

OLG München, Beschluss vom 22.06.2011 Verg 6/11

Leitsätze:

1. Die Regelungen des Art. 5 Abs. 2 VO sind speziell für die „Inhouse-Vergabe“ von ÖPNV – Leistungen geschaffen worden. Sie gehen als Spezialregelung den Anforderungen an eine Inhouse-Vergabe vor, wie sie der EuGH in ständiger Rechtsprechung entwickelt hat.

Wesentlicher Inhalt der Entscheidung:

Gegenstand des Verfahrens war eine sofortige Beschwerde des Antragstellers. Im Rahmen der Zulässigkeit erklärte sich das OLG trotz einer fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Zuweisung zu den Vergabekammern und -senaten für zuständig und begründete dies mit einer analogen Anwendung des § 102 GWB. In materieller Hinsicht setzt sich das OLG intensiv mit den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 auseinander.

Beschlusstext (gekürzt):

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin ist Aufgabenträgerin für den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) im Gebiet der Stadt L. Der ÖPNV wurde durch die Stadtwerke L. GmbH & CO KG (im Folgenden: Stadtwerke) sichergestellt, welche im Besitz von vier bis zum 21.10.2010 befristeten Liniengenehmigungen nach § 42 PBefG war und deren hundertprozentige Anteilseignerin die Antragsgegnerin ist. Faktisch wurde der Stadtbusverkehr durch die Antragstellerin als Subunternehmerin für die Stadtwerke aufgrund eines bis zum 30.9.2010 laufenden Verkehrsvertrages durchgeführt. Aufgrund von Überlegungen der Antragsgegnerin, aus Kostenersparnisgründen den Stadtbusverkehr wieder selbst durchzuführen, beschloss der Stadtrat der Antragsgegnerin am 27.1.2009 als ersten Schritt zur Neuorganisation des ÖPNV die Errichtung einer Tochtergesellschaft der Stadtwerke zur Durchführung des Stadtbusverkehrs ab 1.10.2010. Dies sollte die Stadtverkehr L. GmbH, im Folgenden: die Beigeladene, sein.

Am 29.9.2009 unterzeichneten die Oberbürgermeisterin der Antragsgegnerin als Aufgabenträger und Gesellschafter der Stadtwerke auf der einen und ein Gesellschafter für die Stadtwerke auf der anderen Seite eine Betrauungsanweisung über die Durchführung des ÖPNV mit Kraftomnibussen im Gebiet der Antragsgegnerin mit Wirkung bis Oktober 2018, wonach die noch zu gründende Beigeladene den Stadtbusverkehr ab 1.10.2010 durchführen sollte. Nach § 2 Abs. 1 der Betrauungsanweisung ist die Antragsgegnerin mittelbar über die Stadtwerke zu 100% an der Beigeladenen beteiligt. Nach § 2 Abs. 2 betraut die Antragsgegnerin die Beigeladene mit der Erbringung der Verkehrsleistungen im Wege der Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 der VO EG Nr. 1370/2007 (im Folgenden: VO). Die noch zu gründende Beigeladene soll Inhaberin der Liniengenehmigungen sein und den Betrieb im Oktober 2010 aufnehmen. Nach § 7 ist die Beigeladene berechtigt, die ihr obliegenden Aufgaben teilweise von Dritten ausführen zu lassen. Nach § 14 leisten die Antragsgegnerin und die Stadtwerke finanzielle Ausgleichsbeträge für den Stadtbusverkehr L. an die Beigeladene. Die Höhe der Ausgleichsbeträge bemisst sich nach dem vor Beginn des jeweiligen Geschäftsjahres zu genehmigenden Wirtschaftsplan, dessen Bestandteil die ausschlaggebenden Parameter sind. Die Beigeladene erhält unterjährig Abschlagszahlungen in Höhe von einem Zwölftel des sich aus dem Wirtschaftsplan ergebenden Ausgleichsbetrages.

Gleichfalls am 29.9.2009 beschloss der Stadtrat der Antragsgegnerin den Gesellschaftsvertrag der zu gründenden Beigeladenen und bestellte zum Aufsichtsrat den Aufsichtsrat der Stadtwerke. Zugleich wurde das Stadtbuskonzept ab Oktober 2010 gebilligt. Danach soll die Beigeladene Inhaberin der Liniengenehmigungen und ab Oktober 2010 auch Betriebsführerin sein. Die Gründung der Beigeladenen wurde am 30.9.2009 beurkundet; die Eintragung ins Handelsregister erfolgte am 28.10.2009. Im Handelsregister ist als Gegenstand des Unternehmens u.a. bezeichnet: "Die Gesellschaft ist interner Betreiber der Stadt L (= Antragsgegnerin) im Sinne der VO EG Nr. 1370/2007". Alleinige Gesellschafterin sind die Stadtwerke, mit denen ein Ergebnisabführungsvertrag besteht.

Am 17.10.2009 wurde im Wege der Vorinformation „die beabsichtigte Direktvergabe des Stadtbusverkehrs“ an die Beigeladene europaweit bekannt gemacht, mit einem Umfang von rd. 900.000 Wagenkilometern und einem geschätzten Wert ohne MwSt. von 3.000.000 €. In einem vorangegangenen email-Verkehr wegen des noch nicht eingeführten EU-Formulars teilte die Antragsgegnerin mit email vom 7.10.2009 mit, es sei eine Bekanntmachung ein Jahr vor der beabsichtigten Direktvergabe nach Art. 7 Abs.2 VO gewollt.

