



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Für die Annahme eines Bauauftrages oder einer Baukonzession im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB ist es unerheblich, ob der öffentliche Auftraggeber das Bauwerk selbst nutzen will oder nicht. Es reicht aus, wenn der öffentliche Auftraggeber städtebaulichen Interessen mit dem Verkauf des Grundstückes verfolgt. Das kann auch dann angenommen werden, wenn nicht mehrere Verträge geschlossen werden sollen, sondern lediglich ein Vertrag vorliegt, in dem baurechtliche als auch planungsrechtliche Elemente aufgenommen wurden.
2. Unter Berücksichtigung der eigenen Erfahrungen des öffentlichen Auftraggebers im Bereich des Bau- und Planungsrechts und der Rechtsprechung des EuGH, 12.07.2001, Rs. C-399/98 und 18.01.2007, Rs. C-220/05 verschließt sich ein öffentlicher Auftraggeber mutwillig gegen die Erkenntnis, dass entsprechende Verträge dem Vergaberecht unterliegen, wenn er diese ohne Anwendung des 4. Teils des GWB vergibt.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe einer Baukonzession im Zusammenhang mit der städtebaulichen Entwicklung eines Grundstückes

VK 17/07

der

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen

die Stadt XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene

xx Projektentwicklung xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2007 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den stellvertretenden hauptamtlichen Beisitzer Vogel und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Hartmann

am **26. September 2007** beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag vom xxxxxx2007 in der Fassung vom xxxxxx2007 über den Verkauf der Grundstücke im Grundbuch des Amtsgerichts xxxxxxxxxxxxxxx Bxxxxxxx und Bxxxxxxx, Flur xxx nichtig ist.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, soweit das Beschaffungsinteresse in der vorliegenden Form weiter besteht, den Verkauf der Grundstücke nach § 32a VOB/A auszuschreiben und dabei das Vergabeverfahren unter Beachtung der §§ 1 – 31 VOB/A durchzuführen.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf 7900 € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beschloss im Jahre 2005 zur Stärkung der Innenstadt als zentralen Versorgungsschwerpunkt eine vorhandene Fläche, bestehend aus einem Kxxxxxxxx und einem ehemaligen xxxxxxxxgrundstück, zu einem kombinierten Einzelhandels- und Dienstleistungszentrum zu entwickeln und an geeignete Investoren oder Betreiber zu veräußern.

Antragstellerin ist die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxmit Sitz in xxxx. Diese ist aus der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxim Januar 2007 hervorgegangen. Die xxxxxxxxxxx hat ausweislich ihrer Internetseiten in der Vergangenheit zahlreiche Projekte entwickelt und daneben auch in der Regel das Baumanagement übernommen.

Die Antragsgegnerin ließ sich am 09.08.2005 anwaltlich beraten. In dem Gutachten wird ausgeführt, dass die Stadt bei Abschluss eines Grundstückkaufvertrages mit Bauverpflichtungen zwar kein förmliches Vergabeverfahren durchführen müsse, aber aufgrund europarechtlicher Vorschriften den Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz zu beachten habe. Denn der beabsichtigte Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtungen weise in seiner Gesamtbetrachtung keinen für die

Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen typischen Beschaffungscharakter auf.

Zur Verwirklichung des geplanten Konzepts schrieb die Antragsgegnerin zunächst mehrere Unternehmen an. Auf direkte Nachfrage der Antragsgegnerin lehnten zwei ortsansässige Unternehmen unmittelbar ab. Mit Schreiben vom 10.08.2005 informierte die Antragsgegnerin auch die mit Beschluss vom 28.06.2007 Beigeladene.

Die Antragsgegnerin veröffentlichte daraufhin in zwei Regionalzeitungen am 27./28.08.2005 unter der Überschrift „Grundstücksangebot“ folgenden Hinweis:

„Die Stadt xxxxxxxxxxxxxxxx beabsichtigt, zum nächstmöglichen Zeitpunkt das Gelände des „Kxxxxxxxxxxxxx“ sowie das xxxxxxxxx-Grundstück mit einer Gesamtgröße von ca. 20.000 m² zum Zwecke der Bebauung mit einem Einzelhandelszentrum und anderen innenstadtrelevanten Nutzungen zu veräußern.

Der Kaufpreis orientiert sich

Weiterhin wird vom Erwerber erwartet, dass er die Verlängerung des Rad- und Fußweges, der aus dem xxxxxxxxxxxxxxxx führt, auf eigene Kosten an das Einzelhandelszentrum anbindet und die auf der gegenüberliegenden Seite der xxxxxxxxxtraße liegende xxxxxxxxxxxxxxxx über eine zu errichtende Brücke erschließt. “

Etwaige Interessenten am Grunderwerb und an der Flächenentwicklung sollten sich bis zum 05.09.2005 bei der Antragsgegnerin melden.

Bereits zwei Tage nach der Presseveröffentlichung erhielt die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.08.2005 von der Beigeladenen die Anfrage, ihr einen Präsentationsstermin für die Darstellung ihres Planungskonzeptes zu benennen.

Nach der Presseveröffentlichung stellte die Antragsgegnerin ausweislich der Unterlagen eine Bewerberliste mit sieben namentlich genannten Unternehmen zusammen, wozu auch die Beigeladene zählte.

Mit Schreiben vom 06.09.2005 teilte die Antragsgegnerin allen Interessenten mit, dass ein Entwurf spätestens am 14.09.2005 im Rathaus vorliegen müsste und die Interessenten sich darauf einrichten sollten, in der Ratssitzung am 15.09.2005 ihre Entwürfe zu erläutern. Abschließend teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie im Falle eines Zuschlages eine geeignete Absicherung des Kaufpreises wünsche.

Mit Schreiben vom 09.09.2005 beanstandete zumindest die G. GmbH die engen Fristen und wies darauf hin, dass sie erstmals durch das Inserat in der xxx vom 27.08.2005 von diesem Planungsvorhaben erfahren habe.

Ausweislich eines Aktenvermerks vom 13.09.2005 erschien Herr K., der ebenfalls zu dem Kreis der Interessenten zählte, und erkundigte sich bei der Antragsgegnerin nach dem derzeitigen Stand des Bewerbungsverfahrens. Die Antragsgegnerin teilte ihm mit, dass bislang zwei konkrete Bewerbungen im Rat vorgestellt wurden. Weiterhin wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass keinesfalls Architekturdetailplanungen erwartet würden. Dann nimmt die Antragsgegnerin in diesem Aktenvermerk vom 13.09.2005 Bezug auf ein Schreiben vom 27.09. und weist daraufhin, dass die dort

genannte Fristsetzung zum 18.10.2005 nicht maßgeblich sei, sondern maßgeblicher Stichtag sei der 01.12.2005. Sie erwarte von Herrn K. bis spätestens Anfang November einen Bewerbungsvorschlag.

Unterlagen zu einer Ratssitzung, die vor dem 13.09.2005 lag und in der die beiden Bewerbungen vorgestellt wurden, gibt es in dem Verwaltungsvorgang nicht.

