



Datum van inontvangstneming : 26/06/2017

**Zaak C-266/17**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

17 mei 2017

**Verwijzende rechter:**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

3 mei 2017

**Appellant:**

Rhein-Sieg-Kreis

**Geïntimeerden:**

Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH

BVR Busverkehr Rheinland GmbH

---

[OMISSIS]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESLISSING

In de beroepsprocedure inzake het plaatsen van opdrachten

Rhein-Sieg-Kreis, [OMISSIS] Siegburg,

verweerder en appellant,

[OMISSIS]

tegen

1. Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, [OMISSIS] Leichlingen,

verzoekster en geïntimeerde  
[OMISSIS],

[OMISSIS]

[Or. 2]

2. BVR Busverkehr Rheinland GmbH, [OMISSIS] Düsseldorf,

verzoekster en geïntimeerde  
[OMISSIS]

[OMISSIS]

verder in tegenwoordigheid van:

Regionalverkehr Köln GmbH, [OMISSIS] Köln,

in het geding geroepen partij,

heeft de Vergabesenat (voor overheidsopdrachten bevoegde kamer) van het Oberlandesgericht (hoogste rechterlijke instantie; hierna: „OLG”) Düsseldorf [OMISSIS]

b e s l i s t a l s v o l g t:

I. [OMISSIS]

[OMISSIS] [nationale procedure]

II. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden ter uitlegging van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement [Or. 3] en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB 2007, L 315, blz. 1) de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

1. Is artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing op opdrachten die geen opdrachten zijn die overeenkomstig artikel 5, lid 1, eerste zin, van verordening (EG) nr. 1370/2007 de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG?

Ingeval de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

2. Is het in strijd met de door een afzonderlijke bevoegde overheid samen met de overige aandeelhouders van de interne exploitant uitgeoefende gemeenschappelijke zeggenschap, als deze overheid overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 een openbaredienstcontract onderhands gunt aan een interne exploitant, wanneer de bevoegdheid om op te treden in het openbaar personenvervoer in een bepaald geografisch gebied [artikel 2, onder b) en c), van verordening (EG)

nr. 1370/2007] tussen de afzonderlijke bevoegde overheid en een groepering van overheden die geïntegreerde diensten voor openbaar personenvervoer aanbiedt, is verdeeld, bijvoorbeeld doordat de bevoegdheid voor het gunnen van openbare dienstcontracten aan een interne exploitant berust bij de afzonderlijke bevoegde overheid, maar de taak tarief wordt toevertrouwd aan een publiekrechtelijk lichaam zoals het „Zweckverband Verkehrsverbund” waartoe naast de afzonderlijke overheid andere in hun geografische gebieden bevoegde overheden behoren?

3. Is het in strijd met de door een afzonderlijke bevoegde overheid samen met de overige [Or. 4] aandeelhouders van de interne exploitant uitgeoefende gemeenschappelijke zeggenschap, als deze overheid overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 een openbare dienstcontract onderhands gunt aan een interne exploitant, wanneer volgens diens statuten bij besluiten over de totstandkoming, de wijziging of de beëindiging van een openbare dienstcontract overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 alleen die aandeelhouder stemgerechtigd is die zelf of wiens directe of indirecte eigenaar een openbare dienstcontract op grond van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 aan de interne exploitant gunt?

4. Is het op grond van artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007 toegestaan dat de interne exploitant ook voor andere bevoegde plaatselijke overheden binnen hun grondgebied (inclusief uitgaande lijnen of andere kleinere elementen van die activiteit die het grondgebied van naburige bevoegde plaatselijke overheden binnenkomen) openbare personenvervoersdiensten verricht, ingeval deze niet in het kader van openbare aanbestedingen worden gegund?

5. Is het op grond van artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007 toegestaan dat de interne exploitant buiten het grondgebied van de overheid die de opdracht bij hem heeft geplaatst, voor andere met een overheidstaak belaste instellingen op grond van dienstcontracten die onder de overgangsregeling van artikel 8, lid 3, van verordening (EG) nr. 1370/2007 vallen, openbare personenvervoersdiensten verricht?

6. Op welk moment moet zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007?

**[Or. 5]**

Motivering:

- 1 I. Met de onderhavige beroepsprocedure inzake het plaatsen van opdrachten komen verzoeksters op tegen de onderhandse gunning van diensten inzake lokaal openbaar personenvervoer aan de in het geding geroepen partij als interne exploitant van verweerder.