Der Beigeladenen wurde mit Bescheid vom 17.3.2010 durch die Regierung von Schwaben die Genehmigung zur Durchführung des Linienverkehrs im Stadtgebiet der Antragsgegnerin erteilt. Die Einwendungen der Antragstellerin wurden zurückgewiesen. In diesem Verfahren wurde von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.11.2009 vorgetragen, dass sie im Wege der Direktvergabe beschlossen habe, ab 1.10.2010 den Stadtbusverkehr durch die Beigeladene durchführen zu lassen. Zudem wurde ausgeführt, dass der zu erwartende Verlust von rd. 1,7 Mio. € pro Jahr durch Verlustausgleichszahlungen der Stadtwerke ausgeglichen würde aufgrund eines Ergebnisabführungsvertrages, wobei dieser Verlustausgleich gemäß europäischem Beihilferecht eine Ausgleichszahlung des Anwendungsbereichs der VO EG 1370/2007 darstelle. Das verwaltungsrechtliche Verfahren ist nach dem Vortrag der Verfahrensbeteiligten zurzeit ausgesetzt.

Mit Schreiben vom 27.7. und 11.8. 2010 bat die Antragstellerin um Auskunft über die Vornahme einer Direktvergabe und bekundete ihr Interesse an dem Auftrag. Die Antragsgegnerin antwortete mit Schreiben vom 24.8.2010, eine Direktvergabe sei seit Veröffentlichung der Vorinformation im EU-Amtsblatt nicht erfolgt; die Tätigkeit der Beigeladenen beruhe „dementsprechend weiterhin auf internen Regelungen“, die noch vor Inkrafttreten der VO getroffen worden seien. Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 17.9.2010 ausdrücklich die beabsichtigte Direktvergabe. Auf erneute Nachfrage nach der Direktvergabe antwortete die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 6.10.2010, zwischen ihr und der Beigeladenen sei kein Vertrag über die Erbringung des Stadtbusverkehrs abgeschlossen worden. Ein solcher werde auch nicht abgeschlossen. Vielmehr habe die Antragsgegnerin die Beigeladene mit der Durchführung des Stadtbusverkehrs betraut. In der Zeit vom 24.9.2010 bis zum 31.12.2010 führten die Stadtwerke den Busverkehr durch; ab 1.1.2011 die Beigeladene.

Die Antragstellerin stellte am 5.11.2010 Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, die Unwirksamkeit der von der Antragsgegnerin als Vorinformation bekannt gemachten Direktvergabe festzustellen und ihr bei Beibehaltung des Beschaffungswillens aufzugeben, den Auftrag neu europaweit bekannt zu machen und im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben.

Die Vergabekammer wies mit Beschluss vom 25.3.2011 zwar den Antrag der Antragstellerin auf Feststellung der Unwirksamkeit der Direktvergabe zurück, gab der Antragsgegnerin aber vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens auf, das bekannt gemachte Leistungsvolumen im Rahmen eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens nach den Vorschriften des GWB, der Vergabeverordnung und der einschlägigen Verdingungsordnung für Leistungen zu vergeben. Zur Begründung führte die Vergabekammer aus, obwohl die Antragstellerin keine personenbeförderungsrechtliche

Genehmigung beantragt habe, sei die Antragstellerin antragsbefugt, da an dieses Erfordernis keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden dürften und sie bisher als Unterauftragnehmerin mit der Durchführung des Stadtbusverkehrs beauftragt worden sei. Die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge einer unzulässigen Direktvergabe nicht präkludiert, weil die Antragsgegnerin gar kein Vergabeverfahren durchgeführt habe. Es liege auch keine Verwirkung vor, weil die Betrauungsanweisung vom 29.9.2009 unwirksam sei. Unabhängig davon, ob es sich hierbei um einen Verwaltungsakt oder um einen Vertrag handele, habe kein Vertreter für die Beigeladene unterschrieben, sondern nur ein Gesellschafter der Stadtwerke. Da es an einem wirksam abgeschlossenen Vertrag fehle, könne die Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 101b GWB nicht festgestellt werden. Soweit die Antragstellerin die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens bei fortdauernder Beschaffungsabsicht beantrage, sei der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet. Es liege auch keine Inhouse-Vergabe vor, weil die Beigeladene die Tätigkeit nicht im wesentlichen für die Antragsgegnerin ausübe, sondern ihr nach § 7 der Betrauungsanweisung das Recht eingeräumt werde, Aufgaben durch Subunternehmer ausführen zu lassen. Entgegenstehende gesellschaftsvertragliche Regelungen seien nicht ausreichend.