Zwischenzeitlich bekundete mit Schreiben vom 19.09.2005 ein weiteres Unternehmen Interesse an dem Vorhaben. Diesem teilte die Antragsgegnerin am 29.09.2005 mit, dass die Vorauswahl von möglichen Investoren soweit fortgeschritten sei, dass eine weitere Bewerbung nicht mehr in Frage komme.

Mit Schreiben vom 27.09.2005 an Herrn K. und der G.-GmbH teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Frist für die Einreichung entsprechender Unterlagen nunmehr bis zum 18.10.2005 verlängert werde. Bis zu diesem Zeitpunkt sollte ein Nutzungskonzept als auch ein Betreiberkonzept im Rathaus vorliegen. Ob auch die anderen Interessenten entsprechend informiert wurden, lässt sich dem Verwaltungsvorgang nicht entnehmen.

Ausweislich eines Aktenvermerks vom 28.09.2005 lagen der Antragsgegnerin bis zum 14.09.2005 die Vorschläge der Beigeladenen und von Herrn L. vor. Gemäß Ratsbeschluss sollte u.a. das vorgestellte Konzept von der Beigeladenen bis zur nächsten Sitzung am 01.12.2005 entscheidungsreif konkretisiert werden. Ein entsprechender Ratsbeschluss lag den Unterlagen nicht bei. Die eingereichten Konzepte befinden sich ebenfalls nicht im Verwaltungsvorgang.

Zwei weiteren Interessenten, wozu auch das Planungsbüro von Herrn K. gehörte, wurden Nachfristen für die Einreichung der Entwürfe gesetzt. Mitte November teilten diese beiden Interessenten dann mit, dass sie kein Interesse mehr an diesem Projekt hätten. Ob es zu einer Vorstellung der Entwürfe der Beigeladenen und von Herrn L. in der Sitzung des Rates am 01.12.2005 gekommen ist, lässt sich dem Verwaltungsvorgang nicht entnehmen. Ebenso wenig sind diese Planungsentwürfe im Vorgang vorhanden.

In der Niederschrift über die Ratssitzung am 01.12.2005 ist lediglich vermerkt:

„Die Verwaltung wird beauftragt, mit der St. (Beigeladenen) konkrete Verhandlungen mit dem Ziel des Abschlusses eines Kaufvertrages über das Gelände des Kxxxxxxxxxxxx und des xxxxxxxxxxxx zu führen, in dem auch die städtebaulichen Vorstellungen der Stadt und die Nutzung festgeschrieben werden.“

Ausweislich der Verwaltungsunterlagen gab es im Mai 2006 ein Gespräch zwischen der Beigeladenen und dem mittlerweile beauftragten Notar der Antragsgegnerin, in dem auf der Grundlage eines Vertragsentwurfes u.a. auch über noch vorzustellende Konzeptionspläne sowie einer Auflistung der vorliegenden Mietverträge, den Abriss des xxxxxxxxxxxx und der Ersatz der geplanten Fußgängerbrücke durch eine Querungshilfe gesprochen wurde. An dem Gespräch nahm offensichtlich auch ein Vertreter der Antragsgegnerin teil.

Im Februar 2007 führte die Antragsgegnerin eine Informationsveranstaltung für die Werbegemeinschaft durch. Im Anschluss daran beanstandete die Sxxxxxxxxx

Die Anlage 4 besteht aus drei Grundrisszeichnungen für das jeweilige Geschoss der Einkaufsgalerie, in der bereits einige Mieter namentlich eingetragen sind.

Nach § 8 Nr. 4 des Vertrages behält sich die Antragsgegnerin ein zusätzliches Rücktrittsrecht von diesem Kaufvertrag für den Fall vor, dass der Käufer entgegen seiner Verpflichtung gemäß § 7 Nr. 1 die erforderlichen genehmigungsfähigen Bauantragspläne nicht innerhalb von acht Wochen vorlegt.

In § 11 des Kaufvertrages übernimmt die Beigeladene weitere Verpflichtungen, wie den Ausbau von Rad- und Fußwegen, die Errichtung einer Überquerungshilfe, die Umgestaltung des Randstreifens und des Einmündungsbereichs in die Schillerstraße sowie den Abriss des xxxxxxxxxxxx. Diese Planungskonzepte sind in den Anlagen 2 und 5 zum notariellen Vertrag zeichnerisch dargestellt.

Gemäß § 13 des Vertrages verpflichtet sich die Beigeladene, die Gestaltung der Fassaden sowie der Außenanlagen nur in Übereinstimmung mit der Stadt vorzunehmen, und zwar auch dann, wenn die dem Käufer erteilte Baugenehmigung und der Vorhaben- und Erschließungsplan keine besonderen Auflagen hierzu erhalten sollten.

In § 14 des Vertrages behält sich die Antragsgegnerin zudem ein Wiederkaufsrecht u.a. für den Fall vor, dass die Beigeladene nicht mit der Errichtung des Einkaufszentrums beginnt oder vor Abschluss der vollständigen Bebauung eine Veräußerung an einen Dritten ohne Zustimmung der Antragsgegnerin erfolgen sollte.

Für die Parkplatznutzung auf dem Grundstück wird in § 17 des Vertrages eine Sondernutzung in der Weise vereinbart, dass die Parkplätze jederzeit öffentlich zugänglich sein müssen.

Mit Schreiben vom 20.06.2007 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Antragsgegnerin. Der Antrag wurde am 21.06.2007 von der Vergabekammer zugestellt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, die Antragsgegnerin habe vergaberechtswidrig im Wege einer sogenannten de facto Vergabe einen Planungsauftrag an die Beigeladene vergeben, wobei die gesamten Entwicklungs- und Baukosten für die Neubebauung des Grundstückes bei ca. 22 Mio. € liegen würden. Der für Planungsaufträge maßgebliche Schwellenwert von 211.000 € werde damit deutlich überschritten.

Die Antragstellerin behauptet, sie habe auch ein Interesse an der Durchführung dieses Auftrages, habe aber kein Angebot abgeben können, weil die Antragsgegnerin kein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchgeführt und auch zu keinem Zeitpunkt bekannt gemacht habe, dass sie einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder einen öffentlichen Bauauftrag vergeben wolle. Von dem Abschluss des Kaufvertrages habe sie erst unmittelbar vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens Kenntnis erlangt. Bei einer de facto Vergabe unterliege sie auch nicht der Rügeobliegenheit aus § 107 Abs. 3 GWB.

Die Antragstellerin meint, der zwischen der Beigeladenen und der Antragsgegnerin geschlossene Vertrag vom 29.03.2007 sei gemäß § 13 S. 6 VgV und § 138 BGB nichtig.

