

Vergabekammer des Landes Berlin

1. Beschlussabteilung

VK - B 1- 19/14



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx GmbH,
vertreten durch xxx

-Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx
gegen

HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH,
vertreten durch die Geschäftsführerinnen Stefanie Frensch und Sophia Eltrop,
Ferdinand-Schultze-Straße 71, 13055 Berlin,

-Antragsgegnerin-

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

unter Beteiligung der

xxx

-Beigeladene-

wegen der Vergabe eines Pachtvertrages über Signallieferung, Betrieb, Wartung und partielle Netzertüchtigung für Breitbandkabelnetze

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die xxx am 14.11.2014 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Akteneinsicht werden zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf EUR xxx festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin ist eine im Eigentum des Landes Berlin stehende Wohnungsgesellschaft. Am 08.02.2013 schrieb sie mit europaweiter Bekanntmachung (2013/S 028-043659) nach dem Bekanntmachungsmuster für Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren einen Pachtvertrag über Signallieferung, Betrieb,

Wartung und partielle Netzertüchtigung für Breitbandkabelnetze für einen Wohnungsbestand von ca. 47 600 Wohneinheiten in Berlin-Lichtenberg über eine Laufzeit von 10 Jahren, beginnend mit dem 01.10.2014, aus. Dabei waren Pachtverträge für zwei geografisch abgegrenzte Lose vorgesehen: Los 1 für Lichtenberg Nord mit ca. 21.400 Wohneinheiten und Los 2 für Lichtenberg Süd mit ca. 26 200 Wohneinheiten.

Unter Ziffer II.1.5) der Bekanntmachung wurde zu dem Beschaffungsvorhaben ausgeführt:

„Die zu erbringenden Leistungen betreffen die Pacht der Netze, die TV-Signallieferung an die Endkunden, einschließlich der Versorgung mit Zusatzdiensten nach näherer Maßgabe der Vergabeunterlagen, sowie den Betrieb und die Wartung der Netze im Rahmen der Vertragslaufzeit. Zusätzlich erfolgt für Los 2 die Ertüchtigung des Bestandsnetzes auf einen verbesserten, dem Los 1 angeglichenen technischen Standard. Dabei werden im Netz des Loses 2 alle Teilnehmeranschlussdosen gegen Multimediadosen getauscht, die aktive Technik wird partiell erneuert und die Infrastrukturpunkte überarbeitet.“

Der Antragstellerin wurde die Leistungsbeschreibung unter dem 04.04.2013 übersandt. Gemäß der Einführung der Leistungsbeschreibung liegt der Bestand an Hausnetzen (NE 4) in Lichtenberg Nord im Eigentum der Antragsgegnerin, in Lichtenberg Süd wird der Bestand zum 01.10.2014 an die Antragsgegnerin überführt. Die Kostentragung für die Ertüchtigung des Netzbbaus Los 2 erfolgt durch die Antragsgegnerin (Ziffer 6.1 (9) der Leistungsbeschreibung (LB)). Der Antragsgegnerin sind als Netzpacht ein monatliches Nettoentgelt pro Wohnungseinheit anzubieten (Ziffer 6.2 (1) LB). Der Endkundenpreis der Grundversorgung über Einzelinkasso ist fest und beträgt xxx.

In Ziffer 6.2. (5) und (6) LB sind Leerstandsquoten für die Jahre 2010 bis 2012 sowie Akzeptanzquoten der bisherigen Signallieferanten aufgeteilt nach Grundversorgung, TV-Zusatzdienste und Internet/Telefonie in den Liegenschaften der Antragsgegnerin aufgeführt.

Die Entgelte für Service und Wartung sind gemäß Ziffer 6.2.(7) LB durch den Signallieferanten zu tragen und in die Differenz zwischen Signallieferentgelt und Durchleistungsentgelt einzukalkulieren.

Unter Ziffer 6.2. (1) und (2) LB wurde unter der Überschrift „Preisbildung“ ausgeführt:

„(1) Der Endkundenpreis der Grundversorgung über Einzelinkasso ist fest. Er beträgt in beiden Losen xxx Netto. Es sind je Los Durchleistungsentgelte (Entgelte für Netzpacht) pro WE/GE und Monat anzubieten.“

„(2) Der Endkundenpreis Einzelinkasso unterliegt einer Indizierung. Wenn eine Änderung des Lebenshaltungsindex (Statistisches Bundesamt Fachserie 17, Reihe 7) von mehr als 5 %, gerechnet ab Vertragsschluss eintritt, können die Endkundenpreise durch den Signallieferanten um den festgestellten prozentualen Anteil angepasst werden.“

Gemäß Ziffer 6.2.(10) ist der Anbieter „*zwingend verpflichtet über den gesamten Vertragszeitraum ein Triple Play Angebot zu marktüblichen Konditionen für die Mieter vorzuhalten. Vom Bieter ist in jedem Fall zu gewährleisten, dass für die Mieter der Zugriff auf Bandbreite nur zu den marktüblichen Bedingungen erfolgen darf.*“

Nach Ziffer 1.1.1 der Anlage LV Preise zur Leistungsbeschreibung sollten die Bieter die Höhe ihres angebotenen Pachtzinses „*unabhängig von der Nutzung der Dienste kalkulieren*“.

Die Antragstellerin beteiligte sich mit einem Angebot für die Lose 1 und 2 an der Ausschreibung.

