

Direktvergabe an die internen Betreiber

Gesetzestext

Art. 5 Abs. 2:

„Sofern dies nicht nach innerstaatlichem Recht untersagt ist, kann jede zuständige örtliche Behörde – unabhängig davon, ob es sich dabei um eine einzelne Behörde oder eine Gruppierung von Behörden handelt, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet – beschließen, selbst öffentliche Personenverkehrsdienste zu erbringen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt an eine rechtlich getrennte Einheit zu vergeben, über die die zuständige örtliche Behörde – oder im Falle einer Gruppierung von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht (in dieser Verordnung als „interner Betreiber“ bezeichnet).“

OLG Düsseldorf: Entscheidende Weichenstellung für einen Vorlagebeschluss

Art. 5 Abs. 1 VO 1370

Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/12/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen.

- Abgrenzung öffentlicher Auftrag/Dienstleistungskonzession
- Öffentlicher Auftrag: entgeltlicher (synallagmatischer) Vertrag über die Dienstleistung.
- Zentrales Abgrenzungskriterium: Auf welcher Seite liegt das höhere wirtschaftliche Risiko?

Bei Verträgen gibt es zwei Wege, die aus dem strengen Vergaberegime herausführen:

- Dienstleistungskonzession (wirtschaftliches Risiko beim Unternehmen!)
 - Problem: Ergebnisabführungsvertrag
- In-House-Geschäfte (i.S. der EuGH-Rspr.)



Dienstleistungskonzession

Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen

1.mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (Baukonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung; oder

2.mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.

In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das **Betriebsrisiko** für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen **auf den Konzessionsnehmer** über. Dies ist der Fall, wenn

- 1.unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und
- 2.der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

EuGH-Urteil vom 21. März 2019

Art. 5 Absatz 2 VO 1370 ist auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinien ...annehmen, nicht anwendbar.

Folgen:

- Für In-House-Geschäfte in Form eines Vertrages über öffentliche Personenverkehrsdienste gilt die Spezialvorschrift des GWB.
- Das Verbündeprivileg im Sinne von Art. 5 Absatz 2 VO 1370 gilt bei Verträgen nur, wenn eine Dienstleistungskonzession vorliegt.
- Das Finanzierungssystem des VRR sieht den Abschluss von Verträgen aus steuerrechtlichen Gründen gerade nicht vor.
- Verwaltungsakte („Finanzierungsbescheid“) unterliegen nicht dem Vergaberecht (OLG Düsseldorf).
- Direktvergaben ohne Wettbewerb sind zulässig.

Denkbare Entscheidungen des OLG Düsseldorf

1. Das OLG kann auf der Grundlage des EuGH-Urteils eine abschließende Entscheidung treffen: Mit der Maßgabe, dass der ÖDLA nicht als In-House-Geschäft erteilt wird, ist der Antrag der Antragsteller (Piccolonia, etc.) abzuweisen.
2. Das OLG kann in eine neue mündliche Verhandlung eintreten (z.B. zum Nachweis, dass eine Dienstleistungskonzession überhaupt darstellbar ist)
3. Das OLG kann eine neue Vorlagefrage formulieren (z.B. die Frage, ob ein Finanzierungsbescheid dem Vergaberegime der VO 1370 unterliegt)
4. Das OLG kann aussetzen, bis der EuGH über die sonstigen noch offenen Vorlagefragen entschieden hat (z.B. Ergebnisabführungsverträge bei Dienstleistungskonzessionen)