Nach der Rechtsprechung des BGH, 01.02.2005, X ZR 27/04, sei § 13 VgV entsprechend anwendbar, wenn es im Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB bei der Beschaffung von Dienstleistungen zur Beteiligung mehrerer Unternehmen komme. Gegenüber einem nicht beteiligten Bieter wiege der Vergaberechtsverstoß noch schwerer als gegenüber Bietern, die an einem wettbewerblichen Auswahlverfahren teilnehmen konnten.

Die Antragstellerin verweist zudem auf die Entscheidung des EuGH vom 18.07.2007, Rs. C-503/04, wonach vergaberechtswidrige Verträge zwingend zu beenden sind. Da der 4. Teil des GWB subjektiven Bieterrechten diene, müssten interessierte Unternehmen gerade deshalb auch die Möglichkeit haben, tatsächlich gegen eine vergaberechtswidrige Auftragserteilung vorzugehen.

Außerdem sei der Vertrag nach § 138 BGB nichtig, weil die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin davon habe ausgehen müssen, dass der Planungsauftrag europaweit auszuschreiben war. Die Antragstellerin nimmt Bezug auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 12.01.2000, Verg 4/99, wonach die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts aus den Umständen zu ermitteln ist. Im Vergaberecht ergebe sich das sittlich verwerfliche Gepräge aus der Verpflichtung zur Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften für den Gesamtvertrag und als Kehrseite dazu aus dem Sich-Entziehen dieser Verpflichtung durch Schaffung vollendeter Tatsachen zum Nachteil der Allgemeinheit und der potentiellen Bewerber. Die Antragstellerin meint, dass dies hier der Fall sei, weil die Antragsgegnerin hätte wissen müssen, dass der von ihr geschlossene Kaufvertrag vor diesem Hintergrund sittenwidrig war. Schließlich müsste auch die Antragsgegnerin die beiden Entscheidungen des EuGH vom 12.07.2001 und 18.01.2007 kennen, woraus sie die entsprechenden Rückschlüsse habe ziehen können.

Keinesfalls habe die Antragsgegnerin sich hier auf das Rechtsgutachten verlassen dürfen, zumal dort nicht untersucht worden sei, ob der Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtungen nicht als öffentliche Baukonzession eingestuft werden musste.

Die Sittenwidrigkeit des Vertrages, so meint die Antragstellerin weiterhin, lasse sich auch dem Umstand entnehmen, dass die Antragsgegnerin gezielt ortsansässige Unternehmen für ihre Pläne suchte, um an diese Unternehmen unter größtmöglicher Ausschaltung des Wettbewerbs zu verkaufen.

Nach Einsicht in den Kaufvertrag vom 29.03.2007 und dem Verwaltungsvorgang trägt die Antragstellerin vor, der Verkauf des Grundstückes diene ausschließlich einem städtebaulichen Ziel, nämlich der Realisierung eines großflächigen Einzelhandelsbetriebes. Aus der Präambel des Vertrages ergebe sich, dass die dafür erforderlichen Planungs- und Bauleistungen durch die Beigeladene erbracht werden sollten. Da noch ein Vorhaben- und Erschließungsplan in der Form eines städtebaulichen Vertrages zu erstellen war, muss der Grundstückskaufvertrag nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Verg 2/07, im Zusammenhang mit diesem städtebaulichen Vertrag gesehen werden. Grundstückskaufvertrag und städtebaulicher Vertrag

seien als Einheit anzusehen und unterfielen als öffentlicher Dienstleistungsauftrag dem Anwendungsbereich des Vergaberechts.

Darüber hinaus liege auch ein öffentlicher Bauauftrag vor, der europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen. Die Antragstellerin verweist diesbezüglich auf die Rechtsprechung des EuGH, 18.01.2007, C-220/05, wonach die Qualifizierung eines Vertrages als öffentlicher Bauauftrag eben nicht von dem Verwendungszweck des zu errichtenden Bauwerks abhängig sei. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber das zu errichtende Bauwerk nicht selbst nutzen wolle, läge ein ausschreibungspflichtiger Tatbestand vor.

Inhaltlich werde die Beigeladene in dem Vertrag zur Verlegung eines Kanals, zum Abbruch des xxxxxxxxxxxx und zum Neubau eines Einkaufszentrums verpflichtet. Insgesamt würden diese Teilleistungen den erforderlichen Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung bei weitem übersteigen.

Diese Einschätzung würde auch durch das Rechtsgutachten bestätigt, weil in dem Begleitschreiben darauf hingewiesen wurde, dass man nach Prüfung zu dem gewünschten Ergebnis gelangt sei, wonach der von der Antragsgegnerin beabsichtigte Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtungen nicht dem Vergaberecht unterliege. Die Antragstellerin meint, damit werde deutlich, dass im Mittelpunkt der Bemühungen der Antragsgegnerin die Verpflichtung zur Bebauung des Grundstückes stand. Außerdem gehe aus dem Rechtsgutachten hervor, dass keine umfassende vergaberechtliche Prüfung stattgefunden habe, weil die Fragen im Zusammenhang mit einer Baukonzession überhaupt nicht angesprochen wurden. Die Vorschrift des § 99 Abs. 3 GWB sei in dem Gutachten entweder bewusst oder unbewusst übersehen worden.

Weiterhin trägt die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die Beihilfebeschwerde der Sxxxxxxxxxxx GbR vor, dass die Erteilung des Planungs- und Bauauftrages an die Beigeladene auch gegen das Beihilfeverbot des EG Vertrages verstoße. Es gäbe einen Kaufinteressenten, der einen höheren Preis pro m² für das Grundstück geboten habe. Da die Beihilfe nicht notifiziert wurde, sei der gesamte Grundstückskaufvertrag nichtig.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen abgeschlossene Grundstückskaufvertrag vom 29.03.2007 in der Fassung des Änderungsvertrages vom 04.09.2007 nichtig ist,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, für den Fall, das sie an der Absicht festhält, auf den verkauften Grundstücken das xxxxxxxxxxxx abreißen zu lassen und diese Grundstücke mit Baulichkeiten für Einzelhandel nebst den dazugehörigen Parkflächen entsprechend den Konzeptionsplänen im Sinne der Anlage 4 zu § 7 Nr. 1 c) des Grundstückskaufvertrages vom 29.03.2007 bebauen zu lassen, den Vertrag in einem Vergabeverfahren nach Maßgabe des 4. Teils des GWB zu vergeben bzw. auszuschreiben,
3. der Antragsgegnerin die Kosten aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei.

