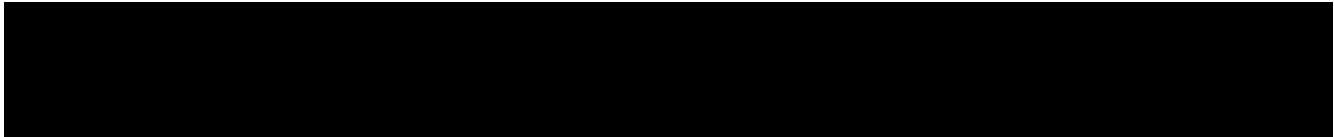




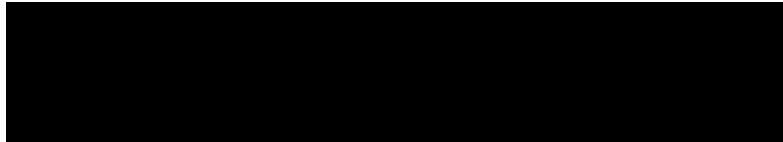
**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

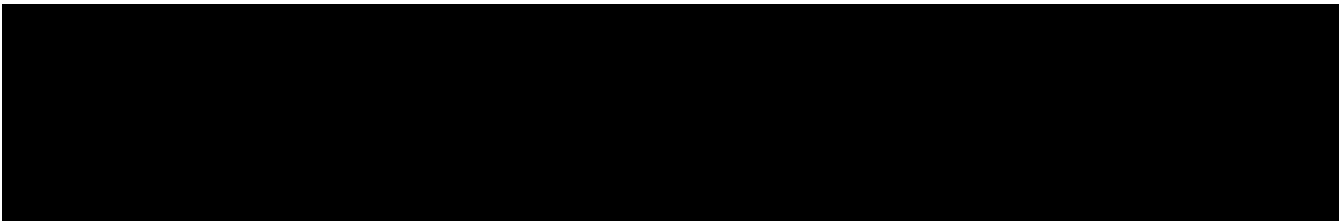


- Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte:

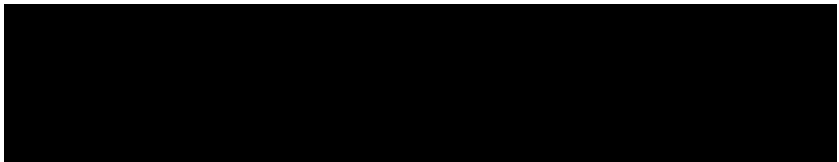


gegen



- Antragsgegnerin–

Verfahrensbevollmächtigte:



wegen

Konzeptvergabe 

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Oberamtsrätin Denz-Kinzel ohne mündliche Verhandlung am 29. Juni 2020 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die die Antragstellerin zu tragen hat.
3. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

## Gründe

### I.

Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin des [REDACTED] und des [REDACTED]. Sie beabsichtigt, für den Betrieb und den Erhalt des [REDACTED] im Rahmen einer Konzeptvergabe einen Investor zu finden. Die Antragsgegnerin beabsichtigt weiterhin, an dem Grundstück ein Erbbaurecht zu bestellen sowie das Gebäude im Rahmen eines Erbbaurechtsvertrages auf den Investor zu übertragen (Blatt 336 der Vergabeakte).

Am 10. Mai 2019 veröffentlichte die Antragsgegnerin sowohl in ihrem Stadtportal als auch im Amtsblatt der Stadt [REDACTED] vom 10. Mai 2019 die Anforderungen für die Konzeptvergabe. Die Veröffentlichung enthielt unter anderem Ausführungen zu den zukünftigen Nutzungsoptionen des Gebäudes, der Außenflächen und möglicher baulicher Ergänzungen sowie den Eckpunkten des zukünftigen Erbbaurechtes und des Konzeptvergabeverfahrens (Blatt 338 bis 345R der Vergabeakte). Danach soll die [REDACTED] in der etablierten Form gesichert und die Öffnungszeiten ausgeweitet werden. Wie bisher, sollen auch verschiedene gastronomische Angebote in Verbindung mit kulturellen Angeboten möglich sein, wobei die Funktion der klassischen [REDACTED] allerdings die prägende Nutzung bleiben soll. Zur Durchführung von „externen“ Veranstaltungen außerhalb der eigentlichen [REDACTED] - [REDACTED] n soll die Möglichkeit geprüft werden, ob baulich-räumliche Voraussetzungen hierfür erforderlich sind.

