



über
Herrn Oberbürgermeister
Sven Gerich

Der Magistrat

über
Magistrat

Bürgermeister

und
Frau Stadtverordnetenvorsteherin
Christa Gabriel

Dr. Oliver Franz

an den Revisionsausschuss

6
. Juni 2019

Revisionsbericht 18-82-026; Ausschreibung und Vergabe Catering RMCC und Kurhausgastronomie
Beschluss-Nr. 0081 vom 8. Mai 2019, (Vorlagen-Nr. 19-A-19-0005)

III. Für das weitere Vorgehen wird folgendes Verfahren beschlossen:

1. Den ehemaligen Geschäftsführern kann der Revisionsbericht durch den amtierenden Geschäftsführer Michel zur Verfügung gestellt werden.
2. Der Magistrat (Dezernat II / TriWiCon) wird gebeten, unter Hinzuziehung der ehemaligen Geschäftsführer Ebel-Waldmann und Schäfer und eine Stellungnahme zum Revisionsbericht zu erarbeiten.
3. Der Ausschuss erwartet, dass diese Stellungnahme den Ausschuss rechtzeitig zu seiner Sitzung am 12.06.2019 erreicht.
4. In der nächsten regulären Sitzung des Revisionsausschusses am 12.06.2019 wird der Revisionsbericht durch das Revisionsamt in nichtöffentlicher Sitzung vorgestellt.
5. Zu dieser Sitzung werden die ehemaligen Geschäftsführer Ebel-Waldmann und Schäfer, der amtierende Geschäftsführer Michel (TriWiCon) und evtl. Herr Kaufmann (Mitarbeiter der Firma K2M1 GmbH) eingeladen und zur Diskussion des Revisionsberichtes in nichtöffentlicher Sitzung zugelassen.

Zu 2. und 3.:

Die beigefügte Stellungnahme der ehemaligen Betriebsleitung der TriWiCon zum Revisionsbericht 18-82-026 betreffend „Ausschreibung und Vergabe Catering RMCC und Kurhaus Gastronomie“ übersende ich Ihnen zur Beantwortung des o. g. Beschlusses.

Anlagen

Stellungnahme der ehemaligen Betriebsleitung der TriWiCon zum Revisionsbericht 18-82-026 betreffend „Ausschreibung und Vergabe Catering RMCC und Kurhaus Gastronomie“

I. Vorbemerkung

Im Rahmen der Sitzung des Revisionsausschusses am 08.05.2019 wurde mit Beschluss Nr. 0081 beschlossen, dass der Revisionsbericht 18-82-026 an die ehemaligen Betriebsleiter Herrn Rainer Schäfer, Herrn Markus Ebel-Waldmann und Herrn Henning Wossidlo sowie an den ehemaligen Mitarbeiter der Rhein-Main-Hallen GmbH Herrn Stefan Kaufmann zur Sichtung und Stellungnahme zur Verfügung gestellt wird.

Die oben genannten Personen mit Ausnahme von Herrn Wossidlo haben ihre Bereitschaft erklärt, sich an der Erstellung der nachfolgenden Stellungnahme zu beteiligen. Herr Wossidlo hat mit Hinweis auf seine Rechtsvertretung von einer Beteiligung Abstand genommen.

Die derzeitige Betriebsleitung der TriWiCon hat den Bericht nach Rücksprache mit dem Rechtsamt auch an Prof. Dr. Olaf Reidt, Fachanwalt für Verwaltungs- und Vergaberecht, geschickt und um Stellungnahme gebeten. Dies vor dem Hintergrund, dass bereits im Jahr 2018 die Betriebskommission der TriWiCon die Betriebsleitung beauftragt hat, die Vergabe rechtlich prüfen zu lassen.

Die Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Reidt ist als Anhang beigefügt.

II. Stellungnahme

Der Revisionsbericht 18-82-026 erweckt den Eindruck, dass es sich um zwei Vergabekomplexe handelt. Tatsächlich handelt sich aber um vier Themen:

1. Erteilung eines Beraterauftrags zur Entwicklung eines marktgängigen Gastronomiekonzeptes im RheinMain CongressCenter
2. Auftrag an Herrn Wessel zur Durchführung eines Interessenbekundungs- und Auswahlverfahrens
3. Auswahl des Gastronomen und daraus resultierender Vertrag mit der Firma Kuffler CC Gastro GmbH
4. Vertragsverlängerung der Spielbank-Konzession und Kurhaus-Gastronomie

Anmerkung zu Punkt 1 bis 3

Im Rahmen des Prüfauftrags ist das Revisionsamt an die neue Betriebsleitung herangetreten mit der Forderung, sämtliche Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Vor dem Hintergrund des Betriebs- bzw. Geschäftsführerwechsels in 2017 waren nicht alle Unterlagen gesondert aufbereitet und konnten nicht unverzüglich zur Verfügung gestellt werden.

zu 1.

Erteilung eines Beraterauftrags zur Entwicklung eines marktgängigen Gastronomiekonzeptes im RheinMain CongressCenter

Im Januar 2014 beauftragte die damalige Betriebsleitung den externen Berater Herrn Ingo Wessel, da in der Betriebsleitung keine gastronomische Expertise und zu diesem Zeitpunkt auch keinerlei Planungsgrundlage für die gastronomische Infrastruktur vorhanden waren. Alternativen zu dem Angebot des Herrn Wessel waren nicht verfügbar. In enger Abstimmung mit der Betriebsleitung wurde durch ihn ein marktgängiges Gastronomiekonzept bis Mitte 2014 für die neuen Rhein-Main-Hallen erstellt.

Aufgrund interner Recherchen und von Referenz-Nachweisen wurde deutlich, dass Herr Wessel über langjährige, entsprechende Beratungskompetenz in diesem Bereich - insbesondere auch in Bezug auf andere Kongresshäuser - verfügte. Dies überzeugte die damalige Betriebsleitung maßgeblich, Herrn Wessel mit diesem Auftrag zu betrauen. Da Herr Wessel bundesweit vernetzt und tätig ist, konnte es zu diesem Zeitpunkt keine Rolle spielen, ob er Verbindungen zu ehemaligen Geschäftspartnern in München oder an anderen Standorten in Deutschland hatte.

Leider wurde versäumt, diese Recherche-Ergebnisse in einem entsprechenden Vergabevermerk zu dokumentieren.

Am 24.07.2014 stimmte die Betriebskommission der TriWiCon dem vorgelegten Konzept zu, dem die Stadtverordnetenversammlung am 11.09.2014 im Rahmen der Grundsatzbeschlussfassung zum Neubau der Rhein-Main-Hallen folgte.

zu 2.

Auftrag an Herrn Wessel zur Durchführung eines Interessenbekundungs- und Auswahlverfahrens

Aufgrund der positiven Einschätzung des Herrn Wessel und der unter Punkt 1. beschriebenen fachspezifischen Berater-Marktlage hat die damalige Betriebsleitung der TriWiCon diesen am 16.06.2014 mit der Betreiberakquisition beauftragt. Hinzu kam die positive Erfahrung, die sich aus der viermonatigen erfolgreichen Zusammenarbeit, der fristgerechten Vorlage eines schlüssigen und überzeugenden Gastronomiekonzeptes sowie die unter Berücksichtigung der in Punkt 1 erwähnten Referenzen im Rahmen der Beratung von Veranstaltungshäusern, ergab.

Vor dem Hintergrund der Vergaberichtlinien der Landeshauptstadt Wiesbaden, die die TriWiCon übernommen hat, sind begründete Ausnahmen bei der Vergabe (hier: Pflicht zur Einholung von drei Angeboten) möglich. Leider wurde dies nicht entsprechend dokumentiert.

zu 3.

Auswahl des Gastronomen und daraus resultierender Vertrag mit der Firma Kuffler CC Gastro GmbH

3.1 Rechtliche Würdigung

Hierzu verweisen wir auf die Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Reidt (siehe Anlage).