Die Antragsgegnerin meint, die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt. Denn sie habe überhaupt kein Interesse an einer Überplanung und Entwicklung des Grundstückes, sondern verfolge allein das Ziel, die Ansiedlung eines Einkaufszentrums auf dem Grundstück zu verhindern. Bei der Antragstellerin handele es sich vormals um die xxxxxxxxxxxx GmbH, die für die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxBeteiligungsAG und mit den mit dieser AG verbundenen Unternehmen (xxxxxGruppe) Projektentwicklungen durchführe. Die xxxx Gruppe betreibe über eine von ihr beherrschte Fondsgesellschaft die Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR. Diese wiederum betreibe in unmittelbarer Nachbarschaft zum streitgegenständlichen Grundstück ein Einkaufszentrum. Offenbar möchte die xxxx Gruppe aus Konkurrenzgründen die Errichtung eines weiteren Einkaufszentrums in unmittelbarer Nachbarschaft verhindern. Vor diesem Hintergrund lasse die xxxxxGruppe nichts unversucht. Sie habe sich sowohl unmittelbar an die Antragsgegnerin als auch an die Nachbarkommunen gewandt, in Zusammenwirken mit der xxx ein Kaufangebot unterbreite und auch eine Beihilfebeschwerde eingereicht. Auch der Nachprüfungsantrag verfolge einzig den Zweck, die Errichtung eines weiteren Einkaufszentrums zu verhindern.

Die Zielrichtung lasse sich auch aus der Wahl des Verfahrensbevollmächtigten schließen, weil dieser die xxxx Gruppe zugleich auch in ihren Bemühungen vertrete, die Ansiedlung eines zweiten Einkaufszentrums auf dem streitgegenständlichen Grundstück mit den Mitteln des Bauplanungsrechts zu verhindern. Folglich ginge es der Antragstellerin eben nicht um den Erhalt eines Auftrages für die Planung und Entwicklung eines solchen Einkaufszentrums.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass der zwischen ihr und der Beigeladenen abgeschlossene Grundstückskaufvertrag kein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 GWB sei. Es gebe keinerlei vertragliche Vereinbarungen mit der Beigeladenen mit Ausnahme des Grundstückskaufvertrages vom 29.03.2007. Die Beigeladene habe vielmehr im Jahre 2005 die Äußerungen der Antragsgegnerin über die beabsichtigte Veräußerung des hier im Streit stehenden Grundstückes zum Anlass genommen, um ein eigenes Planungskonzept zu entwerfen. Mit diesem Planungskonzept habe sie sich an dem Interessenbekundungsverfahren, welches von der Antragsgegnerin zur Auswahl des Grundstückserwerbs durchgeführt worden sei, beworben. Am 01.12.2005 habe sich die Antragsgegnerin zum Verkauf des Grundstückes an die Beigeladene entschlossen. Seitdem führe die Beigeladene ihre Planungen eigenständig und ohne einen Auftrag der Antragsgegnerin fort.

Die Ausführungen in der Präambel des Kaufvertrages würden lediglich die beabsichtigte Nutzung des Kaufgrundstückes durch die Beigeladene beschreiben, würden für sich genommen aber keinerlei Rechtspflichten zwischen den Beteiligten begründen.

Aus denselben Gründen läge auch kein öffentlicher Bauauftrag vor. Der Grundstückskaufvertrag enthalte keine vertragliche Verpflichtung der Beigeladenen, auf dem verkauften Grundstück ein Einkaufszentrum entsprechend bestimmter von der Antragsgegnerin genannter Erfordernisse zu errichten. Darauf habe die Antragsgegnerin keinen Anspruch; sie habe sich lediglich ein Wiederkaufsrecht für den Fall vorbehalten, dass die Beigeladene das Grundstück nicht innerhalb einer bestimmten Frist bebaue. Mithin habe sie gegen die Beigeladene eben keinen vertraglichen Erfüllungsanspruch, der auf die Realisierung des Einkaufszentrums gerichtet sei. Allein die Einräumung des Wiederkaufsrechts sei aber gemäß § 100 Abs. 2 lit. h GWB vergaberechtlich irrelevant.

Sämtliche im Vertrag genannten Baumaßnahmen, wie der Ausbau des Rad- und Fußweges sowie der Abriss des xxxxxxxxxx seien reine Folgeregelungen im Zusammenhang mit dem von der Beigeladenen beabsichtigten Bau eines Einkaufszentrums auf dem verkauften Grundstück. Dies seien gegenüber der Veräußerung des Grundstückes vollkommen untergeordnete Gesichtspunkte, die jedenfalls dem Vertrag keinen Beschaffungs- und Auftragscharakter verleihen würden. Zudem würde es sich dabei um Leistungen handeln, deren Auftragswerte unterhalb der Schwellenwerte liegen.

Die Antragsgegnerin legte mit Schriftsatz vom 10.09.2007 einen notariell beurkundeten Änderungsvertrag vom 04.09.2007 vor. Der dazu ergangene Ratsbeschluss vom 13.09.2007 wurde in der mündlichen Verhandlung vorgelegt. Darin wird der im Streit stehende Vertrag vom 29.03.2007 wie folgt geändert:

Aus der Präambel strich die Antragsgegnerin den Satz, wonach das ehemalige xxxxxxxxx abgerissen und das Gesamtgrundstück mit Baulichkeiten für Einzelhandel nebst Parkplätzen bebaut werden soll. Stattdessen heißt es jetzt: „Der Käufer beabsichtigt, auf dem Grundbesitz ein innerstädtisches Einzelhandelszentrum nebst dazugehörigen Parkplatzflächen zu errichten.“

In § 7 fügte sie folgenden Satz ein: „ Verstößt der Käufer gegen die Verpflichtung zur Vorlage genehmigungspflichtiger Bauantragspläne, so wird der Kaufpreis ungeachtet des Vorliegens der vollständigen Baugenehmigung mit Vorliegen der übrigen Fälligkeitsvoraussetzungen zur Zahlung fällig; darüber hinaus stehen der Stadt weder Erfüllung- noch Schadensersatzansprüche zu.“

§ 11 des Vertrages wurde wie folgt gefasst: „Der Käufer ist zu einem Abbruch des vorhandenen xxxxxxxxxx nicht verpflichtet. Die Befugnis der Stadt, dem Käufer als Eigentümer des Grundstücks aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften einen Abbruch des xxxxxxxxxx vorzuschreiben, bleibt unberührt.“ Weiterhin werden die Verpflichtungen des Käufers zum Ausbau eines Rad- und Fußweges und zur Umgestaltung des Randstreifens und des Einmündungsbereichs insgesamt aus dem Vertrag gestrichen.

§ 12 des Vertrages wird ebenfalls neu gefasst, und zwar in der Weise, dass im Fall einer Bebauung des Grundbesitzes mit einem Einzelhandelszentrum der Käufer sich

verpflichtet, dass er insbesondere dem Inhalt des von der Stadt eingeholten Verkehrsgutachtens sowie dem Inhalt des von ihm selbst eingeholten Einzelhandelsgutachtens Rechnung tragen werde. Der Inhalt der Gutachten, so heißt es wörtlich, ist den Vertragsschließenden bekannt.

§ 13 des Vertrages, der zuvor die Gestaltungs- und Mitwirkungsrechte der Antragsgegnerin enthielt, wird ersatzlos gestrichen und stattdessen wird dort nunmehr der Kostenersatz für das Verkehrsgutachten geregelt.

