



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 2 VK LSA 04/13

Halle, 01.08.2013

§ 102 GWB

§ 99 Abs. 4 GWB

§ 17a Abs. 2 Satz 1 GVG

§ 114 Abs. 3 Satz 1 GWB

- Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags
- kein Dienstleistungsauftrag, sondern Dienstleistungskonzession
- keine Befugnis der Vergabekammer als Behörde den Rechtsstreit an Gericht zu verweisen

Der Nachprüfungsantrag ist nicht zulässig, da die Vergabenachprüfung durch die Vergabekammer im Sinne des § 102 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht eröffnet ist. Bei dem streitbefangenen Gegenstand handelt es sich nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB. Vielmehr liegt hier Vergabe einer Dienstleistungskonzession vor. Für diese finden die Vorschriften des Kartellvergaberechts keine Anwendung.

Schließlich ist die Vergabekammer auch nicht befugt, den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) zu verweisen. Die Vorschrift findet ihrem Wortlaut nach nur Anwendung auf Gerichte. Die Vergabekammer ist jedoch als Behörde anzusehen, die gemäß § 114 Abs. 3 Satz 1 GWB durch Verwaltungsakt entscheidet.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen die

.....

- Antragsgegnerin -

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in dem Interessenbekundungsverfahren bezüglich der Vergabe eines Pachtvertrages zur Betreuung und Bewirtschaftung derHalle in hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, den hauptamtlichen Beisitzer Herrn und die ehrenamtliche Beisitzerin Frau beschlossen:

Der Antrag wird verworfen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Kosten werden auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt. Für die im Rahmen der Akteneinsicht angefallenen Kopierkosten hat die Antragstellerin Euro zu entrichten.

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin veranlasste ein Interessenbekundungsverfahren mit der Option anschließender Bieterverhandlungen zur Vergabe eines Pachtvertrages zur Betreuung und Bewirtschaftung derHalle in Sie hat dabei davon abgesehen, ein förmliches Vergabeverfahren im Sinne des GWB durchzuführen.

Die öffentliche Bekanntmachung des Verfahrens erfolgte am im Amtsblatt der Stadt und am im Ausschreibungsblatt für Sachsen-Anhalt Nr.

Darin hat die Antragsgegnerin bekannt gegeben, dass zum ein Pächter gesucht wird. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Antragstellerin bereits seit als Betreiberin der Halle tätig. Dabei hatte sie in den Jahren und und nach vorläufiger Einschätzung auch Verluste erwirtschaftet.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Bekanntmachung ausgeführt, dass der künftige Pächter konkrete konzeptionelle Vorstellungen zur Führung dieser kulturellen Einrichtung zu erfüllen hat. Diese habe entsprechende Aussagen zu mehreren vorgegebenen Themenkomplexen zu treffen.

Er habe u.a. das vorrangige Nutzungsrecht der zu beachten; da diehalle deren Hauptspielstätte ist, und er dürfe dort keine Messen durchführen, da die diebetreiberin im Stadtgebiet von ist.

Weiterhin habe er Aussagen zur Instandhaltung und -setzung, zu Ersatzbeschaffungen, zur Modernisierung und Optimierung sowohl des Gebäudes als auch der Anlagen und Ausstattungen zu treffen. Es wird angegeben, dass in dem zu schließenden Pachtvertrag hierzu abschließende Regelungen getroffen werden sollen.

Der Pachtvertrag soll am enden.

Die interessierten Bewerber konnten ergänzende Unterlagen bei der Stadt abfordern. Sie hatten aussagefähige Unterlagen zum Betrieb und zur Bewirtschaftung der Halle bis zum zu übergeben.

Die Antragsgegnerin übergab den anfordernden drei Bewerbern einheitliches Informationsmaterial.

Hierzu gehörte der Entwurf eines Pachtvertrages (Stand 14.01.2013). Dort wird nach Ziff. 1.1 (Vertragsgegenstand) dargelegt, dass der Pächter das Recht erhält, die Halle im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu nutzen, zu betreiben und nach den Grundsätzen dieses Vertrages zu verwerten.

Gleichzeitig obliegen ihm auch entsprechende Verpflichtungen.

So hat er nach Ziff. 2.3 die Durchführung von mindestens 220 Veranstaltungen pro Kalenderjahr nach eigener Akquisition zu organisieren. Eine eigene gastronomische Versorgung ist sicherzustellen. Er muss weiter nach Ziff. 2.5 gewährleisten, dass die Halle weitestgehend über das ganze Jahr in Betrieb ist. Dabei hat er nach Ziff. 2.6 in einem festgelegten Umfang die Proben und Aufführungen der und die zu ermöglichen.

