

## UPDATE ÖPNV-RECHT

### **OLG DÜSSELDORF BESTÄTIGT INHOUSE-VERGABE AN KOMMUNALES GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN**

**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.12.2019 – VII Verg 16/16**

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens war die Absicht eines Kreises (K) und einer Stadt (S), an ihr gemeinsames Unternehmen (U), einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (ÖDA) über die Erbringung von straßengebundenen öffentlichen Personenverkehrsleistungen direkt zu vergeben. Entscheidende Fragestellung in diesem Verfahren war, welche vergaberechtlichen Regelungen der ausschreibungsfreien Vergabe zugrunde zu legen sind. In erster Instanz ging die Vergabekammer Rheinland noch von einer umfassenden Anwendbarkeit der Direktvergaberegeln des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 aus (vgl. [Update 2/2016](#)). Zwischenzeitlich hat der EuGH jedoch in Vorabentscheidungen in zwei Parallelverfahren (Az. verb. Rs. C-266/17 und 267/17, vgl. [Sonderupdate März 2019](#) und C-253/18, vgl. [Update Juni 2019](#)) festgestellt, dass im Busverkehr bei vertraglicher Gestaltung des Auftrags ohne maßgebliche Risikoübertragung auf das Unternehmen (sog. Bruttovertrag) das allgemeine Vergaberecht mit den in § 108 GWB geregelten Inhouse-Voraussetzungen anwendbar ist.

Während K und S zu Beginn des Verfahrens beabsichtigten, den ÖDA als Gesellschafterweisung auszugestalten, haben sie im Laufe des Verfahrens eine vertragliche Gestaltung beschlossen. Damit liegen die erforderlichen Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe nach Auffassung des OLG Düsseldorf bei der beabsichtigten Vergabe an U vor. Die Änderung der Rechtsform des ÖDA stehe einer abschließenden Beurteilung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin nicht entgegen. Ebenfalls unerheblich sei, dass die beabsichtigte Vergabe unter dem Vorbehalt der positiven Bewertung anderer Behörden (hier: verbindliche Auskunft des zuständigen Finanzamtes) stehe. Denn ausschließlicher Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei die *Absicht* der Vergabe und die diesbezügliche geplante Umsetzung.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Der Beschluss des OLG Düsseldorf bestätigt, dass ausschreibungsfreie Vergaben an Gemeinschaftsunternehmen mehrerer kommunaler Gesellschafter im ÖPNV auch außerhalb der VO (EG) Nr. 1370/2007 möglich sind. Eine Änderung der beabsichtigten Rechtsform des ÖDA ist auch während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens möglich und kann bei der rechtlichen Beurteilung vom Gericht berücksichtigt werden. Auch der Beschluss der Vergabe unter einem Vorbehalt, z.B. einer verbindlichen Auskunft des Finanzamtes, ist möglich, da im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens allein auf die Absicht der Vergabe und die diesbezügliche Planung der Umsetzung abgestellt wird.