



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Ob eine Aufgabe "nichtgewerblicher Art" i. S. v. § 99 Nr. 2 GWB vorliegt, kann nicht abstrakt festgestellt werden, sondern ist durch Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.**
- 2. Aus den Gesamtumständen muss man schlussfolgern können, dass die jeweilige juristische Person des Privatrechts nicht den gängigen Marktmechanismen unterworfen ist, sondern bedingt durch die Nähe zu einer staatsbezogenen Einrichtung wirtschaftliche Vorteile hat, die ihr eine marktbezogene Sonderstellung im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern einräumt.**
- 3. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, dass zwischen den Beteiligten verbindliche Mechanismen vertraglich festgelegt worden sind, die dem Unternehmen die Sicherheit einer Bestandsgarantie geben und dessen Insolvenz verhindern bzw. eine finanzielle Unterstützung auch bei fortdauernder Unwirtschaftlichkeit garantieren. Es muss lediglich möglich erscheinen, dass der Staat als Anteilseigner Maßnahmen ergreifen würde, die zur Verhinderung einer Insolvenz erforderlich sind.**
- 4. Darüber hinaus kommt es nicht darauf an, in welchem Umfang das Unternehmen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllt. Diese Aufgaben können auch einen nur geringfügigen Teil der Gesamttätigkeit des Unternehmens ausmachen, damit insgesamt ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB vorliegt.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen Reinigungsdienstleistungen in den XXXXXXXX

VK 1 - 33/16

der XXXXXXXX,

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte: XXXXXXXX



gegen

die XXXXXXXX,

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte: XXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 2016 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Gaidies und den ehrenamtlichen Beisitzer Sträter

am **28. Oktober 2016** beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird bei Fortbestand ihrer Vergabeabsicht verpflichtet, die Vergabe der Reinigungsdienstleistungen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf XXXXXXXX festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt die Vergabe von Reinigungsdienstleistungen für die von ihr genutzten Gebäude, den XXXXXXXX in XXXXXXXX. Die Stadt XXXXXXXX führte für die Antragsgegnerin unter der Vergabenummer XXXXXXXX ein entsprechendes, nichtförmliches Vergabeverfahren für Reinigungsdienstleistungen in den XXXXXXXX durch. Mit Schreiben vom 14.07.2016 forderte die Stadt XXXXXXXX insbesondere die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebotes auf.

Die Antragstellerin ist ein Gebäudereinigungsunternehmen und führt derzeit die Reinigungsdienstleistungen in den XXXXXXXX aus. Sie beteiligte sich auch zunächst an dem nichtförmlichen Vergabeverfahren der Stadt XXXXXXXX, wobei es zu erheblichen Beanstandungen im Zusammenhang mit einzelnen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung kam. Auf den diesbezüglichen Vortrag der Antragstellerin in ihrer Antragsschrift vom 22.08.2016 wird hiermit vollinhaltlich Bezug genommen. Diese Beanstandungen führten dazu, dass die Antragstellerin einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer gestellt hat.

Die Beteiligten streiten nunmehr insbesondere darüber, ob die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB ist und deswegen zur



Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des GWB verpflichtet gewesen wäre.

Die Antragsgegnerin, die XXXXXXXX, ist eine 100%ige Tochter der Stadt XXXXXXXX, die gesellschaftsrechtlich verpflichtet ist, den XXXXXXXX-Komplex in XXXXXXXX zu betreiben. Er umfasst insgesamt XXXXXXXX Messehallen mit einer Grundfläche von ca. XXXXXXXX m².

Ihre gesellschaftsvertraglichen Aufgaben erfüllt die Antragsgegnerin durch ihre Tochtergesellschaften XXXXXXXX, XXXXXXXX und XXXXXXXX. Dabei betreibt die XXXXXXXX den Messeplatz. Die XXXXXXXX betreibt ein modernes Kongresszentrum und das direkt angebundene XXXXXXXX. Die XXXXXXXX betreibt die XXXXXXXX und nutzt außerdem die XXXXXXXX für Unterhaltungsveranstaltungen und Großkongresse. Jedes Jahr betreut die Gesellschaft ca. 200 Veranstaltungen. Zuletzt erfolgte die Ausrichtung von ca. 40 Messen und über die XXXXXXXX erfolgten ca. 1000 Kongresse. Im Jahr 2014 erzielte die Antragsgegnerin beispielsweise Umsatzerlöse in Höhe von ca. XXXXXXXX €.

Eigentümerin des Betriebsgeländes und der darauf befindlichen Hallen ist die Stadt XXXXXXXX. Das Verhältnis zwischen der Antragsgegnerin und der Stadt XXXXXXXX ist in mehreren Verträgen geregelt.

Aus dem Gesellschaftsvertrag in der Fassung vom XXXXXXXX ergibt sich, dass die Antragsgegnerin zu dem Zweck gegründet wurde und besteht, den XXXXXXXX-Komplex zu nutzen und zu bewirtschaften, wobei es ihr freigestellt bleibt, verwandte Aktivitäten an anderer Stelle zu entwickeln. Darüber hinaus sollen Veranstaltungen aller Art, insbesondere Messen, Ausstellungen, Tagungen und Kongresse, Kultur-, Sport- und Unterhaltungsveranstaltungen durchgeführt oder deren Durchführung ermöglicht werden. Daneben darf die Antragsgegnerin alle Geschäfte durchführen, die im Rahmen der wirtschaftlichen Ausnutzung der Hallen und Einrichtungen liegen oder der Sport- und Kulturförderung dienen.

Im Gesellschaftsvertrag ist des Weiteren festgelegt, dass der jährliche Reingewinn der Antragsgegnerin zunächst zur Deckung eines sich aus der Bilanz ergebenden Verlustes durch Bildung einer Rücklage zu verwenden und erst darüber hinaus eine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter vorgesehen ist. Dagegen bestehen keine Verlustausgleichspflichten der Stadt XXXXXXXX gegenüber der Antragsgegnerin.

Zudem hat die Antragsgegnerin einen Wirtschaftsplan aufzustellen, der der Stadt XXXXXXXX zur Kenntnis gebracht werden muss. Das Rechnungsprüfungsamt der Stadt XXXXXXXX hat die Befugnisse aus § 54 Haushaltsgrundsätzegesetz, d. h. es kann sich zur Klärung von Fragen, die bei einer Prüfung auftreten, unmittelbar unterrichten und zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schriften der Antragsgegnerin einsehen.

Der Pachtvertrag in der Fassung vom XXXXXXXX regelt die Verpachtung der Grundstücke und Gebäude der XXXXXXXX durch die Stadt XXXXXXXX an die Antragsgegnerin.



§ 4 Pachtvertrag bestimmt, dass die Pächterin als Pachtzins jährlich XXXXXXX € zu entrichten hat. In dem Fall, dass der Jahrespachtzins den Jahresüberschuss (vor Abzug von gewinnabhängigen Steuern vom Einkommen und Ertrag und vor Abzug des Jahrespachtzinses) übersteigt, ermäßigt sich der abzuführende Jahrespachtzins auf denjenigen Betrag, der den Jahresüberschuss auf null € reduziert. Als Mindestpachtzins sind jedoch jährlich XXXXXXX € abzuführen.

Bei wesentlichen Änderungen der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse ist jede der Parteien berechtigt, eine Änderung des Jahrespachtzinses zu beantragen.

Des Weiteren trägt die Antragsgegnerin als Pächterin alle Bewirtschaftungskosten und Grundbesitzabgaben für den XXXXXXX-Komplex. Daneben führt die Pächterin eigenverantwortlich die gesamte Bautätigkeit (Unterhaltung, Sanierung, Um-, Erweiterungs- und Neubau) im Bereich der XXXXXXX für eigene Rechnung durch und übernimmt somit sämtliche mit der Abwicklung der Baumaßnahmen verbundenen Aufwendungen.

§ 7 Pachtvertrag bestimmt, dass (zur Finanzierung der eigenverantwortlichen Bautätigkeit) die Verpächterin an die Pächterin einen jährlichen Investitionszuschuss in Höhe von XXXXXXX € für Ersatz- und Neuinvestitionen zahlt sowie einen jährlichen Kapitalzuschuss zur Verstärkung des Betriebskapitals in Höhe der ertragsabhängigen Pachtzahlung.