Weitere Verpflichtungen hat der Pächter in Bezug auf die Bewirtschaftung der Halle. Er muss nach Ziff. 3.1 (Bewirtschaftung) und 4.1 sämtliche Leistungen der Instandhaltung, Instandsetzung, der Betriebstechnik und weitere Serviceleistungen erbringen. Er trägt die Verpflichtung zum Abschluss von Wartungsverträgen, der Versicherungen sowie von Modernisierungsmaßnahmen.

Gemäß Ziff 4.3 trägt die Stadt Kosten für investive Maßnahmen, die über die Leistungen aus Ziff. 4.1 hinausgehen. Das sind insbesondere Ersatzinvestitionen für nicht mehr reparable Schäden und die bauliche Außenhülle. Wesentlicher Angebotsinhalt ist an dieser Stelle des Vertrages die Festschreibung der im Vertragszeitraum zu finanzierenden investiven Maßnahmen durch die Stadt und durch den Pächter.

Bei Verletzung der Pflichten des Pächters kann die Stadt gem. Ziff. 5.4 den Vertrag, der gem. Ziff. 5.1 mit einer optionalen Laufzeitverlängerung von 1,5 Jahren verbunden ist, aus wichtigem Grund fristlos kündigen. Für den Fall nicht ordnungsgemäßer Rückgabe des Vertragsobjekts an die Stadt soll dieser gem. Ziff. 5.4 auf eine durch die Pächterin zu hinterlegende Sicherheitsleistung in Höhe von 200.000 Euro zugreifen können.

Im Fall von nicht erfüllten Pflichten seitens des Pächters ist die Stadt berechtigt, die entsprechenden Arbeiten dessen Kosten ausführen zu lassen.

Konkret vereinbart werden soll gem. Ziff 6.1 ein jährlicher Betriebskostenzuschuss, den der Pächter während der gesamten Laufzeit des Vertrages, bei anteiliger monatlicher Auszahlung, von der Stadt erhält. Dieser entsprechend zu verhandelnde Zuschuss betrug beispielsweise ausweislich der Gewinn- und Verlustrechnung der Antragstellerin im Jahr 2011 380.000 Euro.

Weiterhin sieht der Vertragsentwurf in Ziff. 6.2 vor, dass der Pächter verpflichtet ist, am Ende jeden Jahres eine Einnahmeüberschussrechnung vorzulegen. Im Falle eines Überschusses stehe jeder Partei die Hälfte des Überschusses zu.

Der Vertragsentwurf sieht unter Ziff. 8.4 auch Regelungen zu einer Vertragsstrafe vor.

Der Vertrag war im folgenden Gegenstand von Verhandlungen.

Die Antragsgegnerin setzte eine gemischte Arbeitsgruppe von 7 Personen ein, die als Auswahljury die Bewertung der entsprechenden Angebote vornahm. Sie verpflichtete die Mitglieder der „.....-Jury“ zur Geheimhaltung vertraulicher Informationen.

Für die Bewertung der Bewerbungsunterlagen und Präsentationen erstellte sie folgende Beurteilungskriterien:

- Höhe des Zuschusses der Stadt
- Untersetzung der konzeptionellen Überlegungen zur Instandhaltung und Instandsetzung, zu Ersatzbeschaffungen sowie Modernisierung und Optimierung
- Realitätsbezug der Planungen und Vorstellungen bis
- Untersetzung der konzeptionellen Überlegungen und nachvollziehbaren Kompetenzen für die drei Tätigkeitsfelder kulturelle Veranstaltungen, Kongresse/Tagungen, gesellschaftliche Höhepunkte
- Untersetzung der konzeptionellen Überlegungen sowie nachvollziehbare Kompetenzen für die Gestaltung der Zusammenarbeit mit anderen Kulturträgern der Stadt
- Nachvollziehbarkeit der Überlegungen zur Integration in die Kulturlandschaft, u.a. Referenzen in Form von Erfahrungen in der Betreuung von Veranstaltungs- und Konzerthallen mit vergleichbarer Größe bzw. sonst. Veranstaltungsmanagement.

Für die Bewertung sah sie vor, dass auf der Grundlage aller Aspekte eine Gesamtnote nach dem Schulnotensystem vergeben wird, für die ein Punktespektrum zugrunde gelegt wird.

