

UPDATE ÖPNV-RECHT

INHOUSE-VERGABEN AN KOMMUNALES VERKEHRSUNTERNEHMEN ZULÄSSIG

OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 04.03.2020 – VII Verg 10/18 und 11/18

Zwei private Verkehrsunternehmen hatten Nachprüfungsanträge gegen die Absicht zweier Kreise, jeweils einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag an ihr kommunales Unternehmen (U) direkt zu vergeben, gestellt. Neben den beiden Kreisen sind an U weitere Städte und Kreise sowohl unmittelbar als auch mittelbar beteiligt.

Während erstinstanzlich die ausschreibungsfreien Vergaben von der Vergabekammer Rheinland noch beanstandet wurden (Beschlüsse v. 18.01.2018 – VK K 51/17-L und VK K 57/17), bestätigte das OLG Düsseldorf in zweiter Instanz mit den o. g. Beschlüssen nun die Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Vergaben. So sieht das Gericht bei der Gesellschaftsstruktur von U die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe nach den Vorschriften des § 108 GWB als erfüllt an. Dabei stellt das OLG Düsseldorf für die Abgrenzung zur Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 vor allem auf das Fehlen einer Dienstleistungskonzession ab.

Durch die Regelungen im Gesellschaftsvertrag sei die gemeinsame Kontrolle der ausschließlich kommunalen Anteilseigner über U trotz der komplexen Gesellschaftsstruktur gesichert. Dem stehe auch die Übertragung der Teilaufgabe Tarif auf einen Zweckverband nicht entgegen, da wesentliche Kontroll- und Interventionsbefugnisse erhalten blieben.

Zudem sind die Tätigkeiten von U im Wesentlichen dem kommunalen Bereich zuzuordnen. Es sei für die Beurteilung zwar grundsätzlich der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor der Vergabe zugrunde zu legen, allerdings könnten im Falle von Umstrukturierungen und fehlenden historischen Daten – wie hier – auch Zukunftsprognosen mit berücksichtigt werden.

Bedeutung für die Praxis

Im Lichte seiner kommunalfreundlichen Spruchpraxis stellt das OLG Düsseldorf mit seinen beiden Beschlüssen klar, dass auch bei Gemeinschaftsunternehmen mit komplexen Eigentümerstrukturen Inhouse-Vergaben kommunaler Aufgabenträger möglich sind. Entscheidend sind dabei Regelungen im Gesellschaftsvertrag, die wesentliche Kontrollmöglichkeiten über das kommunale Unternehmen gewährleisten. Hervorzuheben ist auch, dass in der Praxis bei der Ermittlung der wesentlichen Tätigkeit nach § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB nach Ansicht des OLG Düsseldorf eine Kombination von rückblickenden Betrachtungen und Prognose zulässig ist, wenn es z.B. zu Umstrukturierungen im Unternehmen in den letzten drei Jahren gekommen ist.