



# Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

### Amtliche Leitsätze

- Liegen die Voraussetzungen des § 103 Abs. 4 GWB vor, unterliegen Aufträge über Personennahverkehrsleistungen mit Bussen, Straßenbahnen und Stadtbahnen dem GWB-Vergaberechtsregime.**
- Werden solche Verträge ohne eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU geschlossen, können diese auf Antrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam erklärt werden.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von öffentlichen Dienstleistungen über Verkehrsdienste im öffentlichen Personenverkehr mit Bussen, Straßenbahnen und Stadtbahnen und sonstigen Verkehrsmitteln

### VK 1 – 17/19

der

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXX

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen

Antragsgegner zu 1) bis 10)

alle vertreten durch

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Beigeladene**

XX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Spinzig und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2019:

am 2. Juli 2019 entschieden:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Vergabe des Auftrags an die Beigeladene in der Form des „Finanzierungsbescheids“ vom 7. Mai 2019 wird für unwirksam erklärt.
2. Die Antragsgegner zu 1) bis 10) werden verpflichtet, bei Fortbestand der Beschaffungsabsicht, die Beschaffung der Dienstleistungen unter Beachtung der Anforderungen des GWB oder der VO (EG) Nr. 1370/2007 und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vorzunehmen.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxxx € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Die Antragsgegner zu 1) bis 10) tragen die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

**Gründe**

**I.**

Der Antragsgegner zu 1) ist ein kommunaler Zweckverband, dessen Mitglieder u.a. die Antragsgegnerinnen zu 2) bis 10) sind. Zudem haben die Mitglieder ausweislich der Satzung des Antragsgegners zu 1) dem Antragsgegner zu 1) bestimmte Aufgaben zur Abstimmung von Direktvergaben im öffentlichen Personennahverkehr übertragen. Die Zuständigkeit für Beschaffungen im öffentlichen Personennahverkehr ist aber nicht auf den Antragsgegner zu 1) übertragen worden, sondern bei den Kommunen verblieben.

Ausweislich der Vorinformation vom 22. März 2018 im Amtsblatt der europäischen Union handelte der Antragsgegner zu 1) im Namen der Antragsgegnerinnen zu 2) bis 10) als „Gruppe von Behörden“ und beschafft im Auftrag dieser öffentlichen Auftrag-



Die **Anlage A** zum Finanzierungsbescheid enthält den öffentlichen Dienstleistungsauftrag. Dort heißt es wörtlich:

Die Städte gemeinsam vergeben in Zusammenarbeit mit der Verkehrsverbund xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx) einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (öDA) über die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten im Wege der Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 an die xxx).

Die Städte üben als örtlich zuständige Behörden auf gesellschaftsrechtlichem Wege eine Kontrolle über die xxxxxxxxx wie über eine eigene Dienststelle aus. Sie halten (abgesehen von eigenen Aktien der xxxxxxxxx) unmittelbar oder mittelbar alle Aktien an der Gesellschaft. Die Städte bedienen sich bei der Kontrolle zudem der xxx), an der die Stadt xxxxxxx mittelbar und die Stadt xxxxxxxxxxxxxxxxx unmittelbar zu jeweils 50% beteiligt sind.

Zugleich wird in § 4 des öDA der Beigeladenen das ausschließliche Recht erteilt, Personenbeförderung mit Bussen, Straßenbahnen und Stadtbahnen im räumlichen Geltungsbereich bestimmter konkret genannter Liniennetze durchzuführen.

Zu einer Bekanntmachung des öffentlichen Dienstleistungsauftrages im EU-Amtsblatt, um die 30-Tages-Frist des § 135 Abs. 2 GWB einzuhalten, kam es nicht mehr. Denn die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 07. Mai 2019 die geplante Direktvergabe und beantragte am 09. Mai 2019 die Nachprüfung.

Die Antragstellerin meint, dass die Direktvergabe an die Beigeladene aus mehreren Gründen vergaberechtlich unzulässig war. Denn Gründe für einen Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren lägen nicht vor.