Mit Schreiben vom 29.07.2013 rügte die Antragstellerin unter Hinweis auf eine Entscheidung des BGH (BGHZ 147, 81 ff.) die Festlegung des Endkundenpreises als kartellrechtlich unzulässige Preisbindung. Die Antragsgegnerin nahm mit Schreiben vom 01.08.2013 zu der erhobenen Rüge Stellung und wies diese vollumfänglich zurück. Die Rüge sei bereits schon gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB verfristet gewesen, da sich eine Fixierung des Endkundenentgelts bereits aus der Leistungsbeschreibung ergebe, die dem Antragssteller bereits am 04.04.2013 übersandt worden sei. Im Übrigen sei die Rüge auch unbegründet, da die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des BGH nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar sei.

Mit Schreiben vom 01.08.2014 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin, dass ihr Angebot nicht angenommen werden sollte und benannte den für den Zuschlag vorgesehenen Bieter. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht das wirtschaftlichste bezogen auf die in der Wertungsmatrix benannten Zuschlagskriterien gewesen. Weiter wurde mitgeteilt, dass das Angebot für Los 2 der Antragstellerin insgesamt den 2. Rang belegt habe. Als frühestmöglicher Zeitpunkt des Vertragschlusses wurde der 12.08.2014 genannt.

Am 12.08.2014 erteilte die Antragstellerin den Zuschlag an die Beigeladene.

Mit einem per Fax am 12.09.2014 bei der Vergabekammer eingegangenen Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten hat die Antragstellerin Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Diesen Antrag hat die Vergabekammer der Antragsgegnerin am 15.09.2014 übermittelt.

Die Antragstellerin begründet den Nachprüfungsantrag im Wesentlichen damit, dass es im Nachgang zu der Zuschlagserteilung am 12.08.2014 an die Beigeladene Ende August zu einer unzulässigen wesentlichen Änderung des Auftrags und damit zu einer vergaberechtswidrigen *de-facto*-Vergabe gekommen. Die Antragsgegnerin habe zu erkennen gegeben, der Beigeladenen bestimmte Kabelleitungen im öffentlichen Straßenland (sog. Querverbindungen) auf eigene Kosten beizustellen, die nach Ansicht der Antragstellerin ursprünglich von den Bietern auf eigene Kosten bereitzustellen gewesen wären.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der in dem Vergabeverfahren ABl. EU 2013/S 028-043659 mit Zuschlag vom 12.08.2013 zwischen der Antragsgegnerin und der Beizuladenden geschlossene Vertrag über die Netzpacht, die TV-

Signallieferung an Endkunden sowie die partielle Netzertüchtigung betreffend Los 2 unwirksam ist;

2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die in dem Vergabeverfahren ABl. EU 2013/S 028-043659 betreffend Los 2 ausgeschriebenen Leistungen über die Pacht der Netze, die TV-Signallieferung an Endkunden sowie die partielle Netzertüchtigung erneut förmlich auszuschreiben, soweit die Antragsgegnerin an ihrem Beschaffungsvorhaben festhält;
3. hilfsweise, festzustellen, dass die nach Zuschlagserteilung zwischen Antragsgegnerin und der Beizuladenden getroffene Vereinbarung, wonach die Antragsgegnerin die Errichtung bestimmter Querverbindungen im öffentlichen Land zur Ergänzung der von der Beizuladenden zu nutzenden Netzinfrastruktur beauftragt und diese Querverbindungen der Beizuladenden zu Verfügung stellt, unwirksam ist;
4. der Antragstellerin Akteneinsicht nach § 111 GWB in die Vergabeakten zu dem Vergabeverfahren ABl. EU 2013/S 028-043659, geführt bei der Antragsgegnerin unter „Vergabe VG-003-13“, zu gewähren;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären; und
6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß der §§ 128 Abs. 4 GWB 80 VwVfG, einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Sie hat des Weiteren gemäß § 115 Abs. 3 GWB zunächst beantragt,

7. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Durchführung des in dem Vergabeverfahren ABl. EU 2013/S 028-043659 mit Zuschlag vom 12.08.2013 zwischen der Antragsgegnerin und der Beizuladenden geschlossenen Vertrags über die Netzpacht, die TV-Signallieferung an Endkunden sowie die partielle Netzertüchtigung betreffend Los 2 bis zum Erlass einer anderslautenden Hauptsacheentscheidung zu unterlassen, d.h. insbesondere es bis dahin zu unterlassen, die Versorgung der 26.213 Wohneinheiten des Los 2 auf die Versorgung durch die Beizuladende umzustellen bzw. die Beizuladende hierzu zu ermächtigen;
8. der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Anordnung nach Ziffer 8 ein Ordnungsgeld von bis zu EUR xxx ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen, wobei die Ordnungshaft an ihren jeweiligen gesetzlichen Vertretern zu vollziehen ist und insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen darf;
9. hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Durchführung der nach Zuschlagserteilung zwischen der Antragsgegnerin und der Beizuladenden getroffenen Vereinbarung, wonach die Antragsgegnerin die Errichtung bestimmter Querverbindungen im öffentlichen Land zur Ergänzung der von der Beizuladenden zu nutzenden Netzinfrastruktur beauftragt und der Beizuladenden zur Verfügung stellt, bis zum Erlass einer anderslautenden Hauptsacheentscheidung zu unterlassen, insbesondere es zu unterlassen, Querverbindungen im öffentlichen Land zur Verfügung zu stellen;
10. der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die hilfsweise beantragte Anordnung nach Ziffer 10 ein Ordnungsgeld von bis zu EUR xxx ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen, wobei die Ordnungshaft an ihren jeweiligen gesetzlichen Vertretern zu vollziehen ist und insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen darf.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag mangels Rechtswegeröffnung zu verwerfen;
2. hilfsweise den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen;
3. weiter hilfsweise den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen;
4. den Antrag auf Akteneinsicht zurückzuweisen;
5. den Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen zurückzuweisen;
6. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären; und
7. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß der §§ 128 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG, einschließlich der prozessualen Anwaltskosten, aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei offensichtlich unzulässig, weil die Antragsgegnerin mit dem Auftrag eine Dienstleistungskonzession ausgeschrieben und zum Abschluss des Wettbewerbs darüber mit der Beigeladenen einen Konzessionsvertrag (Pachtvertrag und Bauvertrag) abgeschlossen habe. Die Beigeladene trage das alleinige wirtschaftliche Risiko, weil sie ihr Entgelt ausschließlich von Dritten – nämlich den Mietern der Antragsgegnerin – aber keinerlei Zuwendungen von der Antragsgegnerin erhalte. Soweit der Bauvertrag eine Gegenleistung der Antragsgegnerin vorsehe, berühre dies nicht den Kern des Konzessionsverhältnisses. Es gelte in diesem Fall § 99 Abs. 10 Satz 2 GWB, wonach ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasse, als Dienstleistungsauftrag zu behandeln sei, wenn die Bauleistungen im Verhältnis zu den Dienstleistungen nur Nebenarbeiten seien. Schließlich stehe dem Charakter des Vertragsverhältnisses als Dienstleistungskonzession auch nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin den Auftrag als Dienstleistung bekannt gemacht und die Verfahrensvorschriften des 2. Abschnitts der VOL/A zu Grunde gelegt habe. Dadurch könne allenfalls eine Selbstbindung der Vergabestelle an die Verfahrensvorschriften der VOL/A nicht jedoch die Eröffnung vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes begründet werden. Der vom Gesetzgeber vorgesehene Rechtsschutz sei nicht disponibel und könne nicht vom Verhalten des Auftraggebers abhängen.

Mit Schriftsätzen vom 29.09.2014 und 09.10.2014 nahm die Antragstellerin zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 25.09.2014 Stellung. Sie ergänzt und vertieft ihren bisherigen Vortrag und trägt im Wesentlichen vor: Der Nachprüfungsantrag sei statthaft, da ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB und keine Dienstleistungskonzession Gegenstand der Vergabe sei. Das wirtschaftliche Risiko der Beigeladenen sei gering. Sie könne ohne wesentliche Konkurrenz mit gesicherten Einnahmen kalkulieren, da die prognostizierten Einnahmen relativ zuverlässig anhand der in Ziffer 6.2.(5) und (6) LB angegebenen, relativ konstanten Leerstands- und Akzeptanzquoten in den Liegenschaften der Antragsgegnerin ermittelt werden könnten. Auch bestünde für die Beigeladene keine nennenswerte wirtschaftliche Freiheit, da die Beigeladene die Entgelte nicht frei bestimmen könne. Die Antragsgegnerin habe den Endkundenpreis für die Grundversorgung gemäß Ziffer 6.2 (1) LB auf EUR xxx fixiert und auch bei Zusatzleistungen dürfe die Leistung gemäß Ziffer 6.2.(10) LB nur zu „*marktüblichen Konditionen*“ angeboten werden. Weiter werde das Marktrisiko der Beigeladenen auch dadurch reduziert, dass sie von der Antragsgegnerin Unterstützungsleistungen bei der Vermarktung ihrer

Produkte erhalte. Es entspreche marktüblicher Praxis, dass das Wohnungsunternehmen den Auftragnehmer bei der Vermarktung seiner Produkte z.B. durch Marketingzuschüsse, Überlassung von Mietfläche für Kundenbüros, Flächen für Informations- und Werbemaßnahmen in den Gebäuden etc. unterstützt. Auch sei vorliegend bereits deshalb ein Dienstleistungsauftrag gegeben, weil die Beigeladene für die Netzertüchtigung keine fixen „konzessionstypischen“ Investitionskosten tragen müsse. Hilfsweise für den Fall, dass die Vergabekammer eine Dienstleistungskonzession annimmt, trägt sie vor, dass aufgrund der Selbstbindung an die Vorschriften des 2. Abschnitts der VOL/A auch der Rechtsweg zur Vergabekammer als Nachprüfungsinstanz eröffnet sei. Die von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidungen seien nicht einschlägig, da sie nur Konstellationen erfassten, in denen ein Auftrag unterhalb der Schwellenwerte ausgeschrieben würde. Eine analoge Anwendung der Vorschriften des GWB auf Dienstleistungskonzessionen sei auch aufgrund der Vorwirkung der Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU und der geänderten Rechtsmittelrichtlinien geboten. Der demnach auch für Konzessionen gebotene wirksame und beschleunigte Rechtsschutz könne nur von den Vergabekammern und Vergabesenaten gewährt werden.

Die Antragsgegnerin teilte mit Schriftsatz vom 10.10.2014 mit, dass die Arbeiten zur Herstellung der Querverbindungen durch öffentlichen Grund fristgerecht zum 01.10.2014 abgeschlossen wurden und inzwischen auch die Versorgung sämtlicher Bestände der Antragsgegnerin im Gebiet des Loses 2 auf die Beigeladene übergegangen sei. Ferner vertieft und ergänzt sie ihren bisherigen Vortrag. Im Wesentlichen trägt sie vor, dass das Leerstands- und Nutzungsrisiko der Beigeladenen weder durch die Festlegung der Entgelthöhe noch durch die Gestattung der Antragsgegnerin ihre Mieter anzusprechen, gemindert würde.