Drei Bewerber reichten ihre Bewerbungen ein; darunter auch die Antragstellerin.

Die Angebote unterschieden sich bezüglich der künstlerischen Konzepte und der finanziellen Aspekte erheblich (investive Maßnahmen, die im Zeitraum von - durch die Stadt / durch den Pächter - finanziert werden sollen; jährlicher Betriebskostenzuschuss durch die Stadt).

Die Auswahljury führte zwischen dem und Bietergespräche mit allen Bewerbern durch (3 Gesprächsrunden). In diesen Gesprächen sollte den Bewerbern Gelegenheit gegeben werden, aufgeworfene Fragen zu erörtern und die Fragen der Jury zu den Themenkomplexen zu beantworten.

Die Antragstellerin brachte in einem dieser Gespräche ausweislich des Protokolls vom 22.01.2013 zum Ausdruck, dass sie sich mit dem vorgelegten Konzept sehr intensiv beschäftigt habe. Es bestehe für den Betreiber ein sehr hohes wirtschaftliches Risiko. Daraus ergäbe sich nur ein minimaler Spielraum für weitere Verhandlungen.

Die Jurymitglieder vergaben im Weiteren eine Gesamtnote für die Bewerber. Daraus ergab sich unter Bewertung des künstlerischen Bereichs und der wirtschaftlichen Betrachtung der erste Platz für die Bewerberin Die Antragstellerin erreichte den dritten Platz.

Dieses Ergebnis fand Niederschlag in den entsprechenden Beschlussvorlagen für die Ausschüsse des Stadtrates im Zeitraum vom

Dabei wurde nochmals dargelegt, dass es sich bei dem abzuschließenden Pachtvertrag formaljuristisch um eine Dienstleistungskonzession gem. Artikel 1 Nr. 4 der europarechtlichen Koordinierungsrichtlinie (ERL 2004/18/EG) handle. „Dem Konzessionär bzw. dem Pächter wird ein Verwertungs- bzw. Nutzungsrecht übertragen, bei dem dieser ganz oder zum überwiegenden Teil das wirtschaftliche Nutzungsrisiko trägt. Da der vorgesehene Betriebszuschuss die Betriebskosten nicht decken wird, besteht ein Nutzungsrisiko für den Konzessionär bzw. Pächter“. Dabei unterläge die Dienstleistungskonzession nicht dem strengen Regime des förmlichen Vergaberechts. Die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und das Transparenzgebot würden bei Dienstleistungsgeboten ebenfalls gelten. In diesem Sinne wäre der Wettbewerb gewährleistet worden, indem eine öffentliche Ausschreibung des Pachtvertrages vorgenommen worden sei. Im Fall eines Streits um die Vergabe einer Konzession seien die

Vergabekammern nicht zuständig, sondern es müsste ein Klageverfahren vor einem Gericht stattfinden.

Versuche von Bewerbern, nach Ablauf der Bietergespräche Änderungen ihrer Angebote einzureichen, wären von der Antragsgegnerin abgelehnt worden.

In Ergebnis einer Sitzung des Kulturausschusses des Stadtrats am wurde beschlossen, die Vergabe des Pachtvertrages an die vorzunehmen und den Oberbürgermeister zu ermächtigen, eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen. Nach umfangreichen Diskussionen und Anträgen in weiteren Sitzungen hat der Stadtrat am im gleichen Sinne entschieden.

Am 25.04.2013 wurden die Antragstellerin und die dritte Bewerberin schriftlich durch die Antragsgegnerin informiert, dass sie sich im Interessensbekundungsverfahren für einen anderen Bewerber entschieden habe. Am selben Tag unterzeichnete die Antragsgegnerin den Pachtvertrag mit der (..... und).

Die Antragstellerin hatte bereits mit Schreiben vom 05.04.2013 und 16.04.2013 gegenüber der Antragsgegnerin beanstandet, dass diese hinsichtlich ihres Angebotes unrichtige Zahlen fixiert habe, bzw. das Protokoll der Gespräche hinsichtlich der von ihr angebotenen Nachlässe unvollständig sei.

Nach Kenntnisnahme des Absageschreibens der Antragsgegnerin vom 25.04.2013 eröffnete sie am 26.04.2013 einen weiteren Rügegegenstand.

So habe die Antragsgegnerin dagegen verstoßen, den Auftrag gem. § 101 GWB in einem förmlichen europaweit durchzuführenden Vergabeverfahren zu vergeben.