In § 14 des Vertrages verfügt die Antragsgegnerin nunmehr, dass ihr ein Wiederkaufsrecht zusteht, wenn der Käufer mit der Errichtung des Gebäudes oder einer sonstigen baulichen Anlage auf dem in § 1 näher bezeichneten Grundbesitz beginnt und die entsprechenden Bauarbeiten über einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten in Stillstand geraten.

Die Regelung in § 17 hinsichtlich der Parkplatznutzung wurde ersatzlos gestrichen.

Die Antragsgegnerin meint, dass damit die entsprechenden Leistungspflichten für den Käufer des Grundstückes insgesamt aus dem Vertrag beseitigt wurden. Die von der Antragstellerin zitierte Rechtsprechung des EuGH, des OLG Düsseldorf und der VK Düsseldorf würde somit auf diesen Fall gar nicht zutreffen. Im Gegensatz zu diesen Entscheidungen gebe es eben keine vertragliche Verpflichtung des Käufers, auf dem Grundstück eine bauliche Anlage entsprechend den Erfordernissen der Antragsgegnerin zu errichten. Die Verpflichtung zur Durchführung eines bestimmten Bauvorhabens in einem Durchführungsvertrag sei aber gerade Anlass für das OLG Düsseldorf in der Entscheidung Verg 2/07 gewesen, um den Vertrag als öffentlichen Auftrag anzusehen. Da ein solcher Erfüllungsanspruch, der gerade kennzeichnend für einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts sei, hier nicht bestehe, handele es sich auch nicht um einen öffentlichen Auftrag.

Es existiere außer dem Grundstückskaufvertrag vom 29.03.2007 in der Fassung vom 04.09.2007 auch kein weiterer Vertrag; dieser sei auch nicht geplant. Insbesondere gelte dies für einen Durchführungsvertrag im Sinne von § 12 Abs. 1 BauGB, der nicht geschlossen worden sei und den sie auch nicht beabsichtige zu schließen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass ein Durchführungsvertrag auch deshalb hier nicht erforderlich sei, weil eben nicht die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans vorgesehen sei. Vielmehr beabsichtige die Beigeladene, das Bauvorhaben gemäß § 34 BauGB als Vorhaben im unbeplanten Innenbereich genehmigen zu lassen.

Im Übrigen trägt die Antragsgegnerin vor, sei auch keine verbotene Beihilfe gewährt worden, weil die Veräußerung von Grundstücken keine staatliche Beihilfe darstelle, wenn der Verkauf zuvor hinreichend publiziert worden sei oder der Verkaufspreis dem durch ein unabhängiges Sachverständigen Gutachten ermittelten Marktwert entspreche, wie das hier der Fall gewesen sei.

Am 21. 09.2007 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer und auf den Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin sowie auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebende Aufträge dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind, § 104 Abs. 1 GWB, und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat, § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Bei dem im Streit stehenden Kaufvertrag vom 29.03.2007 in der Fassung vom 04.09.2007 handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag in der Form einer Baukonzession im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB.

aa) Auszugehen ist zunächst von § 99 Abs. 6 GWB, wonach ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, als Dienstleistungsauftrag gilt.

Die Abgrenzung ist einer generalisierenden Bewertung, insbesondere einer solchen anhand bestimmter Anteile von Bau- und Dienstleistungen am Auftragswert entzogen. Die Wertanteile erfüllen insoweit lediglich eine Orientierungs- und Kontrollfunktion. Entscheidend kommt es darauf an, aufgrund einer Analyse der kennzeichnenden und in den Verdingungsunterlagen dokumentierten rechtlichen sowie wirtschaftlichen Gesamtumstände den Schwerpunkte des Auftrages zu ermitteln, OLG Düsseldorf, 18.10.2006, Verg 35/06; EuGH, 19.04.1194, Rs. C-331/92; VK Münster, 15.11.2006, VK 13/06.

Der Kaufvertrag enthält einerseits bauliche Elemente, weil der Käufer dort ein innerstädtisches Einzelhandelszentrum nebst den dazugehörigen Parkplatzflächen errichten soll. Dabei soll das xxxxxxxxx abgerissen werden, wobei diese Anordnung mittelbar im Vertrag aufgenommen wurde, indem die Antragsgegnerin feststellt, dass ihre Möglichkeit, der Beigeladenen eine Abrissverfügung zuzustellen, unberührt bleibt und es wird übereinstimmend festgestellt, dass der Abriss des xxxxxxxxxx auch erforderlich ist.

Aber auch Dienstleistungselemente sind im Vertrag enthalten. Denn die Vertragsparteien haben sich in § 12 darauf geeinigt, dass im Fall einer Bebauung des Grundbesitzes mit einem Einzelhandelszentrum der Käufer sich an bestimmte – bereits vorhandene Gutachten- zu halten hat. Dabei handelt es sich um das Verkehrsgutachten und das vom Käufer selbst eingeholte Einzelhandelsgutachten.

Weiterhin gibt es in der Anlage 4 Grundrisszeichnungen für das zu errichtende Einkaufszentrum (Konzeptionspläne), die lediglich als Entwürfe eingeordnet werden können. Aufgabe der Beigeladenen wird es sein, diese Entwürfe planungsrechtlich so auszuarbeiten, dass das Projekt konkret gebaut werden kann. Infolgedessen wird in dem neu eingefügten Satz in § 7 eindeutig von der Beigeladenen verlangt, dass diese genehmigungspflichtige Bauantragspläne vorlegen muss. Die Gestaltung des zu erstellenden Einkaufszentrums ist eine Planungsleistung, die der Ausschreibung nach den Vorschriften der VOF unterliegen würde.

Der Schwerpunkt des Vertrages liegt jedoch nach den Gesamtumständen beurteilt, eindeutig in der Errichtung eines Einkaufszentrums auf dem Grundstück. Alle weiteren Verpflichtungen, die im Vertrag niedergelegt wurden und sich auf die Planung und Gestaltung des Grundstücks und des Einkaufszentrums beziehen, dienen letztlich dem Ziel, dort ein Einkaufszentrum tatsächlich zu errichten. Nicht die Planungsleistungen stehen bei diesem Vertrag im Vordergrund, sondern die tatsächliche Errichtung des Einkaufszentrums.

Dies spiegelt sich letztlich auch in den Wertanteilen wieder. Die Planungsleistungen, die für die Gestaltung und Ausführung des Gesamtprojekts erforderlich sein werden, und die hier überwiegend in der Planung des Einkaufszentrums bestehen, werden jedenfalls einen geringeren wirtschaftlichen Umfang als die Bauleistungen haben, die hier ausweislich des Vertrages vom Käufer verlangt werden.

Dabei ist es unerheblich, ob der Käufer, also hier die Beigeladene, die Ausführung der im Vertrag vorgesehenen Bauleistungen selbst durchführen wird oder nicht. Denn nach ständiger Rechtsprechung braucht der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers, um als mit einem öffentlichen Bauauftrag betrauter Unternehmer eingestuft zu werden, nicht in der Lage zu sein, die Leistung unmittelbar mit eigenen Mitteln zu erbringen, EuGH, Ballast Nedam Group, 14.04.1994, C-389/92; 02.12.1999, Holst Italia, C-176/98. Dieser Grundsatz findet sich nunmehr in § 8a Nr. 10 VOB/A.

