil sie durch diese Ausgleichsleistungen die geforderten Leistungen ebenfalls kostendeckend und betriebswirtschaftlich sinnvoll anbieten könnten. Insofern sollen durch die VO (EG) Nr. 1370/2007 gerade auch die mittelständischen Unternehmen berücksichtigt werden, die in diesem Marktbereich tätig sind.

Demgegenüber enthält lediglich der Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 eine Vergabevorschrift, weil die zu vergebenden Aufträge an die Verkehrsunternehmen durchaus auch öffentliche Aufträge iSd GWB sein könnten, soweit die in Art. 2 lit i) VO (EG) Nr. 1370/2007 genannten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu auch Diemon-Wies, Vergaberecht „trifft“ ÖPNV, in Verkehr und Technik 2013, S. 469). Das ist nicht zwingend erforderlich, weil die „Übereinkunft“ mit dem Betreiber des Personenverkehrs-

dienstes auch in der Form eines Gesetzes oder einer Verwaltungsregelung (Rechtsverordnung; Satzung) bestehen kann. Für solche „Rechtssetzungsakte“ gibt es keine Nachprüfung durch die Vergabekammern, sondern diese findet nur statt, wenn ein (öffentlicher) Auftrag erteilt werden soll. Die Frage ist somit, ob die geplante „Übereinkunft“ einen Vertrag darstellt oder eine andere Rechtsform annimmt.

Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag iSv Art. 2 lit.i) und Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 in der Form eines „Vertrages“ sollte somit durch die Verordnung nicht dem Vergaberecht entzogen werden, sondern dieser sollte weiterhin den Regeln des nationalen Vergaberechts und den Vergaberichtlinien der EU unterfallen.

Eine Vergabekammer prüft somit nicht die Angemessenheit des Preises bzw. des tatsächlichen Entgelts oder die Höhe der Ausgleichsleistungen für die beabsichtigten Leistungen im Personenverkehr, sondern ob ein öffentlicher Auftrag iSv § 103 GWB vorliegt und ob dieser Auftrag von einem öffentlichen Auftraggeber iSv §§ 99 ff. GWB vergeben wird. Denn Sinn und Zweck der VO (EG) Nr. 1370/2007 ist nicht die Umgehung des Vergaberechts, also der Richtlinien der EU oder der nationalen Regelungen des GWB. Vielmehr soll mit der VO (EG) Nr. 1370/2007 ein Binnenmarkt für die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste geschaffen werden. Dies geschieht – so die Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014 - 2014/C 92/01 – durch die **Ergänzung** der allgemeinen Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Eine Ergänzung ist keine Verdrängung.

Darüber hinaus – so die o.g. Mitteilung – wird in der Verordnung festgelegt, unter welchen Bedingungen Ausgleichszahlungen, die in Verträgen oder Konzessionen für öffentliche Personenverkehrsdienste festgelegt sind, als mit dem Binnenmarkt vereinbar gelten und von der vorherigen Anmeldung staatlicher Beihilfen bei der Kommission ausgenommen sind. Damit hat eine Vergabekammer nichts zu tun.

Insofern überprüft die Kammer das Vorgehen der Antragsgegner lediglich unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die geplanten Direktvergaben an die Beigeladenen durch einen öffentlichen Auftraggeber (Wer ist das hier?) erfolgen und ob es sich dabei um öffentliche Aufträge (Ist damit der Betrauungsakt gemeint?) handelt. Und vergibt der so festgestellte öffentliche Auftraggeber unter Beachtung vergaberechtlicher Bestimmungen einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag?

c) Dem steht auch nicht § 8a Abs. 7 PBefG entgegen. Denn diese Vorschrift dient lediglich dazu, gemäß Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 ein Rechtsschutzverfahren in der BRD zu implementieren. Insofern wird nur auf die §§ 155 ff. GWB verwiesen, weil dort die Zuständigkeiten der Vergabekammern kodifiziert sind.

