
Datum: 23.12.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 34/15
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:1223.VII.VERG34.15.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland bei der Bezirksregierung Köln vom 26. Mai 2015 (VK VOR 5/2015) aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass der im Dezember 2014 zwischen den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Erbringung von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs auf den Linien ... gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam ist.

Die Antragsgegnerinnen sind bei fortbestehender Vergabeabsicht verpflichtet, den Auftrag über die Erbringung von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs auf den Linien ... für den Zeitraum bis zum 12. Dezember 2016 nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu vergeben.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer tragen die Antragsgegnerinnen als Gesamtschuldner. Die Aufwendungen der Antragstellerin in jenem Verfahren tragen die Antragsgegnerinnen zu je 50 %. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragstellerin war notwendig.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Antragsgegnerinnen zu je 25 % und die Beigeladene zu 50%.

<u>G r ü n d e :</u>	1
A.	2
Die Antragsgegnerinnen, zwei Gebietskörperschaften, haben nach den Vorschriften des ÖPNVG NRW eine angemessene Bedienung der Bevölkerung durch den öffentlichen Personennahverkehr auf ihren Gebieten sicherzustellen. Die Beigeladene, ein Busunternehmen, erbringt für sie seit Jahren auf vertraglicher Grundlage Busverkehrsdienstleistungen auf den Linien ..., die bis zum 13.12.2014 befristet waren.	3
Im Dezember 2014 schlossen die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene einen vom 14.12.2014 bis zum 12.12.2016 laufenden Vertrag über die weitere Erbringung dieser Leistungen, ohne dass die Antragsgegnerinnen diese zuvor ausgeschrieben hatten. Die Antragsgegnerinnen stützten sich dabei auf Art. 5 Abs. 5 S. 1 u. S. 2 VO (EG) 1370/2007 (Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße), die die Möglichkeit einer Direktvergabe als Notmaßnahme vorsehen, weil sie meinten, es bestehe die unmittelbare Gefahr einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes.	4
Die Antragstellerin, ebenfalls ein Busunternehmen, rügte erfolglos die Direktvergabe und stellte einen Nachprüfungsantrag, wobei sie insbesondere die Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages begehrte.	5
Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag ohne mündliche Verhandlung als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, bei dem Vertragsschluss habe es sich um eine zulässige Direktvergabe als Notmaßnahme gemäß Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 gehandelt, die nicht zu beanstanden sei. Der zuständigen Behörde stehe in diesem Zusammenhang ein weiter und nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbarer Entscheidungsspielraum zu. Die Entscheidung der Behörde, die von einer unmittelbaren Gefahr der Unterbrechung des Verkehrsdienstes ausgegangen sei, sei nachvollziehbar. Weil nur die Beigeladene die Leistung habe erbringen können, liege weder eine diskriminierende noch eine grob sachwidrige und willkürliche Vergabe vor. Zum weiteren Inhalt der Begründung wird auf den Beschluss der Vergabekammer verwiesen.	6
Gegen den Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt. Sie erweitert und vertieft ihren Vortrag aus dem Verfahren vor der Vergabekammer.	7
Die Antragstellerin beantragt,	8
unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer Rheinland bei der Bezirksregierung Köln vom 26.05.2015 (VK VOR 5/2015)	9
<ul style="list-style-type: none">• 1. festzustellen, dass der im Dezember 2014 zwischen den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Erbringung von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs auf den Linien ... gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB	101

unwirksam ist,

- 2. die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben festhalten, den Auftrag über die Erbringung von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs auf den Linien ... nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu vergeben. 12

Die Antragsgegnerinnen beantragen, 13

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 14

Die Antragsgegnerinnen wiederholen und ergänzen ihren Vortrag aus dem Verfahren vor der Vergabekammer. 15

Die Beigeladene hat im Senatstermin die Auffassung vertreten, sie habe den Dienstleistungsauftrag zu erhalten. Eine wettbewerbliche Vergabe könne nicht erfolgen, weil nur sie über die erforderlichen Genehmigungen nach den Vorschriften des PBefG (Personenbeförderungsgesetz) verfüge. 16

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer und die Vergabeakte verwiesen. 17

B. 18

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist erfolgreich. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und entgegen der Auffassung der Vergabekammer auch begründet. 19

a) Der zwischen den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen im Dezember 2014 geschlossene "öffentliche Dienstleistungsauftrag über die Erbringung von öffentlichen Verkehrsdienstleistungen" auf den Linien ... ist gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam. Die Antragsgegnerinnen durften die vertraglichen Leistungen nicht gemäß Art. 5 Abs. 5 S. 1 und S. 2 VO (EG) 1370/2007 (Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007) als Notmaßnahme direkt vergeben. 20