Die Antragsgegnerin wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen diesen Beschluss. Sie trägt vor,

1. der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis. Eine Zuschlagserteilung an sie sei wegen der fehlenden und von ihr auch nicht beantragten personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung ausgeschlossen.
2.
 - a) Die Antragstellerin sei mit ihren Rügen präkludiert. Der Antragstellerin sei aus dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren betreffend die personenbeförderungsrechtliche Genehmigung aus einer Stellungnahme der Antragstellerin vom 29.12.2009 bekannt, dass diese den Stadtbusverkehr im Rahmen einer Direktvergabe vergeben wolle. Eine generelle Ausnahme von der Rügepflicht bei Direktvergaben gebe es nicht; vielmehr sei bei Direktvergaben auf die tatsächliche Kenntnis des Antragstellers abzustellen. Jedenfalls seien die Fristen des § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB verstrichen.
 - b) Jedenfalls aber sei das Rügerecht ein Jahr nach Kenntnis von dem Verstoß verwirkt. Die Veröffentlichung im EU-Amtsblatt sei nur vorsorglich auf Empfehlung der Genehmigungsbehörde erfolgt.
3. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer liege eine wirksame Betrauung vor.
 - a) Die Betrauung sei ein Verwaltungsakt, welcher der Beigeladenen mit ihrer Existenz am 30.9.2009 zugegangen sei und damit Wirksamkeit erlangt habe.
 - b) Sehe man die Betrauung als Vertrag an, habe die Beigeladene den Vertrag, den ein Vertreter ohne Vertretungsmacht für sie habe abschließen können, durch konkludentes und an keine Form gebundenes Handeln in Form der tatsächlichen Durchführung genehmigen können. Die für die Beigeladene unterzeichnende Person sei am Tag darauf zum Geschäftsführer der Beigeladenen ernannt worden. Die Genehmigung sei konkludent erfolgt mit dem Vollzug der Betrauungsanweisung, nämlich der Erstellung des Fahrplans und der Beantragung der Liniengenehmigung am 1.10.2009.

4.

a) Die VO sei auf die Betrauungsanweisung schon rein zeitlich nicht anwendbar. Auch bei Anwendung der VO stelle der Vertrag eine Dienstleistungskonzession dar.

b) Die Betrauung sei auch nicht wegen der dort eingeräumten Möglichkeit einer Subvergabe unwirksam. Die Vergabekammer habe das Wesentlichkeitskriterium bei der Prüfung einer Inhouse-Vergabe unzutreffend auf die Frage übertragen, ob Subunternehmer für die Beigeladene handeln dürften. Das Wesentlichkeitskriterium betreffe aber nur die Frage, ob die Tätigkeit an sich im wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber ausgeübt werde. Aber selbst wenn man dieses Kriterium auf die Frage der Einschaltung von Subunternehmern übertragen würde, sei die Betrauung nicht unwirksam, weil in der Vereinbarung nur eine theoretische Möglichkeit zur Subunternehmervergabe enthalten sei, welche praktisch derzeit nicht und wenn, nur im zulässigen Rahmen genutzt werden solle.

Die Antragsgegnerin stellt den Antrag, den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 25. März 2011 hinsichtlich der Ziffern 1,2,3 und 5 (bezeichnet als 4) aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragstellerin stellt den Antrag,

1. die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zurückzuweisen.
2. festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt ist
3. auch für den Fall des Unterliegens die Kosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen wegen der im Hinblick auf § 101b Abs. 2 GWB intransparenten Informationsweise.

Sie trägt vor,

1. die Antragsbefugnis liege vor. Insbesondere spreche nicht dagegen, dass nur die Beigeladene über eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigung verfüge. Zum einen handele es sich nur um eine einstweilige Erlaubnis nach § 20 PBefG, zum anderen sei es bundesweite Praxis, dass entsprechende Genehmigungen erst nach Zuschlagserteilung beantragt würden. Bei einer Ausschreibung werde sich die Antragstellerin beteiligen und ein Angebot abgeben.

2.

a) Bei Direktvergaben ergebe sich der Verzicht auf die Rügeobliegenheit bereits aus § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB. Sie habe nach wie vor keine Kenntnis darüber, ob und wann die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen einen Vertrag geschlossen habe, sie wisse lediglich, dass dies nicht durch den Betrauungsakt vom 29.9.2009 geschehen sei.

b) Eine Verwirkung des Rügerechts liege nicht vor, weil sie nicht im Dezember 2009 Kenntnis von der Vergaberechtswidrigkeit der Direktvergabe erlangt habe. Ein Vertrauenstatbestand liege wegen der Unwirksamkeit der Betrauung schon nicht vor. Die Antragsgegnerin habe durch ihre Veröffentlichung im EU-Amtsblatt selbst einen Vertrauenstatbestand dahingehend gesetzt, dass sie nicht vor Ablauf eines Jahres einen Auftrag vergeben werde.

3.

a) Die Betrauung sei weder Verwaltungsakt noch Vertrag. Die Beigeladene habe auch nichts konkludent genehmigt; Bei Annahme einer konkludenten Genehmigung habe diese erst zum 1.1.2011 erfolgen können, zu einem

Zeitpunkt also, in welchem das vergaberechtliche Zuschlagsverbot schon lief.

b) Im Übrigen sei der unterstellte Vertragsschluss keine Dienstleistungskonzession, sondern wegen des fehlenden wirtschaftlichen Risikos ein Dienstleistungsauftrag. Der Kostendeckungsgrad liege nur bei 43,26 %. Die Antragsgegnerin sei den Beweis für einen höheren Kostendeckungsgrad schuldig geblieben. Zudem trage die Beigeladene gar kein Risiko, weil ihre Verluste voll durch die Stadtwerke getragen würden, welche wiederum über einen Gewinnabführungsvertrag mit der Antragsgegnerin verfüge.

