



**Stadt Leverkusen**

Vorlage Nr. 2019/3170

**Der Oberbürgermeister**

/III-mel

**Dezernat/Fachbereich/AZ**

01.10.19

**Datum**

<b>Beratungsfolge</b>	<b>Datum</b>	<b>Zuständigkeit</b>	<b>Behandlung</b>
<b>Rat der Stadt Leverkusen</b>	10.10.2019	Entscheidung	öffentlich

**Betreff:**

Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages für ÖPNV-Verkehre

**Beschlussentwurf:**

Die Verwaltung wird beauftragt, die Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrages für ÖPNV-Verkehre an die wupsi GmbH - vorbehaltlich einer positiven verbindlichen Auskunft des Finanzamtes - als Vertrag im Sinne der Dienstleistungsrichtlinien vorzunehmen.

gezeichnet:  
Richrath

**Schnellübersicht über die finanziellen bzw. bilanziellen Auswirkungen, die beabsichtigte Bürgerbeteiligung und die Nachhaltigkeit der Vorlage**

**Ansprechpartner / Fachbereich / Telefon: Herr Melchert, Dez. III, 406 - 8894**

(Kurzbeschreibung der Maßnahme, Angaben zu § 82 GO NRW bzw. zur Einhaltung der für das betreffende Jahr geltenden Haushaltsverfügung.)

**A) Etatisiert unter Finanzstelle(n) / Produkt(e)/ Produktgruppe(n):**

(Etatisierung im laufenden Haushalt und mittelfristiger Finanzplanung)

Aufwendungen: 4.622.000 €  
Finanzstelle: 9000121201  
Produktgruppe: PN1212 (ÖPNV Dez. III)  
Sachkonto: 542930 (Aufwendungen ÖPNV)

**B) Finanzielle Auswirkungen im Jahr der Umsetzung:**

(z. B. Personalkosten, Abschreibungen, Zinswirkungen, Sachkosten etc.)

Künftige Ansätze sind auf Basis des § 15 Abs. 2 des Öffentlichen Dienstleistungsauftrages zu planen. Danach teilt das Verkehrsunternehmen den zuständigen Behörden für jedes Geschäftsjahr zusammen mit der Vorlage des Wirtschaftsplans den jeweils für sie anfallenden voraussichtlich erforderlichen Soll-Ausgleich für das bevorstehende Geschäftsjahr im Rahmen einer ersten Prognose-Berechnung mit. Bis zum Vorliegen dieser Daten wird die aktuelle Wirtschaftsplanung und Mittelfristplanung der Planung der Haushaltsansätze zugrunde gelegt. Die fiskalische Wirksamkeit beginnt mit dem Haushaltsjahr 2020.

**C) Finanzielle Folgeauswirkungen ab dem Folgejahr der Umsetzung:**

(überschlägige Darstellung pro Jahr)

Siehe Ausführungen zu B).

**D) Besonderheiten (ggf. unter Hinweis auf die Begründung zur Vorlage):**

(z. B.: Inanspruchnahme aus Rückstellungen, Refinanzierung über Gebühren, unsichere Zuschussituation, Genehmigung der Aufsicht, Überschreitung der Haushaltsansätze, steuerliche Auswirkungen, Anlagen im Bau, Auswirkungen auf den Gesamtabschluss)

**E) Beabsichtigte Bürgerbeteiligung (vgl. Vorlage Nr. 2014/0111):**

<b>Weitergehende Bürgerbeteiligung erforderlich</b>	<b>Stufe 1 Information</b>	<b>Stufe 2 Konsultation</b>	<b>Stufe 3 Kooperation</b>
[ja] [nein]	[ja] [nein]	[ja] [nein]	[ja] [nein]
Beschreibung und Begründung des Verfahrens: (u.a. Art, Zeitrahmen, Zielgruppe und Kosten des Bürgerbeteiligungsverfahrens)			

**F) Nachhaltigkeit der Maßnahme im Sinne des Klimaschutzes:**

<b>Klimaschutz betroffen</b>	<b>Nachhaltigkeit</b>	<b>kurz- bis mittelfristige Nachhaltigkeit</b>	<b>langfristige Nachhaltigkeit</b>
[ja] [nein]	[ja] [nein]	[ja] [nein]	[ja] [nein]

## **Begründung:**

### Ausgangssituation:

In der Sitzung des Rates der Stadt Leverkusen am 26.09.2016 wurde beschlossen:

Die Verwaltung wird beauftragt, die notwendigen Schritte zum Vollzug der folgenden Punkte 1. und 2. vorzunehmen:

- 1.) Der in der Anlage beigefügte Öffentliche Dienstleistungsauftrag (ÖDA) wird an die wupsi GmbH erteilt. Dabei können gegebenenfalls notwendige Änderungen, die den materiellen Inhalt des ÖDA nicht wesentlich ändern, vorgenommen werden.
- 2) Für den Fall, dass die Direktvergabe des ÖDA gemäß Nr. 1 wegen anhängiger Verfahren nicht vollzogen werden kann, sind zur Aufrechterhaltung der Verkehrsdienste Notmaßnahmen gemäß Art.5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 vorzunehmen.