3.2 Weitere Hinweise zum Verlauf des Vergabeverfahrens

- ✓ Das Vergabeverfahren wurde mit dem Berater und unter Einbindung des Rechtsamts durchgeführt.
- ✓ Das Rechtsamt war bei den Vertragsverhandlungen inklusive der finalen Erstellung des Gastronomievertrages beteiligt und wurde von Fall zu Fall zu Vergabethemen befragt.
- ✓ Die TriWiCon als Eigenbetrieb unterliegt nicht den Vergaberegeln des öffentlichen Dienstes. Somit war die Expertise für nicht-öffentliche Vergaben und fachspezifisch gastronomierelevante Vergaben bei 80.60 nicht zu vermuten. Zudem ist die Einbindung von 80.60 nicht verpflichtend.
- ✓ Der Fehlerhinweis auf Seite 18 von 30 ist ein Einzelfall, der in der Ergebnisbetrachtung zu keiner anderweitigen Vergabeempfehlung geführt hätte.
- ✓ Der Hinweis auf die einseitige Verlängerungsoption für fünf Jahre durch den Pächter ist alleine dem Investitionsvolumen des Pächters geschuldet und damit gerechtfertigt.
- ✓ Über das Ausschreibungsergebnis hat die Betriebskommission am 15.12.2015 entschieden, der Vertrag wurde am 12.01.2016 unterzeichnet

3.3 Hintergrundinformation

Es ist zu unterscheiden zwischen dem Veranstaltungs-Catering und der öffentlichen Gastronomie.

3.3.1 Veranstaltungs-Catering

Zum Thema Mindestpacht ist festzustellen, dass zum damaligen Zeitpunkt keine belastbaren Anhaltspunkte über die tatsächlich zu erwartende Umsatzhöhe bestanden und deswegen diese nicht verhandelbar war. Die vertraglich vereinbarte prozentuale Umsatzpacht entsprach dem Angebot und sichert die Zahlungen des Gastronomen in Korrelation zum Geschäftsbetrieb. Die vereinbarte Umsatzpacht lag deutlich über den beiden Mindestpachtangeboten von 180 T€ bzw. 250 T€.

3.3.2 Öffentliche Gastronomie

Zu dieser Position konnte nur die angegebene Mindestpacht von 12 T€ p.a. erzielt werden, weil keiner der Anbieter einen wirtschaftlichen Betrieb unterstellte. Für die öffentliche Gastronomie lag kein Mindestpacht-Angebot vor.

Weiter entspricht der Hinweis auf eine nachträgliche Konzeptänderung durch den Betreiber nicht dem abgeschlossenen Vertrag. Entsprechend dem Ergebnis der Verhandlungen war diese Position noch im unterzeichneten Vertrag als „Arbeitstitel“ bezeichnet. Entgegen der Darstellung im Bericht gibt es seit der Öffnung des Restaurants keine Ruhetage, desweiteren wurden sukzessive Angebote wie beispielsweise Frühstück und Brunch eingeführt. Schließtage werden auf Wunsch der Betreiberin bedingt durch eine umsatzrelevante

Nutzung der Räumlichkeiten in Verbindung mit Veranstaltungen im Hause im Einzelfall vereinbart.

zu 4.

Vertragsverlängerung der Spielbank-Konzession und Kurhaus-Gastronomie

Der damals zuständige Dezernent Herr Detlev Bendel teilte den Betriebsleitern der TriWiCon im Rahmen einer der regelmäßigen Rücksprachen in 2017 mit, dass die Spielbank auf die Stadt zugekommen sei mit dem Wunsch, gemäß der bestehenden Vertragsbedingungen die Option zur Vertragsverlängerung zu ziehen. In gleichem Zusammenhang wies er darauf hin, dass dies nur bei gleichbleibenden Rahmenbedingungen (also auch unter Fortsetzung des Gastronomie-Gebrauchsüberlassungsvertrages) geschehen könne.

Daher wurden die bestehenden Vertragsbedingungen im Gebrauchsüberlassungsvertrag keiner Prüfung zur Anpassung unterzogen.

Die entsprechende Vorlage wurde vom Spielbank-Dezernat eingebracht und am 21.12.2017 mit Beschluss Nr. 0552 von der Stadtverordnetenversammlung beschlossen.

REDEKER SELLNER DAHS | Leipziger Platz 3 | 10117 Berlin

TriWiCon Eigenbetrieb für Messe, Congressse
und Tourismus der Landeshauptstadt Wiesbaden
Herrn Michel
Kurhausplatz 1
65189 Wiesbaden

Rechtsanwalt Prof. Dr. Olaf Reidt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Sekretariat Petra Schröder / Sabine Stricker
Telefon +49 / 30 / 88 56 65 125 /-225
Telefax +49 / 30 / 88 56 65 99
schroeder@redeker.de

Per E-Mail
Martin.Michel@wiesbaden-marketing.de

Berlin, den 4. Juni 2019

Reg.-Nr.: 25/001749-18

Ausschreibung der Gastronomie für das RheinMain CongressCenter

Sehr geehrter Herr Michel,
sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbezeichneter Angelegenheit nehme ich Bezug auf Ihre E-Mail vom 14.05.2019 mit dem übermittelten Revisionsbericht der Landeshauptstadt Wiesbaden Nr. 18-82-026 vom 2.05.2019, der sich insbesondere auf die Ausschreibung und Vergabe der Gastronomie für das RheinMain CongressCenter bezieht. Die TriWiCon hatte mich bereits im Mai 2018 bekanntlich mit dieser Angelegenheit befasst und darum gebeten, das Verfahren zur Ausschreibung der Gastronomie der neuen RheinMain Halle (CongressCenter) dahingehend zu prüfen, ob es insofern aus vergaberechtlicher Sicht etwaige Auffälligkeiten gibt. Hierzu hatte ich am 25.06.2018 eine Stellungnahme erstellt. Im Hinblick auf ergänzende Rückfragen, die insbesondere die Zuschlagskriterien und das Transparenzgebot betreffen, hatte ich diese Stellungnahme nachträglich noch einmal um diesbezügliche Ausführungen ergänzt, die sich insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stützen. Der Revisionsbericht des Revisionsamtes der Landeshauptstadt Wiesbaden nimmt zwar auf meine Stellungnahme Bezug, dies jedoch nur auf die ursprüngliche Fassung vom 25.06.2018, nicht hingegen auf die fortgeschriebene Fassung vom 26.09.2018. Vor diesem Hintergrund füge ich die letztgenannte Fassung vorsorglich meinem Schreiben noch einmal bei, ebenso

Berlin
Leipziger Platz 3
10117 Berlin
Tel. +49 30 885665-0
Fax +49 30 885665-99

Deutsche Bank Berlin
IBAN:
DE82 1007 0000 0155 0359 00
BIC: DEUTDE33XXX

Bonn
Willy-Brandt-Allee 11
53113 Bonn
Tel. +49 228 72625-0
Fax +49 228 72625-99

Brüssel
172, Avenue de Cortenberg
1000 Brüssel
Tel. +32 2 74003-20
Fax +32 2 74003-29

Leipzig
Mozartstraße 10
04107 Leipzig
Tel. +49 341 21378-0
Fax +49 341 21378-30

London
4 More London Riverside
London SE1 2AU
Tel. +44 20 740748-14
Fax +44 20 743003-06

München
Maffeistraße 4
80333 München
Tel. +49 89 2420678-0
Fax +49 89 2420678-69

Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Sitz Bonn
Partnerschaftsgesellschaft mbB
AG Essen PR 1947
UST-ID: DE 122128379

aus Gründen der Übersichtlichkeit eine auf den 20.09.2018 datierende Vorversion im Korrekturmodus, aus der sich die Ergänzungen zu der Fassung ergeben, auf die sich das Revisionsamt in seinem Bericht bezieht.