Es handele sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Eine Dienstleistungskonzession, wie von der Antragsgegnerin deklariert, läge hier nicht vor, weil der Auftragnehmer im Gegenzug zu seiner Leistung einen Betriebskostenzuschuss erhalten würde. Dieser würde einen nicht unerheblichen Teil des wirtschaftlichen Risikos abdecken. Aus ihrer Sicht sei eine Dienstleistungskonzession dadurch gekennzeichnet, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Sie fügt auch bei, dass der vorgesehene Betriebskostenzuschuss der Stadt jährlich den Schwellenwert von 200.000 Euro gem. §100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 2 VgV überschreiten würde.

Auch aus den o.a. Gründen sei das Verfahren aufzuheben.

Soweit ihrer Rüge nicht abgeholfen würde, würde sie einen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer stellen.

Das Rügeschreiben der Antragstellerin wurde von der Antragsgegnerin nicht beantwortet.

In dem am 15.05.2013 bei der Vergabekammer eingegangenen Nachprüfungsantrag bemängelt die Antragstellerin, dass der Pachtvertrag nicht öffentlich ausgeschrieben worden sei. Stattdessen wäre ein Interessensbekundungsverfahren abseits der vergaberechtlichen Bestimmungen des GWB durchgeführt worden. Es handele sich statt einer vergaberechtsfreien Dienstleistungskonzession um einen Dienstleistungsauftrag nach § 99 Abs. 1 u. Abs. 4 GWB. Sie begründet das damit, dass bei einem Dienstleistungsauftrag der Auftraggeber ein Entgelt für die vom Auftragnehmer zu erfüllende Dienstleistung zahlt. Ein Konzessionär würde stattdessen für seine zu erbringende Leistung das Recht zur Verwertung der eigenen Leistung, gegebenenfalls zuzüglich eines Entgelts, als Vergütung erhalten. Gegebenenfalls würde er zusätzlich auch noch eine Vergütung erhalten können. Ein Konzessionär unterscheide sich darin, dass er das wirtschaftliche Risiko für seine Dienstleistung trage und er die Gefahr für Vergütungsausfälle übernehme. Er sei den Risiken des Marktes ganz oder zumindest in wesentlichen Teilen ausgesetzt

(BGH Beschluss v. 08.02.2011 V ZB 4/10). Im Gegensatz dazu trage der Dienstleistungs-Auftragnehmer nur das gewöhnliche Wagnis.

Im hier vorliegenden Fall sei es erforderlich, alle risikoerhöhenden und risikoverringenden Faktoren gegenüberzustellen und zu werten, in welchem Umfang der Konzessionär den Risiken des Marktes ausgesetzt sei und in welchen Teilen er dieses übernehme.

Der vereinbarte Betriebskostenzuschuss, der nach ihrem Kenntnisstand 297.500 Euro jährlich betrage, und die Gewährung eines Inflationsausgleichs wären aus ihrer Sicht so erheblich, dass er das wirtschaftliche Risiko des Auftragnehmers so wesentlich minimiere, dass nicht mehr von einer Dienstleistungskonzession auszugehen sei.

Die Antragstellerin beantragt:

- das Vergabeverfahren aufzuheben.
- hilfsweise, da der Pachtvertrag bereits wirksam geschlossen worden ist, die Unwirksamkeit des Vertrages festzustellen.
- hilfsweise festzustellen, dass die Rechte der Antragstellerin im Verfahren verletzt worden sind.

Die Antragsgegnerin beantragt:

- den Antrag der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen.

Sie weist in ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag darauf hin, dass die Antragstellerin es versäumt habe, bereits mit ihrer Bewerbung für die Teilnahme an dem Interessenbekundungsverfahren darauf hinzuweisen, dass es sich, wie von ihr dargestellt, nicht um eine Dienstleistungskonzession handele.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil für einen Dienstleistungskonzession die Vorschriften des §§ 97 GWB nicht anwendbar seien. Die Dienstleistungskonzession sei auch nicht, im Gegensatz zur Baukonzession, in § 99 Abs. 1 GWB benannt. Die Antragstellerin müsse sich deshalb zuständigkeitshalber an ein ordentliches Gericht wenden.

Die Dienstleistungskonzession sei kein entgeltlicher Beschaffungsvorgang. Der Konzessionsnehmer erhalte ausschließlich als Gegenleistung das Recht zur Nutzung, hier einer Kulturhalle. Diese Nutzung erfolge im Wesentlichen auf eigenes Risiko. Der Konzessionär wäre den Risiken des Marktes ausgesetzt.

Bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls müsse hier beachtet werden, dass der Betreiber derhalle innerhalb einer breiten Kultur- und Eventlandschaft tätig sei, in der er mit anderen Veranstaltern gleichartiger Veranstaltungen konkurrieren müsse.

Zu beachten sei auch, dass mit dem neuen Vertrag ein reduzierter jährlicher Zuschuss durch die Stadt gezahlt werde. Der bisherige der Antragstellerin bekannte jährliche Zuschuss habe noch 380.000 Euro betragen. So wäre es dem bisherigen Betreiber in den letzten drei Jahren bereits nicht gelungen, ohne Verluste die Halle zu betreiben. Er wäre gezwungen gewesen, diese aus den Gewinnen eines anderen Veranstaltungsortes zu kompensieren.

Zusätzlich habe der neue Betreiber künftige Steigerungen der Personalkosten und der Bewirtschaftungskosten zu erwarten.

Im Zusammenhang mit dem zunehmenden Alter der Halle würden weitere Kostenrisiken aus Reparaturen und Instandsetzungsmaßnahmen erwachsen.

Insoweit werde durch den Zuschuss der Stadt das Betriebsrisiko nicht wesentlich minimiert. Vielmehr sei angesichts der ansonsten wesentlich gleich gebliebenen Vertragskonditionen das Risiko erheblich gestiegen. Im Fall ausbleibenden unternehmerischen Geschicks und rückläufiger Kartenverkäufen und Zuschauerzahlen könnte der Betreiber auch insolvent werden.

Die Vergabekammer hat gegenüber der Antragstellerin am 03.07.2013 schriftlich dargelegt, dass der Antrag nach ihrer vorläufigen Auffassung nicht zulässig sei. Es handele sich bei dem streitbefangenen Gegenstand nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB, sondern um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession, für die die Vorschriften des Kartellvergaberechts keine Anwendung fänden. Demnach sei die Vergabekammer sachlich nicht zuständig. Sie beabsichtige, über den Antrag im schriftlichen Verfahren gemäß § 112 Abs. 1, Satz 3, zweite Alternative GWB nach Lage der Akten zu entscheiden.

Die Pächterin würde als Gegenleistung für die geschuldeten Dienste die Nutzung dieser Dienste auf eigene Verantwortung und überwiegend auf eigenes Risiko vornehmen können. Angesichts des Betriebskostenzuschusses und bestimmter Mieteinnahmen sei zu beachten, dass es auch bei einer Konzession möglich wäre, dass der Konzessionär neben dem ihm überlassenen Nutzungsrecht ein zusätzliches Entgelt erhalte. Dieses zusätzliche Entgelt dürfe jedoch nicht dazu führen, dass der Konzessionär kein wirtschaftliches Risiko mehr tragen müsse. Angesichts des Umfangs der Verpflichtungen, die die Pächterin zu tragen habe, falle hier der Betriebskostenzuschuss jedoch nicht entscheidend ins Gewicht. Dieser sei verhältnismäßig geringfügig. Vielmehr sei das Risiko des Pächters erheblich.

Die Antragstellerin habe mit ihrem Vorbringen weiterhin womöglich gegen Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB verstoßen und sich widersprüchlich verhalten.

Sie habe sich an dem Interessensbekundungsverfahren durch Abgabe eines Angebots am 15.11.2012 beteiligt, ohne dies zu beanstanden. Erst als für sie durch das Informationsschreiben der Antragsgegnerin vom 25.04.2013 ersichtlich wurde, dass der Vertrag mit einem anderen Bewerber geschlossen werden sollte, habe sie sich gegen die Wahl des Verfahrens gewandt. Hieraus ergäbe sich ein widersprüchliches Verhalten. Der Antragstellerin wäre bereits seit der Bekanntmachung des Interessensbekundungsverfahrens am10.2012 bekannt gewesen, dass die Antragsgegnerin von der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens absehe.

Die Antragstellerin nahm hierzu mit Schreiben vom 17.07.2013 nach erfolgter Akteneinsicht Stellung. Sie vertieft ihre Position zur Bedeutung eines Zuschusses bei der Erbringung einer Dienstleistung in Bezug auf die Frage, ob ein Dienstleistungskonzession oder ein Dienstleistungsauftrag vorliege.

Sie verweist auf eine ihrer Meinung nach erforderliche Offenlegung der wirtschaftlichen Rahmendaten zur Beurteilung der hier gegebenen Sachlage. Sie wirft der Vergabekammer vor, bisher die Darstellungen des Antragsgegners ohne weitere Nachprüfungen übernommen zu haben.