c) Wegen der fehlenden Eigenerbringung scheidet auch ein Inhouse-Geschäft aus. Der EuGH habe stets unmissverständlich klar gemacht, dass die Möglichkeit der Inhouse-Vergabe auf dem Recht zur Eigenerbringung beruhe (EuGH vom 11.1.2005 – C-26/03). Denn wenn Aufträge an Subunternehmer vergeben werden müssten, handele die beauftragte Dienststelle nicht mehr wie eine eigene Dienststelle, sondern greife in den Markt ein mit der Folge einer Pflicht zur Ausschreibung. Jedenfalls habe weder am 29.9.2009 noch später eine Inhouse-Vergabe stattgefunden, wobei nach dem 17.10.2009 wegen der Bindung an die europaweite Bekanntmachung eine Inhouse-Vergabe nicht mehr möglich gewesen sei.

d) Das Zuschlagsverbot des § 115 GWB sei auch auf Inhouse-Vergaben anwendbar. Ein Verbot entfalle nur dann, wenn der öffentliche Auftraggeber endgültig von seiner Vergabeabsicht Abstand nehme.

Die Beigeladene trägt vor,

1. die Antragsbefugnis fehle schon deshalb, weil sich die Antragstellerin nicht auf die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften stütze.

2.

a) Die Betrauung sei als Verwaltungsakt mit Bekanntgabe gegenüber dem Adressaten, hier dem Geschäftsführer der Beigeladenen, wirksam geworden. Sehe man die Betrauung als Vertrag, sei dieser mit dem Geschäftsführer der alleinigen Gesellschafterin Stadtwerke der Vorgründungsgesellschaft geschlossen worden. Der Vertrag habe unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung gestanden. Die konkludente Genehmigung liege in der Beantragung der Liniengenehmigung, spätestens aber in der tatsächlichen Aufnahme des Verkehrs am 1.1.2011. Höchstvorsorglich hätten die Antragsgegnerin und die Beigeladene die Betrauungsanordnung rückwirkend zum 1.1.2011 genehmigt. Hilfsweise solle die neue Unterschrift unter die Betrauungsanweisung als Neuvornahme gelten. Es sei mit einem Kostendeckungsgrad von über 60% zu rechnen.

b) Die Betrauung stelle eine Dienstleistungskonzession dar. So sei der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen schon nicht gegeben. Für eine Dienstleistungskonzession spreche, dass die Fahrgeldeinnahmen mehr als 50% betragen würden. Dies sei hier der Fall. Entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf sei für die Überprüfung von Vergaben nach der VO nicht der Weg zu den Nachprüfungsinstanzen gegeben. Die EU-Kommission halte laut Beschluss vom 23.2.2011 C58/2006 die VO erst ab 3.12.2019 für unmittelbar anwendbar, wenn die Mitgliedsstaaten bis zu diesem Zeitpunkt die VO nicht umgesetzt hätten. Da die Betrauung vorher erfolgt sei, finde die VO keine Anwendung. Hilfsweise liege eine zulässige Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2

VO vor. Das Zuschlagsverbot verhindere keine Inhouse-Vergabe. Die Antragsgegnerin habe von Anfang an die Absicht gehabt, den Busverkehr inhouse zu vergeben. Dies könne die Antragstellerin nicht mit Erfolg rügen; sie könne nur eine eigene Rechtsverletzung rügen.

c) Die Betrauung sei eine zulässige Inhouse- Vergabe. In diesen Fällen wolle der Auftraggeber gar nicht an den Markt gehen, sondern die Leistung selbst oder durch ein eigenes Unternehmen erbringen. Das Kontroll- und das Wesentlichkeitskriterium seien erfüllt; die Beigeladene erfülle ihre Aufgaben ausschließlich zugunsten der Antragsgegnerin.

d) Der Kostendeckungsgrad liege nicht nur, wie im Genehmigungsbescheid vom 17.10.2010 aufgeführt, bei 50 %, sondern bei 60 %.

Der Senat hat am 10.5.2011 mündlich verhandelt. Zum Ergebnis der mündlichen Verhandlung wird auf die Sitzungsniederschrift vom 10.5.2011 (Bl. 55/58 d.A.) Bezug genommen.

Nach der mündlichen Verhandlung hat die Beigeladene am 18.5.2011 die Betrauung genehmigt; hilfsweise nahm die Antragsgegnerin am gleichen Tage eine erneute Betrauung vor.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und hat in der Sache teilweise Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig, aber nur zum Teil begründet. Eine Direktvergabe des Stadtbusverkehrs von der Antragsgegnerin an die Beigeladene nach Art. 5 Abs. 2 VO entspricht nicht in allen Punkten den Anforderungen der VO und ist deshalb unwirksam. Ein förmliches Ausschreibungsverfahren nach VOL/A hat aber nicht notwendigerweise stattzufinden. Hält die Antragsgegnerin an ihrer Absicht fest, eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO durchzuführen, hat sie die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2e VO zu gewährleisten.