Anlagen 1 und 2

Der Revisionsbericht äußert sich vor allem im Hinblick auf die Anforderungen des Transparenzgebotes und die Bekanntmachung der Bewertungskriterien kritisch. Insbesondere auf diese Aspekte geht die vorgenommene Ergänzung, die dem Revisionsamt nicht vorlag, ein. Im Hinblick auf Transparenzanforderungen und die Bekanntmachung der Wertungskriterien sei ergänzend darauf hingewiesen, dass sich, soweit mir bekannt, die an dem Verfahren beteiligten Bieter insofern nicht beschwert oder einzelne Unterlagen oder Verfahrensschritte gerügt haben. Auch wenn dies kein zwingendes Kriterium ist, das für die Ordnungsgemäßheit der Ausschreibungsunterlagen spricht, ist dies hierfür immerhin ein nicht unbedeutendes Indiz. Ergänzend dazu nach meiner Durchsicht des Revisionsberichts im Hinblick auf die Vergabe der Gastronomie des RheinMain CongressCenters folgendes:

1. Das Ergebnis der von mir vorgenommenen Prüfung wird in dem Revisionsbericht nicht in Frage gestellt. Es wird lediglich ausgeführt, dass die Prüfungsgrundlage des Revisionsamtes im Hinblick auf Unterlagen und zusätzlich geführte Interviews u.s.w. deutlich breiter gewesen sei als dies bei meiner Prüfung der Fall war. Diese Unterlagen, Gesprächsergebnisse u.s.w. kenne ich nicht. Allerdings verstehe ich den Bericht so, dass sich daraus auch nach Auffassung des Revisionsamtes im Ergebnis nur Indizien und Anhaltspunkte für mögliche Vergaberechtsverstöße ergeben haben, die sich eventuell auf das Zuschlagsergebnis ausgewirkt haben könnten.
2. In dem Revisionsbericht wird die auch in meiner Stellungnahme dargelegte Auffassung bestätigt, dass das formelle Vergaberecht auf den Vertrag keine Anwendung gefunden hat, es also keiner förmlichen EU-weiten Ausschreibung bedurfte. Auch die sonstigen formellen und materiellen Anforderungen der §§ 97 ff. GWB gelten nicht. Maßgeblich sind vielmehr deutlich geringere Anforderungen insbesondere im Hinblick auf Verfahren und Dokumentation.
3. Zu den personellen Verflechtungen u.s.w. kann ich nichts sagen, ebensowenig dazu, welche Gespräche u.s.w. zwischen welchen Akteuren stattgefunden haben. Was den externen

- Berater betrifft, scheint es mir indes plausibel zu sein, dass Planungen des Gastronomiekonzepts und Betreiberakquisition aus einer Hand erfolgen. Allerdings war die Auswahl des externen Beraters nicht Gegenstand meiner Prüfung.
4. Im Zusammenhang mit der Vergabe der Gastronomie selbst wird beanstandet, dass die Prüfung eines grenzüberschreitenden Interesses nicht erfolgt sei. Es erschließt sich jedoch nicht, was daraus abgeleitet wird. Die EU-Kommission hat für nicht unter das förmliche europäische Vergaberecht fallende Aufträge, insbesondere also für nach damaliger Rechtslage nicht ausschreibungspflichtige Dienstleistungskonzessionen, ausgeführt, dass bei Leistungen von grenzüberschreitendem Interesse ein angemessener Grad an Öffentlichkeit herzustellen sei. Hintergrund ist, dass ohne ein grenzüberschreitendes Interesse auch aus dem europäischen Primärrecht keine Anforderungen abgeleitet werden können. Zu dem bei grenzüberschreitendem Interesse herzustellenden Grad an Öffentlichkeit hat die EU-Kommission zu den Bekanntmachungsmöglichkeiten darauf hingewiesen, dass dafür etwa das Internet, nationale Ausschreibungsblätter, lokale Medien o.ä. genutzt werden können. Es wird zwar auch, ähnlich wie bei dem Kartellvergaberecht unterfallenden Aufträgen, auf das Amtsblatt der EU hingewiesen. Es heißt dann jedoch weiter, dass eine Veröffentlichung im Amtsblatt nicht obligatorisch sei sondern lediglich „insbesondere bei größeren Aufträgen, eine interessante Möglichkeit“ darstelle. Eine auch nach Auffassung der EU-Kommission jedoch ausreichende nationale Bekanntmachung ist erfolgt, den Anforderungen des europäischen Primärrechts ist damit in jedem Fall Genüge getan. Insofern erschließt sich nicht, was eine zusätzliche Dokumentation des grenzüberschreitenden Interesses hätte bewirken sollen, wenn den bei dessen Vorliegen bestehenden Anforderungen ohnehin Rechnung getragen wird. Eine Dokumentation wäre vielmehr aus meiner Sicht wohl nur dann naheliegend gewesen, wenn das grenzüberschreitende Interesse verneint und aus diesem Grunde von jedweder Bekanntmachung abgesehen worden wäre. Insofern kann ich die Auffassung, dass ein zu beanstandender Dokumentationsmangel im Hinblick auf die Prüfung eines grenzüberschreitenden Interesses vorliegt, nicht teilen.
 5. Was die Leistungsbeschreibung betrifft, hätten die Bewertungskriterien zwar möglicherweise weiter präzisiert werden können. Andererseits ist dies bei Leistungen, die sich vom klassischen Wareneinkauf unterscheiden, sehr häufig nicht der Fall und vielfach auch gar nicht in sinnvoller Weise möglich. Das Thema beschäftigt, oft mit völlig offenem Ausgang, die Vergabenachprüfungsinstanzen regelmäßig selbst bei Aufträgen, die unter das förmliche Vergaberecht fallen, bei dem strengere Anforderungen gelten. Selbst dort wird

eingräumt, dass sich sowohl die Ausführlichkeit der Leistungsbeschreibung als auch die Erläuterung der Kriterien, Unterkriterien u.s.w. zwangsläufig auch danach richten müssen, inwieweit diese bei der betreffenden Leistung überhaupt möglich ist. Häufig kann hierbei ein Indikator sein, wie die beteiligten Unternehmen dies selbst sehen. Der Umstand, dass die beteiligten Unternehmen hier die Leistungsbeschreibung und die Kriterien wohl als ausreichend angesehen haben, sprechen tendenziell für hinreichend verständliche und nachvollziehbare Anforderungen in Bezug auf die konkret ausgeschriebene Leistung.

6. Bei der im Revisionsbericht angesprochenen Gleichbehandlung der Bieter sind für mich die Ausführungen teilweise nicht ganz nachvollziehbar, dies allerdings auch vor dem Hintergrund, dass mir die in Bezug genommenen Unterlagen nicht vorliegen. So heißt es auf Seite 15 unter Ziffer 6.2 im zweiten Halbsatz:

„So wurde der externe Berater aufgrund einer Abstimmung der Betriebsleitung am 15.07.2015 vom Baubetriebsleiter beauftragt, mit dem drittplatzierten Bieter weitere Verhandlungen zur Nachbesserung des finanziellen Angebots aufzunehmen.“

Unter Ziffer 6.3 im ersten Absatz heißt es wie folgt:

„Gemäß der Handlungsempfehlung des externen Beraters führte man die Vertragsverhandlungen ausschließlich mit dem erstplatzierten Bewerber durch und hat damit einen weiteren echten Wettbewerb verhindert.“

Die Ausführungen habe ich dabei insgesamt so verstanden, dass mit zwei Bietern verhandelt wurde, also nicht nur mit einem. Eine Pflicht zur Verhandlung mit allen drei Bietern bestand jedenfalls aus Rechtsgründen im vorliegenden Fall nicht. Ob dies vom Sachverhalt her geboten gewesen wäre, vermag ich nicht zu beurteilen. Allerdings sind Verhandlungen mit einem Bieter jedenfalls außerhalb des förmlichen Vergaberechts nicht zwingend notwendig, wenn nach einer plausibel Bewertung der Vergabestelle nicht zu erwarten ist, dass diese dazu führen, dass das Unternehmen auf den ersten Platz im Wertungsspiegel rückt.

7. Der Hinweis, dass den anderen Bietern die Vertragstexte als Grundlage für weitere Verhandlungen und Angebote hätten vorgelegt werden können (Seite 16), halte ich für vergaberechtlich problematisch. Dies ist zwar in gewissen Ausgestaltungen denkbar, jedoch dann nicht, wenn die Vertragstexte auch Vorschläge einzelner Bieter enthalten, die ggf.