Die Vorschriften der VO (EG) 1370/2007 sind vorliegend nicht anwendbar. Gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 VO (EG) 1370/2007 werden öffentliche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich nach dieser Verordnung vergeben. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge nach den Definitionen in den Richtlinien 2014/17/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie) oder 2004/18/EG (Sektorenkoordinierungsrichtlinie) für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden aber nach den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern es sich nicht um eine Dienstleistungskonzession im Sinn dieser Richtlinien handelt. Werden die Dienstleistungsaufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben werden, ist die Anwendung von Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 ausgeschlossen. 21

Bei dem Vertrag zwischen den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen vom Dezember 2014 handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen im Sinne von (Art 1. Abs. 2 d) RL 2004/17/EG bzw.) Art. 1 Abs. 2 d) RL 2004/18/EG in Verbindung mit § 99 Abs. 1, Abs. 4 GWB und §§ 1 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 SektVO und nicht um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von (Art. 1 Abs. 4 RL 2004/17/EG bzw.) Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG i.V.m. Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007. 22

Eine Dienstleistungskonzession ist gegenüber einem Dienstleistungsauftrag nach § 99 Abs. 1, Abs. 4 GWB dadurch gekennzeichnet, dass die Gegenleistung des Auftraggebers nicht in einem geldwerten Vorteil, sondern nur in dem Recht zur wirtschaftlichen Verwertung der erbrachten Leistung, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht, wobei der Leistungserbringer ganz oder überwiegend das Nutzungsrisiko übernimmt. Er muss sich den Gefahren eines Ausfalls seines Vergütungsanspruchs oder der Nichtinanspruchnahme seiner Leistung gegenübersehen. Es ist nicht erforderlich, dass er ein erhebliches Risiko trägt, aber es muss ein wesentlicher Teil des bisher beim Auftraggeber liegenden Risikos übernommen werden. Der Konzessionär muss bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistungen den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt sein. Verpflichtet sich der Auftraggeber zur Zahlung eines Ausgleichsbetrages, dann trägt der Leistungserbringer nicht mehr überwiegend das Nutzungsrisiko (grundlegend für Dienstleistungen im Sektorenbereich: EuGH, Urteil vom 07.12.2000, C-324/98 "Telaustria", Rdnr. 58; siehe auch: EuGH, Urteil vom 10.09.2009, C-206/08 "WAZV Gotha", Urteil vom 11.06.2009, C-300/07 "Oymanns", Urteil vom 18.07.2007, C-382/05 "Kommission/Italien", Rdnr. 34, Urteil vom 27.10.2005, C-234/03 "Contse", Urteil vom 13.10.2005, C-458/03 "Parking-Brixen", Rdnr. 40; siehe auch: Senat, Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02, "Connex", juris, Rdnr. 6f, Beschluss vom 02.03.2011, VII-Verg 48/10 "Buslinien Münsterland", juris, Beschluss vom 07.03.2012, VII-Verg 78/11 "Alttextilien", juris; Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 5, Rdnr. 44ff, bes. Rdnr. 50 u. 51; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. A., § 99 GWB, Rdnr. 40, 194ff m.w.N.; Zuck in Ziekow, Art. 5 VO 1370, Rdnr. 5f; Otting in Bechtold, GWB, 6. A., 2010, § 99 GWB, Rdnr. 19f m.w.N. u. Rdnr. 42 f m.w.N.). Die Prüfung, ob die erforderliche Risikoübernahme vorliegt, erfordert eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls einschließlich der für den Vertragsgegenstand maßgeblichen Marktbedingungen und der gesamten vertraglichen Vereinbarungen (BGH, Beschluss vom 8.2.2011, X ZB 4/10, "S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I", juris, Leitsatz 2.). Kann nicht sicher abgegrenzt werden, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt, ist im Zweifel von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen (OLG München, Beschluss vom 21.05.2008, Verg 5/08, juris, Rn. 40).

