

Beschlussvorlage für Ausschüsse



Landeshauptstadt
Mainz

öffentlich		Drucksache Nr. 1055/2014
Amt/Aktenzeichen 80/32 36 30	Datum 19.08.2014	TOP

Behandlung in der Verwaltungsbesprechung am 22.08.2014			
Beratungsfolge Gremium	Zuständigkeit	Datum	Status
Haupt- und Personalausschuss	Entscheidung	27.08.2014	Ö

Betreff: Bewerberaufruf Weihnachtsmarkt
Mainz, 21.08.2014 gez. Christopher Sitte Beigeordneter

Der Haupt- und Personalausschuss beschließt:

- a) Das bisherige Vergabeverfahren für die Weihnachtsmärkte 2014 bis 2016 wird abgebrochen.
- b) Für den Weihnachtsmarkt 2014 wird die Durchführung des beschriebenen neuen Vergabeverfahrens beschlossen.
- c) Die Verwaltung wird ermächtigt, zu den Bewertungen bis zu zwei unabhängige Berater hinzuzuziehen.
- d) Die Vergabeentscheidung wird auf die Verwaltung übertragen. Vor der Bekanntgabe der Entscheidung an die Bewerber ist dem Stadtrat das Ergebnis zur Kenntnisnahme vorzulegen.

1. Sachverhalt:

Mit dem Bewerberaufuf aus dem Januar 2014 wurde um Bewerbungen für den Mainzer Weihnachtsmarkt in den Jahren 2014 bis 2016 gebeten.

Im Rahmen des Auswahlverfahrens wurden auf Grund der Vielzahl der Bewerbungen sowohl Bewerber vorläufig ausgewählt, als auch Bewerber abgelehnt.

Endgültige Zusagen und Mietverträge wurden bislang aber noch nicht erteilt, bzw. nicht abgeschlossen.

Gegen die ablehnenden Entscheidungen haben einige der abgelehnten Bewerber in der Folgezeit zunächst Widerspruch eingelegt und sodann auch gerichtlichen Eilrechtsschutz gesucht.

Diese Eilanträge waren mit dem Tenor erfolgreich, dass das Verwaltungsgericht Mainz mit Beschlüssen vom 12.08.2014 der Stadt Mainz nunmehr untersagt hat, endgültige Zulassungsbescheide auszusprechen.

Weiterhin führt das Gericht in seiner Begründung wörtlich aus, dass auf Grund des „von Anfang an fehlerbehafteten Vergabeverfahrens – so die Stadt Mainz weiterhin einen Weihnachtsmarkt veranstalten will – ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss“.

Zu den wesentlichen Gründen der Entscheidungen:

Zunächst habe die Stadt kein transparentes und faires Vergabeverfahren durchgeführt, weil die für die Auswahlentscheidung in den jeweiligen Angebotsgruppen maßgeblichen Kriterien nicht vorab bekannt gemacht worden seien.

Weiterhin seien einzelne Kriterien inhaltlich unklar bzw. erklärungsbedürftig gewesen (insbesondere regionale Herkunft, Zubereitungsart, Herkunft der Ware).

Zuletzt hätte wohl auch (das Gericht lässt dies aber letztlich offen) die Gewichtung der einzelnen Kriterien bekannt gemacht werden müssen.

2. Lösung:

a) Lösung im Überblick

Das bisherige Bewerberauswahlverfahren wird beendet.

Alle Bewerber werden von der Verwaltung schriftlich hierüber informiert.

Die Verwaltung hat unter Mitwirkung einer auf Vergaberecht spezialisierten Kanzlei ein neues Bewerberverfahren entwickelt, das als Anlage „Bewerberaufuf und Erläuterungen zu den Auswahlkriterien“ beigelegt ist.

Dieses Verfahren wird nur für den Weihnachtsmarkt 2014 durchgeführt. Die Auswahl von Standbetreibern für die folgenden Jahre wird in einem separaten Verfahren im kommenden Jahr geregelt.