Daneben gibt es noch einen Pachtvertrag über die an den Gebäudekomplex der XXXXXXX angrenzenden Außenparkplatzflächen vom XXXXXXX. Als Pachtzins zahlt die Antragsgegnerin an die Stadt XXXXXXX derzeit XXXXXXX €. § 3 Nr. 3 bestimmt, dass der Pachtzins auf der Basis der derzeit gültigen Parkpreise berechnet wurde. Im Falle des Beschlusses einer Anhebung der allgemeinen Parkpreise durch die Stadt XXXXXXX, ist der Pachtzins analog anzupassen, so jüngst geschehen mit dem Nachtragsvertrag zum Pachtvertrag vom XXXXXXX.

Weiterhin wurden die Hallen XXXXXXX auf der Basis eines Erbbaurechts durch die Antragsgegnerin auf eigene Kosten errichtet, wobei gemäß § 12 Nr. 3 Erbbaurechtsvertrag (XXXXXXX) bzw. § 4 Nr. 6 Erbbaurechtsvertrag (XXXXXXX) die Stadt XXXXXXX als Grundstückseigentümerin jederzeit das Recht des Zugangs auf das Erbbaugrundstück durch Beauftragte hat, um die Einhaltung der Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag zu überwachen. Erlöschen die Erbbaurechte, gehen die auf den Grundstücken errichteten Gebäude und Anlagen der Antragsgegnerin entschädigungslos in das Eigentum der Stadt XXXXXXX über. § 10 Erbbaurechtsvertrag (XXXXXXX) und § 9 Erbbaurechtsvertrag (XXXXXXX) bestimmen, dass ein Erbbauzins nicht vereinbart wird.

Zudem hat die Stadt XXXXXXX mit Bürgschaftsvertrag vom XXXXXXX für die Antragsgegnerin eine modifizierte Ausfallbürgschaft übernommen, um die Fremdfinanzierung des Baus der Halle XXXXXXX und eines Verwaltungsgebäudes abzusichern. Die modifizierte Ausfallbürgschaft dient der Sicherung eines Darlehens, das die Antragsgegnerin von einer Bank erhalten hat. Nach dem Bürgschaftsvertrag gilt der Ausfall als festgestellt, wenn und soweit die Antragsgegnerin zahlungsunfähig ist (z. B. durch Zahlungseinstellung erwiesen) und aus der Verwertung ihres



sonstigen Vermögens keine nennenswerten Erlöse mehr zu erwarten sind. Im Gegenzug zahlt die Antragsgegnerin an die Stadt XXXXXXXX eine Bürgerschaftsprovision. Dieses laufende Entgelt beträgt XXXXXXXX % des jeweils zum 01.01. des Kalenderjahres noch bestehenden Restkapitals und ist bis zum 30.06. des Jahres zu zahlen.

Ferner beabsichtigt die Stadt XXXXXXXX, die Antragsgegnerin ab dem Jahr 2016 im Wege eines formalen Betrauungsaktes mit der Durchführung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Bereich des allgemein zugänglichen Messe-, Kultur- und Veranstaltungsangebotes in der Stadt XXXXXXXX zu betrauen und ihr dafür eine jährliche Eigenkapitalverstärkung in Höhe von XXXXXXXX Mio. € zu gewähren. Eine Zahlung an die Antragsgegnerin in entsprechender Höhe hat die Stadt XXXXXXXX im Haushaltsplan 2016 ff. veranschlagt, um sie in die Lage zu versetzen, weiterhin ihren satzungsgemäßen Aufgaben nachzukommen.

Der Rat der Stadt XXXXXXXX beabsichtigt, künftig einmal jährlich über die Höhe und Art der Ausgleichszahlung im Zusammenhang mit der Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu beraten und neu zu entscheiden.

In der Anlage 1 zur Beschlussvorlage "Betrauungsakt für die XXXXXXXX" der Stadt XXXXXXXX (Drucksache Nr.: XXXXXXXX) ist unter I. Rechtsverhältnisse und Betrauung, Abs. 2 festgelegt, dass es sich bei der XXXXXXXX um eine *"öffentliche Einrichtung, die dazu dient, strukturpolitisch die Stadt XXXXXXXX und die Region fortzuentwickeln"* handelt.

Der Betrauungsakt wurde bisher noch nicht von der Gesellschafterversammlung der Antragsgegnerin beschlossen. Auch leistete die Stadt XXXXXXXX bisher weder eine Zahlung im Sinne des Betrauungsaktes an die Antragsgegnerin, noch gibt es einen derartigen Beschluss.

Die Antragstellerin trägt vor, dass bereits der Vortrag der Antragsgegnerin zur angeblichen Eigentümerstellung der Stadt XXXXXXXX an den XXXXXXXX unzutreffend sei. Die Stadt XXXXXXXX sei nicht mehr Eigentümerin der Flurstücke, auf denen die XXXXXXXX stehen, da sie im Jahr XXXXXXXX einen sog. "Cross-Border-Leasing"-Vertrag abgeschlossen habe. Damit sei das Eigentum an den XXXXXXXX auf den Leasinggeber, einer US-amerikanischen Kapitalgesellschaft übergegangen.

Jedenfalls, so die Antragstellerin, sei aus dem Umstand der Eintragung einer Dienstbarkeit im Grundbuch belegt, dass die tatsächliche Sachherrschaft über den XXXXXXXX-Komplex beim Leasinggeber und nicht mehr bei der Stadt XXXXXXXX liege; dies nicht nur in wirtschaftlicher, sondern auch in dinglicher Hinsicht.

Die Antragstellerin vertritt darüber hinaus die Auffassung, dass sich aus dem "Cross-Border-Leasing"-Vertrag ergebe, dass die Antragsgegnerin auch ohne ausdrücklichen Gewinnabführungs- oder Verlustausgleichsvertrag kein wirtschaftliches Risiko für ihre Tätigkeit trage. Das wirtschaftliche Risiko trage vielmehr die Stadt XXXXXXXX und diese sei außerdem vertraglich verpflichtet, den Betrieb der XXXXXXXX und insofern die Geschäftstätigkeit der Antragsgegnerin für die Vertragslaufzeit bis ins Jahr XXXXXXXX in jedem Falle sicherzustellen und die sich insoweit ergebenden Unterhal-



tungskosten selbst bei einem wirtschaftlichen Totalausfall der Antragsgegnerin zu übernehmen. Dies erfolge durch entsprechende Mittelgewährungen an die Antragsgegnerin durch die Stadt XXXXXXXX, als auch durch die vertragliche Übertragung entsprechender Unterhaltungs- und Instandsetzungspflichten auf die Antragsgegnerin. Zu diesen Maßnahmen zähle auch die streitgegenständliche, beabsichtigte Vergabe von Reinigungsdienstleistungen in den XXXXXXXX.

Dass eine Gesellschaft wirtschaftlich handeln müsse, stehe überdies in jedem Gesellschaftsvertrag. Dies sei vorliegend somit keine Besonderheit.

Jedenfalls bedeute ein Verlustvortrag in Höhe von ca. XXXXXXXX Mio. € ausweislich des Beteiligungsberichts der Stadt XXXXXXXX für das Jahr 2014/2015, dass die Antragsgegnerin wohl nur deshalb bis zum heutigen Tage der Insolvenzantragspflicht entgehen konnte, da ein durch die Stadt XXXXXXXX als Alleingesellschafterin verbürgter Kredit, dessen Restschuld sich ausweislich des Beteiligungsberichtes 2014/2015 der Stadt XXXXXXXX zum 31.12.2014 auf ca. XXXXXXXX Mio. € belief, gewährt wurde. Auch dieser Umstand bestätige, dass die Antragsgegnerin nicht selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer durchgeführten Messeveranstaltungen trage, sondern dieses auf verschiedenste und differenzierte Art und Weise durch die Stadt XXXXXXXX getragen werde. Dies werde auch am Beispiel der durch die Antragsgegnerin ausgerichteten Messe "XXXXXXX" ausweislich der Drucksache Nr. XXXXXXXX der Stadt XXXXXXXX vom XXXXXXXX belegt. Auf den diesbezüglich umfassenden Vortrag im Schriftsatz der Antragstellerin vom XXXXXXXX wird Bezug genommen.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass der Nachprüfungsantrag auch begründet sei, weil die Leistungsbeschreibung unzureichend und nicht transparent genug sei. Auf den Rängen in der Halle XXXXXXXX gäbe es keine Wasserentnahmestellen, so dass das benötigte Wasser in Eimern per Aufzug auf die Ränge geschafft werden müsste. Zudem würde lediglich eine Standardverschmutzung in der Leistungsbeschreibung zugrunde gelegt. Bei besonderen Veranstaltungen wie XXXXXXXX seien die Hallen aber erheblich intensiver verschmutzt. Bei der Preisabfrage würde dies nicht differenziert berücksichtigt, so dass diese Mehrkosten bei der Kalkulation nicht berücksichtigt werden könnten. Dieser Mehraufwand sei auch die Ursache für die von der Antragsgegnerin vorgelegten Gutachten gewesen, die diese im Rahmen des bisherigen Vertragsverhältnisses habe fertigen lassen.

