



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 10/01 vom 04.12.2001

AZ: VK Hal 11/01

Halle, 19.07.2001

§ 107 Abs. 3 GWB, § 127 GWB, § 100 GWB
- Schwellenwert
- fehlende Rüge
- Dienstleistungskonzession
- kein Dienstleistungsauftrag

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... e.G
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

Antragstellerin

gegen

die Stadt

Antragsgegnerin

wegen

gerügtem Vergabeverstoß zur Durchführung des Wochenmarktes in hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Die Anträge werden als offensichtlich unzulässig verworfen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten (Gebühren und Auslagen) zu tragen.
3. Die von der Antragstellerin zu tragenden Kosten werden auf DM (nachrichtlich Euro) festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin gab im Ausschreibungsanzeiger des Landes Sachsen – Anhalt, Ausgabe 06/01 und im Stadtinfo bekannt, dass sie beabsichtige, die Durchführung des Wochenmarktes gemäß § 67 der Gewerbeordnung (GewO) zu vergeben. Die Markttagge sollen in der Zeit von März bis Oktober an jeweils 2 Werktagen stattfinden. Hierzu forderte sie geeignete Bewerber auf, Bewerbungsunterlagen bis zum 29.03.2001 einzureichen.

Mit Schriftsatz vom 25.06.2001 teilte sie den nicht berücksichtigten Bewerbern mit, dass den Zuschlag die Veranstaltungs-GmbH am 14.06.2001 erhalten hat.

Gegen diese Entscheidung legte die Antragstellerin über ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Fax-Schreiben vom 09.07.2001 Beschwerde bei der Vergabekammer Halle ein und beantragt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Im Einzelnen vertritt sie die Auffassung, dass der Antrag zulässig sei, insbesondere sei die Antragsbefugnis gegeben. Des Weiteren handele es sich bei der Durchführung eines Wochenmarktes um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 und 4 GWB. Der Vertrag solle für einen Zeitraum von fünf Jahren geschlossen werden. Da die Antragstellerin an die Antragsgegnerin im Zeitraum von 1996 bis 2000 Mietzahlungen in Höhe von insgesamt DM geleistet habe, sei dies die Grundlage für die Schätzung des Auftragswertes.

Die Präklusionsregel in § 107 Abs. 3 GWB greife hier nicht, da die Verstöße erst durch Mitteilung der Antragsgegnerin vom 25. Juni 2001 hätten erkannt werden können.

Inhaltlich beanstandet sie, dass sie durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften durch die Antragsgegnerin in eigenen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sei. In Folge der nachstehend beanstandeten Vergabeverstöße drohe der Antragstellerin ein Schaden, wobei hier bereits die drohende Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber als Schadensmerkmal ausreiche.

Die Antragsgegnerin habe gegen § 25 Ziff. 3 VOL/A verstoßen, wenn sie beabsichtige den Zuschlag der Veranstaltungs-GmbH zu erteilen, da ihr Angebot das Wirtschaftlichste sei. Nur sie verfüge über eine exzellente Branchenerfahrung, da sie als spezialisierter Veranstalter in mittlerweile 78 Städten ausschließlich Wochenmärkte betreibe. Die anderen Mitbewerber seien lediglich in den Bereichen Volksfeste und Trödelmärkte tätig und verfügten über keine einschlägigen Erfahrungen.

Des Weiteren habe die Antragsgegnerin gegen § 13 der Vergabeverordnung verstoßen, da die Antragstellerin erstmals mit Schreiben vom 25.06.2001 schriftlich informiert worden sei, dass das Angebot der Veranstaltungs-GmbH angenommen wurde.

Vor diesem Hintergrund sei die Erteilung des Zuschlages zu Gunsten der Verfahrensbeteiligten rechtswidrig. Die Antragstellerin, die das wirtschaftlich günstigste und damit beste Angebot abgegeben habe, sei somit in ihren subjektiven Rechten verletzt.

Sie beantragt:

1. Das durch die Ausschreibung seitens der Antragsgegnerin in der Stadtinfo vom 21. Februar 2001, Jahrgang 8 Nr. 3 eingeleitete Vergabeverfahren für die Durchführung des Wochenmarktes in und der Beschluss des Bau- und Vergabeausschusses der Antragsgegnerin vom 14. Juni 2001 über die Erteilung des Zuschlages für die Durchführung des Wochenmarktes in an die Veranstaltungs-GmbH werden aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, das die Antragstellerin in dem durch die Ausschreibung seitens der Antragsgegnerin in der Stadtinfo vom 21. Februar 2001, Jahrgang 8 Nr. 3 eingeleitete Vergabeverfahren für die Durchführung des Wochenmarktes in in ihren Rechten verletzt ist.
3. Der Antragstellerin ist die Einsichtnahme in die Vergabeakten durch Übersendung derselben in die Kanzleiräume zu gewähren.
4. Die Kosten des Verfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Die Vergabekammer hat von einer Zustellung des Nachprüfungsantrages an die Antragsgegnerin abgesehen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist offensichtlich unzulässig.