Der Bewerberaufuf samt der Erläuterungen zu den Auswahlkriterien wird unmittelbar nach positiver Beschlussfassung auf der Homepage der Stadt Mainz veröffentlicht, weiterhin erfolgt eine entsprechende Bekanntmachung im nächsten Amtsblatt der Landeshauptstadt Mainz.

Die Bewerbungsfrist wird am

Montag, den 15.09.2014, 12.00h.

enden.

Alle eingegangenen vollständigen Bewerbungen werden sodann gemäß der in der Anlage beschriebenen Vorgehensweise durch ein Auswahlgremium bewertet.

Dieses besteht aus:

- einem Vertreter des Amtes für Wirtschaft und Liegenschaften,
- einem Vertreter des Amtes für Finanzen, Beteiligungen und Sport, Abteilung Vergabe und Einkauf
- einem Vertreter des Rechts- und Ordnungsamtes, Rechtsabteilung
- sowie aus bis zu zwei beratenden Mitgliedern.

Das Ergebnis des Auswahlgremiums und die vorbereitete Vergabeentscheidung wird dem Stadtrat am 01. Oktober 2014 zur Kenntnisnahme vorgelegt.

Sodann werden Zulassungen und Absagen für den Weihnachtsmarkt 2014 versandt. Die sofortige Vollziehung dieser Bescheide wird angeordnet, um die Durchführung des Weihnachtsmarktes ab 27. November 2014 zu gewährleisten.

b) Begründung im Einzelnen

1. Abbruch des bisherigen Vergabeverfahrens

Das im Januar 2014 begonnene Vergabeverfahren muss, damit ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden kann, beendet werden.

Dadurch wird den vorläufig erteilten Zusagen die Grundlage entzogen. Die Zusagen entfalten dann aufgrund der geänderten Sachlage (Abbruch des Vergabeverfahrens) keine Bindungswirkung mehr.

Für diejenigen Beschicker, welchen mitgeteilt worden ist, dass die Bewerbung erfolgreich gewesen und in Bälde mit der endgültigen Zulassung und dem Abschluss des Mietvertrages zu rechnen sei, bedeutet dies, dass eine endgültige Zulassung (Zulassungsbescheid) nicht erfolgen wird.

2. Neues Vergabeverfahren

Nach dem Inhalt der geschilderten Beschlüsse ist nun ein neues Vergabeverfahren durchzuführen.

Im Vorfeld wurde geprüft, ob auch **ohne ein neues Vergabeverfahren** der Weihnachtsmarkt durchgeführt werden kann.

Aufgrund umfangreicher rechtlicher Überprüfungen kam die Verwaltung zu dem Ergebnis, dass die in Betracht kommenden Möglichkeiten erheblichen rechtlichen Bedenken unterliegen.

Eine sogenannte **Notvergabe**, die zum Inhalt hätte, dass die Beschicker, die auch die letzten fünf Jahre Stände auf dem Weihnachtsmarkt betrieben haben, direkt eine Zulassung erhielten, entspräche nicht den Regelungen der Marktsatzung.

Nach dieser und nach der zu Marktzulassungsansprüchen ergangenen Rechtsprechung ist über die Vergabe von Ständen auf einem Markt eine ermessensgerechte Entscheidung zu treffen, die auch Neubewerbern grundsätzlich eine Zugangschance eröffnet. Eine derartige Vergabe, die allein an das Kriterium „bekannt und bewährt“ anknüpft, wäre rechtlich angreifbar.

Ebenfalls mit einem rechtlichen Risiko behaftet wäre eine Einigung mit den Beschickern dahingehend, dass sowohl denjenigen, welche ihre Absage mit Rechtsmitteln angegriffen haben, als auch den Bewerbern, die eine vorläufige Zusage erhalten haben, die Möglichkeit zur Teilnahme am Weihnachtsmarkt - beispielsweise unter Erweiterung der hierfür zur Verfügung stehenden Flächen- eingeräumt würde. Zum einen wäre hierfür eine Satzungsänderung erforderlich und zum anderen kann das Risiko von „Konkurrenzklagen“ nicht ausgeschlossen werden.