Zudem habe die Antragsgegnerin trotz mehrfacher Rügen die Verfahrensart in den Vergabeunterlagen nicht benannt und auch den Auftragswert nicht ordnungsgemäß ermittelt. Allein der jährliche Auftragswert der bisherigen Leistungen überschreite bereits jetzt mehrfach den des EU-Schwellenwertes.

Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin auch die Mindestangebotsfrist des § 14 Abs. 2 VgV von mindestens 35 Kalendertagen erheblich unterschritten, und zwar um 14 Tage.

Die Antragstellerin meint, dass aufgrund der vorstehenden Beanstandungen ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags erheblich beeinträchtigt wären. Beim Unterlassen einer an sich gebotenen europaweiten Ausschreibung liege die Rechtsbeeinträchtigung des Bieters allein darin begründet, dass ihm durch das Unterlassen der euro-



paweiten Ausschreibung zugleich die Wahrnehmung des Primärrechtsschutzes nach dem GWB zumindest deutlich erschwert werde.

Die Antragstellerin beantragt

1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegnerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt wird,
2. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen, insbesondere die mit Aufforderung vom 14.07.2016 erfolgte Einleitung des Vergabeverfahrens aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, ein ordnungsgemäßes, den Bestimmungen der §§ 97 ff. GWB i. V. m. den Bestimmungen der VgV entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin erforderlich gewesen ist,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin nicht erforderlich gewesen ist,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Hilfsweise beantragt die Antragstellerin für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Gebühren der Kammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass sie keine öffentliche Auftraggeberin sei und eine Nachprüfung durch die Vergabekammer somit nicht in Betracht käme.

Bereits der Gesellschaftsvertrag verpflichte sie dazu, bei der Durchführung von Messen und Veranstaltungen wie auch sonstigen Tätigkeiten wirtschaftliche Überlegungen in den Vordergrund zu stellen. Dies bringe § 3 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages mit der Maßgabe zum Ausdruck, dass die Antragsgegnerin die an sie verpachteten Hallen wirtschaftlich ausnutzen müsse. Wirtschaftliche Ausnutzung bedeute, dass die Satzung der Antragsgegnerin über die ordnungsgemäße Bewirtschaftung hinaus eine Verpflichtung zur maximalen Fruchtziehung vorgebe. Die Antragsgegnerin führe ihre Geschäftstätigkeit allein nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten.

Die Stadt XXXXXXXX treffe keine Verlustausgleichspflicht. Die Antragsgegnerin habe seit der Übernahme der Bauunterhaltung von der Stadt XXXXXXXX im Jahre 1995 zu keinem Zeitpunkt einen Verlustausgleich erhalten. Der Reingewinn der Antragsgegnerin sei nach § 8 des Gesellschaftsvertrages zuvorderst zum Verlustausgleich zu verwenden. Darüber hinaus sei eine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter vorgesehen. Die Antragsgegnerin habe in den letzten Jahren keine Gewinne erwirtschaften können, die eine Reduzierung des Verlustvortrags ermöglicht hätten. Die



Stadt XXXXXXXX habe insoweit nichts veranlasst, um den stetig steigenden Verlustvortrag abzufangen. Insbesondere habe sie in keiner Weise den Wegfall des Kapitalzuschusses in ertragsschwachen Jahren der Antragsgegnerin kompensiert.

Dabei stehe sie, so die Antragsgegnerin, mit ihren Tätigkeiten in einem harten Wettbewerb mit den anderen, umliegenden Messestandorten, die teilweise massiv subventioniert würden. In diesem Umfeld müsse sie sich stets an konjunkturelle bzw. marktstrukturelle Veränderungen anpassen und bestehende Messekonzepte ständig überprüfen und wirtschaftlich weiterentwickeln. Deshalb stehe sie unter einem massiven Wettbewerbsdruck. Zudem mache die Stadt XXXXXXXX der Antragsgegnerin bereits durch die Zulassung alternativer Veranstaltungsräume in XXXXXXXX Konkurrenz.

Die Antragsgegnerin meint, dass ihr auch durch die Regelungen des Pachtvertrags ein Wettbewerbsnachteil entstehe. Sie habe derzeit eine Mindestpacht von jährlich XXXXXXXX € und eine ergebnisorientierte Höchstpacht von jährlich XXXXXXXX € an die Stadt XXXXXXXX zu entrichten. Da sie die gesamte Bautätigkeit im Bereich des Pachtgegenstandes auf eigene Rechnung durchführe, obwohl nach dem gesetzlichen Leitbild grundsätzlich die Stadt XXXXXXXX als Eigentümerin und Verpächterin die Pflicht zur Erhaltung der von ihr verpachteten Hallen trage, verbleibe der jährliche Pachtzins in der Regel als Investitionszuschuss bei der Antragsgegnerin. Dies sei jedoch bei Pachtverträgen nicht üblich, da die dem Verpächter vertraglich obliegende Hauptleistungspflicht die Überlassung von gebrauchstauglichen Gegenständen sei. Aus dieser Konstellation ergebe sich in der Regel eine erhebliche höhere Belastung für notwendige und umfangreiche Baumaßnahmen als der Investitionszuschuss der Stadt XXXXXXXX abdecke.

Die Antragsgegnerin behauptet, dass sie deshalb auf die positiven Ergebnisse der eigenfinanzierten, wettbewerbsfähigen Bereiche ihres Unternehmensverbundes zurückgreife, um solche Instandhaltungsmaßnahmen kostendeckend zu finanzieren. Die hierdurch resultierende Wettbewerbsverzerrung führe zu Einschränkungen in ihrer kaufmännischen Gestaltungsfreiheit, so dass sie gezielt nur Veranstaltungen, mit denen Geld zu verdienen sei, realisiere.

Da der Investitionszuschuss in der Regel die Kosten für die Gebäudeerhaltung nicht abdecke und der ergebnisabhängige Kapitalzuschuss in der Regel ausfalle, stelle der Pachtvertrag keine wirtschaftliche Vergünstigung zu ihren Gunsten, sondern vielmehr einen Wettbewerbsnachteil, dar. Gleiches gelte für den Pachtvertrag über die Außenparkplatzflächen.

Auch die beiden Erbbaurechtsverträge - deren Laufzeit mit nur 40 Jahren äußerst knapp bemessen sei - brächten Wettbewerbsnachteile für die Antragsgegnerin mit sich. Diese seien so ausgestaltet, dass die Antragsgegnerin die Kosten der Errichtung, der Instandhaltung und der Verwendung auf ihrer Grundlage errichteter Bauwerke und die öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben zu tragen habe. Angesichts des entschädigungslosen Heimfallanspruchs der Stadt XXXXXXXX sei jeder Zuwendungscharakter zu verneinen. Mit dem Erlöschen der Erbbaurechte gingen die aufstehenden Gebäude und Anlagen der Antragsgegnerin entschädigungs-



los in das Eigentum der Stadt XXXXXXX über. Die Erbbaurechtsverträge begründeten somit ein zusätzliches wirtschaftliches Risiko für die Antragsgegnerin.

Soweit die Stadt XXXXXXX der Antragsgegnerin Zahlungen gewähre, habe die Antragsgegnerin hierfür jeweils eine Gegenleistung zu erbringen. Auch die Streitgegenständliche Kommunalbürgschaft begründe keinen wirtschaftlichen Vorteil der Antragsgegnerin, weil sie hierfür eine marktübliche Bürgschaftsprovision an die Stadt XXXXXXX zahlen müsse. Die Stadt XXXXXXX habe der Antragsgegnerin mit der Bürgschaft im Hinblick auf das EU-Beihilferecht gerade keine wirtschaftliche Vergünstigung (Zuwendung) zukommen lassen, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.