Die Verpflichtung zur Zurverfügungstellung von Räumen und Kapazitäten für Orchesterproben und Aufführungen enthalte kein Risiko bzw. minimiere ein solches, da diese nicht entgeltlos wären, zu Mehreinnahmen und zu einer Grundauslastung der Halle führten. Die Bereitstellung einer eigenen gastronomischen Versorgung durch den Pächter Sorge für zusätzliche Einnahmen und Gewinne. Sie zweifelt an, dass die Einschätzung der Vergabekammer, der Gesamtaufwand für Akquise, Vermarktung und Organisation der Veranstaltungen sei erheblich, auf konkreten Angaben aus den Vergabeunterlagen beruhe.

Sie resümiert, dass der vereinbarte Betriebskostenzuschuss dazu führe, dass das wirtschaftliche Risiko des zukünftigen Betreibers erheblich minimiert würde.

Des Weiteren tritt sie der Annahme entgegen, dass es treuwidrig wäre, wenn die Antragstellerin erst nach eigener Beteiligung an dem Verfahren die Wahl der Verfahrensart gerügt habe.

Aus ihrer Sicht sei seitens der Kammer zu erwägen, ob die Rechtssache nicht an ein Gericht verwiesen werden müsse.

In ihrem Schreiben vom 22.07.2013 tritt die Antragsgegnerin diesem Vorbringen der Antragstellerin entgegen. Sie weist darauf hin, dass der Antragstellerin alle erforderlichen Kenntnisse und finanziellen Grundlagen, z.B. aus seinen Gewinn- und Verlustrechnungen für bis vorlägen. Auf dieser Basis könne sie selbst am besten einschätzen, dass es bei ihr trotz Einnahmen aus gastronomischer Versorgung und der festen Vermietung für die Proben und Aufführungen der und der nachweislich zu Verlusten bei der Bewirtschaftung gekommen ist. Somit sei auch künftig und unter zusätzlicher Beachtung eines reduzierten Betriebskostenzuschusses, fortschreitender Inflation und der Erfordernis der Verstärkung von Werbung und Marketing wegen vorhandener Konkurrenz mit einem sehr hohen Betriebsrisiko zu rechnen. Dieses könne existentielle Folgen für den Pächter zur Folge haben.

Der Vorsitzende hat die Frist zur Entscheidung gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 02.08.2013 verlängert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Verfahrensakte der Antragsgegnerin verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht zulässig, da die Vergabenachprüfung durch die Vergabekammer im Sinne des § 102 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht eröffnet ist. Nach dieser Vorschrift unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Bei dem streitbefangenen Gegenstand handelt es sich jedoch nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB.

Vielmehr hat die Antragsgegnerin zutreffend darauf hingewiesen, dass hier die Vergabe einer Dienstleistungskonzession vorliegt. Für diese finden die Vorschriften des Kartellvergaberechts keine Anwendung.

Dies ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber in § 99 Abs. 6 GWB Baukonzessionen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen hat. Eine entsprechende Regelung findet sich jedoch für Dienstleistungskonzessionen nicht. Der Gesetzgeber hat überdies in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich klargestellt, dass das Gesetz nicht für Dienstleistungskonzessionen gilt (siehe BGH v. 23.01.2012 – X ZB 5/11, BGH v. 08.02.2011 – X ZB 4/10).

Eine Dienstleistungskonzession ist dadurch gekennzeichnet, dass die Gegenleistung für die geschuldeten Dienste in dem Recht zur Nutzung dieser Dienste auf eigene Verantwortung und überwiegend auf eigenes Risiko besteht (siehe OLG Brandenburg v. 28.02.2012 – Verg W 19/11, VK Nordbayern v. 02.08.2006 21.VK-3194-22/06).

Der Auftragnehmer erhält dagegen beim Vorliegen einer Dienstleistung im Sinne des § 99 Abs. 1 und 4 GWB ein Entgelt von dem Auftraggeber. Auch bei einer Konzession ist es möglich, dass der Konzessionär neben dem ihm überlassenen Nutzungsrecht ein zusätzliches Entgelt erhält. Dieses zusätzliche Entgelt darf jedoch nicht dazu führen, dass der Konzessionär kein wirtschaftliches Risiko mehr tragen muss (vergl. Heiermann, Zeiss, Kullack, Blaufuß in juris Praxiskommentar 2. Aufl. 2008 § 99 GWB Rd. 144, BGH v. 08.02.2011 – X ZB 4/10).