Damit sollte ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden.

3. Beschreibung des neuen Vergabeverfahrens

Um die Fehler des durchgeführten Verfahrens zu vermeiden, hat sich die Verwaltung **zusätzlich** der Beratung durch eine im Vergaberecht tätige Rechtsanwaltskanzlei bedient.

Mit dieser wurde ein Verfahren entwickelt, das entsprechend der gerichtlichen Vorgaben bestmögliche Rechtssicherheit gewährleisten soll.

a) Verfahren nur für den Weihnachtsmarkt 2014

Das Vergabeverfahren soll nur für den Weihnachtsmarkt 2014 durchgeführt werden. Damit werden die rechtlichen Risiken minimiert, die deshalb bestehen, weil die aktuelle Marktsatzung noch eine jährliche Bewerbungsfrist und eine jährliche Zulassung zum Weihnachtsmarkt vorsieht, vgl. § 6a der Marktsatzung.

b) Angebotsgruppen

Es werden 11 Angebotsgruppen gebildet. Bei der Bildung der Angebotsgruppen wurden die aus dem vorangegangenen Verfahren erlangten Erfahrungen berücksichtigt.

So wurde beispielsweise die Angebotsgruppe eines reinen Glühweinstandes eingefügt. Um die Vielseitigkeit des Angebots zu gewährleisten wurde weiter der Spezialimbiss in zwei Angebotsgruppen – herzhaftes Speisen und süße Speisen- unterteilt.

c) Bewerbungen und Frist

Wegen der Kürze der Zeit wird die Angebotsfrist auf knapp drei Wochen festgelegt.

Um den Bewerbern eine Bewerbung zu erleichtern, wird darüber hinaus die Möglichkeit eingeräumt, sich auf noch bei der Verwaltung vorhandene Bewerbungsunterlagen aus dem abgebrochenen Verfahren zu beziehen.

Neue und weitere Ausführungen die nach dem Bewerberaufruf und dessen Anlage im Hinblick auf das neue Vergabeverfahren erforderlich sind müssen selbstverständlich eingereicht werden.

d) Bewertungsgremium

Das Gremium soll grundsätzlich aus Mitarbeitern der Verwaltung bestehen, weil die Vergabeentscheidung als Ermessensentscheidung der Behörde nur durch die Kommune getroffen werden kann.

Da die Bewertung der Angebote aber wesentlicher Teil der Entscheidungsfindung ist, bestehen rechtliche Bedenken, außerhalb der Kommune stehende Dritte bei der Bewertung mitentscheiden zu lassen.

Möglich ist es aber, Dritte in die Entscheidungsfindung mit einzubeziehen. Unabhängige Dritte können somit innerhalb der Bewertung beratend tätig werden. Aber auch dabei ist auf gesetzliche Mitwirkungsverbote, wie z.B. § 20 Verwaltungsverfahrensgesetz zu achten.

Eine Mitwirkung durch Beratung darf somit beispielsweise durch solche Personen nicht erfolgen, die unmittelbar oder mittelbar Interessen am Ausgang des Verfahrens haben.

Somit kommen beispielsweise ein möglicher Bewerber oder seine Angehörigen nicht in Betracht. In Betracht käme aber beispielsweise ein Mitglied einer Interessenvertretung, bei dem jedwedes eigene Interesse ausgeschlossen werden kann.

Um hier flexibel zu sein, sollte die Verwaltung ermächtigt werden, geeignete Personen hinzuzuziehen, da zum jetzigen Zeitpunkt diese Personen noch nicht abschließend bestimmt werden können.

e) Auswahlkriterien

Die Auswahlkriterien, der Bewertungsmaßstab und die Gewichtung der Kriterien werden für jede Angebotsgruppe gesondert festgelegt. Hierzu kann auf die Anlage zum Bewerberauftrag „Auswahlverfahren Mainzer Weihnachtsmarkt – Erläuterungen zu den Auswahlkriterien“ verwiesen werden.