2.2 Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen sind die beiden geplanten Direktvergaben an die Beigeladenen zu 1) und zu 2) gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 vergaberechtlich nicht zulässig. Denn der „Gruppe von Behörden“ fehlt die Zuständigkeit zur Vergabe solcher Dienstleistungsaufträge, so dass sie nicht

öffentlicher Auftraggeber iSd Vergaberechts ist. Das führt dazu, dass auch die Kontrolle über die Beigeladenen zu 1) und zu 2) nicht nur von einer der zuständigen Behörden wahrgenommen werden kann.

Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr.1370/2007 bestimmt:

Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, kann jede zuständige Behörde – unabhängig davon, ob es sich dabei um eine einzelne Behörde oder eine Gruppe von Behörden handelt, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet – beschließen, selbst öffentliche Personenverkehrsdienste zu erbringen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt an eine rechtlich getrennte Einheit zu vergeben, über die die zuständige Behörde – oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Fast eine zuständige örtliche Behörde diesen Beschluss, so gilt folgendes: (...)

2.2.1 Die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen erfolgt durch **öffentliche Auftraggeber**, wobei sie nur solche Aufträge vergeben können, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen. Eine Behörde oder auch eine Gruppe von Behörden muss nach nationalem Recht für die Aufgabenerfüllung verantwortlich sein. Diese Zuständigkeit wird den Behörden durch Gesetz oder Rechtsverordnung auferlegt und eine Verlagerung von Zuständigkeiten in andere Behörden ist nur ausnahmsweise zulässig bzw. ist an besondere Voraussetzungen gebunden. Beispielsweise ermöglicht das GkG NRW eine solche Zuständigkeitsverlagerung, indem eine der dort genannten Rechtsformen angenommen wird. Im Bereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind Bescheide, die eine Behörde außerhalb ihrer durch § 3 Abs. 1 Nr. 1 begründeten Zuständigkeit erlassen hat, ohne dazu ermächtigt zu sein, gemäß § 45 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NW sogar nichtig. Ein öffentlicher Auftraggeber kann somit auch im Bereich der Beschaffungen nur solche Dienstleistungen rechtswirksam vergeben, für die er zuständig ist. Der Bund darf beispielsweise keine Beschaffungen für die Länder vornehmen, weil ihm die Zuständigkeit dafür fehlt. Der xxx oder die Gruppe von Behörden dürfen nur dann Beschaffungen im Bereich integrierter Personenverkehrsleistungen auf den Straßen durchführen, wenn sie als öffentliche Auftraggeber dafür zuständig sind.

2.2.2 Die Zuständigkeit einer Behörde ist eine Voraussetzung, um überhaupt Aufträge iSd Vergabegesetze zu vergeben und deren Inhalte festzulegen. Sie ist unteilbar. Insofern kommt eine Aufspaltung in ein Außen- und Innenverhältnis nicht in Betracht. Dabei handelt es sich um Möglichkeiten des Zivilrechts, die aber nicht im öffentlichen Recht gelten. Eine Kommune, die einen Vertrag mit einem Bieter schließt, kann sich nicht darauf berufen, im Innenverhältnis dazu nicht befugt zu sein. Ein erteilter Zuschlag bleibt wirksam, auch wenn der Rat im Innenverhältnis diesem geschlossenen Vertrag nicht zustimmt. Es ist in der Regel ohne Belang, wenn sich eine Vergabestelle im Innenverhältnis noch an weiteren Bestimmungen halten muss, wie beispielsweise eine Gemeinde, die aufgrund der Gemeindeordnung oder einer Satzung verpflichtet ist, zunächst den Rat oder den Vergabeausschuss zu beteiligen, bevor sie den Zuschlag erteilt. Grundsätzlich haben Fehler im Innenverhältnis keine Auswirkungen auf

das zivilrechtlich geprägte Außenverhältnis zum Bieter, vgl. dazu VK Münster, Beschluss vom 05.08.2014, VK 10/14. Der BGH urteilte am 01.06.2017, VII ZR 49/16, dass die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt ist; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat. Im konkreten Fall ging es um die Beauftragung eines Architekten.

Demzufolge muss der öffentliche Auftraggeber, der nach außen handelt, auch als solcher die Befugnis zur Beauftragung des Auftrags haben; eine Beschränkung im Innenverhältnis (beispielsweise durch eine Satzungsregelung oder einen Ratsbeschluss) ist im öffentlichen Recht ohne Belang.