- 2 1. Overeenkomstig § 8, lid 3, PBefG (Personenbeförderungsgesetz – Duitse wet betreffende het vervoer van personen, zoals bekendgemaakt op 8 augustus 1990, [OMISSIS] laatstelijk gewijzigd bij artikel 5 van de wet van 29 augustus 2016 [OMISSIS]) juncto § 3 ÖPNVG NRW (Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen – Duitse wet inzake het lokale openbare personenvervoer in Noordrijn-Westfalen van 7 maart 1995, [OMISSIS] laatstelijk gewijzigd bij de wet van 15 december 2016 [OMISSIS]) is verweerder, een regionaal publiekrechtelijk lichaam, een met een overheidstaak belaste instelling en een binnen zijn werkgebied bevoegde overheid in de zin van verordening (EG) nr. 1370/2007.
- 3 Samen met andere territoriale publiekrechtelijke lichamen, die eveneens met overheidstaken belaste instellingen en bevoegde overheden in bovenbedoelde zin zijn, te weten de Städte Bonn, Köln, Monheim am Rhein en Leverkusen alsmede de Rhein-Erft-Kreis, de Rheinisch-Bergische Kreis, de Oberbergische Kreis en de Kreis Euskirchen, vormt verweerder voor de gemeenschappelijke uitoefening van taken overeenkomstig het ÖPNVG NRW het „Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg” [VRS, § 2 van de statuten juncto het Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG NRW – Duitse wet inzake gemeentelijke samenwerking), zoals bekendgemaakt op 1 oktober 1979, [OMISSIS] laatstelijk gewijzigd bij artikel 3 van de wet van 15 december 2016 [OMISSIS]]. Het Zweckverband vervult – onder meer – onder de noemer „gemeenschappelijk tarief” de taak tariefvaststelling (§ 3, lid 4, van de statuten). De uitvoering van het vervoer en daarmee het verrichten van een bedrijfsmatige activiteit is geen taak van het Zweckverband. Deze taak berust bij de binnen de VRS werkzame vervoersbedrijven (§ 3, lid 10, van de statuten). Organen van het Zweckverband zijn de algemene vergadering, waarvoor elk lid per begonnen 100.000 inwoners één vertegenwoordiger aanwijst, en de voorzitter (§ 5 en § 6, lid 2, van de statuten).

**[Or. 6]**

- 4 2. De beoogde interne exploitant is de in het geding geroepen partij, een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht [Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)], waarin verweerder indirect deelneemt. Aandeelhouders van de in het geding geroepen partij zijn elk voor 12,5 % van de aandelen de Kölner Verkehrsbetriebe Aktiengesellschaft, de Kreis Euskirchen, de Kreisholding Rhein-Sieg GmbH, de Rheinisch-Bergische Kreis, de Rhein-Erft-Verkehrsgesellschaft mbH, de Elektrische Bahnen der Stadt Bonn und des Rhein-Sieg-Kreises-SSB-GmbH alsmede de Stadtwerke Bonn Verkehrs-GmbH, en verder voor 2,5 % van de aandelen de Oberbergische Kreis; 10 % van de aandelen wordt gehouden door de in het geding geroepen partij zelf. Alle aandeelhouders van de in het geding geroepen partij zijn met een overheidstaak belaste instellingen in de zin van § 8 PBefG en § 3 ÖPNVG NRW, of hun aandelen worden direct of indirect door dergelijke instellingen gehouden. De Stadt Köln is voor 10 % direct aandeelhouder van de Kölner Verkehrsbetriebe Aktiengesellschaft en voor 90 % indirect via haar zogenoemde

„Alleingesellschaft” (100 %-dochteronderneming) Stadtwerke Köln GmbH. De Kreisholding Rhein-Sieg GmbH is een 100 %-dochteronderneming van verweerder, de Rhein-Erft-Verkehrsgesellschaft mbH is een 100 %-dochteronderneming van de Rhein-Erft-Kreises. In de Elektrische Bahnen der Stadt Bonn und des Rhein-Sieg-Kreises-SSB-GmbH wordt voor 49,9 % deelgenomen door verweerder en voor 50,1 % door de Stadtwerke Bonn Verkehrs-GmbH (SWBV); met als enige aandeelhouder de Stadtwerke-Bonn-Beteiligungs-GmbH. Hierin wordt voor 59,46 % deelgenomen door de Stadtwerke Bonn GmbH (een 100 %-dochteronderneming van de Stadt Bonn) en voor 41 % door de BRS Beteiligungsgesellschaft Bonn/Rhein-Sieg mbH (een vennootschap van verweerder, de Stadtwerke Bonn GmbH en de TroiKomm Kommunale Verwaltungs- und Beteiligungsgesellschaft der Stadt Troisdorf mbH, die een 100 %-dochteronderneming van de Stadt Troisdorf is).