1. Vorbemerkung zur Rechtsnatur der Betrauungsanweisung

a) Die Betrauungsanweisung vom 29.9.2009 ist keine rein verwaltungsinterne Organisationsmaßnahme, weil die Beigeladene als juristische Person des Privatrechts nicht in die Verwaltungsstruktur der Antragsgegnerin eingebunden ist.

b) Die Betrauungsanweisung vom 29.9.2009 ist auch kein Verwaltungsakt. Es fehlt schon an einer Ermächtigungsgrundlage für einen derartigen belastenden Verwaltungsakt, der eine juristische Person des Privatrechts zur Übernahme einer Aufgabe der Daseinsvorsorge verpflichten könnte.

c) Die Betrauungsanweisung vom 29.9.2009 kann daher nur ein Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen sein, welche zum damaligen Zeitpunkt in Gründung begriffen war. Der Vertrag enthält nicht die Vergabe des Busverkehrs an die Beigeladene zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Gegenstand des Vertrages war vielmehr die beabsichtigte Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO an die Beigeladene, welche nach dem Auslaufen des Vertrages mit der Beigeladenen erfolgen sollte. Da nach Art. 5 Abs. 7 VO ein Jahr vor der Direktvergabe eine europaweite Veröffentlichung zu erfolgen hat, entsprach es dem Willen beider Vertragsparteien, dass die Vergabe frühestens nach Ablauf dieser Jahresfrist erfolgen sollte, wobei die Betrauungsanweisung die Grundlage für die Durchführung des Stadtbusverkehrs sein sollte. Als Vorbereitung für die geplante Direktvergabe war der Vertrag lediglich frühzeitig formuliert worden.

Abgesehen davon, dass der Vertrag auf Seiten der Beigeladenen am 29.9.2009 nicht von einer vertretungsberechtigten Person unterzeichnet worden ist, konnte der wirkliche Wille der Vertragsparteien, da zum Zeitpunkt der Betrauungsanweisung Art. 5 VO noch gar nicht in Kraft getreten war, nur dahin gehen, zu einem späteren Zeitpunkt, wenn eine Direktvergabe möglich war, diese durchzuführen. Der Vertrag selbst stützt diese Auslegung. So wird aus den vertraglichen Bestimmungen deutlich, dass die Beigeladene interner Betreiber im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO sein sollte und eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO geplant war. Dementsprechend wurde auch die europaweite Bekanntmachung in die Wege geleitet. Schon um die Möglichkeit der beabsichtigten Direktvergabe nicht zu gefährden, konnte und durfte eine Vorverlegung der faktischen Wirksamkeit des Vertrages vor Ablauf der Jahresfrist des Art. 7 Abs. 2 VO nicht erfolgen. Eine solche hat auch nicht stattgefunden, und zwar auch nicht durch ausdrückliche oder konkludente Genehmigungen, die sich im Übrigen nur auf den ursprünglichen Vertragsinhalt mit dem Willen zur erst geplanten Direktvergabe hätten beziehen können. In diesem Zusammenhang mutet es befremdlich an, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin wiederholt mitgeteilt hat, sie habe keinen Vertrag mit der Beigeladenen geschlossen und ein solcher sei auch nicht beabsichtigt und dies noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen wird.

Letztlich wirksam werden sollte der Vertrag ab dem Zeitpunkt der Direktvergabe. Diese liegt in der faktischen Aufnahme des Stadtbusverkehrs durch die Beigeladene ab 1.1.2011. Der Durchführung des Linienverkehrs liegen nach dem Willen der beiden Vertragsparteien offensichtlich die bereits vorher ausgehandelten Vereinbarungen in der sogenannten Betrauungsanweisung vom 29.9.2009 zugrunde. Die Bestätigung oder Neuvernahme vom 18.5.2011 nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat den bestehenden Vertrag lediglich bestätigt.

2. Vorbemerkung zum anzuwendenden Recht

Da der Auftrag zur Durchführung des Stadtbusverkehrs weder durch verwaltungsinterne Organisationsanweisung noch durch Verwaltungsakt vergeben werden konnte, ist er entweder nach den Regeln des GWB, wenn es sich um einen Dienstleistungsauftrag handelt, oder nach den Regeln der VO zu vergeben, wenn es sich um eine Dienstleistungskonzession oder eine Inhouse-Vergabe handelt, Art. 5 Abs. 1 VO. Auch eine Inhouse-Vergabe ist kein Dienstleistungsauftrag im Sinne der RL 2004/18/EG bzw. 2004/17/EG (OLG Düsseldorf vom 2.3.2011 – Verg 48/10). Im Gegensatz zu der Auffassung der Vergabekammer sieht der Senat grundsätzlich den Anwendungsbereich der VO als eröffnet an. Aus der europaweiten Bekanntmachung vom 17.10.2009 ergab sich für einen unbestimmten Kreis von Bietern, dass die Antragsgegnerin eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO beabsichtigte. Ob diese Veröffentlichung allein auf Empfehlung der Regierung von S. in die Wege geleitet wurde oder nicht, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Wie bereits ausgeführt, entsprach diese Vorgehensweise auch dem damaligen Willen der Antragsgegnerin selbst, die in der Betrauungsanweisung ihren Willen zu einer Direktvergabe nach Art. 5 VO bekundet hatte, zumal sie den Stadtbusverkehr erst ab 1.10.2010 durch die Beigeladene durchführen lassen wollte und sie die entsprechenden beihilferechtlichen Fragen ebenfalls nach den Regelungen der VO (Art. 9) geregelt wissen wollte. Im Übrigen muss sich die Antragsgegnerin an ihrer europaweit angekündigten Vergabeabsicht schon deshalb festhalten lassen, weil diese Ankündigung an eine unbestimmte Anzahl von Bietern gerichtet ist, die ihre Handlungen danach ausrichten und interne abweichende Motive der Antragsgegnerin nicht erkennen können.