Die Antragstellerin trägt vor, dass Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 hier nicht anwendbar sei. Sie verweist auf das Urteil des EuGH vom 21. März 2019, C-266/17 und C-267/17, wonach Dienstleistungsaufträge über die im Streit stehenden Leistungen nicht nach der Verordnung, sondern nach dem GWB zu vergeben seien. Lediglich Dienstleistungskonzessionen könnten in diesem Verkehrssektor nach der Verordnung direkt vergeben werden, wobei sie aber davon ausgehe, dass hier aufgrund der Ausgleichszahlungen an den Auftragnehmer eine solche nicht vorliege. Sie verweist diesbezüglich auf die Entscheidung des BGH, Ur. vom 08.02.2011, X ZB 4/10, wonach Ausgleichszahlungen in gewisser Höhe bei wertender Betrachtung keinen bloßen Zuschusscharakter zukomme. Das sei vorliegend auch bei der Beigeladenen der Fall, die seit langem Verluste in zweistelliger Millionenhöhe pro Jahr erwirtschaftete und deshalb auf die Ausgleichsleistungen angewiesen sei. Insofern liege das wesentliche Betriebsrisiko nicht bei der Beigeladenen. Im Übrigen würde die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Dienstleistungskonzession vorliege, von den Antragsgegnern zu tragen sein, die aber dazu nicht ausreichend vorgetragen hätten.

Öffentliche Dienstleistungsaufträge, so die Antragstellerin, die nicht als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren seien, müssten zwingend nach den Vergaberichtlinien ausgeschrieben werden. Da Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 eine reine Rechtsfolgenverweisung und keine Rechtsgrundverweisung auf die Vergaberichtlinien enthalte, seien die in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Ausnahmetatbestände –

insbesondere die Vorschriften über die in-house Vergaben – auf öffentliche Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste nicht anwendbar. Denn in-house Geschäfte würden nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

Darüber hinaus trägt die Antragstellerin vor, dass es nicht auf die Frage ankomme, ob § 108 GWB auf die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge über die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste mit Bussen anwendbar sei. Denn die Beigeladene sei eine Aktiengesellschaft, so dass die Kontrollmöglichkeit fehle. Im Übrigen sei diesbezüglich auch keine Vorinformation veröffentlicht worden. Also könnten sich die Antragsgegner auch jetzt nicht mehr auf § 108 GWB berufen.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass die Beauftragung der Beigeladenen – ohne Rücksicht auf die Unanwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007 – auch deshalb unzulässig gewesen sei, weil die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen würden. Denn einerseits sei weder der Antragsgegner zu 1) als auch weitere Antragsgegner nicht an der Beigeladenen beteiligt. Vielmehr seien die Beteiligungsstrukturen so, dass nur die xxx und die xxxxxx an der Beigeladenen kapitalmäßig beteiligt seien und dahinter würden die Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3) stehen. Daher hätten weder der Antragsgegner zu 1) noch die Antragsgegner zu 4) bis 10) die Möglichkeit einer effektiven Kontrolle über die Beigeladene, die einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle gleichkomme. Auch im Falle einer zwischengeschalteten Holdinggesellschaft müssten die Auftraggeber sicherstellen, dass sie über die Holdinggesellschaft auch die ausführende Gesellschaft effektiv steuern könnten. Man müsse beispielsweise den Geschäftsführer bestellen können oder ihm Weisungen erteilen und dessen Geschäftsführung überwachen usw. Das alles sei vorliegend im Verhältnis zwischen dem Antragsgegner zu 1) und den Antragsgegnerinnen zu 4) bis 10) hier nicht feststellbar.

Diese Kontrolle fehle aber auch, weil die Beigeladene eine Aktiengesellschaft sei. Diesbezüglich verweist die Antragstellerin auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 04. Mai 2009, VII-Verg 68/08. Eine Aktiengesellschaft verfüge über eine weitgehende Selbständigkeit, weil sie durch den Vorstand geleitet werde, so dass ein kommunaler öffentlicher Auftraggeber keinen effektiven Einfluss nehmen könne.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass die Antragsgegner gegen Art. 4 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 verstoßen haben, weil sie in der Bekanntmachung nicht angegeben hätten, ob und in welchem Umfang Unteraufträge vergeben werden sollten. Zudem sei die Bekanntmachung vom 22. März 2018 auch deshalb fehlerhaft, weil der öffentliche Dienstleistungsauftrag nicht von allen in der Bekanntmachung genannten Auftraggebern vergeben worden sei, sondern nur von den Antragsgegnerinnen zu 2) und 3), gegebenenfalls noch in Verbindung mit dem Antragsgegner zu 1).

Zudem meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegner mit der vereinbarten Vertragslaufzeit über 22,5 Jahren gegen Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 verstoßen würden, weil diese bei Busdienstleistungen höchstens 10 Jahre und bei Eisenbahnen oder anderen schienengestützten Verkehrsträgern 15 Jahre betrage.

