

OLG Düsseldorf: Verg 26/17 vom 19.02.2020

VPRRS 2020, 0097

OLG Düsseldorf

Beschluss

vom 19.02.2020

Verg 26/17

GWB § 108; Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Abs. 2 Satz 2 e

1. Die Berechtigung, öffentliche Aufträge über Personenverkehrsdienste direkt zu vergeben, schließt die Befugnis zur Direktvergabe im Wege eines Inhouse-Geschäfts mit ein.

2. Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 ist nicht anwendbar auf Direktvergaben von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen.

3. Führen "steuerliche Querverbundeffekte" dazu, dass etwaige Verluste der im Alleineigentum des öffentlichen Auftraggebers stehenden Betreiber-GmbH durch Gewinnausschüttungen einer anderen Gesellschaft ausgeglichen werden, handelt es bei dem an die Betreiber-GmbH erteilten Auftrag über öffentliche Personenverkehrsdienste nicht um eine Dienstleistungskonzession.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020 - Verg 26/17

*vorhergehend:**EuGH, Urteil vom 08.05.2019 - Rs. C-253/18**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2018 - Verg 26/17**VK Rheinland, 16.05.2017 - VK VOL 57/16*

Tenor:

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) vom 16. Mai 2017 (VK VOL 57/16) aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 6. Dezember 2016 zurückgewiesen.

2. Die Anträge der Antragstellerin vom 5. Dezember 2019 auf erweiterte Akteneinsicht und auf Gewährung einer Schriftsatzfrist für ergänzenden Vortrag in Bezug auf die seit Dezember 2016 fortgeschriebene Vergabeakte werden abgelehnt.

3. Der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens entsprechend § 148 ZPO bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 13. März 2019, BR 18/19, wird abgelehnt.

4. Der Antrag der Antragstellerin auf Aufhebung der Beiladung der Beigeladenen zu 2) wird abgelehnt.

5. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin. Die Beigeladenen tragen ihre Kosten jeweils selbst.

6. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.

7. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf Euro 480.000,00 festgesetzt.

Gründe

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 8. Oktober 2016 (Supplement zum Amtsblatt, Bekanntmachungsnummer ...) kündigte die Antragsgegnerin gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 die "Direktvergabe von öffentlichen

Personenverkehrsdiensten an die Stadtverkehr F. nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007" mit Wirkung zum 1. Januar 2019 an.

Der Auftrag sollte die Erbringung aller Busverkehrsleistungen auf dem Gebiet der Antragsgegnerin einschließlich abgehender Linienabschnitte umfassen. Die Verkehrsleistungen sollten circa 1.300.000 Jahres-Fahrplan-Kilometer (Ziffer II.2 der Bekanntmachung) mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von Euro 24.000.000,00 betragen, wobei als Laufzeit des gesamten Auftrags zehn Jahre ab Auftragsvergabe vorgesehen waren (Ziffer II.3 der Bekanntmachung). Zudem sollten eine Erdgastankstelle, ein Betriebshof und eine Leitstelle werktags von 5:00 Uhr bis mindestens 19:00 Uhr vorgehalten und besetzt werden. Der Auftrag beinhaltet ferner den Betrieb eines KundenCenters und einer "externen Vorverkaufsstelle auf dem ZOB" (Ziffer III. 1.5. II. der Bekanntmachung).

Hinsichtlich der Vergabe von Unteraufträgen hieß es unter Ziffer II.1.5 der Bekanntmachung:

"Vergabe von Unteraufträgen ist beabsichtigt: ja

Wert oder Anteil des Auftrags, der an Dritte vergeben werden soll:

unbekannt

Kurze Beschreibung des Wertes/Anteils des Auftrags, der an Unterauftragnehmer vergeben werden soll:

Der zukünftige Betreiber ist im Falle einer oder mehrerer Unterauftragsvergaben verpflichtet, den überwiegenden Teil der Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen. Daher darf der Betreiber nur den überschießenden Teil an einen oder mehrere Unterauftragnehmer vergeben."

Nach Ziffer IV.1) der Bekanntmachung soll der Auftrag "an einen internen Betreiber (Art. 5.2 von 1370/2007)" vergeben werden.

Die Antragsgegnerin ist in ihrem Gebiet Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV). Sie selbst ist nicht Mitglied des Zweckverbandes W. (im Folgenden W.), hat mit diesem aber am 25. September 2001 eine Kooperationsvereinbarung geschlossen und sich darin verpflichtet, ausschließlich den vom W. festgelegten "Gemeinschaftstarif" anzuwenden. Daneben schloss sie im Januar 2018 mit dem Kreis F., der Mitglied des W. ist, eine Gruppenbeteiligungsvereinbarung (Anlage AG 17), in der es unter anderem heißt:

"Die [Antragsgegnerin] hat zwar einen Gaststatus mit Rederecht in der Verbandsversammlung des W., sie wirkt aber nicht an den Beschlüssen der Verbandsmitglieder mit. [...] Ziel ist es, der [Antragsgegnerin] - soweit Angelegenheiten der [Antragsgegnerin] betroffen sind - zu ermöglichen, ihre Interessen bei den Beschlussfassungen der Verbandsmitglieder im W. wahr zu nehmen.

[...] Vor diesem Hintergrund vereinbaren der Kreis und die [Antragsgegnerin]: [...]

§ 1 (2) Die Verwaltungen des Kreises und der [Antragsgegnerin] werden sich bis spätestens 5 Tage vor einer Verbandsversammlung des Zweckverbands W. über anstehende Beschlussfassungen [...] abstimmen. Eine Abstimmung erfolgt in jedem Fall über Beschlüsse zur Fortschreibung des Gemeinschaftstarifs (Verbundtarifs), der Übergangstarife und der dazugehörigen Beförderungsbedingungen sowie über die Fortschreibung des landesweiten Tarifs (NRW-Tarif) [...]. Führt die Abstimmung zu keinem gemeinsamen Ergebnis, stellt der Kreis sicher, dass einer seiner Vertreter sein Stimmrecht sowie das ihm in der Verbandsversammlung des W. zustehende Initiativrecht im Interesse und nach den Vorgaben der [Antragsgegnerin] ausübt."