Das Vergabeverfahren mit dem Ziel einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO begann mit der europaweiten Bekanntmachung zu laufen. Zwar ist grundsätzlich eine reine Vorinformation noch kein Beginn eines Ausschreibungsverfahrens, weil nur eine geplante Ausschreibung angekündigt wird (OLG München vom 12.11.2010 – Verg 21/10), doch setzt hier eine rechtmäßige Direktvergabe voraus, dass eine Veröffentlichung ein Jahr zuvor erfolgt. Damit ist die europaweite Bekanntmachung als erster Schritt des Ausschreibungsverfahrens anzusehen und letztlich Teil der Vergabehandlung selbst (OLG Düsseldorf vom 3.3.2011 – Verg 48/10). Dies folgt auch aus der Überlegung, dass sonst kein effektiver Primärrechtsschutz möglich wäre, da die Einleitung des Vergabeverfahrens gleichzusetzen wäre mit dem Abschluss des Vergabeverfahrens, nämlich der Direktvergabe. Auch wenn für die Bekanntgabe nach Art. 5 Abs. 2 VO zum Zeitpunkt der Veröffentlichung noch keine entsprechenden europaweit geltenden Formulare vorlagen, war aus der Vorinformation der Antragsgegnerin klar erkennbar, dass diese eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO plante.

Auch wenn somit das Vergabeverfahren bereits am 17.10.2009 und damit vor Inkrafttreten der VO begonnen hat, führt dies nicht dazu, dass das gesamte Verfahren nach dem alten Rechtszustand vor dem Inkrafttreten der VO abgewickelt werden muss. Es sind keine Anzeichen in der VO dafür vorhanden, dass der EG-Verordnungsgeber Direktvergaben erst ein Jahr nach Inkrafttreten der VO ermöglichen wollte, vor allem, nachdem auch beihilferechtliche Fragen in der VO eine Rolle spielen. Dann aber musste es den öffentlichen Auftraggebern auch möglich sein, die notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen für eine Direktvergabe so frühzeitig zu treffen, dass sofort nach Inkrafttreten der VO eine solche erfolgen konnte. Für die potentiellen Bieter ergaben sich auch keine Schwierigkeiten, weil die Absicht einer zukünftigen Direktvergabe aus der bekannt gemachten Information klar und deutlich hervorging.

Die VO trat auch gemäß Art. 12 VO am 3.12.2009 in Kraft. Nach Art. 8 Abs. 2 Satz VO treffen zwar die Mitgliedsstaaten während eines Übergangszeitraumes bis zum 31.12.2019 Maßnahmen, um Art. 5 schrittweise anzuwenden. Die Bundesrepublik Deutschland hat bisher keine derartigen Maßnahmen angeordnet; trifft der Mitgliedsstaat keine Übergangsmaßnahmen, so gilt die VO – welche keine Richtlinie ist - ab 3.12.2009 uneingeschränkt; der ausschreibende öffentliche Auftraggeber darf die VO nicht unbeachtet lassen (OLG Düsseldorf vom 3.3.2011 – Verg 48/10 m.w.N.).

3. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

a) Der Nachprüfungsantrag fällt in die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen. Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrages war durch die Antragsgegnerin noch keine Direktvergabe erfolgt. Nach der Veröffentlichung der geplanten Direktvergabe lief die Frist für eine mögliche Direktvergabe am 17.10.2010 ab. Die Antragstellerin wandte sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen die von ihr vermutete erfolgte Direktvergabe, nachdem sie von der Antragsgegnerin mehrfach keine klaren Auskünfte zu den Vertragsverhältnissen erhalten hatte.

Nach Art. 5 Abs. 7 VO erfolgt der Rechtsschutz gegen geplante und erfolgte Direktvergaben nach Maßgabe derjenigen Maßnahmen, welche die Mitgliedsstaaten getroffen haben. Auch insoweit hat die Bundesrepublik Deutschland keine Maßnahmen getroffen. Es ist daher unklar, welcher Rechtsweg für die Überprüfung geplanter und erfolgter Direktvergaben zur Verfügung steht. Der Senat schließt sich insoweit ausdrücklich der Ansicht des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 2.3.2011 – Verg 48/10) an, dass die §§ 102 ff. GWB in analoger Anwendung heranzuziehen sind. Die nachträglich entstandene Rechtslücke kann zur Sicherstellung eines von der

Rechtsmittelrichtlinie geforderten effektiven Rechtsschutzes und wegen der Sachnähe zu den sonstigen Nachprüfungsverfahren am sinnvollsten mit der analogen Anwendung der GWB-Vorschriften geschlossen werden. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession sowie Direktvergabe oft nur schwer zu ziehen sein wird und eine weitere Zersplitterung der Nachprüfungsrechte im Interesse der Rechtssuchenden soweit wie möglich vermieden werden sollte. Wie auch der vorliegende Fall zeigt, ist es sinnvoll, dass der einzuschlagende Rechtsweg bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens feststeht und nicht – und vor allem nicht in der Beschwerdeinstanz – nach rechtlicher Einordnung der abgeschlossenen Verträge andere Rechtswege beschränkt werden müssen. Im Übrigen ist hier die Antragstellerin von einem Dienstleistungsauftrag ausgegangen, so dass nach ihrer rechtlichen Einordnung der Weg zu den Nachprüfungsinstanzen ohne weiteres gegeben ist.