Zudem verstoßen die Antragsgegner nach Auffassung der Antragstellerin gegen § 97 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB, weil sie keine Teil- oder Fachlose gebildet hätten, obwohl dies hier aus wirtschaftlichen und technischen Gründen möglich gewesen sei.





den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegner halten den Nachprüfungsantrag für unzulässig, weil der streitgegenständliche öffentliche Dienstleistungsauftrag bereits am 07.05.2019 durch Bekanntgabe des Finanzierungsbescheids des Antragsgegners zu 1) und Erklärung des Rechtsmittelverzichts durch die Beigeladene bestandskräftig erteilt worden sei. Der Nachprüfungsantrag sei deshalb nicht statthaft und die Umstellung auf einen Feststellungsantrag ausgeschlossen, weil kein Feststellungsinteresse vorliege. Der Auftrag sei aufgrund Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt an die Beigeladene vergeben worden und deshalb sei § 135 GWB vorliegend nicht anwendbar.

Darüber hinaus tragen die Antragsgegner vor, dass der Antragsgegner zu 1) sowohl die rechtsverbindliche Betrauung der Berechtigten mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nach Maßgabe der Beschlüsse oder Verwaltungsentscheidungen der Verbandsmitglieder durch Erlass eines Finanzierungsbescheids vornimmt und zugleich Ausgleichsleistungen gewährt. Über eine Holdinggesellschaft, der xxxxx GmbH, sei gewährleistet, dass Weisungen unmittelbar an den Vorstand der Beigeladenen erteilt werden könnten.

Die Antragsgegner vertreten zudem die Auffassung, dass kein öffentlicher Auftrag iSv § 103 Abs. 1 GWB vorliege, sondern ein Finanzierungsbescheid. Dies sei ein Verwaltungsakt iSv § 35 VwVfG und enthalte eine einseitige Verpflichtung, setze aber keine Gegenleistung fest. Im Zuwendungsrecht müsse der Zuwendungsempfänger lediglich den Zweck der Zuwendung beachten. Es handele sich deshalb um eine bloße Finanzierung von Tätigkeiten, die lediglich mit der Verpflichtung verbunden sein kann, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen. Somit fehle es an der Entgeltlichkeit. Sie verweisen insofern auf die Entscheidung des OLG Jena, Beschluss vom 12.06.2019, 2 Verg 1/18.

Falls dennoch ein öffentlicher Auftrag angenommen würde, dann läge eine Dienstleistungskonzession vor, auf die Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 anwendbar sei. Zudem seien auch die Voraussetzungen einer in-house Vergabe nach § 108 GWB vorliegend erfüllt. Entsprechend dem Urteil des EuGH vom 21.3.2019 (C-266/17 und C-267/17), sei die Rechtsfolge dieser Vorschrift (Anwendung der Vergaberichtlinien) als Sondervorschrift für in-house Konstellationen hier erfasst worden. § 108 GWB sei die nationalrechtliche Kodifizierung dieser „Regelungen über Direktvergaben“ auf Grundlage der Vergaberichtlinien. Zudem würde sich auch die Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 auf in-house Geschäfte iSv § 108 GWB beziehen. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung habe das Formular keine Auswahlmöglichkeit für in-house Vergaben enthalten. In beiden Fällen handele es sich aber um die Vergabe ohne vorherige Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens.

Weiterhin tragen die Antragsgegner vor, dass auch eine Aktiengesellschaft gesellschaftsrechtlich durch den öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden könne. Auch sei die vermeintlich überlange Vertragslaufzeit mit den umfangreichen Gesamtleistungen erklärbar. Schließlich sollen neben den Verkehrsleistungen auch Infrastrukturmaßnahmen umgesetzt werden. Eine Losaufteilung nach § 97 Abs. 4 GWB gäbe es bei Dienstleistungskonzessionen nicht, sondern nur bei öffentlichen Aufträgen.



Soweit die Antragstellerin auf die fehlende Anmeldung nach § 8 Abs. 3b PBefG hinweise, fehle ihr die Antragsbefugnis, da es sich nicht um eine Bestimmung über das Vergabeverfahren handele.