Vorliegend fehlt es an der erforderlichen Übernahme eines wesentlichen Teils des bisher beim Auftraggeber liegenden Nutzungs- und Verwertungsrisikos durch den Auftragnehmer, denn es besteht für die Beigeladene - entgegen der ausdrücklichen Regelung des § 2 Abs. 1 S. 3 a.E. des Vertrags - kein Risiko eines finanziellen Verlustes aus ihrer unternehmerischen Tätigkeit. Die Beigeladene trägt nach den vertraglichen Vereinbarungen gerade nicht das wirtschaftliche Nutzungs- und Verwertungsrisiko bei der Erbringung der Verkehrsdienstleistungen. Sie kann die von ihr zu erbringende Verkehrsdienstleistung zwar in erster Linie dadurch verwerten, dass sie die Verkehrsdienste gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 und S. 3 des Vertrages im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringt sowie selbst Vertragspartner der Fahrgäste wird und die Erlöse aus den Fahrkartenverkäufen mittelbar vereinnahmt. Dadurch wird aber entgegen § 2 Abs. 1 S. 3 a.E. des Vertrages nicht das gesamte oder das überwiegende wirtschaftliche Risiko aus der Erbringung der Verkehrsdienste auf sie verlagert. Sie erhält nach den vertraglichen Vereinbarungen von den Antragsgegnerinnen nämlich zusätzlich zu dem ihr zustehenden Anteil aus den Fahrkartenverkäufen eine zusätzliche Ausgleichsleistung einschließlich einer Kapitalrendite von 3,09 % gemäß Art. 4 Abs. 1, b), Art. 6 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007 in Verbindung mit § 4 und Anlage 3 des Vertrages. Dabei handelt es sich nicht um einen Festbetrag. Für den Fall des Rückgangs der Einnahmen aus den Fahrkartenverkäufen ist ein vollständiger Ausgleich der Mindererlöse durch die Antragsgegnerinnen vorgesehen, wie sich sowohl aus § 2 Abs. 5 ("... alle Auswirkungen durch bestehende Erlösveränderungen durch die Aufgabenträger ausgeglichen werden ...") als auch aus der Anlage 2 und der Anlage 3, dort Ziffer 3 des

Vertrages ergibt.

Folglich wird auch in der Vorlage des ... Kreises für den Ausschuss für Verkehr und Bauen sowie den Kreisausschuss in der Erläuterung 3, dort Absatz 2, zur Regelung in § 2 Abs. 5 des Vertrags klarstellend ausgeführt: 25

"Da mit der im Vertrag enthaltenen Ausgleichsregelung das Einnahmerisiko und damit auch alle Mindererlöse von den Aufgabenträgern ausgeglichen werden, verpflichtet sich das Verkehrsunternehmen vertraglich, die bestehenden Regelungen des Einnahmeaufteilungsvertrages des ... ab Vertragsschluss zu akzeptieren und nicht infrage zu stellen." 26

Daher verbleibt das mit der Erbringung der Verkehrsdienstleistungen verbundene wirtschaftliche Risiko im Ergebnis vollständig bei den Antragsgegnerinnen. Diese haben letztlich das mit der Erbringung der Verkehrsdienstleistungen verbundene finanzielle Wagnis, namentlich das Risiko der hinreichenden Auslastung der bedienten Strecken, alleine zu tragen. 27

b) Resultierend daraus hätten die Antragsgegnerinnen die zu vergebenden Leistungen unter Berücksichtigung der Vorschriften der SektVO europaweit bekanntmachen müssen. 28

Die SektVO ist anwendbar, weil es sich bei den Antragsgegnerinnen um öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB handelt, die Verkehrsleistungen im Sinne von § 1 Abs. 1 SektVO vergeben. Sie betreiben ein Netz zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Bus, indem sie gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG NRW die Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne festlegen (siehe auch: Art. 5 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG; Ziff. 4 S. 3 der Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB). 29

Eine Vergabe nach den Vorschriften der SektVO ist jedoch nicht erfolgt. Aus der Vergabeakte ist nicht einmal ersichtlich, dass die Antragsgegnerinnen vorab geprüft haben, ob ein ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG oder eine Dienstleistungskonzession vorliegt. Vielmehr sind die Antragsgegnerinnen zu Unrecht ohne weiteres von einer Dienstleistungskonzession und der resultierenden Anwendbarkeit der Verordnung (EG) 1370/2007, insbesondere von dessen Art. 5 Abs. 5 S. 1 und S. 2, ausgegangen. 30