- sogar den Kern ihres jeweiligen Angebots ausmachen (z.B. konkretes Gastronomiekonzept, kalkulatorische Aspekte u.ä.) und insofern auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen. Es wäre daher vergaberechtlich unzulässig, derartige Angebotsinhalte von Bietern, die sich in den Vertragstexten wiederfinden, ihren Konkurrenten zugänglich zu machen.
8. Dass bei der Bewertung von eher abstrakten Kriterien mehr Wertungsspielräume bestehen als bei ganz konkret festgelegten Anforderungen, liegt auf der Hand. Dies ist allerdings bei Leistungen, die anders als konventionelle Warenbeschaffungen einen eher konzeptionellen Ansatz haben, durchaus nicht ungewöhnlich.
 9. Wenn es zur Bewertung des finanziellen Pachtangebots in dem Revisionsbericht heißt, dass die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und Zweckmäßigkeit nicht ausreichend berücksichtigt worden seien, trifft dies aus meiner Sicht so pauschal nicht zu. Wenn alle Bieter nach denselben Kriterien behandelt werden, liegt jedenfalls ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vor. Im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit vermag ich dies nicht abschließend zu beurteilen. Jedoch liegt es im Wesen einer (nach der Rechtsprechung auch grundsätzlich zulässigen) Abstufung im Sinne einer Notenskala mit fünf Stufen, dass die Unterschiede größer sein können als bei einer noch feiner ausdifferenzieren Skala.
 10. Ob ein Verzicht auf eine Mindestpacht zweckmäßig war oder nicht, vermag ich nicht zu bewerten. Insbesondere weiß ich nicht, ob dies am Markt durchsetzbar gewesen wäre. Selbst bei Anwendung des Kartellvergaberechts wäre die gewählte Ausgestaltung jedoch vergaberechtlich zulässig gewesen, da danach eine Mindestpacht nicht verlangt werden müsste. Zudem gilt dies für alle Bieter in gleicher Weise, so dass insofern kein Unternehmen bevorzugt bzw. benachteiligt sein dürfte.
 11. Ob eine einseitige Verlängerungsoption für den Betreiber unüblich ist, vermag ich für das hier in Rede stehende Marktsegment nicht abschließend zu beurteilen. Jedenfalls aber trifft der Hinweis in dem Revisionsbericht, dass sie vergaberechtlich unzulässig sein könnte, nicht zu. Zum einen galt für den Vertrag das förmliche Vergaberecht nicht. Zum anderen wäre eine solche Verlängerungsoption selbst im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts zulässig.

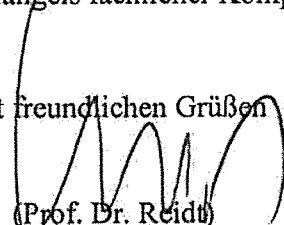
Zu der in den Raum gestellten Unüblichkeit einer solchen Verlängerungsoption für den Betreiber sei lediglich darauf hingewiesen, dass ich aus anderen Materien derartige Regelungen durchaus ebenfalls kenne. Gerade im Konzessionsbereich kann ohne weiteres die Situation auftreten, dass die Konzession für den Betreiber wirtschaftlich unattraktiv oder nicht kostendeckend ist. In derartigen Fällen kann man entweder die Laufzeit kürzer ausgestalten oder aber dem Betreiber ein Sonderkündigungsrecht einräumen. Eine andere Möglichkeit, so wie sie hier gewählt wurde, ist die, eine bestimmte Vertragslaufzeit zu vereinbaren und dem Betreiber eine Verlängerungsoption einzuräumen, die er dann wählt, wenn der Vertrag auskömmlich ist. Ist er dies nicht, wird der Betreiber die Option nicht ziehen und stattdessen den Vertrag auslaufen lassen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist er an diesen allerdings gebunden, so dass in derartigen Fällen dann in der Regel die Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts für den Betreiber unterbleibt. Letztlich ist dies daher zum einen eine Frage der Vertragstechnik, zum anderen der Risikoverteilung. Wie hoch die Betriebsrisiken hier mit Blick auf die Gastronomie waren bzw. sind, vermag ich nicht zu beurteilen.

12. Die Ausführungen hinsichtlich der nachträglichen Konzeptänderung durch den Betreiber sind im Hinblick auf vergaberechtliche Anforderungen für mich nicht ganz verständlich. Nach Vertragsabschluss ist die in dem Revisionsbericht angesprochene „Neubewertung“ nicht mehr möglich. Es stellt sich dann vielmehr die Frage, ob eine einseitige Konzeptänderung des Betreibers nach Maßgabe des abgeschlossenen Vertrages zulässig ist oder nicht. Von einem hierzu abgeschlossenen Änderungsvertrag ist mir nichts bekannt. Dies war auch nicht Gegenstand meiner vergaberechtlichen Prüfung. Vor diesem Hintergrund habe ich mir daher den Pacht- und Bewirtungsvertrag jetzt nur ergänzend und überschlägig angesehen. Danach ist es zwar so, dass zu dem abgeschlossenen Vertrag als Anlage 2 auch eine Konzeption gehört, die neben dem Veranstaltungs-Catering auch die öffentliche Gastronomie umfasst. Dieses Gastronomiekonzept ist zugleich auch wesentlicher Bestandteil des abgeschlossenen Vertrages (s. Ziffer 2.1 des Vertrages). Es heißt dort u.a., dass der Charakter des Restaurants, die Öffnungszeiten sowie u.a. das Speisenangebot, das Serviceprogramm und die Preispolitik im Gastronomie-Konzept des Betreibers definiert sind. Allerdings liegt es bei einem Vertrag über ein Gastronomiekonzept, der eine vorgesehene Mindestlaufzeit vom 1.01.2018 bis zum 31.12.2027 hat, auf der Hand, dass es mit Änderungen verbunden sein kann. Dies folgt schon aus dem Begriff „Konzept“. Auch das Konzept selbst weist darauf ausdrücklich hin, etwa unter Ziffer 2.6 im Hinblick auf die Öffnungszeiten, die dort unter Verweis auf die Schwierigkeit der Festlegung nicht

als starr angegeben werden. Auch der Vertrag selbst spricht etwa in der Präambel ausdrücklich davon, dass „Ziel (...) die höchstmögliche Qualität und Flexibilität der Nutzung im Sinne einer optimalen Besucher-, Kunden- und Gästeorientierung (sei). Der Grundsatz der unternehmerischen Freiheit beider Parteien in ihren Verantwortungsbereichen wird dabei beibehalten.“ Man wird daher das Konzept abgesehen von grundsätzlichen Vorgaben auch des Vertrages im Hinblick auf Anspruchsniveau, die Verpflichtung, das Restaurant ganzjährig geöffnet zu halten u.s.w. nach meinem Verständnis nicht als strikte Vorgabe über die ganze Vertragslaufzeit verstehen können. Insofern enthält der Vertrag zwar gewisse Mindestvorgaben, schließt allerdings konzeptionelle Fort- und Weiterentwicklungen einschließlich Anpassungen der Öffnungszeiten nicht aus. Dies lässt zwar nicht jedwede Fortentwicklung oder sonstige Änderung zu, gibt dem Betreiber allerdings gleichwohl Flexibilität, um das vereinbarte Konzept fortentwickeln, auf Nachfrageänderungen reagieren zu können u.s.w. Gerade im Gastronomiebereich erscheint mir dies auch durchaus naheliegend zu sein. Ob die durch den Betreiber vorgenommenen Änderungen so weit reichen, dass sie trotz der im Vertrag angelegten Flexibilität als vertragswidrig anzusehen sind, bedürfte einer vertieften Prüfung. Entscheidend wird dies auch davon abhängen, aus welchen Gründen derartige Schritte erfolgt sind und ob sie der Funktion, das gastronomische Angebot des RheinMain CongressCenters abzudecken, in angemessener Weise Rechnung tragen oder nicht. Auch dies bedarf ggf. einer vertieften Prüfung durch einen Abgleich der vertraglichen Regelungen einerseits und des tatsächlich stattfindenden Gastronomiebetriebs andererseits.