Unter Berücksichtigung der Schwerpunkttheorie handelt es sich somit zunächst um einen Auftrag, der als Bauauftrag und nicht als Dienstleistungsauftrag einzuordnen wäre, wobei es unerheblich ist, ob die Beigeladene selbst baut oder beispielsweise durch einen Generalunternehmer bauen lässt.

bb) Dass dieser Vertrag auch den Erwerb eines Grundstückes durch die Beigeladene beinhaltet, hat hier vergaberechtlich keine Auswirkungen. § 100 Abs. 2 lit. h GWB erfasst nur Verträge über das Grundstück selbst oder bestehende Gebäude. Soweit zusätzliche Maßnahmen im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB erforderlich oder geplant sind, sind diese auszuschreiben, Hailbronner, in Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, § 100 Rn. 570; Stickler, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2. Auflage, § 100 Rn 22.

cc) Bauaufträge sind gemäß § 99 Abs. 3 GWB Verträge, die entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Die Regelungen des Vergaberechts wurden bislang nur auf Verträge angewandt, bei denen der Dritte gemäß den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers baute und ein zusätzliches Beschaffungsinteresse zum Tragen kam, das beispielsweise darin bestand, dass das durch den Dritten errichtete Bauwerk anschließend vom öffentlichen Auftraggeber selbst genutzt werden sollte.

Bereits in der Entscheidung des EuGH vom 18.11.2004, C-126/03, die durch die Entscheidung des EuGH vom 18.01.2007, C-220/05 präzisiert wurde, führte der EuGH aus, dass die Annahme eines ausschreibungspflichtigen Bauauftrages gerade

nicht voraussetze, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des gesamten Bauwerks oder eines Teils davon ist oder wird. Entscheidend ist somit nicht, ob der öffentliche Auftraggeber einen eigenen Beschaffungsbedarf befriedigen will, sondern es reicht zunächst aus, dass der öffentliche Auftraggeber überhaupt Aufträge vergibt, zu welchem Zweck auch immer, OLG Düsseldorf, 13.06.2007, Verg 2/07. Für die Annahme eines Bauauftrages oder einer Baukonzession (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 VgV, § 32 VOB/A) reicht es deshalb aus, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer (Dritten) mit der Erstellung und gegebenenfalls auch mit der Planung von Bauwerken oder Bauvorhaben entsprechend seinen Erfordernissen beauftragt, OLG Düsseldorf, a.a.O. Ausreichend ist demzufolge, dass der öffentliche Auftraggeber ein zumindest mittelbares Eigeninteresse an dem Vertrag hat, das beispielsweise darin liegen kann, dass er eine geordnete städtebauliche Entwicklung anstrebt.

Im Falle des EuGH, 18.01.2007, Rs. C-220/05, ging es um die Errichtung eines Freizeitentrums, durch dessen Verwirklichung das Bahnhofsviertel der Stadt aufgewertet und belebt werden sollte. Hier geht es ausweislich des Ratsbeschlusses der Antragsgegnerin vom 05.07.2005 um die Stärkung der Innenstadt als zentralen Versorgungsschwerpunkt durch Errichtung eines Einkaufszentrums nach dem Abriss des dort noch vorhandenen xxxxxxxxxx. Diese Zielrichtung verfolgt die Antragsgegnerin auch mit ihren Verträgen vom 29.03. und 04.09.2007 weiter.

(1) Dass die Antragsgegnerin meint, sie würde in dem Kaufvertrag die Beigeladene nicht zur Durchführung bestimmter Baumaßnahmen verpflichten, sondern die Beigeladene würde vielmehr unabhängig von diesem Vertrag ein Planungskonzept entwickeln und umsetzen, steht der Annahme eines öffentlichen Auftrages nicht entgegen.

Auf die Frage, ob die Antragsgegnerin sich hier im Vertrag Erfüllungsansprüche dieser Art gegen die Beigeladene gesichert hat oder nicht, kommt es nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 13.06.2007, Verg 2/07, gar nicht an. Das OLG Düsseldorf verweist darauf, dass bei der Prüfung, ob ein vergabepflichtiger Auftrag erteilt werden soll (oder wie hier schon erteilt wurde) nicht nur auf den formell gerade zur Vergabe anstehenden Vertrag abzustellen ist, sondern es müsse eine Zusammenschau verschiedener, aber zusammenhängender Verträge stattfinden. Anderenfalls könnten durch eine geschickte Gestaltung bestimmte Verträge sachwidrig aus der Geltung des Vergaberegimes ausgeschlossen und dessen Geltung leicht umgangen werden. Erst recht muss dies gelten, wenn feststellbar ist, dass durch die Gestaltung eines einheitlichen Vertrages versucht wird, ebenfalls die Vergaberegeln zu umgehen, indem Elemente, die ansonsten in einen Kaufvertrag, in einen Dienstleistungsauftrag und in einen Bauauftrag gehören, in einem Vertrag miteinander verschmolzen werden.

Weiterhin bezweckt die Antragsgegnerin nicht nur den Verkauf dieses Grundstückes, sondern sie will erreichen, dass dort ein ganz bestimmtes städtebauliches Projekt verwirklicht wird. Erklärter Wille der Antragsgegnerin, wie sich dieser aus dem Verwaltungsvorgang, den Ratsbeschlüssen und aus den Verträgen eindeutig ergibt, ist die Behebung städtebaulicher Missstände auf dem im Streit stehenden innerstädtischen Grundstück, wobei unzweifelhaft der Abriss des xxxxxxxxxx und die Errichtung eines Einkaufszentrums erfolgen sollen.

(2) Unter Berücksichtigung der vorstehend genannten Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf liegt hier in der Vereinbarung vom 29.03.2007 in der Fassung vom 04.09.2007 eine Baukonzession, die unter richtlinienkonformer Auslegung ebenfalls von § 99 Abs. 3 GWB erfasst wird und damit ausschreibungspflichtig war.

Die Antragsgegnerin hat in der Vereinbarung einen Bauauftrag in der Form einer Baukonzession erteilt, da der Verkauf des Grundstückes an die Beigeladene mit der Verpflichtung verbunden war, dass die Beigeladene nach dem Abriss des xxxxxxxxxxxx auf dem Grundstück eine bauliche Anlage, und zwar ein Einkaufszentrum zu errichten hatte, wobei sie dabei die Erfordernisse der Antragsgegnerin berücksichtigen sollte.

Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass auch dann, wenn hier keine Verpflichtung festgestellt würde, der Kaufvertrag dem Vergaberecht unterliegt. Nach der Auffassung des OLG Düsseldorf, a.a.O., kommt es gerade nicht darauf an, dass eine Verpflichtung zur Durchführung bestimmter Baumaßnahmen in dem Vertrag auferlegt wird oder der Käufer zum Abschluss eines städtebaulichen Vertrages mit der Gemeinde verpflichtet wird. In der mündlichen Verhandlung hat die Kammer darauf hingewiesen, dass hier aber in dem im Streit stehenden Vertrag durchaus eine „Verpflichtung“ dem Käufer auferlegt wird und die Antragsgegnerin sich auch ihren städtebaulichen Einfluss auf die Gestaltung des Grundstückes in dem Vertrag vorbehalten hat.

Dies ergibt sich daraus, dass die Antragsgegnerin in die Vereinbarung ihre eigenen städtebaulichen Vorstellungen mittelbar eingebracht hat, weil sie den Käufer – hier die Beigeladene- verpflichtete, auf dem Grundstück ein bestimmtes Bauvorhaben, und zwar ein Einkaufszentrum nebst Parkplätzen zu errichten. Dem Kaufvertrag lagen – worauf § 7 Nr. 1 lit. c) ausdrücklich hinweist- als Anlage 4 bestimmte Konzeptionspläne bei. In der Anlage 4 werden die drei Ebenen des zu errichtenden Einkaufszentrums planerisch dargestellt. Es fehlen zwar die Detailplanungen, aber die Zielrichtung ist aus den Planungen eindeutig erkennbar. Würde es sich hingegen „nur“ um einen Grundstückskaufvertrag handeln, dann bedarf es solcher Konzeptionspläne überhaupt nicht.

Den Einfluss auf die Gestaltung dieses Einkaufszentrums hat sich die Antragsgegnerin auch in dem Kaufvertrag in der Fassung vom 04.09.2007 gesichert und vorbehalten. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Die Gestaltung eines Grundstückes wird in der Regel von den Kommunen durch Bauleitpläne oder andere planungsrechtliche Instrumente, wie der Abschluss eines städtebaulichen Vertrages im Sinne von § 11 BauGB oder eines Durchführungsvertrages gemäß § 12 BauGB geregelt. In diesen Bauleitplänen werden genaue Vorgaben hinsichtlich der Gestaltung von Gebäuden gemacht, an die sich der Eigentümer halten muss, wenn er für das zu errichtende Gebäude eine Baugenehmigung beantragt. Diese Bauleitpläne werden in einem bestimmten Verfahren erstellt, in dem die Träger öffentlicher Belange, aber auch angrenzende Grundstückseigentümer gehört werden und Bedenken vortragen können. Bei der Erstellung eines Einkaufszentrums in der hier vorliegenden Größenordnung sind beispielsweise auch die umliegenden Kommunen zu beteiligen.

Die Erstellung solcher Bauleitpläne ist hier nach dem eigenen Vortrag der Antragsgegnerin nicht mehr geplant. Denn es ist weder ein Durchführungsvertrag noch die Aufstellung von vorhabenbezogenen Bauleitplänen vorgesehen. Dies lässt sich auch aus § 7 Nr. 1 lit. c des Vertrages schließen, wonach für das geplante Bauvorhaben – Errichtung eines Einzelhandelszentrums – eine Baugenehmigung nach § 34 BauGB ausreichend sein soll. Das besondere an einer Baugenehmigung nach § 34 BauGB ist, dass damit die Aufstellung von Bauleitplänen nicht erforderlich ist und die Bedenken der Träger öffentlicher Belange, aber auch von angrenzenden Grundstückseigentümern nicht eingebracht werden können.

Damit behält sich die Antragsgegnerin bei der Erteilung der Baugenehmigung an die Beigeladene für das geplante Einkaufszentrum die gestalterischen Möglichkeiten sowie Einwirkungsrechte auf die von der Beigeladenen vorgelegten Planungsunterlagen vor. Denn gemäß § 34 Abs. 1 BauGB entscheidet allein die Antragsgegnerin, ob sich ein Vorhaben – hier die Errichtung des Einkaufszentrums auf dem Kxxxxxxxx- nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt; dabei darf auch das Ortsbild nicht beeinträchtigt werden. Mithin kann die Antragsgegnerin die Planungen der Beigeladenen ohne weiteres beeinflussen, weil die Beigeladene erst dann eine Genehmigung bekommt, wenn das Einkaufszentrum den Vorstellungen der Antragsgegnerin entspricht. Dabei kann es dahin stehen, ob die Genehmigung nach § 34 BauGB eine gebundene Entscheidung ist. Denn eine Entscheidung über den von der Beigeladenen vorzulegenden Bauantrag wird es erst dann geben – so wie dies auch im Falle anderer Genehmigungen im Planungsbereich gemacht wird – wenn der Antrag so gestellt wird, wie die Kommune, hier die Antragsgegnerin, dies für vertretbar hält.

Die Antragsgegnerin hat sich ihre Gestaltungsmöglichkeiten ausdrücklich, wenn auch mittelbar, in dem Vertrag gemäß § 7 Nr. 1 lit. c gesichert, so dass das in § 99 Abs. 3 GWB geforderte mittelbare Eigeninteresse an der Gestaltung des Kirmesplatzes sich nicht nur aus den Ratsbeschlüssen und dem Verwaltungsvorgang (Zusammenschau verschiedener Verträge) schließen lässt, sondern über die Genehmigung nach § 34 BauGB unmittelbar aus dem Kaufvertrag.

(3) Dem steht auch nicht entgegen, dass im Vertrag kein unmittelbarer vertraglicher Erfüllungsanspruch gegenüber der Beigeladenen festgelegt worden sein soll.

Zutreffend ist, dass die Antragsgegnerin von der Beigeladenen nicht die Errichtung des Einkaufszentrums allein aufgrund des Kaufvertrages fordern kann. Verwirklicht die Beigeladene die städtebaulichen Vorstellungen der Antragsgegnerin nicht, dann hat sie aber das Grundstück an die Antragsgegnerin zurückzugeben. Dies ergibt sich aus § 8 Nr. 4 des Vertrages, wonach die Antragsgegnerin ein Rücktrittsrecht für den Fall hat, dass die Beigeladene entgegen den städtebaulichen Vorstellungen der Antragsgegnerin keinen Bauantrag für ein Einkaufszentrum stellt und sie nach Beginn der Bauarbeiten diese nicht fortsetzen sollte. Durch dieses Rücktrittsrecht sichert sich die Antragsgegnerin die Durchsetzung ihrer mittelbaren (städtebaulichen) Eigeninteressen an der konkreten Gestaltung des innerstädtischen Grundstückes.

(4) Weiterhin hält die Antragsgegnerin auch an ihren städtebaulichen Vorstellungen hinsichtlich des xxxxxxxxxxx fest. Zwar soll die Beigeladene nicht mehr aufgrund von § 11 des Vertrages unmittelbar zum Abriss verpflichtet werden, aber durch die im

Vertrag festgelegte Option, den Abriss gegenüber der Beigeladenen kraft eines Verwaltungsaktes, der auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruht, verfügen zu können, werden wiederum städtebaulichen Erfordernisse der Antragsgegnerin bereits mittelbar in dem hier im Streit stehenden Vertrag geregelt.

