

**Der Landrat
als untere staatliche
Verwaltungsbehörde**

Herrn

51469 Bergisch Gladbach

Dienststelle: Bereich 3, Kommunalaufsicht
Kreishaus Heidkamp
Block C, 2. Etage
Öffnungszeiten: mo. - fr. 8.30 - 12.00 Uhr und
mo. - do. 14.00 - 16.00 Uhr
Bearbeiter/in: Fr. Kouekem
Telefon: 02202 13 2745
Telefax: 02202 13 10 2349
E-Mail: kommunalaufsicht@rbk-online.de
Unser Zeichen: 15 11 Vergabe
Datum: 16.02.2011

Vergabe von Werbe- und Marketingdienstleistungen durch die Stadt Bergisch Gladbach

Ihre Mail vom 03.02.2011

Sehr geehrter Herr

mit Ihrer Mail vom 03.02.2011 übersandten Sie den Text der öffentlichen Ausschreibung, mit dem die Stadt Bergisch Gladbach am 23.12.2009 die Vergabe von „Werbe- und Marketingdienstleistungen“ öffentlich ausgeschrieben hat. Sie bemängeln hier, die Stadt habe die Ausschreibung mit Absicht so gestaltet, dass sich am Ende kein Bieter gefunden habe. Ziel sei gewesen, anschließend die Dienstleistung freihändig und ohne weitere Ausschreibung vergeben zu können. Sie bitten um Mitteilung, welche Aufsichtsbehörde für eine Überprüfung dieser Vorgehensweise zuständig ist.

Um die Frage nach der zuständigen Nachprüfungsinstanz beantworten zu können, ist die Ausschreibung der Stadt Bergisch Gladbach zunächst vergaberechtlich einzuordnen.

Für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen, Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen oberhalb eines Schwellenwertes von 193.000 Euro haben öffentliche Auftraggeber die EG-Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 31.03.2004 zu beachten. Diese Richtlinie gilt jedoch nach Art. 17 der Richtlinie ausdrücklich nicht für sog. „Dienstleistungskonzessionen“. Der Begriff „Dienstleistungskonzession“ wird in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie definiert als „Vertrag, der von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.

Im Fall der Ausschreibung der Stadt Bergisch Gladbach besteht die Erbringung der Dienstleistung durch den Auftragnehmer in der Aufstellung und dem Betrieb von Werbeträgern und Fahrgastunterständen. Die Stadt Bergisch Gladbach gewährt als Gegenleistung die Nutzung

der Werbeträger und Fahrgastunterstände zu Werbezwecken. Somit fällt die von der Stadt ausgeschriebene Leistung in der Tat unter den Begriff der Dienstleistungskonzession, die wiederum als solche von den Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG ausdrücklich angenommen ist.

Dienstleistungskonzessionen unterfallen damit zwar grundsätzlich nicht den Vergaberichtlinien und damit noch nicht einmal der Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen. Jedoch haben öffentliche Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags (nunmehr AEUV), insbesondere die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie die sich aus ihnen ergebenden Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung, zu beachten.

Das Erfordernis der Beachtung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bedeutet, dass auch bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession nicht gänzlich auf eine Ausschreibung verzichtet werden darf. Das Erfordernis der Transparenz und Gleichbehandlung beinhaltet, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.

Die Stadt Bergisch Gladbach ist diesen aus der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen bei der Ausschreibung zur Vergabe der Dienstleistungskonzession gerecht geworden. Sie hat die Dienstleistungskonzession europaweit ausgeschrieben und durch die Form der Ausschreibung sichergestellt, dass jeder interessierte Bewerber die Möglichkeit hatte, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Sie hat darüber hinaus mit ihrem Verweis auf eine Vergabeprüfstelle, hier die bei europaweiten Vergaben üblicherweise zuständige Vergabekammer, eine ausreichende Möglichkeit der Nachprüfung ermöglicht. Zuständige Nachprüfstelle war hier somit die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln.

Die Vergabekammer leitet ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nur auf Antrag ein. Antragsbefugt sind dabei aber nur Unternehmen, die ein Interesse am Auftrag haben und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB (Nichtbeachtung von Vergabevorschriften) geltend machen. Da im Fall Ihres Vortrags weder die Antragsbefugnis gegeben ist noch die formalen Voraussetzungen des § 107 GWB erfüllt werden, ist eine Nachprüfung der o.g. Ausschreibung durch die Vergabekammer hier nicht möglich.

Unabhängig davon besteht nach § 102 GWB aber auch die Möglichkeit einer vergaberechtlichen Prüfung durch die Aufsichtsbehörde im Rahmen der allgemeinen Rechtsaufsicht. Zuständige Aufsichtsbehörde für die Stadt Bergisch Gladbach ist hier der Rheinisch-Bergische Kreis. Eine solche Rechtsprüfung entfaltet jedoch weder eine rechtliche Verbindlichkeit noch ist sie einem Rechtsbehelf zugänglich.

Dies vorangestellt und unter der Annahme, dass Sie die Ausschreibung durch mich als Aufsichtsbehörde geprüft wissen möchten nachdem dies durch die Vergabekammer nicht möglich ist, habe ich Ihr Anliegen im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens überprüft. Im Ergebnis komme ich zu der Feststellung, dass die Verfahrensweise der Stadt Bergisch Gladbach im Hinblick auf das durchgeführte öffentliche vergaberechtliche Verfahren in keiner Hinsicht gegen Rechtsvorschriften verstößt. Die Verfahrensweise der Stadt ist somit rechtsaufsichtlich nicht zu beanstanden.

Der Stadt ist nach dem erfolglosen Verlauf der öffentlichen Ausschreibung nunmehr die Möglichkeit gegeben, die Vergabe im Wege der freihändigen Vergabe zu betreiben. Das be-

deutet nicht, dass die Vergabe nun willkürlich erfolgen darf. Auch bei der freihändigen Vergabe sind die vergaberechtlichen Vorgaben zu beachten. Ihre in diesem Zusammenhang geäußerten Mutmaßungen im Hinblick auf eine mögliche Manipulation des Vergabeverfahrens sind einer weiteren Prüfung indes nicht zugänglich, denn ein Beweis für Ihre Vorhaltungen kann letztlich nicht erbracht werden.

Abschließend darf ich darauf hinweisen, dass das Thema tabakfreie Werbung grundsätzlich zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten der Stadt Bergisch Gladbach gehört. Die Beschlüsse der Politik sind dabei von der Verwaltung umzusetzen und die von der Verwaltung getroffenen Maßnahmen unterliegen generell der politischen Kontrolle.

Das Thema tabakfreie Werbung wird in Kürze Beratungsgegenstand im Jugendhilfeausschuss und im Ausschuss für Umwelt, Klimaschutz und Verkehr sein. Insoweit gehe ich davon aus, dass dieses Thema erneut politisch diskutiert werden wird und die Verwaltung im Folgenden auch weitere Direktiven durch die Politik erhalten wird.

Zum jetzigen Zeitpunkt ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte für ein kommunalaufsichtliches Einschreiten.

Die Stadt Bergisch Gladbach erhält eine Durchschrift dieses Schreibens.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

Schilde