**Die Beigeladene** erhielt Gelegenheit zum Vortrag. Sie trägt unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Jena, Beschluss vom 12.06.2019, 2 Verg 1/18 vor, dass § 168 Abs. 2 S. 1 GWB im konkreten Nachprüfungsverfahren nicht anwendbar sei, weil § 8a Abs. 7 S.1 PBefG nur auf den zweiten und dritten Abschnitt verweise. Eine analoge Anwendung der §§ 134 ff. GWB komme ebenfalls nicht in Betracht.

Die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer ist bis zum 31. Juli 2019 verlängert worden. Am 28. Juni 2019 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Vergabekammer Westfalen ist gemäß Art. Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 iVm § 8a Abs. 7 PBefG idF vom 20.07.2017 und gemäß § 2 VK ZuStV NRW zuständig. Danach unterliegt die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen entweder der VO (EG) Nr. 1370/2007 oder dem GWB.

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

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragstellerin ist antragsbefugt iSv § 160 Abs. 2 GWB, auch wenn sie nur einige Buslinien aus dem Gesamtpaket bedienen will, idS Beschluss des BGH vom 08.02.2011, X ZB 4/10.

1.2 Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB ist eine Rüge nicht erforderlich, wenn ein Antragsteller die Unwirksamkeit eines Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB festgestellt haben möchte. Die Antragstellerin hat zwar am 7. Mai 2019 gerügt, hatte aber zu diesem Zeitpunkt offensichtlich noch keine Kenntnis darüber, dass der „Vertrag“ schon geschlossen worden war. Dies wurde ihr erst im Rahmen der Akteneinsicht bekannt, so dass im Nachhinein gesehen, eine Rüge entbehrlich war.

1.3 Der Nachprüfungsantrag ist statthaft.

Gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden.

Ob der bereits erteilte Zuschlag, der am 07. Mai 2019 erfolgte, wirksam ist, entscheidet sich danach, ob Vorschriften aus dem Vergaberecht verletzt wurden. Außervergaberrechtliche Normen, wie beispielsweise § 8 Abs. 3b PBefG oder gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen sind nur dann Prüfmaßstab, wenn dabei gleichzeitig eine Verletzung von Vergabevorschriften feststellbar ist.

§ 168 Abs. 2 Satz 1 GWB ist gemäß § 8a Abs. 2 PBefG auch anwendbar. Denn für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die zugleich öffentliche Aufträge im Sinne des § 103 GWB sind, gilt gemäß § 8a Abs. 2 PBefG der 4. Teil des GWB – ohne Einschränkungen. Dass § 8a Abs. 7 PBefG lediglich auf die §§ 160 bis 184 GWB verweist, bedeutet nur, dass für den Primärrechtsschutz die Vergabekammern und die Oberlandesgerichte zuständig sind und eben nicht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet wurde.

Vergaberechtlicher Anknüpfungsnorm ist vorliegend § 135 Abs. 1 GWB. Danach ist ein öffentlicher Auftrag von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber (Nr. 1.) gegen § 134 GWB verstoßen hat oder (Nr. 2) den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund eines Gesetzes gestattet ist und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

Die Antragsgegner haben vorliegend den öffentlichen Dienstleistungsauftrag (Bescheid vom 7. Mai 2019) ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vergeben, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet war.

Im Einzelnen:

a) Die am 22. März 2018 erfolgte Bekanntmachung war vergaberechtlich fehlerhaft, weil sich diese ausschließlich auf eine „Direktvergabe“ iSv Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 bezog, die bei Personennahverkehrsdienstleistungen mit Bussen und Straßenbahnen nicht zulässig ist, soweit ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vergeben werden soll. Dies ergab sich zum Veröffentlichungszeitpunkt bereits aus Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 und ist vom EuGH mit Urteil vom 21. März 2019 nochmals eindeutig festgestellt worden.

Nach der Entscheidung des EuGH steht fest, dass jedenfalls Dienstleistungsaufträge im Bereich der Busdienstleistungen nach der Richtlinie 2014/24 zu vergeben sind, es sei denn, dass eine Dienstleistungskonzession vorliegt oder eine andere Form der Beauftragung (z.B. Satzung) gewählt wird.