Ich belasse es bei den vorstehenden Hinweisen, die sich in erster Linie auf die vergaberechtlichen Anforderungen beziehen. Zu sonstigen wirtschaftlichen Details oder konkreten Sachverhaltsumständen kann ich mich, wie bereits angesprochen, mangels fachlicher Kompetenz bzw. mangels entsprechender Detailkenntnisse nicht äußern.

Mit freundlichen Grüßen


(Prof. Dr. Reidt)
Rechtsanwalt

REDEKER SELLNER DAHS | Leipziger Platz 3 | 10117 Berlin

TriWiCon
Betriebsleitung
Herrn Thomas-W. Sante
Kurhausplatz 1
65189 Wiesbaden

Rechtsanwalt Prof. Dr. Olaf Reidt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Sekretariat Petra Schröder / Sabine Stricker
Telefon +49 / 30 / 88 56 65 125 /-225
Telefax +49 / 30 / 88 56 65 99
schroeder@redeker.de

Vorab per E-Mail: thomas.sante@kurhaus-wiesbaden.de

Berlin, den 26. September 2018

Reg.-Nr.: 25/01749-18

Ausschreibung der Gastronomie für das neue Rhein-Main CongressCenter

Sehr geehrter Herr Sante,
sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbezeichneter Angelegenheit nehme ich Bezug auf die übermittelten Unterlagen und unser dazu ergänzend geführtes Telefonat. Sie hatten mich darum gebeten, eine Prüfung im Hinblick auf etwaige Auffälligkeiten im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren für die Gastronomie in der neuen Rhein-Main-Halle (CongressCenter) vorzunehmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Vergabe der Gastronomie an die Kuffler CC Gastro GmbH i.G. (im Folgenden: „Firma Kuffler“). Hierzu liegt mir aus dem dazu durchgeführten Vergabeverfahren die Vorlage zur Betriebskommissionssitzung am 15.12.2015 (Nr. 04-04/2015) einschließlich der dazugehörigen Anlagen 1 (Vergabeempfehlung), 2 (Bewertungsübersicht) und 3 (Übersicht zum Interessensbekundungsverfahren) vor. Die Anlage 4 (Entwurf des Pacht- und Bewirtschaftungsvertrages, Grundrisspläne, Gastronomiekonzept der Firma Kuffler) oder sonstige Unterlagen aus dem Verfahren habe ich bei meiner Prüfung nicht zugrunde gelegt.

Auf der Grundlage der mir vorliegenden und ausgewerteten Unterlagen habe ich keine Umstände erkannt, die auf etwaige Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit dem Verfahren oder der Vergabe der Gastronomie an die Firma Kuffler

Berlin
Leipziger Platz 3
10117 Berlin
Tel. +49 30 885665-0
Fax +49 30 885665-99

Deutsche Bank Berlin
IBAN:
DE82 1007 0000 0155 0359 00
BIC: DEUTDE33XXX

Bonn
Willy-Brandt-Allee 11
53113 Bonn
Tel. +49 228 72625-0
Fax +49 228 72625-99

Brüssel
172, Avenue de Cortenberg
1000 Brüssel
Tel. +32 2 74003-20
Fax +32 2 74003-29

Leipzig
Mozartstraße 10
04107 Leipzig
Tel. +49 341 21378-0
Fax +49 341 21378-30

London
4 More London Riverside
London SE1 2AU
Tel. +44 20 740486-41
Fax +44 20 743003-06

München
Maffeistraße 4
80333 München
Tel. +49 89 2420678-0
Fax +49 89 2420678-69

Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Sitz Bonn
Partnerschaftsgesellschaft mbB
AG Essen PR 1947
UST-ID: DE 122128379

schließen lassen. Dem liegen im Wesentlichen folgende Feststellungen und rechtlichen Bewertungen zugrunde:

1. Durchgeführt wurde hier auf der Grundlage des Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung Nr. 0329 vom 11.09.2014 im Jahr 2015 ein Interessenbekundungs- und anschließendes Verhandlungsverfahren mit geeigneten Bewerbern für das Hallencatering in der neuen Rhein-Main-Halle sowie die Bewirtung für das Aufbaupersonal und die öffentliche Gastronomie. Soweit aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, ging es dabei nicht um ein förmliches EU-weites Vergabeverfahren nach Maßgabe des Kartellvergaberechts der §§ 97 ff. GWB. Nach der damaligen Rechtslage war dies auch nicht erforderlich. Ob dies im Hinblick auf die mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 18.04.2016 (BGBl I, S. 203) neu in das Kartellvergaberecht aufgenommene Verpflichtung zur Durchführung von EU-weiten Ausschreibungsverfahren nach Maßgabe des Kartellvergaberechts auch bei Dienstleistungskonzessionen nach der heutigen Rechtslage anders sein könnte, wurde nicht geprüft, spielt allerdings für das damalige Verfahren auch noch keine Rolle.
2. Das Interessenbekundungsverfahren ist im Wesentlichen in der diesbezüglichen Tabelle (Anlage 3 der Vorlage zur Betriebskommissionssitzung am 15.12.2015) dokumentiert. Danach haben insgesamt 16 Unternehmen ihr Interesse bekundet. Weitergehende Einzelheiten dazu wurden meinerseits nicht geprüft. Da allerdings ohnehin im sich anschließenden Verhandlungsverfahren mindestens drei Unternehmen beteiligt waren, ist das Vorliegen etwaiger Besonderheiten im Hinblick auf die Firma Kuffler nicht besonders wahrscheinlich.
3. Am Verhandlungsverfahren waren ausweislich der Anlage 2 der Vorlage zur Betriebskommissionssitzung am 15.12.2015 (Bewertungsübersicht), die aus einem Bericht des Fachberaters der TriWiCon (Ingo B. Wessel) vom 21.07.2015 besteht, noch drei Unternehmen beteiligt. Dies waren neben der Firma Kuffler die Firma Kofler & Kompanie und die Firma Gauls Catering. Wie viele Unternehmen zuvor im Anschluss an die Interessenbekundung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgefordert wurden, lässt sich den Unterlagen nicht ganz eindeutig entnehmen. Legt man die Anlage 3 (Übersicht zum Interessenbekundungsverfahren) zugrunde und geht davon aus, dass alle Unternehmen, bei denen keine Absage verzeichnet ist, zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgefordert wurden, müssten dies fünf Unternehmen gewesen sein. Dies bewegt sich damit in einem für Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb

üblichen Rahmen. Selbst bei von Anfang an nur drei Unternehmen, so wie sie am Ende des Verfahrens in jedem Fall noch beteiligt waren, wäre dies nicht anders zu bewerten.

4. Die Vergabeentscheidung beruhte ausweislich der Bewertungsübersicht (Anlage 2 zur Vorlage der Betriebskommissionssitzung am 15.12.2015) auf qualitativen und finanziellen Zuschlagskriterien. Die Gewichtung erfolgte dabei in einem Verhältnis von 65 % für die qualitativen und von 35 % für die finanziellen Kriterien (Pachtangebot). Dieses Gewichtungsverhältnis ist bei einer Ausschreibung der hier in Rede stehenden Art, bei der es nicht um die Beschaffung einer bestimmten Leistung geht, sondern in erster Linie darum, die neue Rhein-Main-Halle mit einer dem CongressCenter adäquaten Gastronomie auszustatten, nicht ungewöhnlich und in jedem Fall daher auch plausibel und vertretbar.
5. Die qualitativen Kriterien (gastronomisches Konzept 25 %, Kooperation und Kompetenz 25 %, Wirtschaftlichkeit 15 %) mit ihren jeweiligen Unterkriterien (insgesamt für alle drei Hauptkriterien 20 Unterkriterien) sind bezogen auf eine Ausschreibung der hier in Rede stehenden Art ebenfalls nachvollziehbar und plausibel. Ob sie so auch bei einer dem Kartellvergaberecht unterfallenden Ausschreibung uneingeschränkt zulässig gewesen wären, kann dahinstehen. Jedenfalls lassen sie keine Auffälligkeiten dahingehend erkennen, dass mit ihrer Festlegung einzelne Unternehmen bevorzugt bzw. benachteiligt sein könnten. Auch wenn dies so voraussichtlich im Rahmen des Kartellvergaberichts nicht möglich gewesen wäre, galten diese „Spielregeln“ für alle Unternehmen in gleicher Weise.