Die Möglichkeiten zur Begrünung, Entsiegelung und natürlichen Verschattung der Außenflächen sollte genutzt sowie das bestehende Stellplatzangebot neu konzipiert werden. Der Zweck des Erbbaurechtes wird aufgrund des eingereichten Nutzungskonzeptes definiert und im Erbbaurechtsvertrag festgeschrieben. Es soll sowohl ein dinglich zu sichernder als auch ein schuldrechtlicher Erbbauzins vereinbart werden. Ab 1. Januar 2028 gilt der dinglich gesicherte Erbbauzins in Höhe von 70.288,- Euro jährlich, davor ein wegen der erforderlichen Instandhaltungsarbeiten in dem [REDACTED] [REDACTED] reduzierter Erbbauzins. Die Laufzeit des Erbbaurechtes soll 60 Jahre betragen. Abhängig vom Nutzungskonzept ist eine kürzere oder längere Laufzeit möglich.

Mit der Eintragung des Erbbaurechtes im Grundbuch wird das Eigentum am Gebäude des [REDACTED] auf den Erbbauberechtigten übertragen. Der Erbbauberechtigte verpflichtet sich im Erbbaurechtsvertrag auf die Aufteilung des Erbbaurechtes in Wohn- und Teilerbbaurechte zu verzichten. Für den Fall, dass der Erbbauberechtigte hiergegen verstößt oder eine [REDACTED] Nutzung länger als ein Jahr nicht stattfindet, wird hierfür ein Heimfallgrund vereinbart.

Angebotsschluss war der 30. September 2019, 12:00 Uhr. Die Antragstellerin gab fristgerecht ein Angebot ab. Das Auswahlgremium der Antragsgegnerin wählte das Konzept eines Mitbewerbers aus. Der Magistrat der Stadt [REDACTED] empfahl dem Grundstücksausschuss der Stadtverordnetenversammlung daraufhin am 21. November 2019 der Aufnahme von Verhandlungen mit diesem Bewerber mit dem Ziel des Abschlusses einer entsprechenden Vereinbarung sowie der Bestellung eines Erbbaurechtes und der daraus folgenden Übertragung des Eigentums am Gebäude des [REDACTED] zuzustimmen.

Die Stadtverordnetenversammlung der Antragsgegnerin folgte dieser Empfehlung mit Beschluss vom 2. März 2020. Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 21. Februar 2020 rügte die Antragstellerin das Verfahren „Konzeptvergabe“ unter allen rechtlichen Aspekten nach § 160 Abs. 3 GWB, insbesondere die Nichteinhaltung der Anforderungen der Konzessionsvergabeverordnung.

Mit Schreiben vom 28. Februar 2020 wies die Antragsgegnerin die Rüge mit der Begründung zurück, bei der beabsichtigten Bestellung des Erbbaurechtes handele es sich nicht um eine Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Das Eigentum des auf den Erbbaurechtsgrundstück befindlichen Gebäudes gehe auf den Investor über. Der Antragsgegnerin stehe nach Einräumung des Erbbaurechtes somit nicht mehr das originäre Recht zur Nutzung und wirtschaftlichen Verwertung des Gebäudes zu. Mangels des charakteristischen Merkmales der Verwertung eines vom Konzessionsgeber abgeleiteten Nutzungsrechtes liege keine Konzession vor.