Aus diesen Gründen kann an dieser Stelle dahinstehen, ob der vergebene Auftrag einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession oder eine Direktvergabe darstellt. Denn wenn ein Dienstleistungsauftrag in Rede stehen sollte, sind die Nachprüfungsinstanzen ohne weiteres zuständig. Ist eine Dienstleistungskonzession oder eine Direktvergabe gegeben, finden über die analoge Anwendung die Vorschriften der §§ 102 ff GWB Anwendung.

b) Antragsbefugnis.

Der Antragstellerin steht die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB zu. Sie hat ihr Interesse am Auftrag mehrfach gegenüber der Antragsgegnerin zum Ausdruck gebracht, zumal sie bisher den Stadtbusverkehr durchgeführt hat. Dem widerspricht auch nicht die Tatsache, dass die Antragstellerin bisher über keine Liniengenehmigung für die Linien des Stadtbusverkehrs verfügt. Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass sie sich, wenn eine Ausschreibung stattfindet, um eine Liniengenehmigung bemühen wird. Es ist für potentielle Bieter auch unzumutbar, sich vorbeugend um so viele Liniengenehmigungen wie möglich zu bemühen, ohne dass gewährleistet ist, dass sie auch zum Einsatz gebracht werden können. Der öffentliche Auftraggeber seinerseits könnte, wenn der Besitz einer Liniengenehmigung für die Teilnahme an einer Ausschreibung und die Antragsbefugnis erforderlich wäre, die Vorschriften des Vergaberechts leicht dadurch umgehen, dass er für sich bzw. für von ihm beherrschte Gesellschaften im Vorfeld Liniengenehmigungen beschafft. Der Antragstellerin droht auch ein Schaden, wenn sie den Auftrag nicht erhält.

c) Rüge

60 Da die Antragstellerin sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen die von ihr vermutete Direktvergabe wendet, trifft sie nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB grundsätzlich nicht die Pflicht zur Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Allerdings sind die Fristen des § 101b Abs. 2 GWB einzuhalten. Hier hat die Antragstellerin vorgetragen, dass sie nach Ablauf der Jahresfrist von einem Vertragsschluss mittels Direktvergabe ausgehe. Die Antragstellerin hatte auf ihre Anfragen, ob eine Direktvergabe erfolgt sei, lediglich den kaum verständlichen Hinweis auf verwaltungsinterne Regelungen erhalten. Der Senat hat wiederholt die Erfahrung gemacht, dass die potentiellen Bieter von den öffentlichen Auftraggebern keine klare Auskunft darüber erhalten, ob und wann ein Vertrag abgeschlossen worden ist. Dies kann nicht zu Lasten der Bieter gehen. Der effektive Rechtsschutz fordert, dass es dem Rechtssuchenden nicht durch eine Hinhaltetaktik der Vergabestellen unmöglich gemacht wird, um Vergaberechtsschutz nachzusuchen. Es muss

daher für den Bieter möglich sein, aufgrund eines vermuteten Vertragsschlusses einen Nachprüfungsantrag nach § 101b Abs. 2 GWB zu stellen. Die Frist des § 101b Abs. 2 GWB ist daher jedenfalls eingehalten. Eine Verwirkung des Nachprüfungsantrags scheidet schon deshalb aus, weil die Antragsgegnerin mit ihrer europaweiten Veröffentlichung selbst einen Vertrauenstatbestand gesetzt und der Antragstellerin nur unklare und ausweichende Informationen über einen etwaigen Vertragsschluss erteilt hatte.

4. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch teilweise begründet. Die geplante Direktvergabe entspricht nicht den Vorschriften des Art. 5 Abs. 2 VO; auf der anderen Seite ist die Antragsgegnerin nicht zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften der VOL/A verpflichtet.

a) Voraussetzung für die Anwendung von Art. 5 Abs. 2 VO ist zunächst, dass entweder eine Dienstleistungskonzession oder eine Inhouse-Vergabe vorliegt. Die Frage, ob die Durchführung des Stadtbusverkehrs als Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession konzipiert ist, kann hier aber dahinstehen, da die Antragsgegnerin keine Vergabe an einen außenstehenden Dritten, sondern eine Inhouse-Vergabe vornehmen wollte, und zwar nach Art. 5 Abs. 2 VO. Eine Inhouse-Vergabe des Stadtbusverkehrs konnte vor Inkrafttreten der VO nicht vorgenommen werden, weil der Busverkehr weder durch verwaltungsinterne Anweisung noch durch Verwaltungsakt noch durch Vertrag auf die Beigeladene übertragen worden war. Die Durchführung des Busverkehrs durch die Stadtwerke zwischen dem 1.10.2010 und dem 31.12.2010 ist als Interimsauftrag zu qualifizieren, welcher von der Antragstellerin nicht angegriffen worden ist

b) Da die Regelungen des Art. 5 Abs. 2 VO speziell für die „Inhouse-Vergabe“ von ÖPNV – Leistungen geschaffen worden sind, gehen sie als Spezialregelung den Anforderungen an eine Inhouse-Vergabe vor, wie sie der EuGH in ständiger Rechtsprechung entwickelt hat. Im Übrigen wollte die Antragsgegnerin keine Inhouse-Vergabe entsprechend der Rechtsprechung des EuGH durchführen, sondern ausdrücklich eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO. Es kann daher dahinstehen, ob und inwieweit auf das sogenannte Wesentlichkeitskriterium abzustellen ist. Für den Bereich des ÖPNV regelt Art. 5 Abs. 2 VO im einzelnen, welche Anforderungen an eine solche Vergabe zu stellen sind.