Die Antragstellerin ist ein im Gebiet der Antragsgegnerin tätiges Verkehrsunternehmen.

Bei dem vorgesehenen internen Betreiber handelt es sich um die Beigeladene zu 1), eine im Alleineigentum der Antragsgegnerin stehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die nahezu ausschließlich für die Antragsgegnerin tätig ist. In § 6 des Gesellschaftsvertrags der Beigeladenen zu 1) heißt es zur Ausübung der Gesellschafterrechte:

"Der Rat der [Antragsgegnerin] entsendet [...] drei Vertreter in die Gesellschaftsversammlung und benennt für jeden Entsandten einen Stellvertreter."

Die Beigeladene zu 1) hat einen Aufsichtsrat, für den die "Bestimmungen des Aktiengesetzes entsprechend gelten" (§ 10 Abs. 1 S. 2 Gesellschaftsvertrag) und der "aus dem Bürgermeister und 8 weiteren Mitgliedern besteht, die vom Rat der [Antragsgegnerin] benannt werden" (§ 10 Abs. 1 S. 3 Gesellschaftsvertrag).

Die Antragsgegnerin beabsichtigt, die Beigeladene zu 1) in dem an sie zu vergebenden Öffentlichen Dienstleistungsauftrag zu verpflichten, im Falle einer Unterauftragsvergabe den bedeutenden Teil der Leistung selbst zu erbringen. Nach der Wirtschaftsplanung der Beigeladenen zu 1) für die Jahre 2020 und 2021 wird der Umfang ihrer Leistungen - im Wesentlichen Haltestellenbetreuung, Marketing, Vertrieb sowie Betrieb eines Kundencenters - im Stadtbusverkehr auf dem Gebiet der Antragsgegnerin ca. 23 % umfassen. Da sie selbst keine Fahrleistungen im öffentlichen Nahverkehr erbringt und über keine eigenen Fahrzeuge verfügt, beabsichtigt sie, den überwiegenden Teil der Personenbeförderungsdienste durch die Beigeladene zu 2), ein kommunales Verkehrsunternehmen, erbringen zu lassen.

Mit Schreiben vom 11. November 2016 rügte die Antragstellerin zahlreiche Vergaberechtsverstöße: Eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Anwendungsbereich der Verordnung nicht eröffnet sei, insbesondere werde der Auftrag nicht in Form einer Dienstleistungskonzession erteilt. Die Bekanntmachung verstoße gegen Art. 4 Abs. 7 der Verordnung, weil nicht transparent angegeben worden sei, ob und in welchem Umfang eine Vergabe von Unteraufträgen in Frage komme. Die Beigeladene zu 1) sei zur Auftrags Erfüllung ungeeignet; sie müsse "im großen Stil" Unteraufträge vergeben.

Die Antragsgegnerin half den Rügen mit Schreiben vom 23. November 2016 nicht ab.

Mit weiterem Rügeschreiben vom 1. Dezember 2016 beanstandete die Antragstellerin die fehlende Bildung von Teillosen bei der angekündigten Direktvergabe.

Die Antragstellerin hat am 6. Dezember 2016 einen Nachprüfungsantrag gestellt und ihre Rügen wiederholt. Zudem seien - so ihre weitere Beanstandung - die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht erfüllt.

Die Antragstellerin hat beantragt,

der Antragsgegnerin die Direktvergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten an die Beigeladene zu 1) nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 entsprechend der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 8. Oktober 2016 veröffentlichten Bekanntmachung zu untersagen und sie zu verpflichten, für den Fall der weiteren Beschaffungsabsicht den Vertrag nur nach vorheriger Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB zu vergeben.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Da der geplante öffentliche Dienstleistungsauftrag in der Form einer Dienstleistungskonzession vergeben werden solle, unterfalle die Vergabe dem Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007. Die Voraussetzungen der Vorschrift seien erfüllt. Der Zulässigkeit der Direktvergabe stehe auch nicht entgegen, dass die Beigeladene zu 1) beabsichtige, den überwiegenden Teil der Personenverkehrsdienste durch die Beigeladene zu 2) erbringen zu lassen. Die Beigeladene zu 1) könne sich diese Verkehrsdienstleistungen als eigene zurechnen lassen, weil sie die Beigeladene zu 2) gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern kontrolliere und die Beigeladene zu 2) zu mehr als 80 % für die sie kontrollierenden zuständigen Behörden tätig sei.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 16. Mai 2017 der Antragsgegnerin untersagt, den Zuschlag auf den öffentlichen Dienstleistungsauftrag der Beigeladenen zu 1) zu erteilen, und sie bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, den Auftrag nur nach vorheriger Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB zu vergeben. Der Nachprüfungsantrag sei gemäß § 8a Abs. 7 PBefG statthaft. Die beabsichtigte Direktvergabe unterfalle dem Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007, der sich nicht nur auf Dienstleistungskonzessionen, sondern auch auf sogenannte Inhouse-Vergaben erstreckte. Die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 und 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 lägen nicht vor. Zudem erbringe die Beigeladene zu 1) die Verkehrsdienstleistungen nicht selbst. Ihr könnten die von der Beigeladenen zu 2) erbrachten Leistungen auch nicht als eigene zugerechnet werden.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde. Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil die beabsichtigte Direktvergabe sowohl den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 als auch denen von § 108 GWB entspreche.