Mit Schriftsatz vom 12. März 2020 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie vertritt weiterhin die Auffassung, die vorliegende „Konzeptvergabe“ erfülle alle Merkmale einer Dienstleistungskonzession. Kern des Erbbaurechtes sei die Verwendung, d. h. Nutzung des bebauten oder unbebauten Grundstücks. Auch liege ein Beschaffungsbezug vor, denn das vorliegende Vergabeverfahren ziele darauf ab, einen Dritten mit dem Betrieb einer [REDACTED] und mit der Aufrechterhaltung eines [REDACTED] in der [REDACTED] zu beauftragen. Auch sollen im vorliegenden Fall durchsetzbare Leistungsverpflichtungen des Erbbauberechtigten vereinbart werden, die sich durch das Heimfallrecht für den Fall der Nichterfüllung der [REDACTED] Nutzung realisieren.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da es an einer Bekanntmachung fehle, die Angebotsbedingungen unverständlich seien, gegen den Grundsatz der Selbstbindung verstoßen und die Gewichtung der einzelnen Wertungskriterien erst nachträglich in Ansehung der Angebote vorgenommen worden sei. Eine Trennung von Eignungsprüfung und Angebotswertung fehle, Vergabeunterlagen seien verändert worden und seien – wie das Angebot des Mitbewerbers – wegen fehlender Umsetzbarkeit nicht wertbar. Im Übrigen sei gegen die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung verstoßen worden.

Die Antragstellerin beantragt unter anderem,

die Antragstellerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren [REDACTED] [REDACTED] nach den Bestimmungen der §§ 97 ff. GWB in einem wettbewerblichen transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren mit vorheriger Veröffentlichung einer Konzessionsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag vom 12. 03. 2020 zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da der Antragstellerin schon die Antragsbefugnis fehle. Die Antragstellerin habe zwingend zu beachtende Mindestbedingungen bzw. Mindestanforderungen im Hinblick auf die „alleinige Projektfinanzierung durch den Investor“ missachtet, sodass sie vom Vergabeverfahren auszuschließen war und ihr mithin auch kein Schaden entstehen könne.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin die Rügeobliegenheiten gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB verletzt, weshalb sämtliche Beanstandungen verfristet und im Nachprüfungsverfahren unbeachtlich seien.

Wegen der Corona - Pandemie hat die Vorsitzende die Entscheidungsfrist gemäß § 167 Abs. 1 GWB zweimal verlängert. Sämtliche Mitarbeitende der Antragsgegnerin waren bis zum 30. April 2020 freigestellt, sodass zuvor nicht einmal die Vergabeakten an die erkennende Kammer übersandt werden konnten.

Die mündliche Verhandlung hat am 10. Juni 2020 stattgefunden. Dem von der Vergabekammer vorgeschlagenen Vergleich hat die Antragsgegnerin nicht zugestimmt. Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die von der Antragsgegnerin vorgelegte Vergabeakte (Blatt 1 bis 882), die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind, verwiesen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht zulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern gemäß den §§ 155, 156 Abs. 1, 2 GWB ist nicht eröffnet.

- A. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl I S. 1750, berichtigt S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. Juni 2017 (BGBl I, S. 1416), ist nicht eröffnet. Bei der hier streitgegenständlichen „Konzeptvergabe“ handelt es sich weder um eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Nr. 1 lit. b) der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 zur Konzessionsvergabe und der diese Richtlinie in nationales Recht umsetzenden §§ 97 Abs. 1 Satz 1, 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Verbindung mit der Konzessionsvergabeordnung (dazu I.), noch um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 103 Abs. 4 GWB (dazu II.).
- I. Bei einer Dienstleistungskonzession handelt es sich um einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere (öffentliche(r)) Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Vorliegend fehlt es an dem Merkmal der „Entgeltlichkeit“.
1. Im Falle der Dienstleistungskonzession besteht das Entgelt prinzipiell nicht in der direkten Zahlung einer Vergütung, sondern in der Übertragung eines Nutzungsrechts. Die Übertragung des Nutzungsrechtes hat funktionell den Charakter eines Entgelts und ersetzt dieses gewissermaßen (Ganske in Reidt/Sickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 4. Auf. 2018, § 105 RdNr. 20). Auf den ersten Blick liegt es nahe, vorliegend davon auszugehen, der zu erbringende Dienstleistung (Betrieb einer [REDACTED] nach den konkreten Vorgaben der Antragsgegnerin) stehe als Gegenleistung die Bestellung eines Erbbaurechts gegenüber. Bei dieser Betrachtungsweise wären die Merkmale einer Dienstleistungskonzession erfüllt.