Dabei geht die Kammer davon aus, dass der Verweis in die Richtlinie 2014/24 - kodifiziert im 4. Teil des GWB - umfassend ist. Ein öffentlicher Auftraggeber hat die Leistungen im ÖPNV nach den Vorschriften des GWB zu vergeben und kann sich deshalb auch sehr wohl auf die Bereichsausnahme des § 108 GWB berufen.

b) Die Vergabe des Auftrages ohne eine Bekanntmachung war vorliegend aber vergaberechtlich nicht zulässig. Denn auch die Voraussetzungen einer in-house Vergabe iSv § 108 GWB liegen hier nicht vor.

aa) Die erkennende Vergabekammer hatte bereits mit Beschluss vom 19.06.2018, VK 1 – 10/18 darauf hingewiesen, dass auch über den Begriff „Gruppe von Behörden“ keine Zuständigkeit für den Antragsgegner zu 1) und andere öffentliche Auftraggeber „geschaffen“ werden kann. Vielmehr ist eine delegierende Übertragung der Zuständigkeiten auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber erforderlich. Erst recht gilt dies für § 108 Abs. 1 GWB. Danach darf der öffentliche Auftraggeber „Aufträge“ in-house vergeben, wenn er die Zuständigkeit für die Aufgabe hat und er diese an eine juristische

Person vergibt, über die er eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt. Das ist bei den Antragsgegnern zu 1) sowie zu 4) bis 10) nicht der Fall. Die Kontrolle über die Beigeladene haben lediglich die Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3), wobei dahingestellt bleibt, ob überhaupt eine Kontrolle über eine Aktiengesellschaft rechtlich möglich ist (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04. Mai 2009, Verg 68/08).

Hat ein öffentlicher Auftraggeber innerhalb einer gemeinsam gehaltenen beauftragten Einrichtung eine Stellung inne, die ihm nicht die geringste Möglichkeit einer Beteiligung an der Kontrolle über diese Einrichtung sichert, würde damit nämlich einer Umgehung der unionsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen Tür und Tor geöffnet, da ein rein formaler Beitritt zu einer solchen Einrichtung oder deren gemeinsamem Leitungsorgan diesen öffentlichen Auftraggeber von der Verpflichtung befreien würde, ein Ausschreibungsverfahren nach den Unionsvorschriften durchzuführen, obwohl er bei dieser Einrichtung in keiner Weise an der Ausübung der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ beteiligt wäre, EuGH, Urteil vom 29.11.2012, Rs. C-182/11.

Insofern kommt eine in-house Vergabe iSv § 108 Abs. 1 GWB zwischen den Antragsgegnern und der Beigeladenen nicht in Betracht.

bb) Aber auch eine in-house Vergabe iSv § 108 Abs. 6 GWB kann nicht angenommen werden. Voraussetzung ist u.a. (Nr.1), dass der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden.

Die öffentlichen Aufgaben müssen von den beteiligten Auftraggebern „zu erbringen“ sein. Dies setzt voraus, dass sie ihnen (also allen beteiligten öffentlichen Auftraggebern) kraft Gesetzes obliegen. Die Zusammenarbeit kann sich daher nicht auf Aufgaben beziehen, zu denen nur einer der beteiligten Auftraggeber gesetzlich verpflichtet ist, die aber durch die Zusammenarbeit einem anderen Auftraggeber übertragen werden soll, von Engelhardt/Kaelble, in Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, § 108 Rn. 81; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.11.2012, Verg 69/11 zu einem Vertrag zwischen Kommune und Zweckverband über Klärschlambeseitigung, da dies nur Aufgabe der Kommune sei, m.w.N. Soweit das OLG Koblenz, Beschluss vom 14.05.2019, Verg 1/19 und das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2018, Verg 25/18 dem EuGH Vorabentscheidungsersuchen zur Anwendung des § 108 Abs. 6 GWB vorgelegt haben, liegen die dort angesprochenen Sachverhaltsdarstellung hier nicht vor.

Die Beauftragung von Dienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr obliegt gemäß § 3 Abs. 2 ÖPNVG NRW den Antragsgegnerinnen zu 2) und 3) in ihrem Wirkungskreis, und nicht dem Antragsgegner zu 1). Eine allen beteiligten öffentlichen Auftraggebern obliegende gemeinsame Aufgabe liegt somit nicht vor. Demzufolge liegen auch die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB hier nicht vor.

c) Bei dem „Finanzierungsbescheid“ vom 7. Mai 2019 handelt es sich auch um einen öffentlichen Auftrag iSv § 103 Abs. 1 und 4 GWB.

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen,

die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Dabei ist aufgrund einer Gesamtbeurteilung der tatsächlichen Umstände zu ermitteln, ob die Voraussetzungen eines Vertrages vorliegen.