2.2.3 Nach nationalem Recht hat der öffentliche Auftraggeber eine bestimmte Rechtspersönlichkeit. Die öffentlichen Auftraggeber sind in §§ 99 ff. GWB genannt. In der Regel handelt es sich um juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die zur Beschaffung von Leistungen in ihrem Zuständigkeitsbereich befugt bzw. zuständig sind, d.h. diese öffentlichen Auftraggeber können öffentliche Aufträge iSv § 103 GWB vergeben. Weiterhin kann gemäß § 120 Abs. 4 GWB auch eine zentrale Beschaffungsstelle „öffentlicher Auftraggeber“ sein, wenn diese Stelle für andere öffentliche Auftraggeber beschafft.

2.2.4 Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen gilt:

a) Öffentlicher Auftraggeber und Aufgabenträger für die Planung, Organisation und Ausgestaltung des öffentlichen Personenverkehrs sind die Kreise und kreisfreien Städte. Sie sind nach § 3 Abs. 2 ÖPNVG NRW in ihrem Wirkungskreis zuständige Behörde im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 (...). Die Aufgabenträger sind berechtigt, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Art. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 und nach Art. 5 Abs. 2 (4,5 und 6) direkt zu vergeben, soweit Bundesrecht dem nicht entgegensteht.

§ 8a Abs. 1 PBefG bestimmt, dass die zuständige Behörde grundsätzlich mit dem Aufgabenträger, der die Verkehrsleistungen vergibt, identisch sein soll.

Insofern sind zunächst lediglich die Antragsgegner zu 2) bis 12) öffentliche Auftraggeber iSv § 99 Nr. 1 GWB, weil ihnen die Befugnis zusteht, einen sog. Betrauungsvertrag mit Verkehrsunternehmen rechtsverbindlich zu schließen und die konkreten Leistungen im Personenverkehr zu beschaffen. Denn sie legen die Inhalte und die Qualitätsanforderungen des Vertrages in ihren Nahverkehrsplänen fest. Zugleich wird in diesem Vertrag die Höhe des Entgelts, das gezahlt werden soll, festgelegt bzw. vereinbart. Dabei handelt es sich nicht – wie bereits ausgeführt - um die Ausgleichsleistungen.

b) Demgegenüber verfügt der Antragsgegner zu 1) über keine Zuständigkeit im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf den Straßen, sondern er bestimmt die Leistungen im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr. Ausweislich des § 9 Abs. 2

der Zweckverbandssatzung ermittelt er lediglich in Zusammenarbeit mit den bedienten Aufgabenträgern sowie den Betreibern öffentlicher Personenverkehrsdienste und/oder Infrastrukturbetreibern, welche gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen erfüllen, die Höhe der Beträge für den Ausgleich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und gleicht diese aus, sofern nicht zuvor von öffentlicher Seite ein Ausgleich geleistet wurde.

Die xxxxxxx stellt die Höhe der Finanzierungsbeträge der durch Rats- oder Kreistagsbeschluss, Nahverkehrsplan, durch allgemeine Vorschriften oder öffentliche Dienstleistungsaufträge nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 oder auf sonstige Weise durch die Aufgabenträger im xxx-Verbandsgebiet definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Verbundetat fest. Wird kein Einvernehmen über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und deren Ausgleich erzielt, gilt § 14 entsprechend.

Weiterhin wirkt gemäß § 6 Abs. 1 und 2 der Zweckverbandssatzung die xxxxxxx im Kooperationsraum A gemäß § 5 Abs. 3 ÖPNVG NRW auf eine integrierte Verkehrsgestaltung im ÖPNV, insbesondere auf die Bildung kooperationsraumübergreifender Tarife mit dem Ziel eines landesweiten Tarifs, hin. Hierzu bildet die xxxxxxx gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG einen Gemeinschaftstarif und einheitliche Beförderungsbedingungen und wirkt auf deren Anwendung und Fortentwicklung hin.