2. Allerdings stehen die zu erbringende Dienstleistung und die Bestellung des Erbbaurechts nicht in einem Synallagma. Zwar steht im vorliegenden Fall die konkrete Ausgestaltung des erbaurechtlichen Vertrages und der schuldrechtlichen Vereinbarung noch nicht fest, wohl aber u.a. die Bestellung eines Erbbaurechtes sowie die Zahlung eines Erbbauzinses, der nach Angaben der Antragsgegnerin über dem sich aus dem Wertgutachten für das [REDACTED] ergebenden Erbpachtzins liegt. Die Bestellung des Erbbaurechtes erfolgt im vorliegenden Fall mithin nicht als Entgelt für die von der Antragstellerin zu erbringende Dienstleistung, sondern im Austauschverhältnis für die Zahlung des Erbbauzinses. Allenfalls dann, wenn der zu vereinbarende Erbbauzins kein Äquivalent für die Bestellung des Erbbaurechts darstellen würde, wäre zu prüfen, ob die Bestellung des Erbbaurechts (teilweise auch) als Gegenleistung für die in der Nutzung des [REDACTED] nach den Vorgaben der Antragsgegnerin bestehende Erbringung der Dienstleistung besteht.
  3. Der dem Verfügungsgeschäft zu Grunde liegende schuldrechtliche Vertrag ähnelt einem Grundstückskaufvertrag im Sinne des § 433 BGB. Statt des einmalig zu zahlenden Kaufpreises wird hier zwischen dem „Konzeptgewinner“ und der Antragsgegnerin ein jährlich zu entrichtender Erbbauzins als „Kaufpreis“ vereinbart, an die Stelle der Veräußerung des Grundstücks einschließlich des Gebäudes tritt ausschließlich die Veräußerung des Gebäudes. Der vorliegend beabsichtigte Erbbaurechtsvertrag wird durch den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vertrag zu einem „Grundstücksverkauf“, wenn auch „befristet“, der den Vorschriften des Kartellvergaberechtes in Ermangelung einer Beschaffung aber nicht unterliegt.
- II. Weil die Antragsgegnerin für die vom Konzeptgewinner zu erbringende Dienstleistung kein Entgelt entrichtet – und sei es durch Verzicht auf einen Teil des marktüblichen Erbbauzinses – kann auch kein Dienstleistungsvertrag im Sinne des § 103 Abs. 1, 4 GWB vorliegen.
- B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.
    - I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin unterlegen ist, hat sie die Kosten zu tragen.

- 
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes sowie dem mit dem Nachprüfungsverfahren verbundenen Verwaltungsaufwand, § 182 Abs. 2 GWB. Die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes bestimmt sich grundsätzlich nach dem Bruttoangebotswert des Angebotes der Antragstellerin, wobei die Vergabekammer hier ausgehend von dem Angebot der Antragstellerin eine Laufzeit von 25 Jahren (Blatt 694 bis 696 der Vergabeakte) zu Grunde legt. Ausgehend von dem Umsatzerlös zuzüglich einer Mehrwertsteuer in Höhe von 19 % (Blatt 688 der Vergabeakte) ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, eine Gebühr von ████████ €. Da jedoch ausschließlich die Frage der Zuständigkeit der Vergabekammer geprüft worden ist und weitere Zulässigkeitsfragen sowie eine materiell-rechtliche Prüfung der vermeintlichen Vergaberechtsverstöße bei der rechtlichen Prüfung außen vor blieben, ist aus Gründen der Billigkeit die Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer zu reduzieren, § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB. Die Vergabekammer berücksichtigt dabei jedoch auch, dass in der Sache mündlich verhandelt worden ist, auch wenn die Beteiligten sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt haben. Ausgehend davon, ist eine Reduzierung der Gebühr auf ████████ € angemessen.
- III. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 HVwVfG.
1. Die Anwendung des Hessischen Verwaltungsverfahrensgesetzes folgt aus § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 1 HVwVfG, denn die Ausschreibung hat ein öffentlicher Auftraggeber mit Sitz im Bundesland Hessen veranlasst.