Aus der Vergabeakte ergibt sich auch nicht, dass die Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung gemäß § 6 Abs. 1 SektVO aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen wäre. Der Zeitpunkt des Endes des Vertrags mit der Beigeladenen war seit rund sieben Jahren bekannt, was den Antragsgegnerinnen hinreichenden Anlass hat geben können, nach Prüfung des anzuwendenden Rechts rechtzeitig, nämlich mehrere Monate vor Ablauf des Vertrags, eine vergaberechtskonforme Neuvergabe der Leistungen in die Wege zu leiten. Ohnehin wäre gemäß § 17 Abs. 3 SektVO eine erhebliche Verkürzung der Fristen möglich gewesen, die eine zügige Durchführung des Vergabeverfahrens erlaubt hätte. So kann die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen gemäß § 17 Abs. 3 Nr. 1 SektVO auf 15 Kalendertage ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung und die Frist zur Abgabe von Angeboten gemäß § 17 Abs. 3 Nr. 2 SektVO auf zehn Tage ab dem Tag der Aufforderung zur Angebotsabgabe verkürzt werden. Weitere Möglichkeiten der Fristverkürzung sieht § 18 SektVO vor. Die letztlich eingetretene Zeitnot bei der Vergabe der verfahrensgegenständlichen Leistungen haben die Antragsgegnerinnen selbst verschuldet. 31

c) Die Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 4 SektVO lagen dagegen nicht vor, denn es fehlte, wie aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich, eine äußerste Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen, die die Antragsgegnerinnen nicht vorhersehen konnten.	
d) Die Vorschriften des PBefG (Personenbeförderungsgesetzes) stehen der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags nach den Vorschriften der SektVO nicht entgegen. Unabhängig davon, dass die Vorschriften des europäischen Vergaberechts, vorliegend der RL 2004/18/EG, sowie die die europarechtlichen Vorgaben umsetzenden nationalen Vorschriften des GWB und der SektVO ohnehin entgegenstehenden nationalen Vorschriften vorgehen, widerspricht die Vergabe im Wettbewerb entgegen der Auffassung der Beigeladenen auch nicht den gesetzlichen Regelungen des PBefG, welchen in mehreren Vorschriften auf die Geltung der Vorschriften des 4. Teils des GWB verweisen (siehe nur § 8a Abs. 2 S. 1 PBefG und § 12 Abs. 6 S. 1 PBefG).	33
Selbst wenn die Beigeladene für den gesamten Zeitraum vom 14.12.2014 bis zum 12.12.2016 über die erforderlichen Genehmigungen für die fünf Buslinien gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 PBefG verfügen sollte, was nach dem schriftsätzlichen Vortrag der Antragsgegnerinnen gerade nicht der Fall ist (siehe dazu auch § 16 Abs. 1 S.1 und S. 4 PBefG sowie §12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 e) PBefG), müssen solche Genehmigungen gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 3 PBefG widerrufen werden, weil für diesen Zeitraum kein wirksamer Dienstleistungsauftrag mehr besteht, sondern erst noch im Wettbewerb vergeben werden muss.	34
e) Soweit der Landrat des ... Kreises im nachträglichen Vergabevermerk vom 19.02.2015 (dort Seite 3) ausführt, bei der frühzeitigen Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens hätte sich ohnehin nur die Beigeladene beteiligt, weil kein anderes Unternehmen über die erforderlichen Ressourcen verfügt habe, und die Erbringung der Leistung aufgrund einer Vertragsdauer von nur zwei Jahren wirtschaftlich nicht tragfähig gewesen wäre, ist dies weder begründet worden, noch auch nur im Ansatz überzeugend, wie schon die Bereitschaft der Antragstellerin zeigt, diese Leistungen zu erbringen. Für andere potentielle Bieter hätte zudem die Möglichkeit der Eignungsleihe bestanden, oder es wäre die Beauftragung von Unterauftragnehmern in Betracht gekommen.	35
f) Darauf, ob die Antragsgegnerinnen durch den Vertragsschluss mit der Beigeladenen zugleich gegen Vorschriften des Kartellrechts, des Beihilferechts oder des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen verstoßen haben, wie die Antragstellerin meint, kommt es aus den vorstehenden Gründen nicht mehr an.	36
C.	37
Die Entscheidung über die Kosten und Aufwendungen beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 u. S. 2 GWB sowie auf den §§ 120 Abs. 2, 78 GWB.	38
Die Beigeladene ist an den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer nicht zu beteiligen, weil sie sich daran nicht, insbesondere nicht durch Parteinahme für die Antragsgegnerinnen, beteiligt hat. Sie ist jedoch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens heranzuziehen, weil sie durch ihren Vortrag im Senatstermin Partei für die Ansicht der Antragsgegnerinnen ergriffen hat.	39
Der Gegenstandswert beträgt bis zu 652.000 EUR (§ 50 Abs. 2 GKG).	40
	41