So liegt der Fall hier gerade nicht.

Hierauf deutet schon, dass die Pächterin nach Ziff. 1.1 des ausgeschriebenen Pachtvertrages das Recht erhält, die Halle im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu nutzen, zu betreiben und nach den Grundsätzen dieses Vertrages zu verwerten. Bereits hieraus ergibt sich, dass die Pächterin die Leistungen in eigener Verantwortung und mit allen damit verbundenen möglichen Unwägbarkeiten selbst zu erbringen hat. Soweit der Pächter hierbei Verluste erwirtschaftet, hat er hierfür unbegrenzt einzustehen; möglicherweise sogar

bis zu einer Insolvenz. Die Stadt wäre hieran nicht beteiligt. Vielmehr hat der Pächter auf eigene Rechnung zu wirtschaften und haftet somit entsprechend. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass er von der Stadt Zuschüsse erhält.

Es ist zwar zutreffend, dass dieser Vertrag nur als noch zu verhandelnder Entwurf den Ausschreibungsunterlagen beigelegt war. Dieser Entwurf bildete jedoch die Grundlage der Ausschreibung und der Verhandlungen.

Dem zukünftigen Pächter obliegen nach diesem Vertragsentwurf eine Vielzahl von weiteren Verpflichtungen.

So hat er nach Ziff. 2.3 des Vertrages die Durchführung von mindestens 220 Veranstaltungen pro Kalenderjahr nach eigener Akquisition zu organisieren.

Allein aus der außerordentlich großen Anzahl von Veranstaltungen ergibt sich, dass die Pächterin für die Akquise, Vermarktung, Organisation und Honorierung der erbrachten vorrangig künstlerischen Leistungen einen erheblichen auch finanziellen Aufwand zu leisten hat.

Es ist ungewiss, ob diese Ausgaben durch entsprechende Einnahmen gedeckt werden oder gar entsprechende Überschüsse erwirtschaftet werden können. Es kann beispielsweise nicht vorausgesehen werden, ob die erwarteten Zuschauerzahlen erreicht werden. Dies gilt umso mehr, da tatsächlich ein ähnliches regionales Kulturangebot anderer Veranstalter zu verzeichnen ist. Ebenso ist es von ganz besonderer Bedeutung, die Auslastung der Halle durch Fremdmietler zu erreichen (bisheriger Anteil: insgesamt 70%). Die Antragstellerin hat in ihrem Bewerbungsgespräch hierzu ausgeführt, dass der Wettbewerb unter den Standorten gross sei.

Anders als sie meint, ist insoweit eine weitere Erforschung des Sachverhalts nicht erforderlich. Vielmehr liegt es auf der Hand, dass die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen nach Ziff. 2.3 mit nicht unerheblichen wirtschaftlichen Unsicherheiten verbunden ist.

Auch bezüglich der gastronomischen Versorgung besteht ein eigenes wirtschaftliches Risiko. Es ist der Antragstellerin zwar zuzugeben, dass sie diesbezüglich in den letzten Jahren Gewinne erwirtschaftet hat. Es ist aber nicht sicher, dass dies dem Pächter auch in den kommenden Jahren durchgängig gelingt.

Die Pächterin muss weiter nach Ziff. 2.5 gewährleisten, dass die Halle weitestgehend über das ganze Jahr in Betrieb ist. Dabei hat sie nach Ziff. 2.6 in einem begrenzten, zeitlich festgelegten Umfang die Proben und Aufführungen der und die Veranstaltungen der zu ermöglichen. Hierfür erhält sie zwar Mieteinnahmen; diese sind aber nicht so massgeblich, dass sie das Betreiberrisiko entscheidend mindern oder gar ausschließen würden. Außerdem ist es ihr zu diesen bestimmten Zeiten nicht möglich, eigene evtl. finanziell lukrativere Veranstaltungen anzubieten.

Weitere Verpflichtungen hat die Pächterin in Bezug auf die Bewirtschaftung der Halle. Sie muss nach Ziff. 3.1 und 4. beispielsweise sämtliche Leistungen der Instandhaltung, Instandsetzung, der Betriebstechnik und weitere Serviceleistungen erbringen. Sie trägt die Verpflichtung zum Abschluss von Wartungsverträgen, der Versicherungen sowie von Modernisierungsmaßnahmen. Hierbei ist zwar zutreffend, dass sie Pächterin insoweit auch zu vereinbarende Investitionszuschüsse erhalten kann. Dies trifft beispielsweise zu bei Ersatzinvestitionen, bei denen die Sache nicht mehr wirtschaftlich repariert werden kann. Dennoch entstehen ihr auch in diesem Zusammenhang erhebliche Kosten. Dies ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass die Halle ausweislich der Vergabeakte offensichtlich bereits erhebliche Abnutzungserscheinungen aufweist und der moralische und technische Verschleiss des Veranstaltungsequipements fortgeschritten zu sein scheint.