- 5 Het ondernemingsdoel van de in het geding geroepen partij is overeenkomstig § 3, lid 1, van haar statuten [OMISSIS] het uitvoeren van het lokale personenvervoer en daarmee samenhangende nevenactiviteiten die dienen ter bevordering van de hoofdactiviteit.

**[Or. 7]**

- 6 Op 21 augustus 2015 besloot de aandeelhoudersvergadering van de in het geding geroepen partij verschillende wijzigingen in de statuten op te nemen, waaronder een regeling op grond waarvan voor de totstandkoming, wijziging of beëindiging van een openbaredienstcontract overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 [§16, lid 3, onder n), van de statuten] alleen die aandeelhouder stemgerechtigd zal zijn die zelf of wiens indirecte of directe eigenaar een dienstcontract op grond van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 aan de vennootschap gunt (§ 17, lid 1a, derde zin, van de statuten, in de versie van 21 augustus 2015). Het aandeelhoudersbesluit werd door een medeaandeelhouder in rechte aangevochten. Volgens het onherroepelijke arrest van het OLG Düsseldorf van 12 oktober 2016 [OMISSIS] is bovenbedoelde regeling thans voorlopig ongeldig, omdat de verzoekster de bestreden statutaire bepalingen op onrechtmatige wijze niet heeft goedgekeurd en haar goedkeuring nog kan verlenen.
- 7 3. De in het geding geroepen partij verricht op grond van eerdere opdrachten uit de tijd van vóór de inwerkingtreding van verordening (EG) nr. 1370/2007 openbare personenvervoersdiensten voor verweerder alsmede voor andere direct of indirect deelnemende overheden.
- 8 Daarnaast verricht zij, eveneens op grond van contracten uit de tijd van vóór de inwerkingtreding van verordening (EG) nr. 1370/2007, die niet in het kader van een aanbestedingsprocedure zijn gegund, vervoersdiensten in de vier zogenoemde stadsbussteden Euskirchen, Brühl, Wesseling en Hürth. Hierbij gaat het om gemeenten die behoren tot de Kreis Euskirchen respectievelijk de Rhein-Erft-Kreis, die overeenkomstig § 4 ÖPNVG NRW zelf met het lokale openbare

personenvervoer zijn belast. De nadere details van de opdracht zijn omstrede. Verweerder beweert dat voor de stadsbussteden, de in het geding geroepen partij niet op grond van eigen lijndienstvergunningen, maar als onderaannemer in opdracht van de vervoersmanagementbedrijven van de betrokken stad werkzaam is. In een eerder **[Or. 8]** stadium van de procedure heeft verweerder bovendien aangevoerd dat beoogd wordt dat ook de stadsbussteden aandeelhouders worden van de in het geding geroepen partij; op dit moment is niet te voorzien of dit zal worden gerealiseerd.

- 9 Bij de verdergaande activiteiten van de in het geding geroepen partij in de steden Remscheid en Solingen (die buiten het gebied van het Verkehrsverbund Rhein-Sieg liggen) en de Stadt Leverkusen (binnen het gebied van het Verkehrsverbund Rhein-Sieg) gaat het volgens de verklaringen van verweerder om uitgaande lijnen uit de Rheinisch-Bergische Kreis.
- 10 4. Met bekendmaking in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie van 30 september 2015 kondigde verweerder op grond van artikel 7, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 aan openbare personenvervoersdiensten onderhands te gunnen aan een interne exploitant op zijn grondgebied, met uitgaande lijnen naar naburige gebieden, overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007. Beide verzoeksters maakten bezwaar tegen de beoogde onderhandse gunning en beriepen zich op schendingen van het nationale recht alsmede van het Unierecht. Eerste verzoekster was onder meer van mening dat de opdracht een opdracht voor diensten was, aangezien verweerder het wezenlijke operationele risico draagt; volgens haar is verordening (EG) nr. 1370/2007 niet van toepassing op een dergelijke opdracht. Verweerder verhielp de bezwaren niet, waarna verzoeksters ieder voor zich beroep hebben ingesteld.
- 11 De Vergabekammer (rechterlijke instantie in eerste aanleg in aanbestedingszaken) heeft in beide procedures de gunning verboden en, aangezien de op grond van § 2 VgV (oud) (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – verordening inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, in de versie van 31 augustus 2015, [OMISSIS]) toepasselijke drempelwaarde wordt overschreden, verweerder verplicht voor het geval dat hij vasthoudt aan zijn voornemen tot gunning, de opdracht uitsluitend te plaatsen na een voorafgaande aanbestedingsprocedure volgens het bepaalde in het Vierde Deel van het GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Duitse wet inzake mededingingsbeperkingen, in de versie van 26 juni 2013, [OMISSIS] laatstelijk gewijzigd bij artikel 95 van de wet van **[Or. 9]** 29 maart 2017 [OMISSIS]). De Vergabekammer acht artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 weliswaar toepasselijk, maar volgens haar is niet voldaan aan de voorwaarden, aangezien de vereiste zeggenschap van verweerder over de interne exploitant ontbreekt en deze zijn openbare personenvervoersdiensten niet uitsluitend op het grondgebied van de bevoegde overheid exploiteert.