c) Voraussetzung ist nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO zunächst, dass der öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag an eine rechtlich von ihm getrennte Einheit vergibt, über die die örtlich zuständige Behörde eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Die Antragsgegnerin plant die Direktvergabe an eine von ihr rechtlich getrennte Einheit, nämlich die Beigeladene. Die Durchführung des Stadtbusverkehrs beruht auch auf einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag im weiteren Sinn, da auch eine Dienstleistungskonzession einen Auftrag zur Erbringung von Dienstleistungen voraussetzt.

Weitere Voraussetzung ist, dass die zuständige örtliche Behörde eine Kontrolle über die rechtlich getrennte Einheit ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, wobei es nach Art. 5 Abs. 2a VO nicht zwingend erforderlich ist, dass die zuständige Behörde zu 100% Eigentümer ist. Da die Antragsgegnerin über die Stadtwerke, an welchen sie zu 100% beteiligt ist, zu 100% an der Beigeladenen beteiligt ist, sie die Mitglieder des

Aufsichtsrates stellt und der Geschäftsführer der Stadtwerke gleichfalls der Geschäftsführer der Beigeladenen ist, kann von einer entsprechenden Kontrolle ausgegangen werden.

Nach Art. 5 Abs. 2b dürfen die öffentlichen Personennahverkehrsdienste nur innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der zuständigen Behörde ausgeführt werden; das ist mit der Bedienung der Stadtbuslinien offensichtlich der Fall.

Nach Art. 5 Abs. 2e ist der interne Betreiber für den Fall, dass eine Unterauftragsvergabe nach Art. 4 Abs. 7 VO in Frage kommt, verpflichtet, den überwiegenden Teil des öffentlichen Personennahverkehrs selbst zu erbringen. Hier enthält Art. 5 Abs. 2 VO Regelungen zur Vertragsgestaltung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem internen Betreiber. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Es ist nicht gewährleistet, dass die Beigeladene den überwiegenden Teil des Busverkehrs selbst erbringt. In der Betrauungsanweisung heißt es vielmehr unter § 7, dass die Beigeladene die ihr obliegenden Leistungen teilweise von Dritten ausführen lassen kann. Eine Beschränkung auf einen bestimmten Prozentanteil ist aus dieser Klausel nicht zu ersehen. Damit ist eine korrekte Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO nicht möglich; die Direktvergabe ist aus diesem Grund unwirksam. An diesem Ergebnis ändert nichts, dass nach Ziffer 5.4 der Bayerischen Leitlinien zur Anwendung der VO der interne Betreiber bei Unteraufträgen verpflichtet ist, den überwiegenden Teil (mehr als 50% des ÖPNV) selbst zu erbringen. Dies ist nur eine allgemeine Anweisung. In der vertraglichen Abmachung ist eine solche Verpflichtung nicht enthalten, so dass eine Umgehung dieser Voraussetzung nicht ausgeschlossen werden kann.

Entsprechend ist auch die nachträgliche Änderung des Gesellschaftsvertrages zu bewerten, die erst nach Aufnahme des Busverkehrs erfolgt ist. Diese Klausel enthält zwar eine interne Verpflichtung, nicht aber eine bindende vertragliche Vereinbarung.

d) Auf die Frage, ob die Direktvergabe nach nationalem Recht untersagt sein könnte, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO, kam es nicht mehr an. Doch weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass im Gegensatz zu den Regelungen in Nordrhein-Westfalen (s. hierzu OLG Düsseldorf a.a.O.) das Gesetz über den ÖPNV in Bayern keine Vorschrift enthält, wonach alle Verkehrsunternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden muss, sich zu vergleichbaren Bedingungen an der Ausgestaltung des ÖPNV zu beteiligen. Da der Stadtbusverkehr der Antragsgegnerin offensichtlich nicht eigenwirtschaftlich durchgeführt werden kann, sondern, wie die Erfahrung gerade der Antragstellerin zeigt, erhebliche Zuschüsse geleistet werden müssen, sind Schwierigkeiten wegen § 8 Abs. 4 PBefG und § 13a PBefG (vgl. auch hierzu OLG Düsseldorf aaO) nicht zu erwarten.

Die Direktvergabe in der vorliegenden Form verstößt damit gegen Art.5 Abs. 2e VO. Sollte die Antragsgegnerin an ihrer Absicht zur Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO festhalten, hat sie die Einhaltung der Vorgaben von Art. 5 Abs. 2e VO vertraglich sicherzustellen. Ein förmliches Vergabeverfahren nach den Vorschriften der VOL/A ist aber nicht zwangsläufig durchzuführen, weil die VO die Möglichkeit der Direktvergabe nach bestimmten Vorgaben erlaubt.

(...)