Letzteres gilt auch für die Feststellung in der Bewertungsübersicht, dass den Bietern im Vorfeld noch nicht das Gewichtungsverhältnis zwischen qualitativen Kriterien und Pachtangebot (65 % zu 35 %) mitgeteilt worden sei, sondern lediglich, dass die qualitativen Kriterien höher gewichtet werden als das Pachtangebot. Da die konkrete Gewichtung der Bewertungskriterien (65/35) erst im Laufe des Verfahrens festgelegt wurde, konnte diese den Bietern zumindest zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht bekannt gemacht werden. Gleichwohl liegt hierin kein Verstoß gegen das Transparenzgebot. Auch jedenfalls aus Gründen der Gleichbehandlung ist es nicht zwingend, dass die Bewerber bei Erstellung der Angebote alle Entscheidungskriterien kennen. Bei einer Vergabe im Unterschwellenbereich ist nach der Rechtsprechung des BGH eine Bekanntgabe der Zuschlagskriterien, wenn der Zuschlag nicht allein nach dem niedrigsten Preis vergeben werden soll, dann notwendig, wenn ohne ausdrücklich formulierte Wertungskriterien das wirtschaftlichste Angebot nicht nach transparenten und willkürfreien Gesichtspunkten

bestimmt werden kann. Entscheidend sind hierbei die Umstände des Einzelfalles. Insbesondere hängt es vom Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags und der Detailliertheit des Leistungsverzeichnisses ab, ob und inwieweit eine vorherige Festsetzung von Wertungskriterien notwendig ist. Diese sind dann aus Transparenzgründen auch bekanntzumachen.

BGH, Beschluss vom 10.5.2016 – X ZR 66/15, juris, Rn. 15, vorgehend OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.05.2015 - 1 U 1430/14, juris, Rn. 50, das die Bekanntgabe von Zuschlagskriterien bei Nebenangeboten im Unterschwellenbereich grundsätzlich für nicht erforderlich gehalten hatte, dagegen bereits Gielen, VergabeR 2015, 726; sowie Krist, IBR 2016, 33; keine Pflicht zur Bekanntgabe auch noch Opitz, in: Dreher/Motzke, Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 16 VOB/A, Rn. 311.

Das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe wird dann unzulässig, wenn sie so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, auf deren Grundlage das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird.

OLG Celle, Urteil vom 10.3.2016 – 13 U 148/15, NZBau 2016, 381.

Nach diesen in der Rechtsprechung entwickelten Maßstäben ist eine Rechtswidrigkeit des Verfahrens nicht erkennbar. Den Bietern war die höhere Gewichtung der qualitativen Kriterien gegenüber den finanziellen Kriterien bekannt. Die konkrete Gewichtung (Bieterscore Matrix vom 25.10.2014) lässt nicht erkennen, dass mit ihrer Festlegung einzelne Unternehmen bevorzugt bzw. benachteiligt wurden.

Die Änderung der Bewertungsmatrix nach Abgabe und Kenntnis der Angebote ist hingegen problematisch, da die Zuschlagskriterien im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Nachprüfbarkeit der Unparteilichkeit nach Kenntnis der Angebote nicht mehr geändert werden dürfen.

Vgl. Kühling/Huerkamp, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 2011, Vorbem. zu §§ 97 ff. GWB, Rn. 70.

Die Veränderung der Bewerberbewertung hat aber vorliegend beim Ranking der Bewerber zu keinem abweichenden Ergebnis geführt. Unterlegene Bewerber könnten sich je-

doch nicht auf einen Verfahrensfehler berufen, der nicht kausal für die Entscheidung geworden ist. Dies ist hier nicht der Fall, da das Ergebnis bei einer Bewertung nach der ursprünglichen Matrix nicht anders ausgefallen wäre.

Nichts anderes gilt etwa für die kartellvergaberechtlich nicht unproblematische Bewertung mit Schulnoten sowie für das Unterkriterium Kooperation, zu dem es heißt, dass dieser Punkt schwierig zu bewerten sei und mit allen Bietern noch weiter präzisiert und verhandelt werden müsse. Den Unterlagen ist nicht zu entnehmen, ob letzteres erfolgt ist. Selbst wenn man allerdings unterstellt, dass es dazu im Vorfeld der Zuschlagserteilung nicht mehr kam, betrifft dies alle am Verhandlungsverfahren final beteiligten Unternehmen in gleicher Weise.

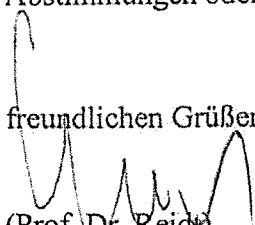
6. Ob die Bewertung der einzelnen Angebote anhand der qualitativen Zuschlagskriterien in plausibler und vertretbarer Weise erfolgt ist, kann allein auf Grundlage der hier vorliegenden Unterlagen nicht im Einzelnen beurteilt werden. Allerdings erscheint dies unter Zugrundelegung der in der Bewertungsübersicht gegebenen Erläuterungen der Fall zu sein. Die Firma Kuffler lag nach der Wertung anhand der qualitativen Kriterien auf Platz 2 des Wertungsspiegels.
7. Das Pachtangebot der einzelnen Bieter wurde mit 35 % gewichtet. Auch hier lag die Firma Kuffler zwar nicht an erster Stelle des Wertungsspiegels, wohl allerdings an der zweiten Stelle und gleichzeitig sehr deutlich vor der Firma Kofler, die bei den qualitativen Kriterien am besten abgeschnitten hat. Im Gesamtergebnis lag die Firma Kuffler damit sowohl im qualitativen Bereich als auch im Hinblick auf das Pachtangebot jeweils an zweiter Stelle. Im Gesamtergebnis führte dies dazu, dass sie an erster Stelle lag. Demgegenüber hat der Bieter mit dem qualitativ besten Angebot die niedrigste Pacht angeboten und der Bieter mit dem höchsten Pachtangebot bei den qualitativen Kriterien am schlechtesten abgeschnitten.
8. Insgesamt sind daher auch bei der Gesamtbewertung keine besonderen Auffälligkeiten erkennbar. Insbesondere ist dabei hervorzuheben, dass die Firma Kuffler sich nicht allein über die qualitativen und mit 65 % auch stärker gewichteten Kriterien, die Wertungsspielräume im konkreten Fall belassen, an die erste Stelle des Wertungsspiegels gesetzt hat. Durchsetzen konnte die Firma Kuffler sich vielmehr nur dadurch, dass sie auch mit ihrem Pachtangebot, also im Bereich von „harten Zahlen“, entsprechend gut abgeschnitten hat. Dies spricht deutlich für eine ordnungsgemäße Bewertung. Auffällig

wäre es demgegenüber gewesen, wenn das Angebot der Firma Kuffler beim Pachtangebot eher schlecht gewesen wäre und nur bei den qualitativen und tendenziell eher „weichen“ Kriterien besonders gut abgeschnitten hätte. Dies allerdings ist unter Zugrundelegung der vorliegenden Unterlagen nicht der Fall.

9. Unabhängig davon, dass keine Anhaltspunkte für etwaige, für die Entscheidung kausal gewordene Unregelmäßigkeiten im Hinblick auf die Zuschlagserteilung an die Firma Kuffler zu erkennen sind, können sich im Übrigen die unterlegenen Bieter gegen die erfolgte Zuschlagserteilung nach dem erfolgten Vertragsabschluss gegen diesen nicht mehr erfolgversprechend wenden. Theoretisch denkbar wären allenfalls etwaige Schadensersatzansprüche, für die allerdings aus den dargelegten Gründen ebenfalls nichts spricht, zumal insofern die betreffenden Unternehmen dann auch die entsprechende Darlegungs- und Beweislast hätten. Eine vorzeitige Vertragsbeendigung durch die Firma Kuffler aus Gründen, die mit dem Wettbewerbsverfahren und der Zuschlagserteilung zusammenhängen, scheidet gänzlich aus.