Es existiere auch kein Betrauungsakt der Stadt XXXXXXX zugunsten der Antragsgegnerin. Der Betrauungsakt, der in der Ratsvorlage der Stadt XXXXXXX zu Drucksache XXXXXXX Erwähnung finde, bedürfe zunächst der Umsetzung durch die Gesellschafterversammlung der Antragsgegnerin. Ob, wann und wie die Gesellschafterversammlung den Ratsbeschluss umsetze, könne derzeit allenfalls spekuliert werden. Davon abgesehen treffe der Betrauungsakt nach dem ausdrücklichen Willen der Stadt XXXXXXX gerade keine Aussage zum "Ob" einer möglichen (Investitions-) Ausgleichsfinanzierung. Ausdrücklich erklärtes Ziel des Betrauungsaktes sei nicht, der Antragsgegnerin Zuwendungen zu gewähren, sondern die Möglichkeit der Gewährung von Zuwendungen an die Antragsgegnerin - einschließlich des im Pachtvertrag geregelten Investitions- und Kapitalzuschusses - im Hinblick auf das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV beihilferechtlich abzusichern. Über das "Ob" einer Zahlung sei damit nichts ausgesagt. Es gehe der Stadt XXXXXXX allein um das - beihilferechtliche - "Wie". Bisher habe die Stadt XXXXXXX weder eine Zahlung i. S. d. Betrauungsaktes ("Zuschuss") an die Antragsgegnerin geleistet, noch habe sie eine Zahlung beschlossen. Von Bedeutung seien die Grenzen des Beihilferechts.

Auch sei ein bedingungsloser politischer Wille zur Erhaltung der Antragsgegnerin an keiner Stelle dokumentiert. Ganz im Gegenteil ziehe die Stadt XXXXXXX die Grenzlinie viel früher und halte die Antragsgegnerin unter ausdrücklichem Hinweis auf das EU-Beihilferecht strikt zu wirtschaftlichem Handeln an. Dies dokumentiere ebenfalls, dass die Stadt XXXXXXX gerade keinen unbedingten Willen zur Erhaltung der Antragsgegnerin habe; denn sonst hätte sie es der Antragsgegnerin ermöglichen müssen, sich als starker Player in diesem Verdrängungswettbewerb zu positionieren. Die Antragsgegnerin dürfe insoweit nicht mit dem Gebäudekomplex "XXXXXXX" gleichgesetzt werden, der möglicherweise erhalten werden soll. Insbesondere existiere, wie dargelegt, kein Grundlagenvertrag, der den wirtschaftlichen Fortbestand der Antragstellerin sichere.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen und unter Hinweis auf die Vergaberechtsprechung trägt die Antragsgegnerin vor, dass sie eben keine öffentliche Auftraggeberin sei.

Bei der Gesamtschau aller relevanten Umstände, insbesondere das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der mit der Übernahme der Tätigkeiten verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeiten aus öffentlichen Mit-



teln, ergebe sich, dass die Antragsgegnerin gewerblich tätig sei. Wichtig sei, dass auf den entscheidenden Zeitpunkt der Prognoseentscheidung abgestellt werde.

Insbesondere verweist die Antragsgegnerin darauf, dass die Gewinnerzielungsabsicht ein wichtiges Indiz für die Frage der Nichtgewerblichkeit sei und es weniger auf die wirtschaftliche Risikotragung ankomme. Diesbezüglich trägt sie vor, dass sie keine Zuwendungen (sog. verlorene Zuschüsse) von ihrer Gesellschafterin, der Stadt XXXXXXX, erhalte. Ihre satzungsmäßigen Aufgaben könne sie deshalb nur erfüllen, wenn sie selbst nach Leistungs- und Effizienzvorgaben sowie in Gewinnerzielungsabsicht handle. Die geschlossenen Verträge enthielten keine Mechanismen, die ihr Einnahmen rechtlich garantierten. Sie müsse somit Gewinne aus ihrer operativen Tätigkeit erwirtschaften. Auch der Betrauungsakt, der aber noch nicht beschlossen sei, ändere daran nichts. Denn das Anstreben von Gewinnen bleibe weiterhin ihr Hauptziel. Darüber hinaus sei sie sehr wohl einem Insolvenzrisiko ausgesetzt. Hypothetische Annahmen bzgl. eines "Auffangens" der Antragsgegnerin durch die Stadt XXXXXXX seien außer Betracht zu lassen.

Schließlich sei die Antragsgegnerin nicht mit Unternehmen gleichzusetzen, die als ÖPNV-Dienstleister bzw. Energie- und Wasserversorger (Grundversorgung) kommunale Pflichtaufgaben im Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge wahrnehmen. Messe-, Tagungs- und Veranstaltungsaufgaben zählten allenfalls zum Randbereich der kommunalen Daseinsvorsorge und unterlegen damit nicht nur beihilfe-, sondern auch verstärkt haushaltsrechtlichen Schranken. Die Antragsgegnerin sei überdies nicht an dem Cash-Pool der Stadt XXXXXXX beteiligt, der u. a. im Falle von wirtschaftlichen Krisen Liquidität bereitstelle.

Der Bürgschaftsvertrag und der Betrauungsakt seien ein Indiz für das Vorliegen des Merkmals "nichtgewerblich". Letzterer beziehe sich ausschließlich auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI).

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Zahlungen, die zur Erhaltung der verpachteten Gebäude dienen, nicht darauf gerichtet seien, der Antragsgegnerin eine beständige Finanzierung zu sichern. Denn die Antragsgegnerin müsse dafür Gegenleistungen erbringen. Die Stadt XXXXXXX Sorge lediglich dafür, dass ihre Messehallen fortbestehen; sie investiere aber nicht in den Fortbestand der Antragsgegnerin zur Sicherstellung des Geschäftsbetriebes unabhängig von der betriebswirtschaftlichen Rentabilität. Dass diesbezüglich eine Kombination aus einer Mindestpacht und einer variablen Pacht gewählt worden sei, sei nicht unüblich, wenn der Verpächter am Gewinn des Pächters beteiligt werde. Insbesondere die Aufsichtsratsitzung vom 27.06.2014 mache deutlich, dass auf eine "gesunde Unternehmensführung" Wert gelegt werde. Wie in der mündlichen Verhandlung bereits vorgetragen habe die Stadt XXXXXXX in der Vergangenheit wiederholt und insbesondere am 27.06.2014, was unstreitig ist, im Aufsichtsrat der Antragsgegnerin erklärt, dass sie den Betrieb des Unternehmens der Antragsgegnerin nicht bezuschussen werde. Fehler, die andere Städte in der Vergangenheit durch die Subventionierung von Messen gemacht hätten, werde die Stadt XXXXXXX bei der Antragsgegnerin vermeiden.



Das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 15.07.2015, VII Verg 11/15) stelle zum Zwecke der Prüfung einer wirtschaftlichen Risikotragung nicht auf einen irgendwie begründeten politischen Erhaltungswillen, sondern auf gesellschaftsvertragliche Fakten ab. Das Kriterium des politischen Erhaltungswillens sei als Abgrenzungskriterium untauglich.

Im durch das KG Berlin entschiedenen Fall zur "Messe Berlin GmbH" seien politische bzw. wirtschaftliche Ziele in einem Grundlagenvertrag zwischen dem Land Berlin und der Messengesellschaft zu deren wirtschaftlichen Sanierung geschlossen worden. Das Land Berlin habe damit ganz konkret durch sein Handeln seinen Erhaltungswillen dokumentiert. Eine Sanierungsvereinbarung wie im Falle der Messe Berlin bestehe hingegen vorliegen nicht. Im Gegenteil stehe hier die Aussage der Stadt XXXXXXX, dass gerade keine Unterstützung ohne Wirtschaftlichkeit der Antragsgegnerin erfolgen solle.

Darüber hinaus vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, dass der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle. Denn die Vergabe des Auftrages erfolge in einem wettbewerblichen Verfahren, das die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung, sowie insbesondere den Aufruf zum Wettbewerb, die Herausgabe einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung und das Angebot von Ortsterminen beachte. Die Sorge der Antragstellerin, dass ein de-facto vergebener Auftrag noch bis zu sechs Monate nach Vertragsschluss durch die Vergabekammer für unwirksam erklärt werden könnte, habe man durch die Absicht einer Vorabbekanntmachung gemäß § 135 Abs. 3 GWB aufgefangen.

