

DS-Nr.: 4312015

Fragesteller:

**Mike Hildebrandt**

**ANFRAGE**

an: HAU,SVV

27.04., 07.05.2015

Gremium

Sitzungstermin

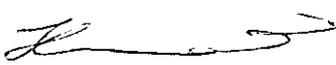
**Gegenstand:**

**Mittagessenversorgung Ausschreibung**

**Wortlaut:**

Ich frage den Bürgermeister:

Wird die Mittagessenversorgung für die Kindertagesstätten in Trägerschaft der Stadt Prenzlau nach dem Beschluss der Essengeldsatzung vom 5. März 2015 neu ausgeschrieben? Wenn nein, warum nicht- bitte ausführliche rechtliche Stellungnahme des Justizars beifügen! Aus der beigefügten Begründung ist zu entnehmen, dass mit der Entscheidung zur Essengeldsatzung kein Dienstleistungskonzessionsvertrag mehr vorliegt und daher die Leistung durch Änderung des Vertrages neu ausgeschrieben werden müsste.

18.03.15   
Unterschrift(en)

Datum des Eingangs: 18.03.15 i.A. Babal

## Einführung

Die Mittagessenversorgung der Kindertagesstätten in Trägerschaft der Stadt Prenzlau wurde 2012 als Dienstleistungskonzession ausgeschrieben. Mit dem Beschluss der Essengeldsatzung vom 5. März 2015 wurde diese wesentliche Eigenschaft des Vertrages aufgehoben.

### 1. Allgemeines zur Dienstleistungskonzession

Gemäß Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG wird die Dienstleistungskonzession als Vertrag definiert. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag weicht diesbezüglich so ab, als die Gegenleistung für die Dienstleistung entweder nur in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. In der Richtlinie selbst werden keine Regelungen hinsichtlich der Dienstleistungskonzession getroffen.

Jedenfalls ist das europäische Vergaberecht auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar.<sup>1</sup>

Im Wege der gemeinschaftskonformen Auslegung des Auftragsbegriffs (§ 99 GWB) kommt das deutsche Vergaberecht, trotz fehlender ausdrücklicher Regelung zu dem gleichen Ergebnis.<sup>2</sup>

Dennoch unterliegt die Dienstleistungskonzession den Grundsätzen des EG-Vertrages, insbesondere den Artikeln 28 bis 30 und 43 bis 55, die auf folgenden Grundsätzen beruhen:<sup>3</sup>

#### - Gleichbehandlung

Die Spielregeln müssen allen potenziellen Konzessionären bekannt sein und in der gleichen Art und Weise angewendet werden. Dann entspricht es dem Gleichheitsgrundsatz.

Als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz sind insbesondere Bestimmungen anzusehen, die öffentliche Aufträge jenen Unternehmen vorbehalten, die unmittelbar oder mittelbar im Besitz der öffentlichen Hand stehen.

#### - Transparenz

Der Grundsatz der Transparenz muss gewährleistet bleiben und kann durch jedes geeignete Mittel erreicht werden. So ist durch Bekanntmachungen eine Transparenz herzustellen, die Informationen enthalten, die ein potenzieller Konzessionär benötigt, um entscheiden zu können, ob er sich am Verfahren beteiligen möchte. Es muss ein angemessener Grad von Öffentlichkeit hergestellt werden.

#### - Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die gewählten Maßnahmen zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl angemessen als auch erforderlich sind.

Es dürfen daher keine technischen, fachlichen oder finanziellen Fähigkeiten verlangt werden, die als exzessiv in Bezug auf den Gegenstand der Konzession erscheinen, so dass der freie Wettbewerb eingeschränkt wird. Ebenso ist es erforderlich, um eine Amortisierung der Investitionen und angemessene Verzinsung des Kapitals zu gewährleisten, so dass dabei das mit der Nutzung verbundene Risiko für den Konzessionär bestehen bleibt.

**Eine Konzession ist dann gegeben, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt (Erbringung der Dienstleistung und deren Nutzung); er erhält sein Entgelt vom Benutzer.** Das Verhältnis dieser Voraussetzungen zueinander war zunächst unklar. In einer Entscheidung hatte das OLG Jena<sup>4</sup> dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ausreicht, dass der Konzessionär seine Vergütung von Dritten erhebe.<sup>5</sup> **Der EuGH<sup>6</sup> meinte darauf hin, dass eine Konzession dann vorliegt, wenn der Konzessionär ein Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält, weil diese Art der Bezahlung ein Betriebsrisiko beinhaltet.<sup>7</sup>**

Der Konzessionsvertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer zeichnet sich also dadurch aus, dass der Unternehmer als Gegenleistung keine direkte

