

UPDATE ÖPNV-RECHT

ÖFFENTLICHER DIENSTLEISTUNGS-AUFTRAG IN FORM EINER WEISUNG UNTERLIEGT ART. 5 ABS. 2 VO 1370/2007

OLG Jena, Beschl. v. 12.06.2019 – 2 Verg 1/18 – *Direktvergabe IIm-Kreis*

Gegenstand war die Direktvergabe des ÖPNV im IIm-Kreis in Thüringen. Der Kreis hatte im März 2018 eine Vorabbekanntmachung im EU-Amtsblatt veröffentlicht und darin die Absicht bekanntgegeben, den gesamten ÖPNV ab Juli 2019 für die Dauer von 10 Jahren an das kreis-eigene Verkehrsunternehmen A zu vergeben. Ein privates Busunternehmen (B) hatte gerügt, die beabsichtigte Direktvergabe sei rechtswidrig. Den Nachprüfungsantrag wies die Vergabekammer Thüringen mit Beschl. v. 09.07.2018 zurück. Hiergegen legte B sofortige Beschwerde beim Vergabesenat des OLG Jena ein. Das OLG setzte das Verfahren zunächst aus bis zur erwarteten Grundsatzklärung zu dem auf kommunale Direktvergaben anwendbaren Recht durch den EuGH. Einen Tag nach dessen Entscheidung am 21.03.2019 (vgl. [Sonderupdate ÖPNV-Recht 03/2019](#)) endete die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde; einen Antrag auf Verlängerung wies das OLG zurück. Daraufhin fasste der Kreistag am 10.04.2019 den Beschluss zur Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags (ÖDA) und setzte diesen am Folgetag mit einer gesellschaftsrechtlichen Weisung gegenüber A um.

Das OLG wies die sofortige Beschwerde zurück. Der auf eine Untersagung der Vergabe gerichtete Antrag sei nach Zuschlagserteilung wegen Erledigung unzulässig. Eine nachträgliche Feststellung der Unwirksamkeit des ÖDA nach § 135 GWB komme nicht in Betracht, da die Vorschrift auf eine Direktvergabe nicht, auch nicht analog, anwendbar sei. Zulässig sei der hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag, gerichtet auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der erfolgten Vergabe, jedoch unbegründet. Die Vergabe sei am Maßstab des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zu messen, obwohl keine Dienstleistungskonzession vorliege. Denn der ÖDA sei vorliegend kein Vertrag im Sinne der Definition des § 103 Abs. 1 GWB. Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 waren nach Auffassung des OLG erfüllt.

Bedeutung für die Praxis

Nach dem Beschluss muss eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (und nicht als Inhouse-Geschäft nach § 108 GWB) erfolgen, wenn der ÖDA als gesellschaftsrechtliche Weisung ausgestaltet ist. Dieser Ansatz ist neu in der OLG-Rechtsprechung. Daher bleibt abzuwarten, ob sich andere OLG der Entscheidung anschließen. Vorerst sollten daher – wo möglich – weiter vorsorglich die Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 und von § 108 GWB erfüllt werden. Ein Gewinn für die Rechtssicherheit ist es, dass der ÖDA nach Vergabe nicht mehr angegriffen werden kann.