Der Antragsgegner beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) vom 16. Mai 2017, VK VOL 57/16, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 6. Dezember 2017 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und
2. ihr Einsicht in die seit Dezember 2016 fortgeschriebene Vergabeakte der Antragsgegnerin und
3. ihr hierauf einen Schriftsatznachlass für ergänzenden Vortrag zu gewähren;
4. für den Fall, dass der Senat der Rechtsauffassung der Antragstellerin nicht in vollem Umfang folgen und die sofortige Beschwerde nicht ohne Weiteres insgesamt zurückweisen sollte, die Sache nach § 179 GWB dem Bundesgerichtshof wegen Abweichens vom Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019, Verg 16/19, vorzulegen;
5. dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV die Fragen zur Vorabentscheidung betreffend die Auslegung von Art. 5 Abs. 2 (Fragen 5 a und d), die Auslegung von Art. 4 Abs. 7 (Frage 5 b) und die Auslegung von Art. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 (Frage 5 c) vorzulegen:
 - a. Steht, wenn eine einzelne zuständige Behörde ein Inhouse-Geschäft oder gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt an einen internen Betreiber vergibt, es der gemeinsamen Kontrolle dieser Behörde zusammen mit den weiteren Gesellschaftern des internen Betreibers entgegen, wenn die Befugnis zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet zwischen der einzelnen zuständigen Behörde und einer Gruppe von Behörden, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet, aufgeteilt ist, beispielsweise indem die Befugnis zur Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen an einen internen Betreiber bei der einzelnen zuständigen Behörde verbleibt, die Aufgabe Tarif aber von einem Zweckverband Verkehrsverbund wahrgenommen wird, dem neben der einzelnen Behörde weitere in ihren geografischen Gebieten zuständige Behörde angehören, bei dem die zuständige Behörde aber nicht Mitglied ist?
 - b. Schließt es Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 mit der Verpflichtung, für den Fall, dass der betraute Betreiber Unteraufträge vergibt, einen bedeutenden Teil der Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen, aus, dass der interne Betreiber diesen überwiegenden Teil der Dienste durch eine Gesellschaft erbringen lässt, an der er 2,5 % der Geschäftsanteile hält und die übrigen Geschäftsanteile mittelbar oder unmittelbar von anderen zuständigen Behörden gehalten werden?
 - c. Zu welchem Zeitpunkt, schon dem der Veröffentlichung einer beabsichtigten Direktvergabe nach Art. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 oder erst dem der Direktvergabe selbst, müssen die Direktvergabevoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 vorliegen?
 - d. Schließt es Art. 5 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 mit der Pflicht, den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen, aus, dass der interne Betreiber diesen überwiegenden Teil der Dienste durch eine Gesellschaft erbringen lässt, an der er 2,5 % der Geschäftsanteile hält und die übrigen Geschäftsanteile mittelbar oder unmittelbar von anderen zuständigen Behörden gehalten werden?
6. hilfsweise - für den Fall, dass der Senat die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin weder zurückweisen noch einem der Anträge zu 2 bis 4 folgen sollte - die Sache entsprechend § 148 ZPO bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 13. März 2019, BR 18/19, auszusetzen;
7. die Beiladung der Beigeladenen zu 2) aufzuheben.

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens. Über die bereits vor der Vergabekammer geltend gemachten Verstöße hinaus rügt sie Dokumentationsmängel und fehlende Vergabereife. Für ein beabsichtigtes Inhouse-Geschäft fehlten die erforderliche Beschlussfassung in den Gremien der Antragsgegnerin sowie ein Vertragsentwurf. Das unsichere, weil womöglich EU-beihilfenrechtswidrige Finanzierungsmodell stehe der Vergabereife ebenfalls entgegen. Werde der Gerichtshof der Europäischen Union die vom Bundesfinanzhof mit Beschluss vom 13. März 2019 vorgelegte Frage, ob Steuerbegünstigungen für dauerhaft defizitäre Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen als staatliche Beihilfe zu qualifizieren sind, bejahen, werde das von der Antragsgegnerin beabsichtigte Finanzierungsmodell scheitern. Die beabsichtigte Direktvergabe verstoße schließlich gegen Kartellrecht und verletze die in Art. 12 GG garantierte Berufsfreiheit privater Verkehrsunternehmen.

Die Einsichtnahme in die fortgeschriebene Vergabeakte sei erforderlich, weil die Antragsgegnerin ausweislich ihrer bisherigen Vergabedokumentation eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 beabsichtigt habe und sich keine Anhaltspunkte für den Abschluss eines Inhouse-Geschäfts fänden. Zudem regt sie an, die Sache im Wege der Divergenzvorlage dem Bundesgerichtshof wegen Abweichens von dem Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019 (Verg 16/19) sowie dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung über die Auslegung von Art. 5 Abs. 2, Art. 4 Abs. 7 und Art. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 vorzulegen. Die Beiladung der Beigeladenen zu 2) sei aufzuheben, weil diese durch die Entscheidung nur in ihren wirtschaftlichen Interessen berührt werde.

Die mit Beschluss der Vergabekammer vom 5. Januar 2017 zum Verfahren hinzugezogenen Beigeladenen haben weder vor der Vergabekammer noch im Beschwerdeverfahren Anträge gestellt.

Der Senat hat mit Beschluss vom 7. März 2018 (Bl. 153 ff. d.GA.) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union Fragen zur Auslegung der Verordnung (EG) 1370/2007 vorgelegt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit Urteil vom 8. Mai 2019 (C-253/18) die vom Senat vorgelegten Fragen dahin beantwortet, dass Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 dahin auszulegen ist, dass er auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Konzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU annehmen, nicht anwendbar ist.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde ist begründet. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist überwiegend zulässig, jedoch unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist im Wesentlichen zulässig.