Bezahlung erhält, sondern ihm über eine bestimmte Zeitspanne das Recht eingeräumt wird, eine Dienstleistung exklusiv zu erbringen und abzurechnen. **Der Konzessionär erbringt seine Leistung unmittelbar an den Bürger.** Bedeutsam für das Vorliegen einer Konzession ist der Umstand, dass das sich hieraus ergebende wirtschaftliche Risiko dem Unternehmer aufgebürdet wird. Auch die Zahlung eines Zuschusses von Seiten des Auftraggebers an den Konzessionär ist möglich, solange ein nicht unwesentliches wirtschaftliches Risiko beim Konzessionär verbleibt.<sup>8</sup>

Die Konzession ist somit ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S. d. Art. 1 Abs. 2 d VKG, Anhang II und § 99 Abs. 4 GWB mit folgenden zusätzlichen Merkmalen:

- Der Auftraggeber zahlt kein Entgelt, sondern überträgt dem Auftragnehmer das Nutzungsrecht,

- der Auftragnehmer trägt das Betriebs- und Refinanzierungsrisiko.<sup>9</sup>

Der öffentliche Auftraggeber hat sich transparent und diskriminierungsfrei zu verhalten, da die Dienstleistungskonzession eine Marktposition außerhalb des Vergaberechts ermöglicht, jedoch gemäß der Grundfreiheiten des EG- Vertrages eine Benachteiligung von interessierten Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten unterbunden werden soll. Dies folgt unmittelbar aus Art. 43 EG (Niederlassungsfreiheit) und Art. 49 EG (Dienstleistungsfreiheit).

## 2. Verfahrensrechtliche Risiken

Es soll nun dargestellt werden, welche denkbaren Prozessrisiken bei einer Einräumung einer Dienstleistungskonzession möglich sein können.

Die Europäische Kommission vertritt die Auffassung, dass auch bei Konzessionsvergaben ein gerichtlicher Rechtsschutz möglich sein muss.<sup>10</sup>

Handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag, dann ist gemäß der Rechtsposition des Bundesverfassungsgerichtes ein rechtlicher Gewährungsanspruch dem Bieter zu zustehen.<sup>11</sup>

Vom öffentlichen Auftrag ist die Dienstleistungskonzession schon im Ansatz grundverschieden: ersterer dient der Beschaffung, letztere stellt eine Verwertungshandlung der öffentlichen Hand dar.<sup>12</sup>

Die Dienstleistungskonzession kann nicht zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 102 ff. GWB gemacht werden.<sup>13</sup>

Damit werden Freiheiten bei der Gestaltung zwischen den dargestellten EU- rechtlichen Grundsätzen und regionaler Gestaltungswillen geschaffen.

Die Wirkung des Vergaberechts für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen beschränkt sich im Wesentlichen darauf, eine "Werteordnung" abzubilden.<sup>14</sup>

Hierin liegt der wesentliche Unterschied zum formalisierten Vergabeverfahren der §§ 100 f. GWB, das tatbestandlich eng umrissene Tatbestände schafft, deren Einhaltung vor den Vergabekammern und –senaten zur Überprüfung gestellt werden kann.

Kann daher ein Interessent einen anderen Rechtsschutz erfahren, als den des Vergaberechtes?

### 2.1. Zivilrechtsweg

So wird bei Vergaberechtsstreitigkeiten außerhalb des Kartellvergaberechts der Zivilrechtsweg durch die angerufenen Gerichte stets bejaht.<sup>15</sup>

Es wird immer eine Rechtsgrundlage gefordert. Diese könnte darin gesehen werden, wenn sich Konzessionär und Konzessionsgeber zulasten des Drittbidders verständigen.

So wird nach § 59 Abs. 1 VwVfG ein Vertrag nichtig, dem das Zivilrecht die Wirksamkeit versagt, z. B. nach § 138 BGB wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.<sup>16</sup>

Dies kann vorliegen, wenn den Vertragsparteien die Ausschreibungspflicht bekannt war und der Vertrag unter schuldhafter Verletzung der rechtlichen Pflichten dennoch abgeschlossen wurde. Dies soll hier ausgeschlossen bleiben. Einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot mit der Folge der Nichtigkeit nach § 134 BGB hat die Rechtsprechung bei Verletzung von Gemeinschaftsrecht dagegen bislang abgelehnt.<sup>17</sup>

Eine Anspruchsgrundlage könnte sich aber auch aus Verschulden vor Vertragsschluss

ergeben, da durch die Mitteilung des Vorhabens und daraufhin eingehende Interessensbekundungen ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis zustande kommt.<sup>18</sup> Ein hierauf begründeter Anspruch (§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) führt bei Verschulden zum Schadensersatz, sodass ein Bieter den Gang der Konzessionserteilung nicht aufhalten kann. Da er nicht darlegen kann, der Zuschlag hätte ihm erteilt werden müssen, kommt als Schadensersatz kein entgangener Gewinn infrage, sondern allenfalls der Aufwand für die fruchtlose Bewerbung.