- 12 Hiertegen heeft verweerder hoger beroep ingesteld. Hij is van mening dat de vraag naar de toepasselijkheid van verordening (EG) nr. 1370/2007 niet hoeft te worden beantwoord. Volgens hem is voldaan aan zowel de voorwaarden voor een algemene inhousegunning, waarvoor richtlijn 2014/24/EU en de omzetting daarvan in nationaal recht bij § 108 GWB (nieuw) gelden, als aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007. Het relevante werkgebied van de interne exploitant is het grondgebied van het Verkehrsverbund.
- 13 Ter terechtzitting voor de Senat heeft verweerder geconcludeerd tot afwijzing van de beroepen van verzoeksters, met opheffing van de bestreden beslissingen van de Vergabekammer. Verzoeksters vorderen dat het hoger beroep van verweerder wordt verworpen en verdedigen per saldo de bestreden beslissing. De in het geding geroepen partij heeft niet deelgenomen aan de beroepsprocedure inzake het plaatsen van opdrachten.
- 14 [OMISSIS]
- [Or. 10]**
- 15 II. De uitkomst van beide beroepsprocedures hangt naar de rechtsopvatting van de Senat af van de beantwoording van de prejudiciële vragen.
- 16 1. De toepasselijkheid van verordening (EG) nr. 1370/2007 op opdrachten voor diensten, die – zoals in casu – niet de vorm aannemen van een contract voor een dienstenconcessie, wordt in de nationale rechtspraak verschillend beoordeeld. Het OLG Frankfurt is van mening dat verordening (EG) nr. 1370/2007 voor openbardienstcontracten in het personenvervoer inderdaad een bijzonder regime in het leven roept dat als *lex specialis* prevaleert boven de EU-aanbestedingsrichtlijnen. Artikel 5, lid 1, tweede zin, van verordening (EG) 1370/2007 sluit echter openbaar personenvervoer per bus en tram van de gunningsprocedure op grond van verordening (EG) nr. 1370/2007 uit, voor zover deze niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies. Voor dergelijke opdrachten blijven de algemene aanbestedingsrichtlijnen van toepassing en op grond van artikel 5, lid 1, derde zin, van verordening (EG) nr. 1370/2007 gelden inzonderheid de leden 2 tot en met 6 van artikel 5 niet. Wel blijft een beroep mogelijk op de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen inzake de inhousegunning (zie OLG Frankfurt, beslissing van 30 januari 2014, [OMISSIS]).
- 17 Indien deze opvatting wordt gevolgd, zijn de beroepen van verzoeksters gegrond, aangezien de Senat van mening is dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een algemene inhousegunning volgens het ten tijde van de aanvang van de gunningsprocedure geldende recht, die in casu gelijkstaat aan de bekendmaking overeenkomstig artikel 7, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007.
- 18 In de rechtspraak wordt daarentegen overwegend geoordeeld dat artikel 5, lid 2, van verordening (EG) [nr. 1370/2007] van toepassing is op alle onderhandse gunningen voor openbare personenvervoersdiensten per spoor en over de weg