Es werden zunächst 11 Angebotsgruppen gebildet. Für jede Angebotsgruppe wird beispielhaft beschrieben, was sich die Stadt Mainz darunter vorstellt (z.B. „Rund um den Weihnachtsbaum“ - Weihnachtsschmuck, insbesondere Baumschmuck, Fensterschmuck, Lichterketten, Beleuchtungsmaterial, Weihnachtskrippen, Erzgebirgische Holzkunst, Schnitzereien, Kerzen, u.a.).

Für jede der Angebotsgruppen wird sodann mindestens das in der Rechtsprechung anerkannte Kriterium „Attraktivität“ des Angebotskonzepts bewertet. Dem Bewerber wird dabei mitgeteilt, welche Bewertungsmaßstäbe bei der Bewertung dieses Kriteriums oder der weiteren bekanntgemachten Kriterien insbesondere angelegt werden. Dem Bewerber wird somit eröffnet, was für die Stadt Mainz bei der Bewertung wichtig ist und was insbesondere eine positive Bewertung ermöglicht.

Gemäß einem Notenschema wird das Angebot dann benotet (umgekehrtes Schulnotensystem: 5 = hervorragendes Angebotskonzept, 4 = sehr gutes Angebotskonzept, 3 = gutes Angebotskonzept, 2 = befriedigendes Angebotskonzept, 1 = ausreichendes Angebotskonzept) und die Noten werden sodann in Punkte umgerechnet.

Den Bewerbern mit den meisten Punkten werden dann die in der Angebotsgruppe zur Verfügung stehenden Plätze zugeteilt.

Kommt es zu einer Punktgleichheit zwischen mehreren Bewerbern, muss ebenfalls ein System vorhanden sein, um den letzten oder die letzten noch vorhandenen Plätze willkürfrei und transparent zu verteilen.

Dies wird im Folgenden beschrieben.

f) „Bekannt und bewährt“ / Sicherstellung, dass auch Neubewerber eine echte Zulassungschance haben

Hier ist zunächst klarzustellen, dass auch das Kriterium „bekannt und bewährt“ prinzipiell ein von der Rechtsprechung anerkanntes Differenzierungskriterium darstellt (vgl. nur VG Neustadt (Weinstraße), Urteil vom 16. Dezember 2010, Az.: 4 K 939/10.NW). Im Hinblick auf Art. 12 GG (Berufsfreiheit) darf dieses Kriterium aber nicht allein für die Auswahl entscheidend sein. Das Vergabekriterium „bekannt und bewährt“ darf nicht zum alleinigen Verteilungsmaßstab erhoben werden – weswegen auch die bereits oben angesprochene Notvergabe rechtlich angreifbar wäre.

Der Auswahlentscheidung muss ein System zugrunde liegen, das auch Neubewerbern eine reelle und echte Zulassungschance einräumt. Ein System, welches allen Neubewerbern von vorneherein überhaupt keine Zulassungschancen einräumte, überschritte damit die zulässigen Ermessensgrenzen.

Das erarbeitete Auswahlkonzept sieht daher – wie beschrieben - vor, dass zunächst über das für die jeweilige Angebotsgruppe vorgesehene Kriterium oder die für die jeweilige Angebotsgruppe vorgesehenen Kriterien eine Auswahl erfolgt. Das Angebot des Bewerbers mit der höchsten Punktzahl nach dem bekannt gemachten Auswahlkriterium oder den bekannt gemachten Auswahlkriterien stellt das aus Sicht der Landeshauptstadt Mainz beste Angebot dar und erhält den Zuschlag.