## **2.2. Verwaltungsrechtsweg**

In einem Verfahren vor dem OVG Münster<sup>19</sup> hatte dieses Gericht entschieden, dass der Verwaltungsrechtsweg für Streitigkeiten zwischen einem Bieter und einer Gemeinde um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession eröffnet sei.

Das Bundesverwaltungsgericht<sup>20</sup> hat jedoch 2007 bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge diese dann dem Privatrecht zugeordnet, wenn diese nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallen und hat dabei den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten als eröffnet angesehen und damit den Verwaltungsrechtsweg verneint.<sup>21</sup>

Das OVG Münster beharrt aber in einer jüngst ergangenen Entscheidung<sup>22</sup> darauf, dass beim Streit über die Vergabe einer Dienstleistungskonzession der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei. Die Auseinandersetzung mit der Auffassung des BVerwG wird auf den Hinweis reduziert, dass es sich dabei nicht um eine Konzession, sondern einen Unterschwellenwertauftrag gehandelt habe.

## **2.3. nachträgliche Änderung und Risiken**

Die Frage des Rechtsweges ergibt sich auch, wenn der Dienstleistungskonzessionsvertrag während der Laufzeit geändert wird. Solange die unter Punkt 1 dargestellten Grundsätze eingehalten werden, sollte dies kein Problem darstellen. Etwas anderes könnte sich jedoch ergeben, wenn ein Grundsatz verändert wird. Im Jahr 2010 hat der EuGH<sup>23</sup> im Fall der Wall AG dazu festgestellt, werden wesentliche Merkmale des Dienstleistungskonzessionsvertrages geändert, die die Vergabe des ursprünglichen Konzessionsvertrages gerechtfertigt hatten und lassen sich damit Neuverhandlungen wesentlicher Bestandteile erkennen, dann müssen alle zur Transparenz gehörenden erforderlichen Maßnahmen in ein neues Vergabeverfahren einfließen. Eine wesentliche Änderung der Bedingungen liegt dann vor, wenn diese Änderungen Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären und diese dazu führen, dass andere als die ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen, als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten. Dies kann dann zu einem angepassten neuen Vergabeverfahren führen. Wird der Dienstleistungskonzessionsvertrag in seinem Wesen geändert, dies bedeutet, dass das Betriebsrisiko nicht mehr beim Konzessionär liegen sollte, würde ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach dem Vergaberecht vorliegen. Die Grundsätze wären demnach entsprechend des Vergaberechtes anzuwenden. Damit wären auch andere Anbieter europaweit einzubeziehen. Eine Beschränkung der Anbieter kann hier nicht vorgenommen werden. Es muss demzufolge ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden. Die unter 2.1 und 2.2 vorgestellten Risiken würden sich entsprechend des Vergaberechtes erhöhen. Der ordentliche Rechtsweg ist den Bietern wie im Vergabeverfahren eröffnet.

### **2.3.1 Dienstleistungskonzession und Essengeldsatzung**

Die Stadt Prenzlau schloss mit dem Unternehmen Sodexo SCS GmbH einen Dienstleistungskonzessionsvertrag ab. In dem wurde unter § 1 Satz 3 des Vertrages vereinbart, dass der Auftragnehmer die Mittagessenversorgung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durchführt. Das Unternehmen Sodexo SCS GmbH trägt damit das Betriebsrisiko, da es die Leistung im eigenen Namen erbringt und gegenüber dem Benutzer, hier den Personensorgeberechtigten abrechnet. Sodexo SCS GmbH hat das Recht zur eigenen Verwertung. Mit Beschluss und Durchsetzung der Essengeldsatzung

in § 3 wird nunmehr festgelegt, dass die Versorgung und Abrechnung im Auftrag der Stadt Prenzlau durchgeführt wird. **Sodexo SCS GmbH hat damit kein eigenes Recht mehr zur Verwertung seiner Leistung und trägt kein Betriebsrisiko mehr.** Die Leistung wird gegenüber der Stadt Prenzlau erbracht und nicht mehr gegenüber den Personensorgeberechtigten (Bürger). So ist zum Beispiel anzunehmen, dass bei Ausfall einer Gegenleistung durch die Personensorgeberechtigten, der Träger, hier die Stadt Prenzlau gegenüber dem sogenannten Konzessionär leistungspflichtig wird. Das Risiko trägt damit der Träger die Stadt Prenzlau. Die Voraussetzungen für einen Dienstleistungskonzessionsvertrag liegen nicht mehr vor.