Mit Schriftsatz vom 17.10.2014 hat die Antragstellerin daraufhin ihre Anträge auf Erlass einstweiliger Maßnahmen gemäß § 115 Abs. 3 GWB (Anträge 8. bis 11.) für erledigt erklärt.

Die mit Beschluss vom 10.10.2014 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene trug mit Schriftsatz vom 22.10.2014 zu den zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin gewechselten Schriftsätzen im Wesentlichen vor, dass sie allein das Vermarktungsrisiko, also das Risiko ob ein durch sie entwickeltes Produkt und die darauf angepasste Vermarktungsstrategie sich in den geplanten Absatzzahlen niederschlage, sowie das Leerstandsrisiko trage. Alle potentiellen Endkunden seien grundsätzlich frei in der Wahl der Art der TV-Versorgung. Es müsse insbesondere berücksichtigt werden, dass in Berlin ein signifikanter Anteil an Nutzern ihren TV-Bedarf ohne wiederkehrende Kosten über DVB-T Empfang decke.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der weiteren Schriftsätze verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist sowohl in der Gestalt des Feststellungs- als auch des Verpflichtungsantrags unzulässig, da die Vergabenachprüfung durch die Vergabekammer im Sinne des § 102 GWB nicht eröffnet ist. Nach dieser Vorschrift unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Bei dem streitbefangenen Gegenstand handelt es sich jedoch nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB (dazu nachfolgend 1.). Eine Eröffnung des Rechtsweges zur Vergabekammer folgt auch nicht durch Selbstbindung der Antragsgegnerin (dazu nachfolgend 2.) oder richtlinienkonforme Auslegung (dazu nachfolgend 3.). Damit bestand für die Vergabekammer auch kein Anlass, eine vorläufige Regelung nach § 115 Abs. 3 GWB zu treffen. Die Anträge auf Erlass vorläufiger Maßnahmen gemäß § 115 Abs. 3 haben sich insofern auch nicht erledigt, da sie von vornherein unzulässig waren (dazu nachfolgend 4.). Ein Akteneinsichtsrecht ergibt sich bei dieser Sachlage nicht (dazu nachfolgend 5.).

Aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages hat die Kammer von der Möglichkeit des § 112 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht und nach Lage der Akten entschieden.

1. Kein Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1, 4 GWB

Der Auftragsgegenstand stellt sich als Dienstleistungskonzession dar. Für diese finden die Vorschriften des Kartellvergaberechts keine Anwendung. Dies ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber in § 99 Abs. 6 GWB Baukonzessionen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen hat. Eine entsprechende Regelung findet sich jedoch für Dienstleistungskonzessionen nicht. Der Gesetzgeber hat überdies in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich klargestellt, dass das Gesetz nicht für Dienstleistungskonzessionen gilt (siehe BGH, Beschluss vom 23.01.2012 – X ZB 5/11; Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10).

Nach Art. 1 Nr. 4 RL 2004/18 EG sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Eine Dienstleistungskonzession ist demnach dadurch gekennzeichnet, dass der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung in der Weise den Risiken des Marktes ausgesetzt ist, dass er das damit einhergehende Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt (BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10).

Der EuGH versteht unter dem wirtschaftlichen Betriebsrisiko das Risiko, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein. Dazu gehört die Konkurrenz mit anderen Wirtschaftsteilnehmern, das mögliche Ungleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage, das Risiko der Insolvenz, das Risiko der nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen und das Risiko der Haftung für einen Schaden bei Durchführung der Dienstleistung (vgl. EuGH, Urteil vom 10.03.2011 – Rs. C- 274/09, Rn. 37).

Ob und inwieweit der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und er das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10).

Im vorliegenden Fall ist nach diesen Maßstäben von einer Dienstleistungskonzession auszugehen. Nach der Ausschreibung besteht die von dem Betreiber zu erbringende Leistung primär in dem Betrieb und der Wartung des bestehenden Breitbandkabelnetzes. Als Gegenleistung erhält der Betreiber kein festgelegtes Entgelt aus der Vermögenssphäre der Antragsgegnerin, sondern lediglich das Recht, die Breitbandkabelnetze zu nutzen um die angeschlossenen Wohn- und Gewerbeeinheiten mit triple-play-Diensten zu versorgen. Das Entgelt für die von dem Betreiber zu erbringende Leistung wird nicht von der Antragsgegnerin entrichtet, sondern von den jeweiligen die Leistung in Anspruch nehmenden Mietern.

Das Bestehen eines Nutzungs-, Leerstands- und Zahlungsrisikos wird in der vergaberechtlichen Rechtsprechung allgemein als ausreichend für die Annahme eines überwiegenden wirtschaftlichen Risikos und damit die Qualifikation als Dienstleistungskonzession angesehen (vgl. OLG München, Beschluss vom 25.03.2011 – Verg 4/11; OLG Dresden, Beschluss vom 08.10.2009 – Verg 5/09; VK Hessen, Beschluss vom 07.10.2005 – 69d-VK-39/2005). Unschädlich ist dabei grundsätzlich weder eine dem Leistungserbringer eingeräumte faktische Monopolstellung, noch dass die Endpreise festgelegt sind (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 08.10.2009 – Verg 5/09). Maßgeblich ist allein, dass der Betreiber der Gefahr einer gewinnbringenden Verwertung seiner Leistung ausgesetzt ist.