Dem Antragsgegner zu 1) steht somit weder nach einem Gesetz noch nach der ergänzten Zweckverbandssatzung, das Recht auf Abschluss eines Betrauungsvertrages – ohne Einbindung der ursprünglichen Aufgabenträger – zu und er würde auch keine Entscheidung über die Höhe des Entgelts für diesen Vertrag treffen können. Es fehlt an einer gesetzlichen Zuständigkeitszuweisung, wie beispielsweise in § 3 Abs. 2 ÖPNVG NRW.

c) Eine „Gruppe von Behörden“ kann nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 ebenfalls „zuständig“ für die Direktvergabe an einen internen Betreiber sein. Entscheidend ist aber, dass diese „Gruppe von Behörden“ – ebenso wie die einzelne Behörde – die Zuständigkeit für diese Beschaffung haben muss. Es muss sich somit um eine Institution (Rechtspersönlichkeit) handeln, die nach nationalem Recht konkrete Zuständigkeiten kraft Gesetzes wahrnimmt oder diese Zuständigkeiten, die sie zuvor nicht hatte, wirksam übertragen bekommen hat. Denn nur dann, wenn dieses Rechtsobjekt rechtswirksam öffentliche Aufträge erteilen kann, kann sie auch im Rahmen dieser Zuständigkeit eine Direktvergabe an einen internen Betreiber vornehmen.

Der Begriff „Gruppe von Behörden“ ist im nationalen Recht nicht geregelt. Art. 2 lit. b) VO (EG) Nr. 1370/2007 definiert diesen Begriff wie folgt: „zuständige Behörde ist jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geographischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung.“

Soweit man hier unterstellt, dass alle Antragsgegner nach der Zweckverbandssatzung eine „Gruppe von Behörden“ iSv § 5 GkG NRW gebildet haben, so wäre der öffentliche Auftraggeber hier dieser „Zweckverband“. Dieser Auftraggeber müsste dann aber auch zuständig für die Beauftragung (Betrachtung) der internen Betreiber sein. Das wäre

durchaus nach §§ 5 Abs. 3a und § 5a Abs.1 ÖPNVG NRW zulässig. Voraussetzung ist dann aber, dass eine solche Aufgabenübertragung auf dieses Rechtssubjekt auch tatsächlich stattgefunden hat.

Die Antragsgegner gehen zunächst davon aus, dass eine Verlagerung und Übertragung von Zuständigkeiten grundsätzlich nicht erforderlich ist, sondern dass ein koordiniertes gemeinsames Handeln von mehreren Behörden, die nebeneinander zuständig sind, ohne dass das Rechtssubjekt eine Zuständigkeit übertragen bekommen hat, ausreichend ist. Dem folgt die Kammer nicht.

Jede Behörde oder auch jede Gruppe von Behörden kann nur im Rahmen der eigenen Zuständigkeit tätig werden. Beispielsweise müssen die öffentlichen Auftraggeber, die den Dienstleistungsauftrag vergeben, neben der Genehmigungsbehörde, die die Linienverkehrsgenehmigungen erteilen, zuständig sein. Die öffentlichen Auftraggeber, wie hier die Städte und Kreise, können die Linienverkehrsgenehmigungen nicht einfach erteilen und dies intern mit der Bezirksregierung (Genehmigungsbehörde in NRW) abstimmen. Sie können nicht einfach nebeneinander agieren, auch wenn sie sich abstimmen und miteinander kooperieren. Der Antragsgegner zu 1) hat überhaupt keine Zuständigkeit im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf der Straße und er kann sich diese Zuständigkeit auch nicht über ein „gemeinsames Handeln“ mit der eigentlich nach dem Gesetz zuständigen Behörde verschaffen.

Dass eine Behörde bei ihrer Tätigkeit kraft Gesetzes auch andere Behörden bei der Entscheidungsfindung einbinden muss, wie beispielsweise bei der Erteilung einer Baugenehmigung, bedeutet nicht, dass dadurch die ursprüngliche und originäre Zuständigkeit der Behörde ersetzt bzw. auf mehrere Behörden aufgeteilt wird. Adressat der hoheitlichen Aufgabenerledigung bleibt die Behörde, die nach außen hin die Entscheidung zu treffen hat. Sie ist im Falle eines Rechtsstreits auch Beklagter.