Gegen die beabsichtigte Vergabe wurde ein Vergabenachprüfungsantrag eingelegt, der bis heute beim OLG Düsseldorf anhängig ist. In diesem Verfahren ist der Verkündungstermin für den 16.10.2019 anberaumt.

Im Verfahrensverlauf wurden in zwei Parallelverfahren durch das OLG Düsseldorf entscheidungserhebliche Fragen an den EuGH vorgelegt; das Vergabenachprüfungsverfahren zur ÖDA-Vergabe an die wupsi GmbH wurde bis zu einer Entscheidung des EuGH ausgesetzt. Das Urteil des EuGH liegt inzwischen vor und wird u.a. Grundlage für die anstehende Entscheidung zur ÖDA-Vergabe an die wupsi GmbH sein. Im Ergebnis stellt der EuGH fest, dass die direkte Vergabe eines ÖDA, der nicht als sogenannte Dienstleistungskonzession (Risikoübernahme durch den Auftragnehmer) gestaltet ist, im Wege der Inhouse-Vergabe (§ 108 GWB) möglich ist. Die Vergabe fällt in diesem Fall nicht in den Anwendungsbereich des Art 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 und stellt damit keine „Direktvergabe an einen internen Betreiber“ dar. Diese Rechtsauffassung steht mit der von hier aus vorgesehenen Vorgehensweise in Einklang.

In einem weiteren Verfahren, welches die hier in Rede stehende Vergabe nicht unmittelbar berührt, hat das OLG Jena eine Entscheidung getroffen, die dennoch Auswirkungen auf das Vergabeverfahren an die wupsi GmbH hat. Denn in diesem Verfahren hat das OLG Jena die Auffassung vertreten, dass für ÖDA-Vergaben, die als „Gesellschafterweisung“ erfolgen, mangels „Auftragseigenschaft“ doch wieder Art 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 anzuwenden wäre. Diese Rechtsauffassung wird in einem aktuellen Verfahren durch das OLG Düsseldorf bestritten. Das OLG Düsseldorf meint, dass auch Gesellschafterweisungen Aufträge im Sinne des allgemeinen Vergaberechts seien. Dies wiederum hätte zur Folge, dass auch ÖDA, die als Gesellschafterweisung ergehen, im Wege der Inhouse-Vergabe (§ 108 GWB) zu vergeben sind.

Diese unterschiedlichen Rechtsauffassungen zweier Oberlandesgerichte müssen im Rahmen einer Divergenzvorlage über eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH) vereinheitlicht werden.

Für das vorliegende Vergabenachprüfungsverfahren zur direkten ÖDA-Vergabe an die wupsi GmbH bedeutet dies Folgendes: Soll der ÖDA an die wupsi GmbH - wie im Rahmen des o.g. Beschlusses vorgesehen - als Gesellschafterweisung ergehen, so müsste das Verfahren wohl nochmals ausgesetzt werden bis zu einer klärenden Entscheidung

durch den BGH. Das würde wahrscheinlich wieder eine längere Zeit in Anspruch nehmen, die weiter mit sogenannten Notvergaben überbrückt werden müssten. Anders wäre dies, wenn der ÖDA anstatt als Gesellschafterweisung als Vertrag gestaltet wird. Für diesen Fall ist durch das o.g. EuGH-Urteil die Anwendbarkeit der Inhouse-Voraussetzungen (§ 108 GWB) geklärt.

Beabsichtigte weitere Vorgehensweise:

Wie vorstehend dargestellt, muss das Vergabenachprüfungsverfahren voraussichtlich weiter ausgesetzt werden und ist das OLG Düsseldorf an einer endgültigen Entscheidung zum 16.10.2019 gehindert, wenn der ÖDA an die wupsi GmbH vorliegend als Gesellschafterweisung ergehen soll. Von einer erneuten Aussetzung des Verfahrens würde aber wohl abgesehen werden, wenn der ÖDA an die wupsi GmbH als Vertrag gestaltet wird.

Aus diesem Grund empfiehlt die Verwaltung, den ÖDA an die wupsi GmbH nunmehr als Vertrag zu gestalten. Die ursprünglich vorgesehene Gestaltung als Gesellschafterweisung war vorliegend insbesondere deshalb vorgesehen worden, weil dies bis zur o.g. Entscheidung des OLG Jena üblich und vergaberechtlich ohne Auswirkungen war. Dies ist nun anders zu bewerten (s. o.). Mit der vertraglichen Gestaltung sind indes für die Stadt Leverkusen und die wupsi GmbH keine Nachteile verbunden. Auch der bis 2016 geltende „Alt-ÖDA“ an die wupsi GmbH war als Vertrag gestaltet. Eine erste steuerliche Bewertung hinsichtlich der Gestaltung des ÖDA als Vertrag kam zu einem positiven Ergebnis. Vonseiten der wupsi wird diesbezüglich beim Finanzamt aber noch eine verbindliche Auskunft eingeholt, weshalb die Beschlussfassung entsprechend unter dem Vorbehalt einer abschließenden steuerlichen Bestätigung erfolgt.

Der Rheinisch-Bergische Kreis wird einen gleichlautenden Beschlussvorschlag in die dortige politische Beratung einbringen