a. Er ist statthaft. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist eröffnet. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 8a Abs. 2 Satz 1, Abs. 7 Satz 1 PBefG (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 2019 - Verg 16/16). Nach Absatz 2 dieser Vorschrift gilt der 4. Teil des GWB, wenn öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Bussen oder mit Kraftfahrzeugen zugleich öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB a.F. sind. Absatz 7 der Regelung sieht vor, dass die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung (EG) 1370/2007 der Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterliegt. Nach Auffassung des Senats gilt die Rechtswegzuweisung auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar die Absicht einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 bekanntgegeben hat, tatsächlich aber die Regeln über ein sogenanntes Inhouse-Geschäft anwendbar sind. Zwar sind die durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in das GWB eingeführten Voraussetzungen eines sogenannten Inhouse-Geschäfts in § 108 GWB als Bereichsausnahme formuliert, mit der Folge, dass bei deren Vorliegen der 4. Teil des GWB keine Anwendung findet. Dies bedeutet vorliegend aber nicht, dass eine Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen ausscheidet. Vielmehr sind in diesem Fall die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe bzw. des § 108 GWB im Rahmen der Begründetheit zu prüfen (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 2019 - Verg 16/16; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30. Januar 2014, 11 Verg 15/13 -), wie eine Auslegung der in § 8a Abs. 2 S. 1, Abs. 7 PBefG getroffenen Regelungen ergibt. Dem Gesetzgeber stand, wie den Gesetzesmaterialien entnommen werden kann (vgl. BT-Drs. 17/8233, S. 23), bei Schaffung des am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG die seinerzeitige Rechtsprechung des Senats vor Augen, der sich in Fällen der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 im Hinblick auf Art. 5 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mittels einer analogen Anwendung von § 102 GWB a.F. als Vergabenachprüfungsinstanz für zuständig erklärt hatte (Senatsbeschluss vom 2. März 2011 - Verg 48/10 -; dem Senat folgend OLG München, Beschluss vom 22. Juni 2011 - Verg 6/11 -; vgl. auch Fehling in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, § 8a Rn. 81). In dem in den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 17/8233, S. 23) zitierten Beschluss ging der Senat - wie später auch weitere Vergabesenate (vgl. z.B. OLG München, Beschluss vom 31. März 2016, Verg 14/15 -) - noch davon aus, dass die Inhouse-Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Vergaberichtlinien, die seinerzeit noch nicht kodifiziert war, dem Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 unterfällt (vgl. Senatsbeschluss vom 2. März 2011 - Verg 48/10 -). In der Literatur ist daraus - aus damaliger Sicht zutreffend - geschlussfolgert worden, dass § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Dienstleistungskonzessionen und -aufträgen sowie eine Rechtswegspaltung ausschließt (vgl. Fehling in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, § 8a Rn. 8). Eine Rechtswegspaltung entspricht aber weder dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers noch dem Sinn und Zweck der von ihm geschaffenen gesetzlichen Regelung. Vielmehr sollen sie zu einer Zuständigkeitskonzentration für sämtliche Streitigkeiten aus Vergaben von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von Art. 2 lit. i) der Verordnung (EG) 1370/2007 bei den Vergabenachprüfungsinstanzen führen (vgl. BT-Drucksache 17/8233, S. 23). Sollte daher durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 21. März 2019 - C-266/17 und C-267/17 - und vom 8. Mai 2019 - C-253/18 -, wonach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 auf die heute in § 108 GWB geregelten Inhouse-Vergaben nicht anwendbar ist, eine Lücke in

diesem gewollten rein vergaberechtlichen Rechtsschutzsystem entstanden sein, ist diese zur Vermeidung einer Rechtswegspaltung durch eine entsprechende Anwendung des § 8a Abs. 7 S. 1 PBefG zu schließen.

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

Die Antragsbefugnis, die für jede erhobene vergaberechtliche Beanstandung gesondert zu prüfen ist (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019 - Verg 43/18; Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 Rn. 6), fehlt ihr aber insoweit, als sie Falschbezeichnungen (Ankündigung als Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007) und fehlende Angaben in der Vorabkennzeichnung (Bedingungen für eine Unterauftragsvergabe und den Wert des Anteils der Unterauftragsvergabe) rügt. Diese Vergaberechtsverstöße bleiben folgenlos, weil die Antragstellerin nicht dargetan hat, dass ihr hierdurch ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB droht (vgl. BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 46 ff.; Senatsbeschluss vom 3. Juli 2019 - Verg 51/16). Es kann nicht festgestellt werden, dass die behaupteten Fehler Auswirkungen auf die Zuschlagschance der Antragstellerin hatten, weil der Antragstellerin auch bei zutreffenden Angaben in der Vorinformation eine Angebotsabgabe nicht möglich gewesen wäre. Die Antragsbefugnis fehlt der Antragstellerin auch insoweit, als sie die "fehlende Vergabereife" rügt. Mit dem Begriff der Vergabereife hat der Senat in der Vergangenheit unter anderem die Forderung an den öffentlichen Auftraggeber umschrieben, die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen für den Beginn der Leistungsausführung zu schaffen (Senatsbeschluss vom 19. September 2018 - Verg 17/18). Diese Anforderung enthält in Verfahren einer Direktvergabe jedoch keinen bieterschützenden Charakter (Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2019 - Verg 16/16). Kann eine Direktvergabe an einen internen Betreiber - wie hier von der Antragstellerin behauptet - mangels gesicherter Finanzierung nicht wie vom öffentlichen Auftraggeber ursprünglich geplant abgeschlossen werden, werden allenfalls Rechte des internen Betreibers und des öffentlichen Auftraggebers selbst berührt.

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist, soweit zulässig, unbegründet. Die beabsichtigte Direktvergabe ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

a. Die Antragsgegnerin ist die für die beabsichtigte Direktvergabe zuständige Behörde im Sinne von Art. 2 lit. b der Verordnung (EG) 1370/2007.

Nach dieser Vorschrift ist zuständige Behörde jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung. Die Bestimmung der zur Intervention, das heißt zur Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Personenverkehr, zuständigen Behörde obliegt unionsrechtlich allein den Mitgliedstaaten (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1971 - 51-54/71, Slg. 1971, 1115 Rn. 3/4; BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 26).

Die Zuständigkeit der Antragsgegnerin ergibt sich aus § 3 Abs. 2 S. 2 ÖPNVG NRW. Nach dieser Vorschrift sind die Aufgabenträger berechtigt, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Artikel 3 der Verordnung (EG) 1370/2007 nach Artikel 5 Absätze 2, 4, 5 und 6 direkt zu vergeben, soweit Bundesrecht dem nicht entgegensteht. Dies schließt die Befugnis zur Direktvergabe im Wege eines Inhouse-Geschäfts mit ein (hiervon geht ohne ausdrückliche Erwähnung auch der BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 24 ff., aus). Die Antragsgegnerin ist als mittlere kreisangehörige Stadt Aufgabenträgerin im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG NRW.