So liegt es hier. Die Beigeladene trägt das mit der Dienstleistung verbundene wirtschaftliche Nutzungsrisiko. Das übertragene Recht zur Versorgung der Wohneinheiten mit Multimediadiensten hängt von der Nutzungsbereitschaft sowie -fähigkeit der Mieter und dem Umfang und der Zeitdauer eines möglichen Wohnungsleerstandes ab. Die Mieter sind frei in ihrer Entscheidung, ob sie das Angebot der TV-Grundversorgung oder weiterer Zusatzdienste in Anspruch nehmen. Es besteht insofern kein Benutzungs- oder Anschlusszwang. Aus Ziffer 6.2 (1) LB folgt klar, dass der Betreiber das Pachtentgelt für jede Wohn- und Geschäftseinheit unabhängig davon schuldet, ob es ihm gelingt, die jeweiligen Mieter für den Abschluss eines Vertrages über die Grundversorgungsleistungen und die zusätzlichen Leistungen zu gewinnen, oder ob die Einheiten leer stehen. Der Betreiber schuldet das Pachtentgelt mithin unabhängig von der Nachfrage der Mieter.

Dass der künftige Betreiber das Nutzungsrisiko trägt, kommt zudem auch in Ziffer 1.1.1 der Anlage LV Preise zur Leistungsbeschreibung zum Ausdruck, wonach die Bieter die Höhe ihres angebotenen Pachtzinses „*unabhängig von der Nutzung der Dienste kalkulieren*“ sollen.

Darüber hinaus trägt der Betreiber auch das Insolvenzrisiko. Nach Ziffer 6.2 (1) LB werden die Verträge zwischen Bieter und Endkunde/Mieter im Wege des sog. Einzelinkasso vereinbart. Insofern trägt die Beigeladene auch das Risiko von Einnahmeausfällen durch Zahlungsunfähigkeit.

Schließlich trägt der erfolgreiche Bieter auch das Haftungsrisiko für sein Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung, da er alleiniger Vertragspartner der Endkunden ist und Kosten für Service und Wartung trägt (vgl. Ziffer 6.2.(7) LB).

Im Übrigen sind die Ausschreibungsunterlagen auch nicht dahingehend zu verstehen, dass die Antragsgegnerin einen Festpreis ausgeschrieben hat. Vielmehr sind die Vergabeunterlagen so auszulegen, dass der Endkundenpreis den Betrag von xxx € nicht übersteigen soll. Maßstab für die Auslegung der Leistungsbeschreibung ist zwar zunächst auch die objektive Sicht der beteiligten Bieter und nicht die subjektive Sicht des öffentlichen Auftraggebers. Zu den allgemein anerkannten Auslegungsregeln gehört aber auch der Grundsatz einer nach beiden Seiten interessengerechten und im Zweifel vergaberechtskonformen Auslegung (vgl. BGH, Urteil vom 12.09.2013 – VII ZR 227/11). Der Wortlaut der Ziffer 6.2.(1) ist zwar zunächst für sich genommen nicht eindeutig und lässt für sich betrachtet zunächst eine Interpretation zu, wonach die Bieter verpflichtet sein sollen, ihre Leistungen genau zu diesem Preis mit dem Endkunden anzubieten. Dass ein fester Endpreis von dem Auftraggeber nicht gemeint sein kann, wird jedoch in Zusammenschau mit der Überschrift „Preisbildung“, den Begleitumständen und der Interessenlage der Beteiligten deutlich. Das einzig erkennbare Interesse des Auftraggebers ist es, den Endkundenpreis trotz der variablen Ausgestaltung des Pachtentgelts nicht über eine bestimmte vorgelegte Höhe ansteigen zu lassen. Das Interesse der Antragsgegnerin an einer Preisstabilität für die Mieter zeigt sich etwa in Ziffer 6.2. (2), wonach der Endkundenpreis einer Indizierung unterliegt und nur bei Änderung des Lebenshaltungsindex von mehr als 5 % ab Vertragsschluss angepasst werden kann. Vielmehr ist es sogar im Sinne der Antragsgegnerin, dass ihre Mieter einen möglichst geringen monatlichen Endpreis zahlen und dadurch auch die Attraktivität ihrer Mietobjekte erhöht wird. Auch aus Bietersicht ist ein Höchstpreis interessengerechter, da er ebenfalls mit einem niedrigeren Preis die Attraktivität seines Angebots steigern kann. Insofern verdeutlicht die Überschrift „Preisbildung“, dass die Bieter in der Kalkulation ihres Angebots grundsätzlich frei *sind* und lediglich einen bestimmten Höchstpreis im Interesse der Mieter nicht überschreiten dürfen. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 24.10.2013. Die darin gewählte Formulierung „Fixierung des Endkundenentgelts“ ist auch in dem oben genannten Sinne zu verstehen. Der Begriff schließt ein Verständnis ein, wonach lediglich eine Begrenzung im Sinne eines Höchstpreises vorgegeben ist.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich ferner auch von dem der Entscheidung des OLG Celle (Beschluss vom 05.02.2004 – 13 Verg 26/03) zu Grunde liegenden Sachverhalt. Zum einen fehlt es bereits an einer umfassenden Festlegung des Entgelts. Ein Festpreis ist - wenn überhaupt - nur für die Grundversorgung mit TV- und Hörfunksignalen vorgesehen. Die Preise für Zusatzleistungen wie Telefonie, Internet und sonstige Multimediadienste, können durch den Betreiber grundsätzlich frei bestimmt werden. Die Vorgabe „marktüblicher Konditionen“ (Ziffer 6.2. (10) LB) kann bereits aufgrund des darin enthaltenen weiten Spielraums nicht als deutliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit gewertet werden. Zum anderen kann der Betreiber nicht in vergleichbarer Weise mit gesicherten Einnahmen kalkulieren. Das OLG Celle sah das wirtschaftliche Risiko vor allem aufgrund der kurzen Vertragslaufzeit von 3 Jahren und den stabilen Altpapierpreisen als leicht kalkulierbar und faktisch nicht vorhanden an. Im vorliegenden Fall liegt bereits durch die deutlich längere Vertragslaufzeit und die damit verbundenen Unsicherheiten in Bezug auf den Leerstand keine vergleichbare Risikoverringerung vor. Die in Ziffer 6.2 (5) und (6) LB aufgeführten Leerstands- und Akzeptanzquoten dienen lediglich als Orientierungshilfe für die Erstellung der Kalkulation. Dass aus ihnen keine gesicherten Einnahmeerwartungen abgeleitet werden können, folgt bereits daraus, dass sie sich lediglich auf die Jahre 2010 bis 2012 beziehen. Die Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrags liegt jedoch bei 10 Jahren. Der Betreiber ist unabhängig von der Nachfrage der Mieter zwingend verpflichtet über den gesamten Vertragszeitraum ein triple-play-Angebot zu marktüblichen Konditionen bereitzuhalten (Ziffer 6.2 (10) LB).