Die Kammer weist zunächst auf den Erwägungsgrund 20 der VO (EG) Nr. 1370/2007 hin, wonach insbesondere die Pflichten der Behörden, die sich aus den Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge ergeben, bei unter jene Richtlinien fallenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen bleiben und nicht unter die Bestimmungen dieser Verordnung fallen.

In der Mitteilung der Kommission über die Auslegungshilfen zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014 – 2014/C 92/01 heißt es wörtlich:

In Art. 2 Nr. 1,2 und 5 der Richtlinie 2014/25/EU werden „Dienstleistungsaufträge“ als zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossene entgeltliche schriftliche Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen definiert. Sind öffentliche Auftraggeber im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Nummer 1 der Richtlinie 2014/24/EU beteiligt, so gelten diese Verträge als „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ gemäß Art. 2 Absatz 1 Nummer 6 und 9 der Richtlinie 2014/24/EU.

Folgt man diesen Hinweisen, so ergibt sich daraus, dass immer dann, wenn eine „Maßnahme“ als öffentlicher Dienstleistungsauftrag iSd Richtlinie 2014/24/EU eingestuft werden kann, dieser Dienstleistungsauftrag auch unter diese Richtlinie oder im nationalen Bereich – unter das GWB - fällt. Folgerichtig verweist dann auch § 8a Abs. 2 PBefG darauf.

Der Finanzierungsbescheid vom 7. Mai 2019 ist als öffentlicher Dienstleistungsvertrag iSd Richtlinie 2014/24/EU rechtlich einzustufen, auch wenn dieser als „Verwaltungsakt“ bezeichnet wird.

aa) Inhaltlich enthält der „Finanzierungsbescheid“ alle Einzelheiten, die im Rahmen eines Vertragsverhältnisses von Bedeutung sind. Die im Streit stehenden Personenverkehrsdienste im Gebiet der Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3) und die ausbrechenden Verkehre in die Gebiete der Antragsgegner zu 4) bis 10) werden unter Einbeziehung der Ratsbeschlüsse der Städte xxxxxx und xxxxxxxxxxxxxx vom 11.04.2019 und 28.03.2019 (Anlagen A und B sowie nebst der Anlage über die Liniennetze) auf die Beigeladene übertragen. In den Anlagen sind auch alle Einzelheiten zu den Vertragsinhalten geregelt, die üblicherweise in einem sog. Betrauungsakt enthalten sind, mit dem die Busdienstleister zur Durchführung der Linienfahrten konkret verpflichtet werden. Die konkreten Linien sind dort einzeln aufgeführt. Der Finanzierungsbescheid mit sämtlichen Anlagen stellt somit bei einer Gesamtbetrachtung das „rechtliche Gewand“ für die Beschaffung der Leistungen im öffentlichen Personennahverkehr dar.

Die Betrauungsanweisung – so das OLG München, Beschluss vom 22.06.2011, Verg 6/11 in einem ähnlich gelagerten Fall – ist kein Verwaltungsakt. Dies gilt vorliegend auch für den „Finanzierungsbescheid“. Denn für einen derartig belastenden Verwaltungsakt, der eine juristische Person des Privatrechts zur Übernahme einer Aufgabe

der Daseinsvorsorge verbindlich verpflichtet, fehlt es an einer Ermächtigungsgrundlage. Letztlich kann das aber auch dahingestellt bleiben. Denn die Beigeladene wird nicht einseitig zur Leistungserbringung verpflichtet, sondern sie hat Anspruch auf Zahlung eines jährlich festzusetzenden Geldbetrages.

bb) Insofern liegt auch ein entgeltlicher Vertrag vor. Ausgehend von der Rechtsprechung des BGH, Beschluss vom 01.12.2008, X ZB 31/08; BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10 unterscheidet § 103 GWB (§ 99 a.F.) nicht nach der Rechtsnatur des abzuschließenden Vertrags. Die Vorschrift weist Rechtsgeschäfte allein dem GWB – Vergaberegime zu, weil der öffentliche Auftraggeber Leistungen durch einen Dritten für wünschenswert oder notwendig erachtet und dies zum Anlass nimmt, deren Erbringung auf vertraglichem Weg und nicht in anderer Weise, etwa durch einen Beleihungsakt, sicherzustellen. Die erforderliche Entgeltlichkeit liegt jedenfalls dann vor, so der BGH a.a.O., wenn der öffentliche Auftraggeber sich durch ein einheitliches Leistungsaustauschgeschäft zu einer geldwerten Gegenleistung für die Leistung des Unternehmens verpflichtet. Das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.09.2004, Verg 35/04 war sogar der Auffassung, dass für die Entgeltlichkeit der Eingang irgendeiner Verpflichtung zu einer geldwerten Leistung genüge; ausreichend war somit irgendeine rechtliche Verknüpfung wechselseitiger Leistungen. Das kann hier ohne weiteres angenommen werden. Denn die Zahlung der im Finanzierungsbescheid genannten Beträge erfolgt, weil die Beigeladene im Gegenzug dazu, die von ihr geforderten Leistungen (Durchführung der Nahverkehrsleistungen) erfüllt.