Wenn eine Gruppe von Behörden zuständig sein soll, dann muss sie ebenfalls die Zuständigkeit für die konkrete Aufgabenerledigung haben. Wenn sie kraft Gesetzes nicht zuständig ist, wie das hier der Fall ist, dann bleibt nur die Übertragung der Zuständigkeit gemäß dem GkG NRW.

d) Entgegen der Auffassung der Antragsgegner kann der Begriff „Zuständigkeit“ nicht durch den Begriff „Interventionsbefugnis“ ersetzt werden. Bereits in der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.5.2017, Verg 17/16 und Verg 18/16 ist vom Vergabesenat die Auffassung vertreten worden, dass ein Auseinanderfallen der Aufgaben – in dem Fall waren es „Tarif“ und „Durchführung des Verkehrs“ – die Zuständigkeit des Antragsgegners zur Direktvergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrages entfallen lasse. Wörtlich heißt es dann: Die diesbezügliche Interventionsbefugnis und damit auch die Zuständigkeit zur Direktvergabe an einen internen Betreiber gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr.1370/2007 ist bei den einzelnen Mitgliedern des Verkehrsverbundes verblieben.

Vorliegend fallen die Aufgaben ebenfalls auseinander. Während der xxx die Finanzierung und Gewährung der Ausgleichsleistungen vornehmen soll, bleiben die Aufgaben hinsichtlich der Betrauung, also die tatsächliche Beauftragung der Leistungen zur

Durchführung von gemeinwirtschaftlichen Personenverkehren, bei den Antragsgegnern zu 2) bis 3). Diese „Aufgabe“ ist nicht an den Zweckverband (Gruppe von Behörden) übertragen worden, so dass diesbezüglich keine Zuständigkeit vorliegt.

Sowohl aus der VO (EG) Nr. 1370/2007 als auch aus der o.g. OLG Entscheidung ergibt sich, dass die „Interventionsbefugnis“, auf die Art. 2 lit. b) VO (EG) Nr.1370/2007 abstellt, sich nicht in einer gemeinsamen Marktintervention erschöpft oder ein Nebeneinander von zuständigen Behörden ohne weiteres ermöglicht. Es reicht auch nicht aus, dass mehrere Behörden unterschiedliche Aspekte einer Leistung erfüllen. Vielmehr kommt es weiterhin darauf an, dass alle Aufgabenträger oder Behörden, die sich zusammenschließen in ihrem eigenen Wirkungskreis auch zuständig sind. Beispielsweise sind die Kreise und kreisfreien Städte für die Betrauungen zuständig, während für die Erteilung der Linienverkehrsgenehmigungen eine andere Behörde zuständig ist. Nicht ausreichend ist, wenn eine Behörde lediglich die Dienstleistungen bezahlt, die eine andere Behörde bestellt hat.

Die Interventionsbefugnis iSv Art. 2 lit. b) VO (EG) Nr.1370/2007 bedeutet nichts anderes, als dass derjenige, der den Auftrag erteilt, auch zuständig sein muss.

Im Ergebnis muss somit die Gruppe von Behörden – hier der xxx und einige konkret genannte Kommunen und Kreise – für die Erledigung der Aufgaben des integrierten Personenverkehrs entweder nach dem Gesetz oder gemäß der Ergänzung der Zweckverbandssatzung ohne Einschränkungen zuständig sein.

2.2.5 Die Zuständigkeit einer Behörde oder Gruppe von Behörden bezieht sich immer auf eine konkrete Aufgabenerledigung bzw. hier auf einen konkreten **öffentlichen Auftrag**.