Das Betriebsrisiko entfällt auch nicht dadurch, dass § 1 des Pachtvertrages nach Angaben der Antragsgegnerin vorsieht, dass der Betreiber bei den Mietern der Antragsgegnerin exklusiv seine Produkte vermarkten kann. Letztendlich bleibt trotz Werbemaßnahmen die Vertragsabschlussfreiheit der Mieter und das damit verbundene oben dargestellte wirtschaftliche Risiko der Beigeladenen erhalten. Insbesondere ist auch zu berücksichtigen, dass den Mietern - etwa über DVB-T-Anschluss-alternative Angebote zur TV-Versorgung zur Verfügung stehen.

Schließlich wird der Konzessionscharakter auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass in Los 2 mit der Netzzertüchtigung eine bauliche Leistung enthalten ist. Nach § 99 Abs. 10 Satz 2 GWB gilt ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen

Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenleistungen sind, als Dienstleistungsauftrag. Nach den Ausführungen in der Leistungsbeschreibung (vgl. Ziffer 4.2 LB) sind größere Baumaßnahmen zur Errichtung der Breitbandkabelversorgung nicht erforderlich, vielmehr ist das Breitbandkabelnetz schon überwiegend hergestellt und muss lediglich partiell aufgerüstet werden, damit ein einheitlicher technischer Standard von Los 1 und 2 erreicht wird. Der Wert des baulichen Teils liegt nach dem Angebot der Beigeladenen bei lediglich xxx €. Die Pachterträge übersteigen diesen Wert bei einer Laufzeit von 10 Jahren und einem angebotenen monatlichen Pachtzins von xxx € pro Einheit bei ca. 26 200 Einheiten deutlich, so dass der bauliche Anteil einen lediglich geringen Teil der Gesamtleistung darstellt. Aufgrund des geringen Anteils der Bauleistung kann insoweit auch nicht von einer erheblichen Minderung des Betriebsrisikos ausgegangen werden.

2. Keine Eröffnung des Rechtsweges zur Vergabekammer durch Selbstbindung der Antragsgegnerin

Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin den zu vergebenden Auftrag nach den Verfahrensvorschriften und dem entsprechenden Formular des 2. Abschnitts der VOL/A ausgeschrieben hat, führt nicht zu einer sachlichen Zuständigkeit der Vergabekammer.

Die damit verbundene Selbstbindung der Vergabestelle an die Verfahrensvorschriften des 2. Abschnitts mag zwar dazu führen, dass diese sich im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens an die für eine europaweite Ausschreibung geltenden Verfahrensbestimmungen zu halten hat; hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass damit auch ein Nachprüfungsverfahren durch die Vergabekammer eröffnet ist. Eine etwaige Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers beschränkt sich auf das eigene Verhalten, vermag jedoch nicht eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nach §§ 102 ff GWB zu begründen (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.08.2002 – 2 Verg 9/02). Die Entscheidung des OLG Stuttgart ist auch auf den vorliegenden Fall übertragbar, da die Argumentation in Bezug auf die Reichweite der Selbstbindung nicht von dem Grund abhängt, warum eine Ausschreibung nicht dem Vergaberegime des GWB unterfällt.

Insofern hat die Antragstellerin auch keine Begründung geliefert, wieso bei dem Vorliegen einer Dienstleistungskonzession und eines Unterschwellenauftrags eine unterschiedliche Bewertung geboten sei. Somit hängt die Frage, ob die Vergabekammer zuständig ist, allein davon ab, ob die ausgeschriebene Leistung als Auftrag oder Konzession zu behandeln ist.

Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 02.03.2011 – Verg 48/10). Das OLG sieht eine analoge Anwendung des § 102 GWB für die Nachprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen lediglich für den Sonderfall der Vergabe von Personenbeförderung im Linienverkehr mit Bussen nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 aufgrund einer nachträglich entstandenen Regelungslücke bezüglich der Nachprüfung von Entscheidungen nach Art. 5 Abs. 7 der VO (EG) 1370/2007 vor. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EG) Nr. 1370/2007 fehlt es jedoch an einer solchen Regelungslücke bezüglich der Überprüfung von Dienstleistungskonzessionen. Daher verbleibt es im vorliegenden Fall mangels planwidriger Regelungslücke dabei, dass der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen bei der Überprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht gegeben ist (vgl. OLG München, Beschluss v. 25.03.2011 – Verg 4/11).

3. Keine Eröffnung des Rechtsweges zur Vergabekammer über richtlinienkonforme Auslegung

Eine Zuständigkeit der Vergabekammer folgt auch nicht mittels richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Vergaberechts im Sinne der bis zum April 2016 umzusetzenden Konzessionsvergaberichtlinie (RL 2014/23/EU). Dies ergibt sich bereits aus Art. 54 der Konzessionsvergaberichtlinie, wonach die Richtlinie auf Konzessionen, die vor dem 17.04.2014 ausgeschrieben oder vergeben wurden, keine Anwendung findet. Vorliegend wurde die Ausschreibung bereits am 08.02.2013 bekannt gegeben. Es liegt auch keine, wie von der Antragstellerin geltend gemachte, nachträgliche *de-facto* Vergabe aufgrund einer nachträglichen wesentlichen Änderung des Ausschreibungsgegenstandes vor. Insofern kann auch nicht auf einen Zeitpunkt nach dem 17.04.2014 abgestellt werden. Die Beistellung der Querverbindungen

stellt keine nachträgliche *de-facto*-Vergabe dar. Aus den Ausschreibungsunterlagen folgt unmissverständlich, dass die Antragsgegnerin den Bietern alle von den Übergabepunkten abgehenden Querverbindungen zur Versorgung ihrer Bestände zur Verfügung stellen wollte und davon ausging, über sämtliche erforderlichen Querverbindungen zu verfügen. Maßgeblich für das Verständnis ist insofern wiederum der objektive Empfängerhorizont eines verständigen und mit der Leistung vertrauten Bieters (vgl. BGH, Urteil vom 15.01.2013 – X ZR 155/10). Nicht entscheidend ist hingegen etwaiges Sonderwissen der Antragstellerin (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.05.2005 – Verg 02/05). Auch darf die Antragstellerin nicht von der für sie günstigsten Auslegungsmöglichkeit ausgehen und unterstellen, nur diese könnte gemeint sein (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 04.03.2008 – Verg W 3/08). So wird in der Einführung zu der LB ausgeführt, dass in Lichtenberg Süd „*der vertragsgegenständliche Bestand zum 01.01.2014 in das Eigentum der HOWOGE überführt*“ wird. Mithin kommt zum Ausdruck, dass die Antragsgegnerin davon ausging, sämtliche zur Versorgung ihrer Bestände erforderlichen Querverbindungen zu erwerben und es daher nicht Aufgabe der Bieter sein sollte, eine Signalzuführung mittels Querverbindungen zu realisieren. Der Verlauf des Vergabeverfahrens und insbesondere der Umstand, dass die übrigen Bieter keine Bieterfragen zu den Querverbindungen durch öffentlichen Grund gestellt haben, verdeutlicht, dass diese ebenfalls von einem solchen Verständnis ausgingen. Dieses Verständnis wird auch dadurch gestützt, dass die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen keine detaillierten Informationen zu dem Umfang der zu nutzenden Querverbindungen machte. Die Übernahme der Kosten für die Errichtung der Querverbindungen durch öffentlichen Grund und die Überlassung dieser Querverbindungen an die Beigeladene stellt damit keine Änderung des geschlossenen Vertrages dar. Vielmehr hat die Antragsgegnerin durch diese Maßnahme den Zustand hergestellt, von dem die Bieter aufgrund der Ausschreibungsunterlagen ausgehen durften.

Vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist können Richtlinien allenfalls eine Vorwirkung im Sinne eines Frustrationsverbots entfalten. Demnach müssen Mitgliedsstaaten zu diesem Zeitpunkt lediglich Maßnahmen unterlassen, die die rechtzeitige Umsetzung des in der Richtlinie vorgesehenen Ziels ernstlich gefährden (vgl. EuGH, Urteil vom 14.01.2010 – Rs. C-304/08, Rn. 29 m.w.N.). Eine Zuständigkeit der Vergabekam-

mer könnte demnach allenfalls begründet werden, sofern die von der Richtlinie geforderte effektive Nachprüfbarkeit zwingend eine Nachprüfung durch die Vergabekammer voraussetzt. Nur dann läge eine Gefährdung des in der Richtlinie vorgesehen Ziels der effektiven Nachprüfbarkeit vor. Dies ist jedoch nicht der Fall. Nach derzeitigem Stand kann die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vor den Verwaltungs- und Zivilgerichten überprüft werden. Effektiver Rechtsschutz ist insofern ausreichend gewährleistet (vgl. BGH, Beschluss vom 23.01.2012 – X ZB 5/11). Darüber hinaus kommt den Mitgliedsstaaten bei der Ausgestaltung von Rechtsschutzmöglichkeiten bezüglich der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte auch ein Ausgestaltungsspielraum zu. Insbesondere ist es Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln (vgl. EuGH, Urteil vom 13.03.2007 – Rs. C-432/05, Rn. 39 m.w.N.). Grenzen der Ausgestaltungsfreiheit ergeben sich nur aus dem Äquivalenz- und Effektivitätsgebot (EuGH, Urteil vom 13.04.2010 – Rs. C-91/08, Rn. 64). Diese sind jedoch vorliegend angesichts bestehender effektiver Nachprüfungsmöglichkeiten nicht verletzt.