Die Antragsgegnerin hat die Eigenschaft als zuständige Behörde für die Auftragsvergabe nicht dadurch verloren, dass sie bestimmte Aufgaben wie die Bestimmung der Tarife oder Beförderungsbedingungen durch den W. erfüllen lässt (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 25). Dadurch hat sie lediglich sachlich und örtlich begrenzte Teile der Aufgabe ÖPNV gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG NRW) auf den Zweckverband übertragen. Nach § 6 GkG NRW gehen allein das Recht und die Pflicht zur Erfüllung dieser Aufgaben auf den Zweckverband über (OVG Münster, Beschluss vom 31. März 2016 - 9 A 254/15 -).

b. Die beabsichtigte Direktvergabe verstößt nicht gegen Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007, weil die genannte Vorschrift vorliegend nicht anwendbar ist.

aa. Nach der in diesem Verfahren ergangenen Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht anwendbar auf Direktvergaben von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen. Direktvergaben für den öffentlichen Busverkehr sind öffentliche Dienstleistungsaufträge, für die Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 gilt, ungeachtet, ob diese durch den Abschluss eines Vertrages oder durch einen sonstigen rechtverbindlichen Akt erfolgen (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 31). Auf die Beantwortung der von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 5. Dezember 2019 formulierten Vorlagefragen 5.a) c) und d) zur Auslegung von Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 der Verordnung (EG)

1370/2007 kommt es nicht an.

bb. Die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession, die zur Anwendung der Verordnung (EG) 1370/2007 führen würde, sind nicht erfüllt. Eine Dienstleistungskonzession unterscheidet sich von einem Dienstleistungsauftrag dadurch, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung entweder ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Ob und inwieweit der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und er das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 -). Diese Voraussetzungen erfüllt der Öffentliche Dienstleistungsauftrag nicht. Der Senat hat bereits in seinem Vorlagebeschluss an den Gerichtshof der Europäischen Union die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession verneint (Bl. 157 ff. d.GA. - Rn. 10 bis 12, 21), weil die von der Antragsgegnerin angeführten "steuerlichen Querverbundeffekte" dazu führten, dass etwaige Verluste der Beigeladenen zu 1) bei der Erbringung der Verkehrsdienstleistungen durch Gewinnausschüttungen der F. 1 GmbH & Co. KG ausgeglichen werden. Dieser Rechtsauffassung hat sich die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 6. Dezember 2019 (Bl. 260 ff. d.GA.) letztlich angeschlossen. Sie führt dort aus, dass sie nicht (mehr) auf eine Dienstleistungskonzession abstellen möchte.

c. Die beabsichtigte Direktvergabe durch die Antragsgegnerin erfüllt die Voraussetzungen einer zulässigen Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift ist der Vierte Teil des GWB nicht auf Vergaben von öffentlichen Aufträgen anzuwenden, die von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person vergeben werden, wenn der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle (Kontrollkriterium), mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde (Wesentlichkeitskriterium) und keine privaten Beteiligungen an der juristischen Person bestehen.

Diese Voraussetzungen liegen im Verhältnis der Antragsgegnerin zur Beigeladenen zu 1) vor:

aa. Unschädlich ist, dass die Antragsgegnerin die gewählte Direktvergabeart in der Vorinformation fehlerhaft als eine "Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2" der Verordnung (EG) 1370/2007 bezeichnet hat und der Rat der Antragsgegnerin in seiner Sitzung am 7. Juli 2016 eine Direktvergabe "gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007" beschlossen hat. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist der Senat nicht gehindert, zu überprüfen, ob die Direktvergabe nicht nach anderen Vorschriften vergaberechtlich unbedenklich ist (Senatsbeschluss vom 3. Juli 2019 - Verg 51/16). Da sich die Antragsgegnerin auf die Voraussetzungen von § 108 GWB sowohl vor der Vergabekammer (Ss. vom 15. Februar 2017, S. 11 bis 15) als auch im Beschwerdeverfahren berufen hat und der Eingriff in ein Vergabeverfahren stets nur ultima ratio sein kann und nicht in Betracht kommt, wenn sich der öffentliche Auftraggeber, wenn auch aufgrund einer anderen Norm, zulässigerweise einer bestimmten Vergabeform bedient, ist der Senat zu einer entsprechenden Prüfung sogar verpflichtet. Ein Dokumentationsmangel liegt insoweit nicht vor. Der öffentliche Auftraggeber kann im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht im Vergabevermerk niedergelegt worden sind. Vielmehr ist das Nachschieben von Gründen im Vergabenachprüfungsverfahren aus Gründen des Beschleunigungsgrundsatzes zuzulassen, wenn - wie hier - keine Anhaltspunkte für eine Manipulation vorliegen und die Transparenz des Vergabeverfahrens gesichert ist (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10 -). Der Vortrag der Antragsgegnerin enthält nachvollziehbare Angaben, aus denen auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 108 GWB geschlossen werden kann. Er versetzt die Antragstellerin in die Lage, die Rechtmäßigkeit des angekündigten Verhaltens zu überprüfen, auch ohne dass ein Vertragsentwurf für den zu vergebenden Dienstleistungsauftrag vorgelegt wurde. Da der Senat nicht von den vom Oberlandesgericht München (Beschluss vom 14. Oktober 2019, Verg 16/19) aufgestellten Anforderungen an die Vergabedokumentation abweicht, besteht kein Anlass für die von der Antragstellerin angeregte Divergenzvorlage (§ 179 Abs. 2 S. 1 GWB) an den Bundesgerichtshof.

bb. Das Kontrollkriterium ist erfüllt. Hierfür ist erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit hat, die Geschäftstätigkeit des Auftragnehmers tatsächlich zu beeinflussen. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der betrauten juristischen Person entscheidenden Einfluss zu nehmen (EuGH, VergabeR 2008, 478 - Rn. 36). Dies ist im Fall einer GmbH bei entsprechender Beteiligung am Stammkapital grundsätzlich anzunehmen, weil deren Geschäftsführer weisungsgebunden sind (Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2019 - Verg 16/16, und vom 12. Januar 2004 - Verg 71/03 - zum GWB a.F.).