### 3. Fazit

Eine nachträgliche Änderung des Dienstleistungskonzessionsvertrags unter Aufhebung der Grundsätze des Dienstleistungskonzessionsvertrages in seinem Wesen, würde den Weg für weitere Bieter entsprechend des Vergaberechtes ermöglichen und auch andere Angebote erlauben. Das Vergabeverfahren wird daher neu durchzuführen sein.

### Quellenangaben:

- 1 Art. 17 RL 2004/18/EG; EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03 – Parking Brixen; EuGH, Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03 – Coname; EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-324/98 – Telaustria.
- 2 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.09.2004, VII-Verg 44/04, Juris Rn. 8; OLG Celle, Beschluss vom 20.01.2004, 13 Verg 26/03; zur historischen Entwicklung vgl. Ax, Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber, Band 1, S. 86 ff.
- 3 Urteil vom 15.09.2009, Rs. C-196/08 – Acoset: "freier Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung".
- 4 Beschluss vom 08.05.2009, 9 Verg 2/08.
- 5 Siehe auch OLG München, Beschluss vom 02.07.2009, Verg 5/09.
- 6 Urteil vom 10.09.2009, C-206/08 – Eurawasser.
- 7 Das OLG Jena hat sich dem angeschlossen, Beschluss vom 11.12.2009, 9 Verg 2/08; die Entscheidung zu der Vorlagefrage des OLG München steht noch aus.
- 8 Vgl. die Legaldefinition der DL-Konzession in Art. 1 Abs. 4 VKR und die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. EG vom 29.04.2000, C 121/3,4, zit. Hausmann, VergabeR 2005, S. 612.
- 9 Ausführlich Losch, VergabeR 2010, S. 163 ff.; vgl. auch Hausmann, VergabeR 2005, S. 612 ff., Anm. zu EuGH, Urteil vom 21.07.2005, C-231/03 (Coname); im Urteil vom 18.07.2007, C-382/05 (Hausmüll) hat der EuGH eine DL-Konzession verneint, weil der öRE neben Fixgebühren eine garantierte Müllmenge zusagte und eine Anpassung an Kostenentwicklungen zuließ. Indizien für ein wirtschaftliches Risiko sind die eigenverantwortliche Festsetzung von Preisen und die Verpflichtung zur Beitreibung, vgl. Vavra, VergabeR 2010, S. 352.
- 10 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht – 2000/C121/02, Nr. 3.1.6.
- 11 BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, diesen Anspruch aber auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte beschränkt.
- 12 Weyand, Vergaberecht, 2. Auflage, § 99 GWB, Rn. 1160.
- 13 Vgl. Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 12.01.2010, Verg 7/09, Juris Rn. 38; BayObLG, Beschluss vom 11.12.2001, Verg 15/01; Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, § 99, Rn. 237.
- 14 Vgl. Hausmann, Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen – Chancen und Risiken –, VergabeR 2007, S. 325.
- 15 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, 27 U 1/09; LG Mannheim, Urteil vom 11.02.2005, 22 O 73/04 Kart; zuletzt OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.08.2010, 2 W 37/10.

- 16 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2005, VII-Verg 93/04, Juris Rn. 36.  
17 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.12.2003, Verg 37/03.  
18 OLG Düsseldorf, a.a.O., Fn. 18, Juris Rn. 33.  
19 Beschluss vom 04.05.2006, 15 E 453/06; Beschluss vom 09.03.2007, 1 L 64/07.  
20 Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10/07; zustimmend Vavra, Die Vergabe von  
Dienstleistungskonzessionen, VergabeR 2010, S. 315 ff. (361).  
21 BVerwG, a.a.O., Juris Rn. 5.  
22 Beschluss vom 07.02.2011, 15 E 1485/10.  
23 Vgl. EuGH, Urteil vom 13. 4. 2010 - C-91/08  
Weisen Änderungen der Bestimmungen eines Dienstleistungskonzessions-  
vertrags wesentlich andere Merkmale auf als die, welche die Vergabe des  
ursprünglichen Konzessionsvertrags gerechtfertigt haben, und lassen damit den  
Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses  
Vertrags erkennen, müssen alle zur Wiederherstellung der Transparenz des  
Verfahrens erforderlichen Maßnahmen, zu denen auch ein neues  
Vergabeverfahren gehört, nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts des  
betroffenen Mitgliedstaats gewährt werden. ...  
... 38 Die Änderung eines Dienstleistungskonzessionsvertrags während seiner  
Laufzeit kann als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt,  
die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die  
Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt  
hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen  
wären