Die Leistungen stehen auch in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, und sind nicht etwa nur einseitige „Zweckbestimmungen“ in einem Zuwendungsbescheid.

Im Unterschied zur Gewährung von staatlichen Beihilfen oder Zuschüssen sollen im Falle von vertraglichen Verpflichtungen bestimmte öffentliche Aufgaben, zu denen der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist und die er auch für erforderlich hält, von Dritten wahrgenommen werden. Der im Streit stehende Finanzierungsbescheid enthält konkrete Leistungspflichten, weil die Nahverkehrspläne der Städte Inhalt des Auftrages sind. Insofern enthält der „Finanzierungsbescheid“ in seiner Gesamtheit vertragliche Hauptleistungspflichten, die im Synallagma stehen. Die Beigeladene wird u.a. dazu verpflichtet, genau die in den Nahverkehrsplänen genannten Linien zu fahren und erhält im Gegenzug dafür eine entsprechende Vergütung. Darin besteht auch der Unterschied zu dem Sachverhalt in der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018, Verg 1/18. Die Beigeladene wird vorliegend zu einer vertraglichen Primär- oder Hauptleistung verpflichtet. Es bleibt keinesfalls ihr allein überlassen, für welche Linien oder Infrastrukturmaßnahmen beispielsweise sie die Mittel ausgeben will, sondern sie muss die Linien so bedienen, wie dies in den Nahverkehrsplänen der öffentlichen Auftraggeber vorgegeben wird.

Typisch für eine „Beihilfe“ ist hingegen, dass dabei nur eine bloße Finanzierung in der Form von Finanzhilfen erfolgt, aber diese Finanzierung eben nicht einer konkreten Vertragspflicht zugeordnet wird. Ausreichend dafür ist ein Zuwendungsbescheid. Aufgrund der hier vorliegenden umfassenden Regelungen (Finanzierungsbescheid mit sämtlichen Anlagen) wird bereits ohne weiteres ersichtlich, dass der „Pflicht zur Dienst-

leistung keine völlig ungeordnete Rolle zukommt und es deshalb ausgeschlossen erscheint, dass auch ihretwegen der Vertrag abgeschlossen wurde“ idS BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZB 27/04.

Im Ergebnis liegt somit ein entgeltlicher Vertrag vor, weil die Beigeladene die Linienfahrten gegen Entgelt durchzuführen hat.

cc) Zudem ergibt sich aus der Gesamtbetrachtung dieser „Vereinbarungen“, dass es sich nicht um eine Dienstleistungskonzession handelt, da eine Fehlbedarfsfinanzierung und eben keine Festbetragsfinanzierung festgelegt wurde, so dass der Zuwendungsgeber weitere Zuwendungen oder Mittel zuweist, wenn die eigenen Mittel der Beigeladenen erschöpft sind.

dd) Aus der Gesamtbetrachtung ergibt sich auch, dass Vertragspartner dieser Vereinbarung zumindest der Antragsgegner zu 1), die Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3) und die Beigeladene sind. Der Vertrag ist einerseits vom Antragsgegner zu 1) unterschrieben worden und der Antragsgegner zu 1) ist auch als „Auftraggeber“ neben den Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3) in der Bekanntmachung genannt worden. Rein formal wurde der Vertrag auch auf einem Kopfbogen des Antragsgegners zu 1) ausgefertigt, so dass auch dies für seine Stellung als Vertragspartner spricht.

Ob auch die Antragsgegnerinnen zu 4) bis 10), die in der Bekanntmachung ebenfalls als öffentliche Auftraggeber genannt wurden, Vertragspartner wurden, lässt die Kammer vorliegend dahingestellt.