(OLG Düsseldorf, beslissing van 2 maart 2011, [OMISSIS]; arrest van 12 oktober 2016, [OMISSIS]; OLG Rostock, beslissing van [Or. 11] 4 juli 2012, [OMISSIS]; OLG München, beslissing van 31 maart 2016, [OMISSIS]; beslissing van 22 juni 2011, [OMISSIS]; Schleswig-Holsteinisches OLG, arrest van 17 maart 2017, [OMISSIS]). Naar de opvatting van de Senat vormt artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 een boven de algemene voorschriften prevalerende speciale regeling (zie arrest van het Hof van 27 oktober 2016, C-292/15 [ECLI:EU:C:2016:817], [OMISSIS]) voor inhousegunningen, die op voorhand al niet vallen onder het aanbestedingsregime van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, waardoor de afwijkende toepasselijke regeling overeenkomstig artikel 5, lid 1, eerste zin, van verordening (EG) nr. 1370/2007 in dit verband niet ter zake dienend is (zie ook OLG Düsseldorf, arrest van 12 oktober 2016, [OMISSIS]). Mocht aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 zijn voldaan, dan zijn de beroepen van verzoeksters derhalve ongegrond.

- 19 2. De tweede prejudiciële vraag betreft de verdeling van de taken tarief en uitvoering van het vervoer. De Senat volgt hierbij niet de mening van eerste verzoekster dat deze omstandigheid er reeds toe zou leiden dat verweerder zijn bevoegdheid tot onderhandse gunning van het openbaredienstcontract verliest, aangezien deze niet alleen, maar slechts samen met het Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg de bevoegde plaatselijke overheid in de zin van artikel 5, lid 2, eerste zin, van verordening (EG) nr. 1370/2007 is [OMISSIS]. Aan het Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg werd weliswaar de taak tarief toevertrouwd, maar niet de uitvoering van het vervoer. De betreffende bevoegdheid om op te treden en daarmee ook de bevoegdheid tot onderhandse gunning aan een interne exploitant overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 berust nog steeds bij de afzonderlijke leden van het Verkehrsverbund.
- 20 Met betrekking tot de verdeelde bevoegdheid om op te treden stelt eerste verzoekster bovendien dat verweerder niet beschikt over de vereiste zeggenschap over de in het geding geroepen partij. Zij wijst erop dat verweerder aan de in het geding geroepen partij de hoogte van de tarieven niet kan voorschrijven, maar dat de [Or. 12] hoogte van de tarieven van wezenlijke invloed is op de hoogte van de inkomsten uit de kaartjesverkoop en daarmee op het economische resultaat van de in het geding geroepen partij [OMISSIS]. De Senat acht gezien de bewoordingen en de inhoud van artikel 5, lid 2, eerste zin en tweede zin, onder a), van verordening (EG) nr. 1370/2007 de rechtspraak van het Hof inzake het zeggenschaps criterium bij de algemene inhousegunning van overeenkomstige toepassing. Met betrekking tot de deelnemingsverhoudingen in de in het geding geroepen partij en de vennootschapsrechtelijke structuur bevestigt de Senat derhalve in beginsel een zeggenschap van verweerder over de in het geding geroepen partij die overeenstemt met de zeggenschap over zijn eigen diensten, in de vorm van een gemeenschappelijke zeggenschap samen met de overige aandeelhouders van de in het geding geroepen partij. Ten aanzien van het tarief is de Senat van mening dat de zeggenschap ook kan worden uitgeoefend doordat aan

de in het geding geroepen partij wordt opgedragen in plaats van een individueel tarief het gemeenschappelijke tarief toe te passen dat – met medewerking van verweerder – in de algemene vergadering van het Verkeersverbund wordt vastgesteld.

- 21 3. Met betrekking tot de derde prejudiciële vraag is op dit moment niet te voorzien of de statuten van de in het geding geroepen partij in de tot dusver toepasselijke versie of in de nieuwe versie vanaf 21 augustus 2015 zullen voortbestaan. Tweede verzoekster is van mening dat door de nieuwe regeling in § 17, lid 1a, derde zin, van de statuten, op grond waarvan bij bepaalde beslissingen slechts één aandeelhouder stemgerechtigd is en de overige aandeelhouders worden uitgesloten, iedere zeggenschap van verweerder, van de overige met overheidstaken belaste instellingen of de overige aandeelhouders [OMISSIS] ontbreekt. De Senat is geneigd in beide situaties uit te gaan van het bestaan van de vereiste zeggenschap van verweerder over de in het geding geroepen partij. De nieuwe regeling in § 17, lid 1a, derde zin, van de statuten van de in het geding geroepen partij leidt tot een versterking van de invloed van die aandeelhouder die het openbaredienstcontract gunt en op wiens grondgebied de personenvervoersdiensten zullen worden verricht.