2. Die Prüfung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten erfolgt einzelfallbezogen aufgrund der Gesamtumstände im jeweiligen konkreten Verfahren. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes ist notwendig, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte. Dabei kommt es auf eine ex-ante Bewertung an, weil in diesem Zeitpunkt über die Einschaltung von Verfahrensbevollmächtigten zu entscheiden ist (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. Juli 2013 – 11 Verg7/13 – juris, RdNr. 6).
3. Für die Prüfung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten des Auftraggebers gilt dabei tendenziell ein strengerer Maßstab als auf Seiten des Bieters (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. November 2017 – 11 Verg 8/17 – ZfBR 2018, 198). Es kommt maßgeblich darauf an, ob sich die Probleme des Nachprüfungsverfahrens auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazugehörigen Vergaberegeln konzentrieren, oder ob sie sich auf darüberhinausgehende schwierige, gegebenenfalls ungeklärte oder europarechtlich beeinflusste vergaberechtliche Fragestellungen beziehen. Sofern im Mittelpunkt des Nachprüfungsverfahrens auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen stehen, spricht im Allgemeinen mehr dafür, dass der öffentliche Auftraggeber die erforderliche Sach- und Rechtskenntnis in seinem originären Aufgabenbereich ohnehin organisieren und vorhalten muss. Er bedarf daher auch im Nachprüfungsverfahren nicht notwendig eines anwaltlichen Bevollmächtigten (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, a.a.O.).

Ergänzend kann bei der Beurteilung auf die Komplexität des Sachverhaltes sowie die Bedeutung und das Gewicht des Auftrages für den Auftraggeber berücksichtigt werden, ebenso wie der Umstand, inwieweit die Vergabestelle über geschultes Personal und Erfahrung mit Vergabeverfahren verfügt. Schließlich kann der Gesichtspunkt der sogenannten prozessualen Waffengleichheit in die Prüfung einfließen (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, a. a. O.).

4. Die hier im Mittelpunkt des Nachprüfungsverfahrens stehende rechtliche Frage des Vorliegens einer Dienstleistungskonzession bezieht sich gerade nicht – wie die Antragstellerin meint - auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen, die in den originären Aufgabenkreis der Antragsgegnerin gehören. Vielmehr erweisen sich in diesem Zusammenhang Fallgestaltungen, in denen dem Auftragnehmer ein Erbbaurecht eingeräumt werden soll, als rechtlich problematisch, was die zahlreiche Kommentierung und Rechtsprechung hierzu belegt. Darüber hinaus sind die nicht einfachen Fragestellungen des Erbbaurechtes in Einklang zu bringen mit dem ebenfalls nicht einfach zu handhabenden EU-Recht, was keinesfalls zu den alltäglichen Problemstellungen gehört und auch nicht alltäglich und ausschließlich von den Mitarbeitern eines Rechtsamtes zu bearbeiten ist. Insofern sind schon vertiefte Vergaberechtskenntnisse erforderlich. Der Bevollmächtigte der Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung selbst die mögliche Notwendigkeit einer Vorlagefrage an den Europäischen Gerichtshof angesprochen. Dass letztendlich der Nachprüfungsantrag wegen fehlender Zulässigkeit abzulehnen ist, ist insoweit unerheblich, weil es – wie oben ausgeführt – auf eine ex-ante Betrachtung des öffentlichen Auftraggebers ankommt.

Auch die Bedeutung der Angelegenheit für die Antragsgegnerin (insbesondere die langfristige vertragliche Bindung) sowie unter dem Aspekt der Waffengleichheit war es aus Sicht der Antragsgegnerin notwendig, einen Verfahrensbevollmächtigten hinzuzuziehen.

## **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,  
- Vergabesenat – Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth  
Vorsitzende

Denz-Kinzel  
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf  
Hauptamtlicher Beisitzer