Zwar ist die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin, der Antrag ist aber nicht auf Überprüfung eines laufenden Dienstleistungsvorganges gerichtet und daher nicht zulässig. Auch fehlt es an dem für die Anwendung der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie (DKR) relevanten Schwellenwert sowie an der nach § 107 Abs. 3 GWB erforderlichen Rüge gegenüber dem Auftraggeber.

- a) Nach § 102 GWB ist ein Nachprüfungsantrag nur statthaft in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen sowie Auslobungen zum Gegenstand haben, die zu Dienstleistungsaufträgen führen.

Im Gegensatz zu den Regelungen über die Baukonzessionen (in § 98 Nr. 6 GWB) enthält weder das nationale noch das europäische Recht Regeln über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Angesichts der steigenden Zahl der von den Auftraggebern vergebenen Konzessionen auch im Dienstleistungsbereich ist deswegen von großer praktischer Bedeutung, ob diese Verträge ohne Beachtung der Vergaberegeln geschlossen werden dürfen. Fraglich ist zunächst jedoch, wann eine Konzession und wann ein Dienstleistungsauftrag vorliegt. Mit der Kommission der europäischen Gemeinschaft (vgl. ABl. 1998 Nr. C 21/53 ff.) und Generalanwalt La Pergola (Nr. 26 ff. der Schlussanträge vom 19.2.1998 in der Rs. 360/96, Gemeinde Arnhem gegen BFI Holding) ist insoweit darauf abzustellen, ob der Konzessionsnehmer ein eigenes wirtschaftliches Risiko übernimmt. Ist dies wie hier der Fall, so ist ein Kriterium für die Vorlage einer Konzessionsvergabe gegeben. Darüber hinaus gelten die allgemeinen Anforderungen, die auch für Baukonzessionen gelten, d. h. der Auftraggeber/Konzessionsgeber erbringt keine Gegenleistung.

Vielmehr wird die Dienstleistung vom Konzessionär kommerziell genutzt, indem sie (für eigene Rechnung) Dritten gegenüber erbracht wird, die für die Inanspruchnahme an den Konzessionär ein Entgelt zahlen.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die DKR den Begriff des Dienstleistungsauftrags als weiten Auffangtatbestand konzipiert habe, der lediglich ausdrücklich ausgeschlossene Vertragstypen nicht erfasse.

Da Dienstleistungskonzessionen von Art. 1 Buchst. A DKR nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurden, sei die Anwendung der Dienstleistungs- und Sektorenrichtlinie auf Konzessionen denkbar (Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities*, S.336 Fn.50). Aufgrund der ebenfalls nur negativ formulierten Abgrenzung des Leistungsbegriffs in den §§ 1, 1a VOL/A könnten Dienstleistungskonzessionen bei Zugrundelegung dieser Auffassung auch vom deutschen Vergaberecht erfasst sein. Gegen eine Anwendung der DRK auf Konzessionen spricht jedoch aus historischer Perspektive, dass der ursprüngliche Kommissionsentwurf dieser Richtlinie Vorschriften zu Konzessionen enthielt, die vom Rat letztendlich nicht übernommen worden sind.

Entsprechend ablehnend beantwortete auch die Kommission eine Anfrage aus dem Europäischen Parlament, ob Dienstleistungskonzessionen unter die Vergaberegeln fallen (ABl. 1998 Nr. C 21/53/54).

In Anbetracht der Umstände kann die Kammer der Auffassung der Antragstellerin, dass es sich hierbei um einen Dienstleistungsauftrag handele, nicht folgen. Die Durchführung eines Wochenmarktes ist weder dem Anhang I Buchst. A noch dem Anhang I Buchst. B des 2. Abschnittes der VOL/A zuzuordnen. Die Kammer vertritt vielmehr den Standpunkt, dass es sich hierbei um die Vergabe einer Konzession handelt. Es besteht zwar für die Dienstleistungskonzession keine im gemeinschaftsrechtlichen Sinne einheitliche Definition, einige Merkmale können jedoch als ausreichendes Kriterium für das Vorliegen einer Konzessionsvergabe gewertet werden. So müssen die Nutznießer der zu erbringenden Leistung Dritte, am Vertrag nicht beteiligte Personen sein.

Durch die zu erbringende Leistung muss außerdem eine Aufgabe im Allgemeininteresse erfüllt werden, dabei reicht es aus, dass das Allgemeininteresse auch nur mittelbar geschützt wird. Die Vergütung des Konzessionärs muss entsprechend der geleisteten Dienste erfolgen und der Konzessionär muss letztlich das wirtschaftliche Risiko bei der Aufgabenerfüllung tragen.