Können auf Grund der Auswahlkriterien jedoch nicht alle Standplätze innerhalb einer Angebotsgruppe vergeben werden, weil für den letzten oder die letzten zu vergebenden Standplätze Punktgleichheit zwischen mehreren Bewerbern besteht, musste ein System entwickelt werden, das auch Neubewerbern – für den Fall, dass sie nicht bereits über das vorliegende Wettbewerbsergebnis und die bekannt gemachten und vorgesehenen Auswahlkriterien einen Standplatz zugewiesen bekommen haben – eine reelle und echte Zulassungschance gewährleistet.

Die nun vorgesehene Regelung entspricht dem auch in der Rechtsprechung anerkannten Interesse einer Kommune, dass „bekannt und bewährt“ ein Auswahlkriterium darstellen darf. Gleichzeitig wird aber auch gewährleistet, dass auch nicht bekannte und bewährte Bewerber – sofern punktgleich – eine reelle Zulassungschance pro Angebotsgruppe besitzen, da ihnen 25%, aber mindestens einer, der noch zu vergebenden Standplätze zugeteilt wird. Dies gilt aber nur dann, wenn – wie bereits erwähnt - nicht bekannte und bewährte Bewerber innerhalb jeweiligen Angebotsgruppe noch keinen Platz über das Wettbewerbsergebnis erlangt und zugewiesen bekommen haben.

Als bekannt und bewährt gelten dabei diejenigen Bewerber, die in den letzten 3 Jahren am Mainzer Weihnachtsmarkt in der jeweiligen Angebotsgruppe teilgenommen und sich hierbei als zuverlässig erwiesen haben. Unzuverlässigkeit liegt dabei insbesondere in den Fällen des § 7 Abs. 3 c) und e) und in den Fällen des § 8 Abs. 2 der Marktsatzung vor, die auch einen Widerruf der Zulassung rechtfertigen würden.

g) Zu der Frage, ob nach Abschluss des Bewertungsverfahrens der Stadtrat/ Wirtschaftsausschuss erneut entscheiden soll

Ob für den Erlass der Zulassungsbescheide dann aber wieder die Verwaltung originär zuständig ist (laufende Verwaltung) oder aber der Gemeinderat (keine laufende Verwaltung) wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.

Unstrittig ist aber, dass nach der grundlegenden Entscheidung des Rates über die Aufstellung von Richtlinien und ermessenslenkenden Vorgaben - was bei uns mit dem Bewerberaufruf und der zu veröffentlichen Matrix geschehen wird – der Gemeinderat dann die Entscheidung über die Vergabe der Standplätze im Einzelfall der Verwaltung überlassen kann (so auch das VG Neustadt, Beschluss vom

31.09.2009, Az.: 4 K 857/09.NW). Ermessenslenkende Richtlinien sind nämlich geeignet, die Kriterien der zu treffenden Ermessensentscheidung vorzugeben und zu konkretisieren. Sie gewährleisten auch ein einheitliches, willkürfreies und nachvollziehbares Auswahlverfahren (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 26. August 2008 - 6 B 10876/08.OVG).

Aus diesem Grund wird empfohlen zu beschließen, dass die Verwaltung in Ausfüllung der durch das Gremium vorgegeben ermessenslenkenden Richtlinien und Vorgaben (Bewerberauftrag und Erläuterungen zu den Auswahlkriterien) die Auswahlentscheidung vornehmen und die Vergabeentscheidung treffen soll.

Die fertige Vergabeentscheidung wird dem zuständigen Gremium vor Erlass der Zulassungsentscheidung zur Kenntnisnahme nochmals vorgelegt werden.

h) Beschleunigung des Verfahrens nach der Auswahlentscheidung

Um schnellstmöglich Rechtsklarheit zu erlangen, werden sowohl die Ablehnungsbescheide, als auch die unmittelbar zu erteilenden endgültigen Zusagen mit dem Ausspruch der sofortigen Vollziehung versehen.

3. Alternativen:

keine

4. Geschlechterspezifische Auswirkungen:

keine

5. Ausgaben/Finanzierung

/

Finanzielle Auswirkungen zu 2. und 3.

ja, Stellungnahme Amt 20 Anlage 1

nein