Die Antragsgegnerin, als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB, ist alleinige Anteilseignerin der Beigeladenen zu 1) und hat dementsprechend alle Stimmrechte in deren Gesellschafterversammlung (§ 3 Abs. 2, § 6 des Gesellschaftsvertrags). Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind ausschließlich von der Antragsgegnerin entsandte Personen (§ 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags). Die sich hieraus ergebenden Kontrollrechte nimmt die Antragsgegnerin umfassend wahr. Dass die Beigeladene zu 1) den von ihr anzuwendenden Tarif nicht selbst bestimmt, ist unschädlich. Nach der Rechtsprechung des Senats kann eine Kontrolle auch dahin ausgeübt werden, dass die kontrollierte juristische Person

angewiesen wird, anstelle des individuellen Tarifs den Gemeinschaftstarif anzuwenden, der unter Mitwirkung des öffentlichen Auftraggebers in der Verbandsversammlung des Verkehrsverbands beschlossen wird (Senatsbeschluss vom 3. Mai 2017, verb. Verg 17/16 und 18/16 - Rn. 20). Die Befugnis zur Tarifgestaltung hat die Antragsgegnerin in eigener Entscheidung und damit in Ausübung ihrer Kontrollrechte durch Abschluss einer Kooperationsvereinbarung mit dem W. auf diesen übertragen. Über die Gruppenbeteiligungsvereinbarung mit dem Kreis F. wirkt die Antragsgegnerin zudem an der Fortschreibung des Tarifs mit, wobei sichergestellt ist (vgl. § 1 Abs. 2 der Gruppenbeteiligungsvereinbarung), dass der Kreis in den die Antragsgegnerin betreffenden Angelegenheiten, einschließlich der Fortschreibung des Gemeinschafts- und des landesweiten Tarifs, sein Stimmrecht in der Verbandsversammlung des W. nach den Vorgaben der Antragsgegnerin ausübt.

cc. Das Wesentlichkeitskriterium wird von der Beigeladenen zu 1) ebenfalls erfüllt. Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten ist nach § 108 Abs. 7 GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz während der letzten drei Jahre vor Vergabe des in Rede stehenden Auftrags heranzuziehen. Die Beigeladene zu 1) war gemessen am durchschnittlichen Gesamtumsatz in den Jahren 2016, 2017 und 2018 zu 87,49 % für die Antragsgegnerin tätig, indem sie Leistungen im Öffentlichen Personennahverkehr und in der Parkraumbewirtschaftung im Stadtgebiet der Antragsgegnerin erbracht hat.

dd. An der Beigeladenen zu 1) bestehen keine privaten Beteiligungen.

d. Die beabsichtigte Direktvergabe verstößt nicht gegen Art. 4 Abs. 7 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007.

Nach dieser Vorschrift ist der mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten betraute Betreiber verpflichtet, einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen. Die Vorschrift ist bei der Vergabe eines Auftrags über den öffentlichen Personenverkehr mit Bussen anwendbar (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2016, C-292/15 - Rn. 41). Ihre Voraussetzungen liegen vor.

aa. Die Beigeladene zu 1) beabsichtigt die Vergabe eines Unterauftrags an die Beigeladene zu 2). Bei einem Unterauftrag vergibt der Auftragnehmer einen Teil des Auftrags im eigenen Namen weiter mit der Folge, dass er im Verhältnis zum Unterauftragnehmer selbst Auftraggeber ist (OLG Naumburg, Beschluss vom 26. Januar 2005, 1 Verg 21/04; Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß in Linke, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 4 Rn. 82).

Die von der Beigeladenen zu 1) vergebenen Fahrbetriebsleistungen sind ein Teil des beabsichtigten Gesamtauftrags, der ausweislich der Vorinformation neben den Busverkehrsleistungen auf den dort genannten Linienbündeln weitere Aufgaben, wie Verwaltungs- und Wartungsaufgaben, umfasst. Während die Beigeladene zu 2) sämtliche Fahrbetriebsleistungen übernehmen soll, werden die für die Erbringung der Fahrbetriebsleistungen notwendigen organisatorischen Aufgaben bei der Beigeladenen zu 1) verbleiben.

bb. Die Beigeladene zu 1) erbringt einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst.

Unter welchen Voraussetzungen der Anteil der Eigenerbringung bedeutend ist, regelt die Verordnung (EG) 1370/2007 nicht. Der Ordnungsgeber hat den zuständigen nationalen Behörden insoweit ein weites Ermessen eingeräumt (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2016, C-292/15 -; Zuck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, VO (EG) 1370/2007, Art. 4 Rn. 48). Der ausgewählte interne Betreiber ist auf der einen Seite nicht verpflichtet, den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss aus Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. e und aus der Entstehungsgeschichte der Verordnung (EG) 1370/2007, weil sich der dahingehende Vorschlag des Europäischen Parlaments nicht durchgesetzt hat (EP-Dok. A6-0131/2007 endg. vom 4. April 2007, S. 20; Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß in Linke, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 4 Rn. 93). Auf der anderen Seite darf der ausgewählte interne Betreiber gemäß Art. 4 Abs. 7 S. 3 der Verordnung (EG) 1370/2007 den Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste nur dann vollständig an Unterauftragnehmer übertragen, wenn - anders als hier - der öffentliche Dienstleistungsauftrag gleichzeitig Planung, Aufbau und Betrieb dieser Dienste umfasst. Für die Annahme eines bedeutenden Eigenanteils zu fordern ist, dass dem ausgewählten internen Betreiber ein substantieller Teil der Eigenerbringung verbleibt (Berschin in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2019, VO (EG) 1370/2007, Art. 4 Rn. 37). Er muss an der Durchführung des Verkehrs in einem angemessenen Umfang beteiligt sein. Dafür muss er nicht zwingend Fahrbetriebsleistungen selbst erbringen. Vielmehr kann der bedeutende Eigenanteil auch durch Leistungen in der Betriebsorganisation, der Wartung oder technischen Unterstützungsleistungen erbracht werden, solange diese einen spezifischen Bezug zu dem öffentlichen Verkehrsdienst aufweisen und nicht Vorleistungen mit bloßer Hilfsfunktion sind (Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß in Linke, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 4 Rn. 82; Otting/Olgemöller/Tresselt in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 70 Rn. 65). Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Eigenerbringungsanteil bedeutend ist, können der jeweilige Anteil des Werts der vertragsgegenständlichen Dienste, der Personenkilometer oder der Fahrgeldeinnahmen gemessen am jeweiligen Umfang des Gesamtauftrags in die Betrachtung einfließen, wobei regelmäßig ein Wert von 20-30 % als bedeutend anzusehen ist (Berschin in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2019, VO (EG) 1370/2007, Art. 4 Rn.

38; Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß in Linke, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 4 Rn. 92 f.; Otting/Olgemöller/Tresselt in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 70 Rn. 65).

Gemessen daran ist der bei der Beigeladenen zu 1) verbleibende Eigenerbringungsanteil an den Personenverkehrsdiensten bedeutend. Ihr obliegen der Betrieb der Leitstelle sowie die Vorhaltung eines Betriebshofs und einer Betankungseinrichtung. Hinzukommt, dass die Beigeladene zu 1) weiterhin mit der Verwaltung, den zentralen Diensten sowie dem Marketing und dem Vertrieb des Stadtbusverkehrs betraut sein wird. Die bei der Beigeladenen zu 1) verbleibenden Aufgaben umfassen damit zentrale Steuerungsaufgaben, wie die Leitung des Einsatzbetriebs der eingesetzten Busse und die für die Erbringung der Fahrdienstleistungen notwendige Betriebsorganisation. Diese Leistungen schaffen die Voraussetzung für die untervergebenen Beförderungsleistungen und sind für die Erbringung der Personenverkehrsdienste auf dem Stadtgebiet der Antragsgegnerin von wesentlicher Bedeutung. Sie gehen über bloße Vorleistungen mit Hilfsfunktion weit hinaus. Dass die Beigeladene zu 1) selbst keine Beförderungsleistungen erbringt, ist vor diesem Hintergrund unschädlich, denn es ist gerade nicht erforderlich, dass der interne Betreiber jede Aufgabe des zu vergebenden Öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu einem bedeutenden Teil selbst durchführt. Der bei der Beigeladenen zu 1) verbleibende Eigenanteil ist auch unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Eigen- und Fremderbringung auf der Basis des Werts der vergebenen Verkehrsdienste bedeutend. Der Wert eines Verkehrsdienstes bestimmt sich nach der Summe der Gesamteinnahmen ohne gesetzliche Umsatzsteuer zuzüglich der von der Behörde gewährten Ausgleichsleistungen (Art. 2 lit. k der Verordnung (EG) 1370/2007). Die Antragsgegnerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass der Wert der von der Beigeladenen zu 1) ab der geplanten Betriebsaufnahme zu erbringenden Leistungen gemessen am Gesamtauftragswert etwa 23 % betragen wird. Ein solcher Wertanteil ist regelmäßig bedeutend (Otting/Olgemöller/Tresselt in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 70 Rn. 65; Berschin in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2019, VO (EG) 1370/2007, Art. 4 Rn. 37; Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß in Linke, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 4 Rn. 93), zumal - wie dargelegt - der Beigeladenen zu 1) die Erfüllung zentraler Aufgaben verbleibt.

cc. Ob Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 teleologisch zu reduzieren ist - so der Senat im Beschluss vom 19. Februar 2020 (VII-Verg 2/19) - und ein Unterauftrag im Sinne dieser Vorschrift deshalb nicht vorliegt, weil dieser im Wege einer Inhouse Vergabe nach § 108 GWB vergeben wird und aus diesem Grund - so die Auffassung der Antragsgegnerin - die Leistungen der Beigeladenen zu 2) der Beigeladenen zu 1) zuzurechnen sind, kann offenbleiben. Aus diesem Grund kommt es auch auf die Beantwortung der von der Antragstellerin formulierten Vorlagefrage 5 b) zur Auslegung von Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht an.

e. Die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Inhouse-Vergabe verstößt nicht gegen das in § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB niedergelegte Verbot der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch unbillige Behinderung oder ungerechtfertigte Diskriminierung. Behauptete Verstöße gegen Kartellrecht sind im Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich zu überprüfen, und zwar im Wege einer Inzidentprüfung innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm (BGH, Beschluss vom 18. Juni 2012, X ZB 9/11; Senatsbeschluss vom 21. Februar 2005 - Verg 91/04 [in Bezug auf eine Patentrechtsverletzung]). Vergaberechtliche Anknüpfungsnorm könnte hier möglicherweise der Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) sein, der hier aber nicht verletzt ist. Es mag zutreffen, dass die Antragsgegnerin in ihrem Zuständigkeitsbereich marktbeherrschende Nachfragerin von Personenverkehrsleistungen ist. Vorliegend ist wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung jedoch eine kartellrechtswidrige Ausnutzung dieser Stellung durch die beabsichtigte Inhouse-Vergabe ausgeschlossen, weil die rechtlichen Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe vorliegen.

f. Aus diesem Grund liegt auch keine Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG vor, weil ein Eingriff - ungeachtet der Frage, ob der Schutzbereich dieses Grundrechts eröffnet ist - jedenfalls durch die gesetzlich zulässige Inhouse-Vergabe gerechtfertigt wäre (OLG München, Beschluss vom 31. März 2016, Verg 14/15 -). Dass es deshalb nach der Behauptung der Antragstellerin "in Nordrhein-Westfalen zu einer flächendeckenden Direktvergabe von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs an öffentliche Verkehrsunternehmen kommt" (Ss. der Antragstellerin vom 5. Dezember 2019, S. 22, Bl. 253 d.GA.), ist vor diesem Hintergrund hinzunehmen.

g. Ein Verstoß gegen das in § 97 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB niedergelegte und auf Landesebene in § 3 Abs. 6 TVgG NRW konkretisierte Gebot, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen zu berücksichtigen und Leistungen aufgeteilt nach Losen zu vergeben, liegt ebenfalls nicht vor, weil diese Vorschriften bei einer vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe gerade keine Anwendung finden (OLG München, Beschluss vom 31. März 2016, Verg 14/15 -; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Oktober 2016, VI-U (Kart) 2/16 -).