Angesichts der Vielzahl von Verpflichtungen und den damit verbundenen Risiken, die die Pächterin zu tragen hat, erscheint der der Antragstellerin bei den Verhandlungen in Aussicht gestellte Betriebskostenzuschuss in Höhe von Netto 250.000 Euro/Jahr als verhältnismäßig geringfügig. Er ist ohnehin niedriger als in den vorangegangenen Jahren. Selbst bei Inanspruchnahme dieses erhöhten Betriebskostenzuschusses von Netto 380.000 Euro/Jahr erwirtschaftete die Antragsstellerin in den vergangenen drei Jahren ausweislich der der Vergabeakte beiliegenden Betriebsabrechnung Verluste. Darüber hinaus ist von Bedeutung, dass die Antragstellerin selbst in ihrem Bewerbungsgespräch vom davon ausging, dass für den Betreiber die Erbringung der Leistung mit einem sehr hohen Risiko verbunden sei (vgl. Protokoll v.).

Diese Umstände deuten in ihrer Gesamtheit darauf hin, dass dem Vertragspartner der Antragsgegnerin bei der Umsetzung des Vertrages erhebliche wirtschaftliche Unwägbarkeiten bevorstehen können. Es kann daher keine Rede davon sein, dass der Pächter aufgrund des Betriebskostenzuschusses kein Risiko zu tragen hat.

Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob das Vorbringen der Antragstellerin unter Berücksichtigung aller Umstände gegen Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB verstößt.

Schließlich ist die Vergabekammer auch nicht befugt, den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) zu verweisen. Die Vorschrift findet ihrem Wortlaut nach nur Anwendung auf Gerichte. Die Vergabekammer ist jedoch als Behörde anzusehen, die gemäß § 114 Abs. 3 Satz 1 GWB durch Verwaltungsakt entscheidet. Insoweit besteht eine andere Sachlage als in dem von der Antragstellerin angeführten Beschluss des BGH (vgl. BGH Beschluss v. 23.01.2012 – X ZB 5/11). In diesem Fall hatte ein Gericht den Rechtsstreit an ein anderes verwiesen. Darüber hinaus wäre das von der Antragstellerin verfolgte Begehren, nämlich die Antragsgegnerin zu der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Sinne des GWB zu verpflichten, vor einem Gericht in erster Instanz ohnehin nicht durchsetzbar. Hierfür ist grundsätzlich gem. § 102 GWB ausschließlich die Vergabekammer zuständig. Eine Zuständigkeit der Vergabekammer scheidet jedoch in dem konkreten Fall aus den genannten Gründen ebenfalls aus. Die Antragstellerin hat gegebenenfalls lediglich die Möglichkeit, vor einem Gericht geltend zu machen, dass bei der Durchführung des Interessenbekundungsverfahrens als Vergabe einer Dienstleistungskonzession gegen die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung etc. verstoßen worden wäre (vgl. Heiermann, Zeiss, Kullack, Blaufuß Vergaberecht juris Praxiskommentar 2. Aufl. § 99 GWB Rd. 145).

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 Alternative 2 GWB verzichtet, weil allein aufgrund der Aktenlage die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages erfolgen musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach der mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt, mithin die Antragstellerin.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Grundlage des wirtschaftlichen Wertes ist insoweit das Bruttoangebot der Antragstellerin in Form des Betriebszuschusses unter Berücksichtigung

des städtischen Entlastungsvorteils zuzüglich der geforderten vertraglichen Zusage durch die Stadt für Reparaturen und investive Maßnahmen für den Betrieb der Halle im vorgesehenen Vertragszeitraum inklusive der möglichen Option einer Vertragslaufzeitverlängerung.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von Euro inklusive Auslagen. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Dieser Wert reduziert sich um den von der Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschuss von Euro und erhöht sich um die Kopierkosten von Euro für die Akteneinsicht.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzweckens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist hier als Unterliegende anzusehen und hat daher diese Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

Ihre eigenen Aufwendungen für ihre Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung hat die Antragstellerin selbst zu tragen.

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez.

gez.