Ich belasse es bei den vorstehenden Feststellungen. Für weitere Abstimmungen oder Erläuterungen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Prof. Dr. Reidt)
Rechtsanwalt

REDEKER SELLNER DAHS | Leipziger Platz 3 | 10117 Berlin

TriWiCon
Betriebsleitung
Herrn Thomas-W. Sante
Kurhausplatz 1
65189 Wiesbaden

Rechtsanwalt Prof. Dr. Olaf Reidt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Sekretariat Petra Schröder / Sabine Stricker
Telefon +49 / 30 / 88 56 65 125 /-225
Telefax +49 / 30 / 88 56 65 99
schroeder@redeker.de

Per E-Mail: thomas.sante@kurhaus-wiesbaden.de

Berlin, den ~~25. Juni 2018~~ 20. September 2018 Reg.-Nr.: 25/01749-18

Ausschreibung der Gastronomie für das neue Rhein-Main CongressCenter

Sehr geehrter Herr Sante,
sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbezeichneter Angelegenheit nehme ich Bezug auf die übermittelten Unterlagen und unser dazu ergänzend geführtes Telefonat. Sie hatten mich darum gebeten, eine Prüfung im Hinblick auf etwaige Auffälligkeiten im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren für die Gastronomie in der neuen Rhein-Main-Halle (CongressCenter) vorzunehmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Vergabe der Gastronomie an die Kuffler CC Gastro GmbH i.G. (im Folgenden: „Firma Kuffler“). Hierzu liegt mir aus dem dazu durchgeführten Vergabeverfahren die Vorlage zur Betriebskommissionssitzung am 15.12.2015 (Nr. 04-04/2015) einschließlich der dazugehörigen Anlagen 1 (Vergabeempfehlung), 2 (Bewertungsübersicht) und 3 (Übersicht zum Interessensbekundungsverfahren) vor. Die Anlage 4 (Entwurf des Pacht- und Bewirtschaftungsvertrages, Grundrisspläne, Gastronomiekonzept der Firma Kuffler) oder sonstige Unterlagen aus dem Verfahren habe ich bei meiner Prüfung nicht zugrunde gelegt.

Auf der Grundlage der mir vorliegenden und ausgewerteten Unterlagen habe ich keine Umstände erkannt, die auf etwaige Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit dem Verfahren oder der Vergabe der Gastronomie an die Firma Kuffler

Berlin
Leipziger Platz 3
10117 Berlin
Tel. +49 30 885665-0
Fax +49 30 885665-99

Deutsche Bank Berlin
IBAN:
DE82 1007 0000 0155 0359 00
BIC: DEUTDE33XXX

Bonn
Willy-Brandt-Allee 11
53113 Bonn
Tel. +49 228 72625-0
Fax +49 228 72625-99

Brüssel
172, Avenue de Cortenbergh
1000 Brüssel
Tel. +32 2 74003-20
Fax +32 2 74003-29

Leipzig
Mozartstraße 10
04107 Leipzig
Tel. +49 341 21378-0
Fax +49 341 21378-30

London
4 More London Riverside
London SE1 2AU
Tel. +44 20 740486-41
Fax +44 20 743003-06

München
Maffeistraße 4
80333 München
Tel. +49 89 2420678-0
Fax +49 89 2420678-69

Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Sitz Bonn
Partnerschaftsgesellschaft mbB
AG Essen PR 1947
UST-ID: DE 122128379

schließen lassen. Dem liegen im Wesentlichen folgende Feststellungen und rechtlichen Bewertungen zugrunde:

1. Durchgeführt wurde hier auf der Grundlage des Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung Nr. 0329 vom 11.09.2014 im Jahr 2015 ein Interessenbekundungs- und anschließendes Verhandlungsverfahren mit geeigneten Bewerbern für das Hallencatering in der neuen Rhein-Main-Halle sowie die Bewirtung für das Aufbaupersonal und die öffentliche Gastronomie. Soweit aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, ging es dabei nicht um ein förmliches EU-weiteres Vergabeverfahren nach Maßgabe des Kartellvergaberechts der §§ 97 ff. GWB. Nach der damaligen Rechtslage war dies auch nicht erforderlich. Ob dies im Hinblick auf die mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 18.04.2016 (BGBl I, S. 203) neu in das Kartellvergaberecht aufgenommene Verpflichtung zur Durchführung von EU-weiten Ausschreibungsverfahren nach Maßgabe des Kartellvergaberechts auch bei Dienstleistungskonzessionen nach der heutigen Rechtslage anders sein könnte, wurde nicht geprüft, spielt allerdings für das damalige Verfahren auch noch keine Rolle.
2. Das Interessenbekundungsverfahren ist im Wesentlichen in der diesbezüglichen Tabelle (Anlage 3 der Vorlage zur Betriebskommissionssitzung am 15.12.2015) dokumentiert. Danach haben insgesamt 16 Unternehmen ihr Interesse bekundet. Weitergehende Einzelheiten dazu wurden meinerseits nicht geprüft. Da allerdings ohnehin im sich anschließenden Verhandlungsverfahren mindestens drei Unternehmen beteiligt waren, ist das Vorliegen etwaiger Besonderheiten im Hinblick auf die Firma Kuffler nicht besonders wahrscheinlich.
3. Am Verhandlungsverfahren waren ausweislich der Anlage 2 der Vorlage zur Betriebskommissionssitzung am 15.12.2015 (Bewertungsübersicht), die aus einem Bericht des Fachberaters der TriWiCon (Ingo B. Wessel) vom 21.07.2015 besteht, noch drei Unternehmen beteiligt. Dies waren neben der Firma Kuffler die Firma Kofler & Kompanie und die Firma Gauls Catering. Wie viele Unternehmen zuvor im Anschluss an die Interessenbekundung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgefordert wurden, lässt sich den Unterlagen nicht ganz eindeutig entnehmen. Legt man die Anlage 3 (Übersicht zum Interessenbekundungsverfahren) zugrunde und geht davon aus, dass alle Unternehmen, bei denen keine Absage verzeichnet ist, zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgefordert wurden, müssten dies fünf Unternehmen gewesen sein. Dies bewegt sich damit in einem für Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb

- üblichen Rahmen. Selbst bei von Anfang an nur drei Unternehmen, so wie sie am Ende des Verfahrens in jedem Fall noch beteiligt waren, wäre dies nicht anders zu bewerten.
4. Die Vergabeentscheidung beruhte ausweislich der Bewertungsübersicht (Anlage 2 zur Vorlage der Betriebskommissionssitzung am 15.12.2015) auf qualitativen und finanziellen Zuschlagskriterien. Die Gewichtung erfolgte dabei in einem Verhältnis von 65 % für die qualitativen und von 35 % für die finanziellen Kriterien (Pachtangebot). Dieses Gewichtungsverhältnis ist bei einer Ausschreibung der hier in Rede stehenden Art, bei der es nicht um die Beschaffung einer bestimmten Leistung geht, sondern in erster Linie darum, die neue Rhein-Main-Halle mit einer dem CongressCenter adäquaten Gastronomie auszustatten, nicht ungewöhnlich und in jedem Fall daher auch plausibel und vertretbar.
 5. Die qualitativen Kriterien (gastronomisches Konzept 25 %, Kooperation und Kompetenz 25 %, Wirtschaftlichkeit 15 %) mit ihren jeweiligen Unterkriterien (insgesamt für alle drei Hauptkriterien 20 Unterkriterien) sind bezogen auf eine Ausschreibung der hier in Rede stehenden Art ebenfalls nachvollziehbar und plausibel. Ob sie so auch bei einer dem Kartellvergaberecht unterfallenden Ausschreibung uneingeschränkt zulässig gewesen wären, kann dahinstehen. Jedenfalls lassen sie keine Auffälligkeiten dahingehend erkennen, dass mit ihrer Festlegung einzelne Unternehmen bevorzugt bzw. benachteiligt sein könnten. Auch wenn dies so voraussichtlich im Rahmen des Kartellvergaberichts nicht möglich gewesen wäre, galten diese „Spielregeln“ für alle Unternehmen in gleicher Weise.