Ferner trägt die Antragsgegnerin unter Hinweis auf zwei Privatgutachten vor, dass die Antragstellerin auch im Falle der Neuausschreibung des streitgegenständlichen Auftrages nach den Regelungen des GWB mangels Eignung vom Verfahren auszuschließen wäre. Die darin festgestellte doppelte Durchführung von Reinigungsarbeiten, ohne dass hierfür objektiv ein Anlass feststellbar sei, stelle eine erhebliche Verfehlung der Antragstellerin dar, die ungerechtfertigte Mehrkosten in Höhe von ca. 40 % (jährlich ca. 160.000 €) und damit zu ihrer Unzuverlässigkeit führe.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 1 GWB bis zum 07.11.2016 verlängert. Am 14.10.2016 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 156 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 2 ZustVO NpV NRW. Die Vergabestelle hat ihren Sitz in XXXXXXX und damit im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen. Der geschätzte Auftragswert liegt bei ca. XXXXXXX Mio. € für die gesamte Vertragslaufzeit und damit oberhalb des für Dienstleistungen erforderlichen Schwellenwertes von 209.000 €



2. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

2.1. Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus § 160 Abs. 2 GWB. Insbesondere hat sie sich an dem nicht förmlichen Verfahren der Antragsgegnerin beteiligt.

2.1.1. Der Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin angelehnt an die Bestimmungen des GWB und der VgV eine nicht förmliche Ausschreibung vorgenommen hat, an der sich auch die Antragstellerin beteiligte. Bereits mit Beschluss vom 10.11.2009 (Az.: X ZB 8/09) hat der BGH entschieden, dass auch die Wahl einer falschen Verfahrensart einen Schaden beim Bieter verursachen kann und ihn damit in seinen Rechten verletzt. Dies gilt auch für den Fall, dass der Bieter sich an dem nicht förmlichen Vergabeverfahren beteiligt hat.

Die Antragstellerin hat auf diverse Mängel in der Leistungsbeschreibung hingewiesen und zudem die Einhaltung von Formvorschriften, wie die Benennung der Verfahrensart und der Einhaltung der Angebotsfristen gefordert. Diese Bestimmungen dienen dem Primärrechtsschutz der Bieter bei einer europaweiten Ausschreibung und sind deshalb zwingend von den Auftraggebern einzuhalten. Ist beispielsweise die Leistungsbeschreibung derart unzureichend, dass die Kalkulation der Angebote in Frage steht, so kann bereits deshalb von einem drohenden Schaden für die Bieter ausgegangen werden.

Zudem dient die Regelung in § 135 Abs. 3 GWB, und zwar die anschließende Bekanntmachung im EU-Amtsblatt, nicht dazu, die an sich von den Auftraggebern einzuhaltenen Bestimmungen im 4. Teil des GWB bewusst zu umgehen.

2.1.2. Der Antragsbefugnis steht weiter nicht entgegen, dass die Antragstellerin angeblich nicht geeignet für die Ausführung des Auftrages sein soll. Der Antragsgegnerin liegen diesbezüglich zwei von ihr selbst in Auftrag gegebene Gutachten vor, die der Antragstellerin Ungereimtheiten bei der bisherigen Ausführung des Auftrages unterstellen.

Die Antragsgegnerin trägt jedoch selbst vor, dass sie trotz dieser Gutachten die Antragstellerin in das nicht förmliche Verfahren einbezogen habe. Damit dokumentiert sie, dass sie die Antragstellerin zunächst trotz dieser Gutachten für geeignet hielt.

Wenn die Antragsgegnerin nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens eine andere Bewertung vornehmen will, muss sie nachweisen, dass neue Gesichtspunkte und Umstände hinzugetreten sind, die ihr bei der ersten Beurteilung nicht bekannt waren. In einem förmlichen Vergabeverfahren wäre es unzulässig, die Eignung eines Bieters unterschiedlich zu beurteilen, wenn keine neuen Anhaltspunkte dafür vorliegen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.5.2003, Verg 16/03, ist eine Vergabestelle nach Treu und Glauben im Allgemeinen gehindert, im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens von ihrer ursprünglichen Beurteilung abzurücken und bei unveränderter Sachlage die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung oder Leistungsfähigkeit des Bieters nunmehr zu verneinen.

Erst recht muss dies vor dem Hintergrund des § 125 Abs. 1 GWB i. V. m. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gelten, wonach ein öffentlicher Auftraggeber mögliche vom Unter-



nehmen selbst ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen vor Ausschluss des Bieters aus dem Wettbewerb zu bewerten hat.

2.2. Die Antragstellerin hat mehrfach sowohl einzelne Gesichtspunkte in der Leistungsbeschreibung als letztlich auch die Wahl der falschen Verfahrensart gemäß § 160 Abs. 3 GWB gerügt. Darauf kommt es aber nicht an.

Denn nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.7.2006, Verg 26/06, und Beschluss vom 13.6.2007, Verg 2/07, sowie der VK Münster, Beschluss vom 19.9.2006, VK 12/06, soll die unverzügliche Rüge es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen, einen Fehler im Vergabeverfahren zu korrigieren. Die Rügeobliegenheit kann somit im Sinne einer Mitwirkungspflicht des Bieters verstanden werden. Diese soll dazu beitragen, dass ein zeitaufwändiges Nachprüfungsverfahren unterbleibt, sofern das Vergabeverfahren durch eine Korrektur des Vergaberechtsverstößes geheilt werden kann. Hat sich aber der Auftraggeber entschieden, überhaupt kein geregeltes Vergabeverfahren durchzuführen, fehlt es an einer verfahrensmäßigen Grundlage dafür, dem Antragsteller eine Mitwirkungspflicht zugunsten des Auftraggebers aufzuerlegen. Eine aus § 242 BGB abgeleitete Rügeobliegenheit zu Lasten desjenigen Bieters, der sich in Kenntnis der Erforderlichkeit eines regulären Vergabeverfahrens an einer de-facto Vergabe beteiligt, ohne den Auftraggeber auf den Rechtsverstoß hinzuweisen, ist zu verneinen. Dadurch würde nicht nur die Nichtanwendbarkeit des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB a. F. auf de-facto Vergaben unterlaufen, sondern auch eine einseitige Belastung der Bieterseite bei gleichzeitiger Privilegierung des öffentlichen Auftraggebers bewirkt. Diese ist schon deswegen nicht gerechtfertigt, weil der öffentliche Auftraggeber und nicht der Bieter der verantwortliche Normadressat für die Beachtung des Vergaberechts ist. Etwas anderes kann auch für die Neuregelung in § 160 Abs. 3 GWB nicht angenommen werden.

2.3. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin i. S. v. § 99 Nr. 2 GWB.

§ 99 Nr. 2 GWB enthält eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen, die kumulativ vorliegen müssen, damit eine juristische Person des Privatrechts als öffentlicher Auftraggeber eingestuft werden kann.

Öffentliche Auftraggeber sind gemäß § 99 Nr. 2 Buchst. c) GWB auch andere juristische Personen des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Gebietskörperschaften bestimmt worden sind.

2.3.1. Die Antragsgegnerin ist eine juristische Person des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, wobei mehr als die Hälfte der Mitglieder ihrer zur Geschäftsführung und zur Aufsicht berufenen Organe durch Gebietskörperschaften bestimmt worden sind.

Die Antragsgegnerin ist eine GmbH. Alleinige Gesellschafterin der Antragsgegnerin ist die Stadt XXXXXXX. Organe sind die Gesellschafterversammlung und der Aufsichtsrat. In der Gesellschafterversammlung vertritt die Stadt XXXXXXX 100 Prozent der Stimmen entsprechend dem städtischen Anteil. Dem Aufsichtsrat gehören 15 Mitglieder an. Er setzt sich aus neun vom Rat der Stadt XXXXXXX entsandten Mit-



gliedern, fünf gewählten Arbeitnehmersvertretern und einem ständigen Vertreter des Oberbürgermeisters zusammen.

Insbesondere die Ausrichtung von Messen dient der im Allgemeininteresse liegenden Wirtschaftsförderung. Die Antragsgegnerin beschreibt sich selbst in ihrem "Unternehmensleitbild" als "internationales Veranstaltungszentrum, einer der vier größten Messeplätze in NRW sowie das größte Kongresszentrum der Region." Darüber hinaus sorgt die Antragsgegnerin nach eigenem Bekunden "für wirtschaftliche Impulse in die Region und deren Unternehmen".

2.3.2. Die Antragsgegnerin erfüllt auch die Voraussetzung "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art". Das Merkmal der "Nichtgewerblichkeit" kann nicht abstrakt geklärt werden, sondern ist letztlich durch Anwendung auf den Einzelfall zu ermitteln.