III.

Der Antrag der Antragstellerin vom 5. Dezember 2019 auf Akteneinsicht in "die seit Dezember 2016 fortgeschriebene Vergabeakte" (Antrag zu 2) war abzulehnen. Das Akteneinsichtsrecht gemäß § 165 Abs. 1 GWB besteht nur in dem Umfang,

wie es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des betreffenden Verfahrensbeteiligten erforderlich ist (Senatsbeschluss vom 29. Juni 2017 - Verg 7/17 -; Behrens in Müller-Wrede, *GWB Vergaberecht Kommentar*, 2016, § 165 Rn. 19). Der Begründung der Antragstellerin lässt sich hierzu nichts entnehmen. Allein der Umstand, dass für die Antragstellerin der mögliche Abschluss eines Inhouse-Geschäfts aus der bisherigen Vergabedokumentation nicht zu erkennen war, rechtfertigt die begehrte erweiterte Akteneinsicht nicht, weil ihr die an die neue Rechtsprechung angepasste Direktvergabeabsicht hinlänglich aus dem schriftsätzlichen Vorbringen der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren zur Kenntnis gebracht worden ist und sie, die Antragstellerin, ihre Möglichkeiten zur Wahrung ihrer subjektiven Rechte umfassend genutzt hat. Aus diesem Grund bestand auch keine Veranlassung zur Gewährung eines Schriftsatznachlasses für ergänzenden Vortrag (Antrag zu 3).

IV.

Der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens entsprechend § 148 ZPO in Verbindung mit § 73 Nr. 2 GWB und § 175 Abs. 2 GWB wegen Vorgreiflichkeit des beim Gerichtshof der Europäischen Union anhängigen Vorabentscheidungsersuchens des Bundesfinanzhofs (Beschluss vom 13. März 2019, 1 BR 18/19) war zurückzuweisen, weil der Rechtsstreit beim Bundesfinanzhof nicht mehr anhängig ist (Pressemitteilung des Bundesfinanzhofs Nr. 8/2020 vom 6. Februar 2020). Im Übrigen sind die sich in jenem Verfahren stellenden Rechtsfragen vorliegend nicht entscheidungserheblich. Die von der Antragstellerin geltend gemachten Verstöße gegen EU-beihilferechtliche Vorschriften, bei denen es sich nicht um vergaberechtliche Vorschriften handelt, wirken sich im Vergabeverfahren der Antragsgegnerin nicht aus, weil die Beigeladene von etwaigen unzulässigen Beihilfen erst nach Erteilung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags profitieren kann. Im Übrigen ist das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. dem Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV erst dann verletzt, wenn die Beihilfe gewährt wird. Dies setzt voraus, dass ein Unternehmen einen geldwerten Vorteil ohne angemessene Gegenleistung erhalten hat, während die hier angegriffene beabsichtigte Direktvergabe allenfalls die Möglichkeit einer Beihilfengewährung eröffnet.

V.

Der Antrag auf Aufhebung der Beiladung der Beigeladenen zu 2) hat keinen Erfolg. Der Senat kann trotz der Unanfechtbarkeit der Beiladung (§ 162 S. 2 GWB) auch im Beschwerdeverfahren und Beiladungen aufheben (Senatsbeschluss vom 20. Mai 2008 - Verg 27/08). Die Voraussetzungen für eine Beiladung der Beigeladenen zu 2) liegen weiterhin vor. Die Beiladung setzt gemäß der auch im Beschwerdeverfahren anwendbaren Vorschrift des § 162 S. 1 GWB eine kausal durch die Entscheidung in der Hauptsache möglich werdende schwerwiegende Interessenberührung des Beizuladenden in wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht voraus. Eine schwerwiegende Interessenberührung in wirtschaftlicher Hinsicht, die nach dem eben Gesagten für eine Beiladung ausreichend ist, liegt vor, wenn sich die Position des Beizuladenden im Vergabeverfahren durch den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens oder des Beschwerdeverfahrens verändern kann und dadurch seine Aussichten sinken, den Auftrag zu erhalten (Senatsbeschlüsse vom 14. Oktober 2019 - Verg 32/19, vom 26. Juni 2002, Verg 24/02 -, und vom 13. November 2000, Verg 14/00 -; Dicks in Ziekow/Völlink, *Vergaberecht*, 3. Auflage 2018 § 162 GWB Rn. 4). So liegt der Fall auch bei der Beigeladenen zu 2), deren Aussichten auf den Erhalt des Unterauftrags vom Ausgang dieses Verfahrens maßgeblich abhängen.

VI.

Der zu dem beim Senat anhängigen Verfahren VII - Verg 11/18 eingereichte Schriftsatz der Antragstellerin vom 6. Februar 2020, der wahrscheinlich dieses Verfahren betrifft, gibt zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass. Der Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 17.12.2019, mit dem diese zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12.11. 2019 (XIII ZB 120/19) Stellung genommen hat, enthält keinen neuen Tatsachenvortrag, so dass deshalb wie auch im Übrigen keine Gründe für eine Wiedereröffnung vorliegen.

VII.

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

dem Verfahren vor der Vergabekammer war nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 VwVfG notwendig, weil der Sachverhalt komplex und die zu beurteilenden Rechtsfragen schwierig waren.

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

Zitiervorschlag:

OLG Düsseldorf Urt. v. 19.2.2020 – Verg 26/17, VPRRS 2020, 0097