Der öffentliche Auftrag iSv § 103 GWB oder auch iSv Art. 2 lit. i) VO (EG) Nr. 1370/2007 besteht vorliegend in der Beauftragung von Verkehrsunternehmen mit der Durchführung von Personenverkehren auf den Straßen mit Bussen oder Straßenbahnen. Die sogenannte Betrauung mit Verkehrsleistungen liegt weiterhin gemäß § 3 Abs. 2 ÖPNVG NRW im Wirkungskreis der Städte und Kreise. Sie bestimmen durch ihre Nahverkehrspläne den Inhalt der Leistungen dieser öffentlichen Aufträge. Es geht hier vorliegend nicht um die Linienverkehrsgenehmigungen. Es geht hier auch nicht um die Festlegung und Verwaltung der Ausgleichsleistungen oder der Tarife. Diese müssen zusätzlich durch eine andere Behörde erteilt oder festgesetzt werden. Vielmehr kommt es nur auf den „Dienstleistungsauftrag“ an, der als öffentlicher Auftrag der vergaberrechtlichen Kontrolle nach dem GWB unterliegt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 oder aus der Ergänzung der Zweckverbandssatzung. Die Inhalte des Vertrages und die Vergütung (Entgelte) der Leistungen stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis und sind als Hauptleistungspflichten eines Vertrages, und zwar des Betrauungsvertrages, rechtlich einzuordnen. Dieses Sygnallagma wird nicht dadurch aufgelöst, dass man mit einem Dritten die Abwicklung der Finanzierung verabredet oder diesem überlässt. Insofern sind auch die Gewährung von Ausgleichsleistungen und die Sicherstellung

der Finanzierung keine separaten Leistungen oder Hauptleistungspflichten der geplanten Direktvergaben an die Beigeladenen. Vielmehr wirkt der Antragsgegner zu 1) durch die Abwicklung der Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen lediglich an den Verträgen mit, die die Antragsgegner zu 2) bis 12) an die Beigeladenen vergeben wollen.

Dass der Antragsgegner zu 1) die Höhe der Beträge für den Ausgleich in Zusammenarbeit mit den Städten und Kreisen festsetzt (vgl. § 9 der Zweckverbandssatzung) und dabei auf die Bildung von kooperationsraumübergreifenden Tarifen mit dem Ziel eines landesweiten Tarifs (vgl. § 6 der Zweckverbandssatzung) hinwirkt, bedeutet nicht, dass er den Inhalt des Betrauungsvertrages bestimmt. Denn die Bestimmung der Höhe des Tarifs ist keine Vertragsverpflichtung aus dem Dienstleistungsauftrag gegenüber den zu beauftragenden Dritten, sondern lediglich die Berechnung eines Teils des Entgelts, das für die Leistungen von den Städten und Kreisen gezahlt werden soll.

Im Ergebnis kann die Gruppe von Behörden – hier der xxx und einige konkret genannte Städte und Kreise – nicht durch konkludentes und koordiniertes Zusammenwirken, den öffentlichen Auftrag, nämlich die Betrauung der Beigeladenen mit der Durchführung der Fahrdienstleistungen, vergeben. Der Gruppe von Behörden fehlt die (uneingeschränkte) Zuständigkeit für diese Beauftragung.

2.3 Entgegen der Auffassung der Antragsgegner ist die eigentliche Zuständigkeit für die Beauftragung mit den Fahrdienstleistungen auch nicht wirksam nach dem GkG NRW auf die Gruppe von Behörden übertragen worden. Die Antragsgegner meinen, dass dann, wenn ein kooperiertes gemeinsames Handeln nicht ausreichen sollte, dann sei jedenfalls die Zuständigkeit für die Beauftragung der Beigeladenen gemäß dem GkG NRW rechtswirksam durch die Ergänzung der Zweckverbandssatzung auf die Gruppe von Behörden übergegangen. Dem folgt die Kammer nicht.

2.3.1 Nach dem GkG NRW können „Zuständigkeiten“ von einer Behörde auf eine andere übertragen werden. Dabei muss es sich um hoheitliche Befugnisse handeln, und nicht etwa um „irgendwelche Hilfsgeschäfte“. Nach Auffassung der Rechtsprechung, vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Rs. C-386/11 (Piepenbrock); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.07.2011, Verg 39/11, muss die Übertragung der hoheitlichen Befugnisse mit befreiender Wirkung auf den neuen Aufgabenträger erfolgen. Der EuGH führt dazu aus, dass eine solche Zusammenarbeit angenommen werden kann, wenn sich die Behörden zur gemeinsamen Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe verpflichten.