Letzteres gilt auch für die Feststellung in der Bewertungsübersicht, dass den Bietern im Vorfeld noch nicht das Gewichtungsverhältnis zwischen qualitativen Kriterien und Pachtangebot (65 % zu 35 %) mitgeteilt worden sei, sondern lediglich, dass die qualitativen Kriterien höher gewichtet werden als das Pachtangebot. Da die konkrete Gewichtung der Bewertungskriterien (65/35) erst im Laufe des Verfahrens festgelegt wurde, konnte diese den Bietern zumindest zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht bekannt gemacht werden. Gleichwohl liegt hierin kein Verstoß gegen das Transparenzgebot. Auch jedenfalls aus Gründen der Gleichbehandlung ist es nicht zwingend, dass die Bewerber bei Erstellung der Angebote alle Entscheidungskriterien kennen. Auch wenn dies so voraussichtlich im Rahmen des Kartellvergaberichts nichts möglich gewesen wäre, galten diese „Spielregeln“ für alle Unternehmen in gleicher Weise. Bei einer Vergabe im Unterschwellenbereich ist nach der Rechtsprechung des BGH eine Bekanntgabe der Zuschlagskriterien, wenn der Zuschlag nicht allein nach dem niedrigsten Preis vergeben werden

soll, dann notwendig, wenn ohne ausdrücklich formulierte Wertungskriterien das wirtschaftlichste Angebot nicht nach transparenten und willkürfreien Gesichtspunkten bestimmt werden kann. Entscheidend sind hierbei die Umstände des Einzelfalles. Insbesondere hängt es vom Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags und der Detailliertheit des Leistungsverzeichnisses ab, ob und inwieweit eine vorherige Festsetzung von Wertungskriterien notwendig ist. Diese sind dann aus Transparenzgründen auch bekanntzumachen.

BGH, Beschluss vom 10.5.2016 – X ZR 66/15, juris, Rn. 15, vorgehend OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.05.2015 - 1 U 1430/14, juris, Rn. 50, das die Bekanntgabe von Zuschlagskriterien bei Nebenangeboten im Unterschwellenbereich grundsätzlich für nicht erforderlich gehalten hatte, dagegen bereits Gielen, VergabeR 2015, 726; sowie Krist, IBR 2016, 33; keine Pflicht zur Bekanntgabe auch noch Opitz, in: Dreher/Motzke, Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 16 VOB/A, Rn. 311.

Das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe wird dann unzulässig, wenn sie so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, auf deren Grundlage das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird.

OLG Celle, Urteil vom 10.3.2016 – 13 U 148/15, NZBau 2016, 381.

Nach diesen in der Rechtsprechung entwickelten Maßstäben ist eine Rechtswidrigkeit des Verfahrens nicht erkennbar. Den Bietern war die höhere Gewichtung der qualitativen Kriterien gegenüber den finanziellen Kriterien bekannt. Die konkrete Gewichtung (Bieterscore Matrix vom 25.10.2014) lässt nicht erkennen, dass mit ihrer Festlegung einzelne Unternehmen bevorzugt bzw. benachteiligt wurden.

Die Änderung der Bewertungsmatrix nach Abgabe und Kenntnis der Angebote ist hingegen problematisch, da die Zuschlagskriterien im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Nachprüfbarkeit der Unparteilichkeit nach Kenntnis der Angebote nicht mehr geändert werden dürfen.

Vgl. Kühling/Huerkamp, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 2011, Vorbem. zu §§ 97 ff. GWB, Rn. 70.

Die Veränderung der Bewerberbewertung hat aber vorliegend beim Ranking der Bewerber zu keinem abweichenden Ergebnis geführt. Unterlegene Bewerber könnten sich jedoch nicht auf einen Verfahrensfehler berufen, der nicht kausal für die Entscheidung geworden ist. Dies ist hier nicht der Fall, da das Ergebnis bei einer Bewertung nach der ursprünglichen Matrix nicht anders ausgefallen wäre.

Nichts anderes gilt etwa für die kartellvergaberechtlich nicht unproblematische Bewertung mit Schulnoten sowie für das Unterkriterium Kooperation, zu dem es heißt, dass dieser Punkt schwierig zu bewerten sei und mit allen Bietern noch weiter präzisiert und verhandelt werden müsse. Den Unterlagen ist nicht zu entnehmen, ob letzteres erfolgt ist. Selbst wenn man allerdings unterstellt, dass es dazu im Vorfeld der Zuschlagserteilung nicht mehr kam, betrifft dies alle am Verhandlungsverfahren final beteiligten Unternehmen in gleicher Weise.

6. Ob die Bewertung der einzelnen Angebote anhand der qualitativen Zuschlagskriterien in plausibler und vertretbarer Weise erfolgt ist, kann allein auf Grundlage der hier vorliegenden Unterlagen nicht im Einzelnen beurteilt werden. Allerdings erscheint dies unter Zugrundelegung der in der Bewertungsübersicht gegebenen Erläuterungen der Fall zu sein. Die Firma Kuffler lag nach der Wertung anhand der qualitativen Kriterien auf Platz 2 des Wertungsspiegels.
7. Das Pachtangebot der einzelnen Bieter wurde mit 35 % gewichtet. Auch hier lag die Firma Kuffler zwar nicht an erster Stelle des Wertungsspiegels, wohl allerdings an der zweiten Stelle und gleichzeitig sehr deutlich vor der Firma Kofler, die bei den qualitativen Kriterien am besten abgeschnitten hat. Im Gesamtergebnis lag die Firma Kuffler damit sowohl im qualitativen Bereich als auch im Hinblick auf das Pachtangebot jeweils an zweiter Stelle. Im Gesamtergebnis führte dies dazu, dass sie an erster Stelle lag. Demgegenüber hat der Bieter mit dem qualitativ besten Angebot die niedrigste Pacht angeboten und der Bieter mit dem höchsten Pachtangebot bei den qualitativen Kriterien am schlechtesten abgeschnitten.
8. Insgesamt sind daher auch bei der Gesamtbewertung keine besonderen Auffälligkeiten erkennbar. Insbesondere ist dabei hervorzuheben, dass die Firma Kuffler sich nicht allein über die qualitativen und mit 65 % auch stärker gewichteten Kriterien, die Wertungsspielräume im konkreten Fall belassen, an die erste Stelle des Wertungsspiegels gesetzt hat. Durchsetzen konnte die Firma Kuffler sich vielmehr nur dadurch, dass sie

auch mit ihrem Pachtangebot, also im Bereich von „harten Zahlen“, entsprechend gut abgeschnitten hat. Dies spricht deutlich für eine ordnungsgemäße Bewertung. Auffällig wäre es demgegenüber gewesen, wenn das Angebot der Firma Kuffler beim Pachtangebot eher schlecht gewesen wäre und nur bei den qualitativen und tendenziell eher „weichen“ Kriterien besonders gut abgeschnitten hätte. Dies allerdings ist unter Zugrundelegung der vorliegenden Unterlagen nicht der Fall.

9. Unabhängig davon, dass keine Anhaltspunkte für etwaige, für die Entscheidung kausal gewordene Unregelmäßigkeiten im Hinblick auf die Zuschlagserteilung an die Firma Kuffler zu erkennen sind, können sich im Übrigen die unterlegenen Bieter gegen die erfolgte Zuschlagserteilung nach dem erfolgten Vertragsabschluss gegen diesen nicht mehr erfolgversprechend wenden. Theoretisch denkbar wären allenfalls etwaige Schadensersatzansprüche, für die allerdings aus den dargelegten Gründen ebenfalls nichts spricht, zumal insofern die betreffenden Unternehmen dann auch die entsprechende Darlegungs- und Beweislast hätten. Eine vorzeitige Vertragsbeendigung durch die Firma Kuffler aus Gründen, die mit dem Wettbewerbsverfahren und der Zuschlagserteilung zusammenhängen, scheidet gänzlich aus.

Ich belasse es bei den vorstehenden Feststellungen. Für weitere Abstimmungen oder Erläuterungen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

(Prof. Dr. Reidt)
Rechtsanwalt