**[Or. 13]**

- 22 4. Tussen de betrokkenen is in geschil hoe het begrip grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid in de zin van artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007 dient te worden opgevat. Verzoeksters zijn, net zoals de Vergabekammer, van mening dat de interne exploitant openbare personenvervoersdiensten alleen mag verrichten binnen het grondgebied van die overheid die de opdracht bij hem heeft geplaatst; aan dit vereiste is niet voldaan als de interne exploitant werkzaam is op het grondgebied van andere direct of indirect deelnemende overheden [OMISSIS]. Verweerder acht het gehele gebied van het Verkeersverbund relevant [OMISSIS]. De 1. Kartellsenat (eerste kamer voor mededingingszaken) van het OLG Düsseldorf, die over het beroep tegen het aandeelhoudersbesluit houdende wijziging van de statuten van de in het geding geroepen partij heeft beslist, is van mening dat een inhousegunning (onderhandse gunning) aan een gemengd-publieke exploitant in de vorm van afzonderlijke gunningen verenigbaar is met artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007, mits er sprake is van een gemeenschappelijke zeggenschap, mits met betrekking tot het concrete, af te sluiten openbaredienstcontract sprake is van een uitsluitende zeggenschap en mits de gemengd-publieke exploitant niet werkzaam is buiten de grondgebieden van alle deelnemende, met overheidstaken belaste instellingen (OLG Düsseldorf, arrest van 12 oktober 2016, [OMISSIS]). De verwijzende rechter is van mening dat de vierde prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord, aangezien de interne exploitant, ingeval hij van een direct of indirect deelnemende overheid de opdracht voor het verrichten van openbare personenvervoersdiensten verkrijgt, deze personenvervoersdiensten – uitgaande lijnen of andere kleinere elementen van die activiteit die het grondgebied van naburige bevoegde plaatselijke overheden binnenkomen daargelaten – verricht op

het grondgebied van de overheid die de opdracht bij hem heeft geplaatst. Onderhandse gunningen door meerdere direct of indirect aan de interne exploitant deelnemende overheden staan ook niet in de weg aan het vereiste van de tweede deelzin van artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. **[Or. 14]** 1370/2007, op grond waarvan de interne exploitant niet mag deelnemen aan openbare aanbestedingen voor het verrichten van openbare personenvervoersdiensten buiten het grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid.

- 23 5. Ten aanzien van de zogenoemde stadsbussteden is anders dan verweerder meent, niet reeds voldaan aan het vereiste verrichten van de openbare personenvervoersdiensten binnen het grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid [artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), tweede deelzin, van verordening (EG) nr. 1370/2007] doordat de stadsbussteden behoren tot de Kreis Euskirchen respectievelijk de Rhein-Erft-Kreis [OMISSIS]. Niet de geografische ligging is doorslaggevend, maar de bevoegdheid om op te treden in de zin van artikel 2, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007. Deze berust bij de stadsbussteden, aangezien zij overeenkomstig § 4 ÖPNVG met overheidstaken inzake het plaatselijke vervoer zijn belast. De Senat volgt ook niet het betoog van verweerder, dat de werkzaamheden van de in het geding geroepen partij voor de stadsbussteden niet in strijd zijn met artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007, aangezien het zou gaan om werkzaamheden als onderaannemer. Het verrichten van openbare personenvervoersdiensten op het grondgebied van de stadsbussteden zou naar de opvatting van de Senat evenwel verenigbaar kunnen zijn met artikel 5, lid 2, tweede zin, onder b), van verordening (EG) nr. 1370/2007, als men ervan uitgaat dat het gaat om openbardienstcontracten die vallen onder de overgangsbepalingen van artikel 8, lid 3, van verordening (EG) nr. 1370/2007.
- 24 6. Met betrekking tot het feit dat verweerder en de overige direct of indirect aan de in het geding geroepen partij deelnemende overheden ook thans nog proberen de voorwaarden te creëren om openbardienstcontracten onderhands aan de in het geding geroepen partij te kunnen gunnen, en het bijvoorbeeld nog tot de mogelijkheden behoort dat ook de stadsbussteden aandeelhouders van de in het geding geroepen partij worden en over deze samen met de overige aandeelhouders zeggenschap uitoefenen zoals **[Or. 15]** over hun eigen diensten, is verder de vraag van belang wanneer moet zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007.

[OMISSIS]