Dabei kommt es vorliegend nicht darauf an, ob es sich bei der Vereinbarung über eine interkommunale Zusammenarbeit um einen entgeltlichen öffentlichen Auftrag handelt, sondern darauf, ob die Zuständigkeiten zum Abschluss eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages, hier die Betrauung von Verkehrsunternehmen mit der Durchführung des integrierten Personenverkehrs, wirksam auf die „Gruppe von Behörden“ übertragen wurde. Dabei müssen hoheitliche Aufgaben übergehen; für andere Serviceleistungen gibt es die Möglichkeit der Amtshilfe. Das GkG NRW erfasst hingegen nur die

Weitergabe von hoheitlichen Befugnissen. Der EuGH bezeichnet diese Aufgaben als „Gemeinwohlaufgaben“.

Das ist hier nicht der Fall. Vielmehr sind die ursprünglich zuständigen Behörden, und zwar die Kreise und kreisfreien Städte, weiterhin für die Vergabe dieser Aufträge zuständig geblieben. Der Antragsgegner zu 1) konnte zudem an die Gruppe von Behörden eine solche Aufgabe gar nicht übertragen, weil er diese zuvor schon nicht besaß. Es wurde somit keine allen teilnehmenden Behörden obliegende Aufgabe an eine Behörde weitergegeben. Somit kann auch die neu geschaffene Gruppe von Behörden für sich genommen, diese Leistungen nicht beauftragen.

2.3.2 In der mündlichen Verhandlung haben die Antragsgegner ausgeführt, dass letztlich die Gruppe von Behörden sehr wohl – unabhängig von den Entscheidungen der Städte und Kreise – diese Aufgabe erhalten habe. Denn die Gruppe von Behörden könne entsprechend der Zweckverbandssatzung -auch unabhängig vom Einvernehmen mit den Städten und Kreisen - die Fahrdienstleistungen an ein Verkehrsunternehmen beauftragen. Mithin liege es in deren Zuständigkeit die konkrete Planung des lokalen Verkehrsangebots und die Qualität der Leistungen zu bestimmen. Denn letztlich würde der Betrauungsvertrag durch ihren Bescheid zustande kommen.

Dem steht nach Auffassung der Kammer der Wortlaut der Zweckverbandssatzung entgegen. Vielmehr wurden lediglich die Aufgaben im Zusammenhang mit der Finanzierung auf den xxx oder die Gruppe von Behörden delegiert. Hinsichtlich der Umsetzung der Direktvergaben (Betrungsauftrag) ergibt sich hingegen, dass die Gruppe von Behörden lediglich mandatiert wurde.

Vergaberechtlich muss eine Aufgabenverlagerung auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber mit delegierender Wirkung stattfinden. Wiederholt ist in der Rechtsprechung geurteilt worden, dass eine Mandatierung nicht ausreichend ist. Der EuGH, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C -51/15 führte dazu aus, dass eine solche die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffende Kompetenzübertragung nur vorliegt, wenn die Übertragung sowohl die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse betrifft, so dass die neuerdings zuständige öffentliche Stelle über eine eigene Entscheidungsbefugnis und eine finanzielle Unabhängigkeit verfügt. Es muss somit bei den ursprünglich zuständigen Aufgabenträgern, hier den Städten und Kreisen, zu einem Kompetenzverlust gekommen sein. Das ergibt sich so jedenfalls nicht aus dem Wortlaut der Zweckverbandssatzung.

Die ursprünglich zuständigen Behörden sind weiterhin die Hauptverantwortlichen für die Aufgabe „Beschaffung von Fahrdienstleistungen im Personenverkehr“ geblieben und nicht der xxx und auch nicht die „Gruppe von Behörden“.

2.4 Im Ergebnis ist die Gruppe von Behörden kraft der Ergänzung zur Zweckverbandssatzung nicht „öffentlicher Auftraggeber“ für die Beschaffung der Fahrdienstleistungen geworden. Denn die Zuständigkeiten sind nicht vollständig übergegangen. Ein Nebeneinander von Behörden zur Beschaffung von Leistungen, ohne konkrete Kompetenzzuweisungen (Zuständigkeiten), ist nicht zulässig und ergibt sich auch nicht aus

dem Begriff „Interventionsbefugnis“. Damit verbleibt die Kontrollbefugnis über die beiden Beigeladenen bei den Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3), was aber nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht ausreichend ist.