Alle diese Erfordernisse sind hier gegeben. Die Dienstleistung liegt im mittelbaren Interesse der Allgemeinheit, hier der Bevölkerung an einem geordneten Marktwesen. Dem Konzessionär wird mit dem Vertrag ein Recht auf Erbringung einer bestimmten Leistung, hier der Vermarktung einer bestimmten Fläche eingeräumt.

- b) Auch ist das streitbefangene Verfahren einer Nachprüfung durch die Vergabekammer gemäß §§ 107 ff. GWB nicht zugänglich, da der Wert des ausgeschriebenen Auftrags nicht den maßgeblichen Schwellenwert für eine EU-weite Ausschreibungspflicht erreicht, so dass für diese Ausschreibung auch aus diesem Gesichtspunkt der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Neufassung vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2545) keine Anwendung findet.

Gemäß §§ 100 Abs. 1, 107 ff. GWB gelten die Nachprüfungsvorschriften des GWB nur für Aufträge, bei denen die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind. Die nach § 127 Nr. 1 GWB vorgesehene Vergabeverordnung ist am 01.02.2000 ergangen.

Gemäß § 2 Abs. 3 Vergabeverordnung beträgt der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge 200.000 Euro bzw. 391.166,- DM für den Gesamtauftrag. In diesem Verfahren wurde durch den Auftraggeber keine zeitliche Begrenzung vorgegeben. Für diesen Fall bestimmt § 3 Abs. 1 und 3 VgV, dass bei unbefristeten Verträgen oder bei nicht absehbarer Vertragsdauer der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48 zu ermitteln ist. Die Antragstellerin geht somit in ihrer rechtlichen Einschätzung fehl, dass es sich um einen entscheidungsrelevanten Zeitraum von fünf Jahren handelt, da in der Bekanntmachung keine Festlegung diesbezüglich vorgenommen wurde. Die Antragstellerin legte dar, dass sie eine Platzmiete in Höhe von mindestens- DM monatlich anbot. Dies multipliziert mit 48 ergibt einen Schätzwert von DM. Selbst wenn man den erwirtschafteten Betrag für die Zeit von 1996 bis 2000 in Höhe von DM der rechtlichen Betrachtung zugrunde legen würde, so folgt daraus für den relevanten Bemessungszeitraum von 48 Monaten ebenfalls keine Schwellenwertüberschreitung.

- c) Selbst wenn man die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrages unterstellte, fehlt es der Antragstellerin an der erforderlichen rechtzeitigen Rüge. Bereits mit der Bekanntmachung - im Stadtinfo als Öffentliche Ausschreibung deklariert - war für die Antragstellerin feststellbar, dass hier die Antragsgegnerin nicht nach den Grundsätzen der Verdingungsordnung für Leistungen verfuhr, da jeglicher Bezug auf eine Vergabevorschrift, für den unbefangenen Leser erkennbar, fehlt. Die Antragstellerin hätte, wenn sie die DKR als anwendbar erachtete, dies vor Einreichung der Bewerbungsunterlagen rügen müssen. Denn nach § 107 Abs. 3 GWB sind Nachprüfungsanträge als unzulässig zurückzuweisen, wenn bereits aufgrund der Bekanntmachung Verstöße gegen Vergabevorschriften erkennbar waren. Dieser Verpflichtung zur rechtzeitigen Rüge bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist (§ 107 Abs. 3 Satz 2, 2. Alt. GWB) ist die Antragstellerin bis heute nicht nachgekommen.

Im Ergebnis wurde deshalb der Hauptantrag als unzulässig zurückgewiesen.

Aufgrund der Unzulässigkeit der Vergabebeschwerde war der Antrag auf Akteneinsicht gem. § 111 GWB ebenfalls als unzulässig zu verwerfen.

Von einer Zustellung der Beschwerde konnte in Anwendung des § 110 Abs. 2 S. 1, 1.Alt. GWB wegen offensichtlicher Unzulässigkeit abgesehen werden.

Für die Entscheidung hält die Vergabekammer gem. § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für nicht erforderlich.

Kosten

Die Antragstellerin unterliegt und hat daher gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens, § 128 Abs. 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 5.000,00 DM.

Unter Berücksichtigung des Aufwandes der Vergabekammer und im Hinblick darauf, dass weitergehende Sachprüfungen und eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich waren, hält die Vergabekammer eine Ermäßigung der Gebühr aus Gründen der Billigkeit für angemessen. Die Gebühr wird auf einen Betrag von DM festgesetzt zuzügl.DM Kosten für Auslagen.
Der zu zahlende Gesamtbetrag beträgt somit

..... DM.
(nachrichtlich Euro)

Der Betrag ist mit Eintritt der Rechtskraft fällig. Die Zahlung hat auf das Konto bei der Landeszentralbank – LZB – Dessau, Bankleitzahl unter Verwendung des Kassenzeichens zu erfolgen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Dolge