2.3.2.1. Ausgehend von der Rechtsprechung, sowohl des EuGH, u. a. Urteil vom 10.5.2001, Rs. C-223/99C-260/99 ("Ente Fiera"), Urteil vom 22.5.2003, Rs. C-18/01 (Korhonen), Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-283/00 (SIEPSA), als auch des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2003, Verg 67/02, Beschluss vom 13.8.2007, Verg 16/07, des KG Berlin, Beschluss vom 27.7.2006, 2 Verg 5/06, sowie des OLG Hamburg, Beschluss vom 25.1.2007, 1 Verg 5/06 und anderer Vergabenachprüfungsentscheidungen, kommt es auf die Würdigung von Gesamtumständen im Einzelfall an. Aus diesen Gesamtumständen muss man schlussfolgern können, dass die juristische Person des Privatrechts, hier die Antragsgegnerin, nicht den gängigen Marktmechanismen unterworfen ist, sondern bedingt durch die Nähe zu einer staatsbezogenen Einrichtung, hier der Stadt XXXXXXX, wirtschaftliche Vorteile hat, die ihr eine marktbezogene Sonderstellung im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern auf dem Markt einräumt.

Der EuGH hat wiederholt geurteilt, dass "das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, u. a. der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu würdigen sind, wobei insbesondere das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt, das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen sind."

Die vorstehenden Kriterien werden lediglich als "Indizien" aufgefasst, müssen somit in Bezug auf den jeweiligen Einzelfall aufgrund der Gesamtumstände nachvollziehbar überprüft werden. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer solchen "Vermutung" ist somit allein nicht ausschlaggebend.

So schließt beispielsweise das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht die Nichtgewerblichkeit nicht per se aus. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung erforderlich, anhand derer festzustellen ist, ob sich die juristische Person von anderen als rein wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.7.2015, Verg 11/15.



Unter Berücksichtigung der vorstehenden Rechtsprechung kommt es - entgegen der Auffassung der VK Düsseldorf, Beschluss vom 21.3.2013, VK-33/2012 –L - somit gerade nicht darauf an, dass "verbindliche Mechanismen zwischen den Beteiligten vertraglich festgelegt werden, die dem öffentlichen Auftraggeber i. S. v. § 99 Nr. 2 GWB die Sicherheit einer Bestandsgarantie geben und die verhindern, dass der öffentliche Auftraggeber insolvent wird oder bei fortdauernder Unwirtschaftlichkeit finanziell unterstützt wird". In seiner Entscheidung vom 16.10.2003 (SIEPSA) stellt der EuGH eindeutig darauf ab, dass es einen solchen offiziellen Mechanismus zum Ausgleich etwaiger Verluste nicht geben muss, sondern dass lediglich die Möglichkeit als denkbar erscheinen muss, dass der "Staat in seiner Eigenschaft als einziger Anteilseigner alle Maßnahmen ergreifen würde, die erforderlich sind, um einen etwaigen Konkurs der SIEPSA zu verhindern."

Im Ergebnis kommt es somit darauf an, ob das Unternehmen sich wie ein normaler Marktteilnehmer auf dem fraglichen Markt bewegt oder ob das Unternehmen, flankiert durch staatliche Hilfen, risikoloser agieren kann als ein Marktteilnehmer, der diese Unterstützung nicht hat. Weiterhin hat der EuGH allein die Möglichkeit, dass der Staat als Anteilseigner ein Insolvenzrisiko abwenden könnte, als ausreichend angesehen (so auch das KG Berlin, a. a. O.). Eine ausdrückliche vertragliche Regelung muss es diesbezüglich nicht geben.

Dies hält die erkennende Kammer auch für zutreffend. Denn die vertraglichen Regelungen zwischen den Gesellschaftern können durchaus so gestaltet sein, dass konkrete Risiken nicht ausdrücklich aufgenommen werden. Das ist in der Regel nicht erforderlich, wenn die Vertragsparteien in einem derartigen Näheverhältnis zueinander stehen, dass es einer verbindlichen Regelung einfach nicht bedarf. Anstelle dieser verbindlichen vertraglichen Regelungen ist vielmehr aufgrund der Gesamtumstände einzuschätzen, ob die fragliche Gesellschaft und deren Aufgaben, die im Allgemeininteresse stehen, für die Anteilseigner so wichtig sind, dass man gegebenenfalls den Konkurs abwendet bzw. diese Gesellschaft finanziell so unterstützt, dass diese Situation erst gar nicht eintritt. Das kann man vorliegend aus den Gesamtumständen ableiten.

2.3.2.2 Darüber hinaus ist allgemein anerkannt, dass es nicht darauf ankommt, welchen Anteil die Tätigkeit der Einrichtung für die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art ausmacht, vgl. u. a. EuGH, Urteil vom 22.5.2003 (Korhonen, a. a. O.). Diese Tätigkeit kann auch einen unbedeutenden Teil ausmachen. Im Falle der Mischfunktion ist somit keine Einordnung und Aufteilung der Aufgaben in einen gewerblichen oder nichtgewerblichen Teil erforderlich und es kommt auch nicht auf den Schwerpunkt der Tätigkeit dieser Gesellschaft an. Auch ganz geringfügige Tätigkeiten, die dem öffentlichen Aufgabenbereich zugerechnet werden können, infizieren die Einrichtung als solche und machen sie insgesamt zu einem öffentlichen Auftraggeber.

Aus der Tatsache, dass die Antragsgegnerin von der Stadt XXXXXXXX ausweislich des geplanten Betrauungsaktes Ausgleichszahlungen nur für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) bekommen soll, kann man zumindest schlussfolgern, dass sie auch solche Aufgaben, die nicht gewerblich sind, übernimmt.



2.3.2.3 Ausgehend von diesen Vorgaben, sind bei der Antragsgegnerin eine Reihe von Umständen feststellbar, die ihre Tätigkeit im Marktsektor "Messeveranstaltungen" erleichtern und damit dazu beitragen, dass sie risikoloser agieren kann als andere Wettbewerber, die eine solche Unterstützung nicht erhalten würden.

Im Einzelnen:

(1) Die Antragsgegnerin trägt unter Hinweis auf die Entscheidung "Ente Fiera" des EuGH ("Mailänder Messe"; a. a. O.) vor, ihr Handeln sei an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtet. Sie sei darüber hinaus in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig und habe anders als im entschiedenen Fall zudem Gewinnerzielungsabsicht. Deshalb könne sie nach der EuGH-Rechtsprechung folglich erst recht kein öffentlicher Auftraggeber sein. Die Antragsgegnerin verkennt, dass es sich bei all diesen Kriterien lediglich um Indizien handelt, die nicht losgelöst vom Einzelfall beurteilt werden. Es kommt vielmehr auf die Gesamtumstände an.

Dass die Antragsgegnerin in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig wird und zudem möglichst wirtschaftlich effizient mit Gewinnerzielungsabsicht handeln möchte, bedeutet nicht, dass sie damit „gewerblich“ handelt. Das OLG Düsseldorf hat bereits mit Beschluss vom 30.4.2003, Verg 67/02, ausgeführt, dass sich das Merkmal der "nicht gewerblichen Art" auf die Aufgabe, aber nicht auf die juristische Person bezieht, die die Aufgabe erfüllen soll. Folglich kommt es auf eine Gewinnerzielungsabsicht (der juristischen Person) überhaupt nicht an. Das OLG Düsseldorf begründet das damit, dass die in der Vorschrift genannten Personen des Privatrechts, wie eine AG oder GmbH, in der Regel auf Gewinnerzielung ausgelegt seien, so dass dieses Merkmal nicht als zusätzliches Abgrenzungskriterium gelten könne, so auch das OLG Hamburg, a.a.O.

Auch in der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.7.2015, Verg 11/15, stellt das OLG nicht vorrangig auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht ab, sondern darauf, ob „die unternehmerischen Risiken der Antragsgegnerin so gut wie ausgeschlossen sind“. Das beurteilt das Gericht danach, welche steuerlichen Vergünstigungen die Gesellschaft hat und welche gesetzlichen Transferleistungen nach dem SGB IX und dem SGB XII ihr zustehen. Im Ergebnis hat das OLG Düsseldorf die betroffene GmbH aber auch nicht als öffentliche Auftraggeberin iSv § 98 Nr. 2 GWB (a.F.) eingeordnet, sondern entschieden, dass „ungeachtet der vertraglichen Vereinbarungen“ zwischen der GmbH und der staatlichen Institution die GmbH zur Ausschreibung verpflichtet ist. Denn die Geltung des Vergaberechts, so das OLG Düsseldorf, unterliegt nicht der Disposition öffentlicher Auftraggeber. Daraus lässt sich schlussfolgern, dass allein das Vorliegen von Gewinnerzielungsabsicht nicht aus dem Anwendungsbereich des § 99 Nr. 2 GWB hinausführt.