Dem Nachprüfungsantrag wird somit stattgegeben.

III.

Die Antragstellerinnen sind gemäß § 168 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt. Denn die Leistungen werden durch die geplante Direktvergabe an die beiden Beigeladenen zu 1) und zu 2) aus dem Wettbewerb genommen, so dass andere Unternehmen keine Chance auf unmittelbarer Teilnahme an einer Ausschreibung und Erhalt dieser Aufträge haben.

Die Kammer ist nicht befugt, den öffentlichen Auftraggebern vorzuschreiben, wie sie ihre Beschaffungen durchführen sollen. Den Antragsgegnern zu 2) und zu 3) bleibt es beispielsweise unbenommen, ihre ursprüngliche Zuständigkeit für die Vergabe der im Streit stehenden Aufgaben tatsächlich und rechtlich einwandfrei nach dem GkG NRW auf die neu gegründete „Gruppe von Behörden“ zu übertragen. Denn damit würde diese „Institution“ die Zuständigkeit und Interventionsbefugnis für diese Ausschreibungen bekommen, so dass sie sowohl die Inhalte des Vertrages als auch die Finanzierung abwickeln kann. Die Kammer kann somit nur darauf hinwirken, dass die Antragsgegner sich bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen an die Vorgaben der VO (EG) Nr. 1370/2007 oder den Anforderungen des GWB halten. Insofern verpflichtet die Kammer alle beteiligten öffentlichen Auftraggeber zur Beachtung der Vergabebestimmungen.

IV.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden.

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Abs. 2 GWB mindestens 2500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch ist, bis zu einem Betrag von 100.000 Euro erhöht werden.

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. 1 Mrd. € für einen Zeitraum von 48 Monaten, beträgt die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder mehr als 50.000 €. Da die wirtschaftliche Bedeutung vorliegend außergewöhnlich hoch ist, könnte die Gebühr bis zu 100.000 € betragen. Da die Kammer aber beide Nachprüfungsverfahren miteinander verbunden hat, hat sich der Aufwand insoweit jedenfalls ermäßigt, so dass eine Gebühr in Höhe von 84.000 € für angemessen und billig

gehalten wird. Weiterhin berücksichtigt die Vergabekammer auch die Ausführungen der Antragsgegner im nachgelassenen Schriftsatz hinsichtlich der Linien in der Weise, dass sie auf die Quotelung der Gebühr hinweist.

Diese Gebühr wird den Antragsgegnern zu 1) bis 12) auferlegt. Die Antragsgegner zu 2) bis 12) sind aber als juristische Personen des öffentlichen Rechts gemäß § 182 Abs. 1 GWB iVm § 8 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungskostengesetz des Bundes von den Gebühren befreit. Der Antragsgegner zu 1) hingegen nicht. Mehrere Kostenschuldner haften gemäß § 182 Abs. 3 Satz 2 GWB als Gesamtschuldner. Allerdings ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die gemäß § 182 Abs. 2 GWB ermittelte Gebühr für das Nachprüfungsverfahren der Vergabekammer bei einer nach § 182 Abs. 3 Satz 2 GWB gesamtschuldnerischen Haftung im Falle einer persönlichen Gebührenbefreiung eines der Gebührenschuldner um den Betrag zu kürzen ist, der dem internen Haftungsanteil des befreiten Gebührenschuldners entspricht. (so z.B. OLG Dresden, Beschluss vom 25.01.2005, W Verg 14/04). Die Kammer wird somit den Antragsgegner zu 1) lediglich auf ein Zwölftel der Gesamtsumme in Anspruch nehmen.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerinnen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung war wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig.

Das Vergaberecht ist eine überdurchschnittlich komplexe Materie, die durch komplizierte EU-rechtliche Fragen überlagert ist. Daneben ist das Nachprüfungsverfahren gerichtsähnlich konzipiert, so dass auch prozessuale Kenntnisse erforderlich sind, um eigene Rechte wirksam wahren zu können. Diese Aufwendungen werden den Antragsgegnern zu 1) bis 12) als unterliegende Parteien gemäß § 182 Abs. 4 GWB auferlegt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Spinzig