4. Anträge auf Erlass vorläufiger Maßnahmen

Da die Vergabekammer für den vorliegenden Nachprüfungsantrag sachlich nicht zuständig ist, konnte sie auch keine vorläufigen Maßnahmen nach § 115 Abs. 3 GWB erlassen. Die entsprechenden Anträge waren von vornherein unzulässig.

5. Zum Antrag auf Akteneinsicht

Der Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegnerin gemäß § 111 GWB war infolge der Unzulässigkeit des Antrags zurückzuweisen. Insoweit folgt aus der Sicherung effektiven Rechtsschutzes, dass der Antragstellerin bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag kein Akteneinsichtsrecht oder ein solches nur in

dem Umfang zusteht, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 111 Rn. 6; OLG Celle, Beschluss vom 19.8.2009 – 13 Verg 4/09; OLG Naumburg, Beschluss vom 15.7.2008 – 1 Verg 5/08). Gegenstand der Zulässigkeitsfrage war vorliegend allein, ob der Ausschreibung eine Dienstleistungskonzession oder ein Dienstleistungsauftrag zu Grunde liegt. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob der Bieter bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung ein überwiegendes wirtschaftliches Risiko trägt. Die für die Beurteilung des wirtschaftlichen Risikos entscheidenden Details ergeben sich bereits vollumfänglich aus der Bekanntmachung und den der Antragstellerin bekannten Ausschreibungsunterlagen. Die Vergabeakten und der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Pachtvertrag sind insoweit unerheblich.

III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 128 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Kammer hat den von der Antragstellerin angegebenen Auftragswert in Höhe von EUR xxx zu Grunde gelegt und sich an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes orientiert. Die sich daraus ergebende Gebühr in Höhe von EUR xxx hat die Kammer auf den tenorierten Betrag reduziert, da keine Akteneinsicht erfolgt ist und keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Der Auftragswert aus dem Verfahren B 1- 22/13 war vorliegend unerheblich, da die Kammer dieses Verfahren eingestellt hatte, ohne dass es zu einer Sachentscheidung gekommen ist (s. auch OLG Naumburg, Beschluss vom 22.09.2003, 1 Verg 10/03). Im Übrigen hatte die Antragstellerin im seinerzeitigen Verfahren eine kartellrechtswidrige Preisbindung durch die Antragsgegnerin und die Abgabe eines Unterkostenangebotes zum Gegenstand des Nachprüfungsantrages gemacht, während die Antragstellerin im vorliegenden Verfahren die Unwirksamkeit des gesamten mit

der Beigeladenen abgeschlossenen Vertrages sowie die Unwirksamkeit der Beauftragung der Errichtung von bestimmten Querverbindungen durch die Antragsgegnerin zur Nachprüfung gestellt hat.

Für die Anträge nach § 115 Abs. 3 GWB hat die Kammer keine gesonderte Gebühr in Ansatz gebracht, da diese aufgrund der Unzuständigkeit keiner näheren Überprüfung zu unterziehen waren.

Gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB hat die unterlegene Antragstellerin darüber hinaus die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin war auch notwendig i.S.v. § 128 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011, 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011, Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131).

Im Hinblick sowohl auf die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren als auch unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten in der Darlegung der Sach- und Rechtslage hält die Vergabekammer vorliegend die Hinzuziehung eines vergaberechtskundigen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur Darstellung, Erläuterung und Vertretung ihrer Rechtspositionen im Nachprüfungsverfahren für erforderlich. Zwar hat die Kammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen, gleichwohl ist die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin als notwendig anzusehen, da vorliegend bereits im Rahmen der Zulässigkeit die rechtlich schwierige Abgrenzung von Dienstleistungskonzession und Dienstleistungsauftrag und die Frage der Eröffnung des Rechtsweges durch Selbstbindung der Antragsgegnerin, bzw. über eine richtlinienkonforme Auslegung zu prüfen waren, so dass die Kammer davon ausgeht, dass es der Antragsgegnerin nicht möglich war, dieses Verfahren in dem für ein

Nachprüfungsverfahren vorgegebenen zeitlichen Rahmen ohne Hinzuziehung eines spezialisierten Verfahrensbevollmächtigten mit eigenen Mitteln bestreiten zu können. Im Übrigen geht die Vergabekammer davon aus, dass die abschließende Entscheidung der Kammer nur bedingt geeignet ist, daraus Rückschlüsse auf die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zu ziehen, da der Verfahrensbevollmächtigte sich im Regelfall nicht darauf beschränken kann, nur unter Zulässigkeitsgesichtspunkten vorzutragen, auch wenn er selbst nach rechtlicher Prüfung davon ausgeht, dass ein Nachprüfungsantrag bereits unzulässig ist. Vielmehr ist ein Verfahrensbevollmächtigter gehalten, aus anwaltlicher Umsicht vorsorglich umfassend - zumindest hilfsweise - auch zur Begründetheit eines Nachprüfungsantrages vorzutragen, zumal, wenn wie im vorliegenden Verfahren – die Antragstellerin umfangreiche Rechtsfragen aufgeworfen hat.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu www.berlin.de/erv) beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Vorsitzende

Hauptamtliche Beisitzerin

Ehrenamtlicher Beisitzer