Zudem kommt es weiterhin nicht darauf an, ob die fragliche Gesellschaft tatsächlich wirtschaftlich und effizient arbeitet oder wie im Falle des KG Berlin, a.a.O., möglicherweise schon von der Insolvenz bedroht ist. Weder der EuGH noch die Oberlandesgerichte stellen ausdrücklich oder nachvollziehbar auf die wirtschaftliche Situation der zu beurteilenden Gesellschaft ab. Eine solche betriebswirtschaftliche Einschätzung erfordert § 99 Nr. 2 GWB auch nicht.



Vielmehr ist ausgehend von dem funktionalen Auftraggeberbegriff, wonach nicht nur die Institutionen des Staates öffentliche Auftraggeber sind, sondern vielmehr auch solche Einrichtungen, die funktional dem Staat zuzurechnen sind, weil sie staatsnahe Aufgaben erfüllen, eine objektive Einordnung und Einschätzung erforderlich. Damit soll verhindert werden, dass solche Einrichtungen das Vergaberecht umgehen. Demzufolge kann diese Einordnung nicht von der konkreten wirtschaftlichen Situation dieser Einrichtung abhängen. Wenn das zutreffend wäre, würden diejenigen Gesellschaften, die wirtschaftlich effizient sind bzw. so eingeschätzt werden, aus dem Anwendungsbereich herausfallen. Damit würde der funktionale Auftraggeberbegriff missverstanden, weil es auf die Einordnung der Aufgaben ankommt, aber nicht auf die Einschätzung der Wirtschaftlichkeit. Ganz abgesehen von der Frage, wann eine Gesellschaft tatsächlich „wirtschaftlich effizient“ tätig ist.

(2) Aus der Sicht der Kammer ist auch die Auffassung der Antragsgegnerin, dass die "fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübt" und dies ein Indiz dafür sei, dass sie "gewerblich" handele, nicht zutreffend. Das Fehlen von Wettbewerb auf dem relevanten Markt ist lediglich ein Indiz für den EuGH für die Nichtgewerblichkeit gewesen. Das Bestehen eines funktionierenden Wettbewerbs schließt ein nicht gewerbliches Handeln aber keineswegs aus. Denn auch in diesem Fall besteht die Möglichkeit, dass sich ein staatlich beeinflusstes Unternehmen nicht allein von wirtschaftlichen Grundsätzen leiten lässt. Insofern hat auch der EuGH (Korhonen, a.a.O.) ausdrücklich geurteilt, dass das "Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs allein nicht auf das Nichtvorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nichtgewerblicher Art schließen lässt". Um zu dem genannten Schluss zu gelangen, so der EuGH a.a.O, müssen zusätzliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden, wobei insbesondere zu prüfen ist, unter welchen Voraussetzungen die Einrichtung ihre Tätigkeit ausübt. Wichtig ist offensichtlich, dass die Einrichtung "unter normalen Marktbedingungen tätig wird", sich also - so auch die VK Brandenburg, Beschluss vom 27.7.2015, VK 12/15- strategisch und operativ wie ein normaler Marktteilnehmer verhält. Genau das kann vorliegend aufgrund der Gesamtumstände in Bezug auf die Antragsgegnerin nicht angenommen werden.

(3) Das Kriterium des politischen Erhaltungswillens ist als Abgrenzungskriterium nicht untauglich. Es kommt nur darauf an, wer die Einschätzung vornimmt.

Die Antragsgegnerin trägt selbst vor, dass die Stadt XXXXXXXX wiederholt im Aufsichtsrat der Antragsgegnerin erklärt habe, dass sie den Betrieb des Unternehmens der Antragsgegnerin nicht bezuschussen werde. Mit der Subventionierung der Messe in XXXXXXXX habe die Stadt XXXXXXXX einen Fehler gemacht und diesen werde man in XXXXXXXX nicht wiederholen.

Zutreffend ist, dass die Beantwortung der Frage, wer öffentlicher Auftraggeber ist, nicht in der Disposition der Beteiligten steht, wobei es egal ist, welcher politische Verantwortliche das wo äußert. Die Aussage im Aufsichtsrat war deshalb für die Kammer ohne Belang. Die von einem Beteiligten geäußerte Absicht – man werde das Unternehmen der Antragsgegnerin nicht bezuschussen – hat keine Aussagekraft. Denn dann würde man aus einer solchen Aussage Rückschlüsse auf die Geltung des Vergaberechts ziehen und das ist nicht zulässig, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.7.2015, Verg 11/15. Denn die Geltung des Vergaberechts steht nicht in der



Disposition der Rechtsanwender. Insofern kommt es weder darauf an, ob die Stadt XXXXXXXX sich zurückhaltend äußert oder ob sie sich zugunsten der Antragsgegnerin äußert.

Die Einschätzung muss sich vielmehr aus der Gesamtbetrachtung der Umstände ergeben und erfolgt von außen, nicht von den Beteiligten selbst.

(4) Weiterhin ist ohne Belang, dass etwaige Zahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) an die Antragsgegnerin gewährt werden sollen. Ob Zahlungen beihilferechtskonform erfolgen oder nicht, hat keine Auswirkungen auf die Frage, wer öffentlicher Auftraggeber ist.

Das Verbot staatlicher Beihilfen gehört zu den Grundprinzipien des Unionsrechts und lässt sich aus Art. 107 Abs. 1 AEUV (vormals Art. 87) herleiten. Subventionsgeber müssen sich somit durch Freistellungsbeschlüsse „absichern“, da „staatliche Beihilfen“ nicht ohne weiteres zulässig sind. Denn diese Beihilfen bedeuten, dass ein Zuwendungsempfänger im Verhältnis zu anderen privaten Wirtschaftsteilnehmern eine privilegierte Stellung im Wettbewerb erhält.

Dass die Antragsgegnerin hier staatliche Beihilfen von der Stadt XXXXXXXX mittels eines Betrauungsaktes erhalten soll, bedeutet nur, dass die Stadt XXXXXXXX sich hier beihilferechtskonform verhalten will. Das ist dann der Fall, wenn die Zahlung ein Ausgleich für die Übernahme einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung (Öffentliche Pflichtaufgabe) ist, vgl. dazu BVerwG, 16.12.2010, 3 C 44.09.

Das führt aber nicht zu einer Einengung der Möglichkeiten der Antragsgegnerin. Diese Ausgleichszahlungen dürfen nur für bestimmte Aufgaben verwandt werden, Kompensationen sind nicht möglich. Es geht aber nicht darum, in welchen Bereichen die Beihilfe verwendet wird und es geht auch nicht darum, ob eine solche Beihilfe eine „Rettung“ für die Antragsgegnerin darstellt. Hier geht es nur um die juristische Legitimation der Beihilfe für die Stadt XXXXXXXX.

Gemäß § 99 Nr. 2 GWB ist hingegen festzustellen, dass der beabsichtigte Betrauungsakt einen Zuschuss für die Antragsgegnerin bedeutet, den sie für die Erledigung bestimmter Aufgaben einsetzen muss. Damit wird sie im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern bevorteilt (privilegiert), die weder mit der Erfüllung solcher Aufgaben beauftragt werden noch dafür Mittel aus öffentlichen Haushalten ohne Gegenleistung (= staatliche Beihilfen) erhalten.

Das Vorbringen der Antragsgegnerin, der Betrauungsakt enge die Möglichkeiten der Antragsgegnerin ein, Ausgleichszahlungen zu verwenden, da etwaige Ausgleichszahlungen nach dem Betrauungsakt nur für DAWI verausgabt werden und Verluste der Antragsgegnerin in Nicht-DAWI-fähigen Bereichen hiermit nicht kompensiert werden dürften, ändert nichts an der Einordnung der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 Buchst. c) GWB.

(5) Der geplante Betrauungsakt ist vielmehr ein weiteres Indiz für die Verflechtung der Antragsgegnerin mit der Stadt XXXXXXXX und die damit einhergehende Risikominimierung. Dieser Betrauungsakt liegt zwar noch nicht vor, ist aber geplant. Eine Ratsvorlage befasst sich mit dieser Thematik, woraus geschlossen werden kann,



dass etwaige Zuschüsse als Einzahlung in die Kapitalrücklage der Antragsgegnerin erfolgen werden. Ansonsten hätte es diese Ratsvorlage nicht gegeben.