Aufgrund dieser Vorgehensweise muss sich auch der Antragsgegner zu 1) als „öffentlicher Auftraggeber“ dieses Dienstleistungsvertrages rechtlich einstufen zu lassen.

Im Ergebnis war somit der „Finanzierungsbescheid“ vom 07. Mai 2019 als entgeltlicher öffentlicher Dienstleistungsauftrag iSv § 103 Abs. 4 GWB rechtlich einzuordnen. Solche Verträge sind, soweit keine in-house Konstellation erkennbar ist, nach dem 4. Teil des GWB auszuschreiben.

d) Der Abschluss eines solchen öffentlichen Dienstleistungsauftrages ohne eine Ausschreibung war gesetzlich nicht gestattet. Denn ein solcher Auftrag unterliegt den Regelungen des 4. Teils des GWB und war weder durch Art.5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 noch durch eine andere gesetzliche Regelung vergaberechtlich zulässig.

Gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 werden öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen. Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar.

Diese Vorschrift war wiederholt Gegenstand von Nachprüfungsverfahren in Bezug auf den öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen und Straßenbahnen und führte letztlich zur Vorlage einiger Fragen beim EuGH, der mit Urteil vom 21.03.2019 – C-266/17 und C-267/17 – darüber entschied. Nach Auffassung des EuGH ist der Art. 5 Abs. 2

VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht auf Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die keine Konzessionen betreffen, anwendbar. Vielmehr würden diese Dienstleistungsaufträge unter den Anwendungsbereich der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG fallen, wobei dies auch für die Richtlinien 2014/24 und 2014/25, die nunmehr entsprechende Vorschriften über Direktvergaben (Art. 12 und Art. 28) enthalten, gelte. Der EuGH macht somit keinen Unterschied zwischen den Richtlinien. Das kann aber auch dahingestellt bleiben, weil jedenfalls die Richtlinien 2014/24 und 2014/25 hier zur Anwendung kommen würden, und die Bekanntgabe der im Streit stehenden Direktvergabe nach dem Inkrafttreten der Richtlinien bzw. des GWB (18.04.2016) lag.

Die Kammer weist in diesem Zusammenhang nochmals auf den Erwägungsgrund 20 aus der VO (EG) Nr. 1370/2007 und die Mitteilung vom 29.03.2014 hin. Wie in der mündlichen Verhandlung erörtert, kann sich die Definition eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages iSv § 103 Abs. 4 GWB mit einem Dienstleistungsauftrag iSv Art. 2 lit) VO (EG) Nr. 1370/2007 überschneiden. Beide Vorschriften decken eine gemeinsame „Schnittmenge“ ab. Für diesen Fall gelten aber die Hinweise im Erwägungsgrund 20: die Richtlinie 2014/24/EU – bzw. § 103 GWB- gehen vor.

Der Abschluss eines solchen Vertrages zwischen den Antragsgegnern zu 1) bis 10) war mithin gesetzlich nicht gestattet, so dass der Vertrag im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens auf Antrag der Antragstellerin gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam erklärt wird.

2. Infolgedessen kommt es nicht mehr darauf an, ob die Antragsgegner auch gegen andere vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen haben, wie beispielsweise die fehlende Losaufteilung oder überlange Vertragslaufzeiten oder ob auch beihilferechtliche Vorschriften verletzt wurden.

### III.

Die Antragstellerin ist gemäß § 168 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt. Denn die erfolgte de-facto Vergabe der Leistungen an die Beigeladene bewirkte, dass sie sich nicht mit einem Angebot an dem Wettbewerb beteiligen konnte und deshalb auch keine Chance auf Erhalt des Auftrages hatte.

Die Kammer hat den öffentlichen Auftraggebern nicht vorzuschreiben, mit welchen Inhalten sie ihre Beschaffungen durchführen. Vielmehr wirkt eine Kammer nur darauf hin, dass die Vorgaben der Gesetze, hier des GWB, beachtet werden. 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.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 3 GWB die Kosten zu tragen. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner.

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. 2 Mrd. € für einen Zeitraum von 22,5 Jahren beträgt die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxxxx €.

Diese Gebühr wird den Antragsgegnern zu 1) bis 10) auferlegt. Die Antragsgegner zu 2) bis 10) sind aber als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 182 Abs. 1 GWB iVm § 8 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungskostengesetz des Bundes von den Gebühren befreit ist. 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. Die Kammer wird somit den Antragsgegner zu 1) auf ein Zehntel 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 Antragstellerin 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 10) 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