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Antragsgegnerin dadurch in ihrem Bestand gesichert wird oder sie einen Anspruch auf diesen Zuschuss ausweislich eines Vertrages hat oder Kompensationen in anderen Bereichen, die keine öffentlichen Pflichten beinhalten, nicht möglich sind. Entscheidend ist, dass dieser Betrag in erheblicher Höhe an die Antragsgegnerin gezahlt werden soll, sie also wiederum finanzielle Vorteile dadurch haben wird, wodurch wiederum Auswirkungen im Wettbewerb auf dem Markt (Messeveranstaltungen) möglich erscheinen.

(6) Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, dass sie nicht beständig von der Stadt XXXXXXXX finanziert werde und weder aus den bestehenden Verträgen noch aus dem beabsichtigten Betrauungsakt ihr sichere Einnahmequellen erwachsen würden, muss sie sich entgegen halten lassen, dass dies keine Voraussetzung dafür ist, um hier eine marktbezogene Sonderstellung zu verneinen.

Es kommt nicht darauf an, ob ein Unternehmen sicher, beständig und damit völlig risikolos vom Staat unterstützt wird und damit in seinem Bestand gesichert wird. Entscheidend ist vielmehr, ob es "flankierende staatliche Maßnahmen" erhält, die diesem Unternehmen zugute kommen, anderen - nicht staatlich flankierten - Unternehmen aber nicht, und dass damit die mit der Tätigkeit (Ausrichtung von Messeveranstaltungen) verbundenen Risiken erheblich minimiert werden.

Vor diesem Hintergrund ist es zunächst unerheblich, dass die Stadt XXXXXXXX gemäß dem Gesellschaftsvertrag keine Verlustausgleichspflicht trifft. Aber auch die anderen Verträge zwischen der Antragsgegnerin und der Stadt XXXXXXXX stellen für die Antragsgegnerin keine "Wettbewerbsnachteile" dar, sondern ermöglichen ihr die öffentliche Aufgabe, die im Interesse der Stadt XXXXXXXX liegt, risikoloser wahrzunehmen.

(7) Beispielsweise ist der Pachtvertrag so gestaltet, dass kein ortsüblicher Pachtzins zu zahlen ist und die Mindestpacht als jährlicher Investitionszuschuss bei der Antragsgegnerin verbleibt. Die Antragsgegnerin wird zwar als Pächterin verpflichtet, Instandsetzungsarbeiten an den überlassenen Gebäuden selbst durchzuführen. Allerdings ergibt sich nicht, in welcher Höhe Ausgaben für die Bautätigkeit einzusetzen sind. Vielmehr entscheidet darüber wiederum gemäß dem Gesellschaftsvertrag die Stadt XXXXXXXX.

(8) Kommt es zu Bautätigkeiten im erheblichen Umfang, wie es bei dem Neubau der Hallen XXXXXXXX der Fall war, wird wiederum die Antragsgegnerin unterstützt. Sie hat diesbezüglich eine Bürgschaft von der Stadt erhalten, die zur Sicherung des Darlehens dient. Dass die Stadt XXXXXXXX dafür eine marktübliche Provision erhält, ist nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Antragsgegnerin überhaupt eine solche Bürgschaft zur Absicherung erhalten hat. Schließlich ist diese Bürgschaft für die Stadt XXXXXXXX sehr weitgehend, weil im Falle des Ausfalls der Antragsgegnerin aufgrund eigener Zahlungsunfähigkeit, die Stadt XXXXXXXX eintreten muss und den Kredit übernehmen muss. Ob die Stadt XXXXXXXX solche Verpflichtungen auch für "Privatpersonen" eingeht, mit denen sie nichts zu tun hat, ist



äußerst fraglich. Auch diese Vereinbarung zeigt, wie weitgehend die Verflechtung zwischen der Antragsgegnerin und der Stadt XXXXXXXX ist.

Im Übrigen lässt sich daraus schlussfolgern, dass die Antragsgegnerin trotz der anderen Verträge nicht ausreichend finanziell abgesichert ist und nicht ohne Hilfe der Stadt XXXXXXXX ihren Verpflichtungen aus dem Pachtvertrag - also insbesondere der gewünschten Bautätigkeit - nachkommen kann.

(9) Auch der Erbbaurechtsvertrag ist nicht nachteilig für die Antragsgegnerin, sondern ermöglicht ihr die Errichtung von eigenen Gebäuden auf dem Grundstück für eigene Rechnung. Dass solche Gebäude nach Ablauf des Erbbaurechts an den Eigentümer entschädigungslos zurückfallen, ist einfach üblich und entspricht dem Erbbaurecht. Entscheidend ist hingegen, dass die Antragsgegnerin der Stadt XXXXXXXX keinen Erbbauzins dafür zahlt, was wiederum unüblich bei solchen Verträgen ist. Dies stellt wiederum eine finanzielle Privilegierung für die Antragsgegnerin dar und ermöglicht dieser, sich risikoloser auf dem fraglichen Markt zu bewegen.

Die Rechtsprechung stellt für das Vorliegen des Merkmals "nichtgewerblich" - wie bereits zuvor ausführlich beschrieben - darauf ab, ob das Unternehmen sich wie ein normaler Marktteilnehmer auf dem fraglichen Markt bewegt oder ob das Unternehmen, flankiert durch staatliche Hilfen, risikoloser agieren kann als ein Marktteilnehmer, der diese Unterstützung nicht hat.

(10) Im Ergebnis kann aus der Würdigung der vorstehenden Gesamtumstände gefolgert werden, dass die Antragsgegnerin eben eine Sonderstellung auf dem fraglichen Markt hat, weil sie umfangreich durch die Stadt XXXXXXXX, sei es durch Zuwendungen, günstige Pachtverträge, Bürgschaften usw. unterstützt wird. Dass diese Begünstigungen sich nicht direkt und unmittelbar aus einem Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Stadt ergeben, spielt keine Rolle. Vielmehr muss aufgrund dieser Gesamtbetrachtung die Möglichkeit als realistisch erscheinen, dass die Stadt XXXXXXXX notfalls die eigene Messegesellschaft soweit wie möglich in ihrem Bestand erhalten wird. Und das lässt sich ohne weiteres hier feststellen.

Aufgrund der o. a. Verflechtungen ist es denkbar und ohne weiteres nachvollziehbar, dass die Stadt XXXXXXXX den Messebetrieb aufgrund von übergeordneten wirtschaftlichen Interessen an dessen Erhalt aufrechterhalten wird und die Messegesellschaft nicht einfach in die Insolvenz gehen lässt.

Anders als die Antragsgegnerin dies sieht, vermitteln Betrauungsakt, Kommunalbürgschaft, Erbbaurechte und Pachtverträge sowie die oben beschriebenen weiteren Umstände daher der Antragsgegnerin eine Sonderstellung gegenüber rein privatwirtschaftlichen Unternehmen.

Im Ergebnis ist die Antragsgegnerin somit öffentliche Auftraggeberin iSv § 99 Nr. 2 GWB und mithin zur Anwendung des Vergaberechts gesetzlich verpflichtet.

3. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Antragsgegnerin hat - unstreitig - die Vorgaben des Vergaberechts nicht beachtet. Die aufgrund des Auftragswerts zwingend zu beachtenden vergaberechtlichen



Bestimmungen für EU-weite Verfahren hat die Antragsgegnerin nicht angewendet. Die Behauptung eines ansonsten wettbewerblichen Verfahrens, das die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung, sowie insbesondere den Aufruf zum Wettbewerb, die Herausgabe einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung und das Angebot von Ortsterminen beachte, kann nicht dazu führen, dass die zwingend zu beachtenden Vorgaben des GWB und der VgV vorliegend umgangen werden dürfen.

4. Die Antragstellerin ist gemäß § 168 Abs. 1 GWB auch in ihren Rechten verletzt. Die Bieter haben einen Anspruch darauf, dass öffentliche Auftraggeber sich an die Bestimmungen des 4. Teils des GWB halten und diese nicht eigenmächtig - so wie hier beispielsweise hinsichtlich der Reduzierung der Angebotsabgabefrist auf 14 Tage - abändern.

Sofern die Antragsgegnerin an ihrer Vergabeabsicht in Bezug auf die Reinigungsdienstleistungen festhält, hat sie diese Leistungen unter Anwendung des GWB neu auszuschreiben.

III.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 182 Abs. 1 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 GWB). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten (§ 182 Abs. 2 GWB).

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. XXXXXXXX Mio. Euro für die gesamte Vertragslaufzeit beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder XXXXXXXX Euro. Diese Gebühr ist der Antragsgegnerin aufzuerlegen, die als juristische Person des Privatrechts nicht von den Gebühren befreit ist.

Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Hier war die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Verteidigung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:



1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

Diemon-Wies

Gaidies