(5) Da es nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, 13.06.2007, Verg 2/07 nicht nur auf den formell zur Vergabe anstehenden Vertrag ankommt, sondern eine Zusammenschau zusammenhängender Verträge erforderlich sei, muss § 99 Abs. 3 GWB erst recht gelten, wenn – wie hier- formal ein einheitlicher Vertrag, statt zwei getrennter Verträge über den Grundstückskauf und über die städtebauliche Verpflichtungen, geschlossen wird, so auch VK Düsseldorf, 02.08.2007, VK-23/2007-B. Entscheidend ist vielmehr, dass sich die Antragsgegnerin die Einflussnahme auf die gestalterischen Konzepte der Beigeladenen – ob in einem oder mehreren Verträgen sichert, und damit mittelbar ihre Eigeninteressen verfolgen kann.

(6) Dem steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin keinen Beschaffungszweck im engeren Sinne mit dem Verkauf des Grundstückes verfolgt. Vielmehr verfolgt die Antragsgegnerin durch die Verwirklichung dieser Maßnahme in ihrer Gesamtheit überwiegend Interessen der Stadtentwicklung, da es ihr darum ging, den zentral gelegenen Kirmesplatz in der Innenstadt einer neuen Nutzung zuzuführen, um damit eine Attraktivitätssteigerung für die Innenstadt zu erreichen.

Das OLG Düsseldorf hält aber eine geordnete städtebauliche Entwicklung des Geländes als mittelbares Eigeninteresse für ausreichend.

(7) Dem steht auch nicht entgegen, dass in der Vereinbarung gerade keine konkreten baulichen Detailfragen geregelt wurden. Ein Bauauftrag, der nach Vergaberecht vergeben wird, wird in der Regel nach einer zuvor erstellten Leistungsbeschreibung im Sinne von § 9 VOB/A ausgeschrieben und beauftragt. Dabei kann die Leistungsbeschreibung auch in der Form eines Leistungsprogramms erstellt werden, vgl. § 9 Nr.15 bis 17 VOB/A. Für die Vergabe von Baukonzessionen ist der § 9 sinngemäß anzuwenden, § 32 Nr. 2 VOB/A.

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber diese Vorschriften aus dem Verdingungsrecht nicht beachtet, führt dies nicht dazu, dass kein Bauauftrag angenommen werden kann bzw. vorliegt, sondern hier ist gegebenenfalls die Ausschreibung oder Vergabe nicht ordnungsgemäß im Sinne von § 9 VOB/A erfolgt. Dies ist bei der Nachprüfung eines Auftrages oder einer Vereinbarung durch eine Vergabenachprüfungsinstanz eine Frage der Begründetheit des Antrages und nicht der Zulässigkeit.

Weiterhin bestand für die Antragsgegnerin die Möglichkeit, entweder die Bauleistungen und Planungsleistungen getrennt oder in einem einheitlichen Vertrag auszusprechen, vgl. VK Münster, 15.11.2006, VK 13/06. Die Antragsgegnerin hat hier einen Vertrag geschlossen und darin beide Elemente geregelt.

dd) Bei dem im Streit stehenden Kaufvertrag handelt es sich auch um einen entgeltlichen Vertrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB. Die Beigeladene erhält hier zwar von der Antragsgegnerin für den Bau des Einkaufszentrums kein Entgelt, sondern sie muss sich über die Mieteinnahmen für die Nutzung des Einkaufszentrums refinanzieren. Für die Entgeltlichkeit kommt es aber nicht darauf an, dass das Entgelt vom öffentlichen Auftraggeber stammt oder nicht. Vielmehr können als Entgelt ausdrücklich

auch die Einnahmen angesehen werden, die die Beigeladene im Rahmen der Mieteinnahmen erzielt.

Darin liegt gerade auch das Merkmal einer Baukonzession, die gemäß § 32 VOB/A dann vorliegt, wenn ein Bauauftrag erteilt wird, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einer Vergütung in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht. Das wirtschaftliche Risiko liegt allein beim Konzessionär. Da es gerade ein wesentliches Merkmal öffentlicher Baukonzessionsverträge darstellt, dass die Gegenleistung für die Umsetzung einer Baumaßnahme entweder vollständig oder zum Teil von Dritten erbracht wird, hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 18.01.2007 ausdrücklich die Berücksichtigung aller von Dritten geleisteter Beträge bei der Schwellenwertberechnung für beachtlich angesehen, da anderenfalls das Ziel der Vergabekoordinierungsrichtlinie, dass auch Baukonzessionen auszuschreiben sind, sofern sie den Schwellenwert überschreiten, gefährdet wäre. Das OLG Düsseldorf, 13.06.2007, Verg 2/07 hat ausgehend davon gemeint, dass es für die Annahme der Entgeltlichkeit eines Bauauftrages vollständig unerheblich sei, wie die Nutzung erfolgt, also ob durch eine einmalige Handlung wie bei einem Verkauf oder über eine längere Zeit wie bei einer Vermietung.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Rechtsprechung ist die Vereinbarung mit der Beigeladenen vom 29.03.2007 in der Fassung vom 04.09.2007 als Baukonzession anzusehen, weil die Errichtung der baulichen Anlagen nicht durch die Antragsgegnerin finanziert wird, sondern die Beigeladene sich durch die Vermietung der Gebäude an Dritte refinanzieren muss.

Die Entgeltlichkeit liegt hier nicht in der Überlassung des Grundstückes, weil die Beigeladene dafür einen Kaufpreis an die Antragsgegnerin zahlt, von dem zwar die Abbruchkosten für das xxxxxxxxx abgezogen werden, der aber nicht die Baukosten für die Errichtung der Baulichkeiten für den Einzelhandel nebst den dazugehörigen Parkplatzflächen umfasst.

ee) Ohne Bedeutung ist auch, ob die Verpflichtung zur Erbringung von Bauleistungen ein wesentlicher oder gar der Hauptzweck der Vereinbarung ist oder nicht, vgl. BGH, 01.02.2005, X ZB 27/04. Die Kammer nimmt hier allerdings an, dass Hauptzweck für den Vertragsschluss gerade die Errichtung des Einkaufszentrums ist.

b) Angesichts der Größe des Geländes und der geplanten Baumaßnahme in der Form eines Einkaufszentrums über drei Geschosse nebst der Anlage von Parkplätzen, ist offensichtlich, dass die von der Antragsgegnerin geforderten Bauleistungen den in § 2 Nr. 4 VgV genannten Schwellenwert in Höhe von 5,278 Mio € übersteigen werden.

c) Das Nachprüfungsverfahren ist hier auch eröffnet, obwohl die Antragsgegnerin kein förmliches Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB durchgeführt hat. In den Fällen, in denen kein förmliches Vergabeverfahren eingeleitet wurde und die erforderliche Ausschreibung vergaberechtswidrig unterblieben ist, ist ein materielles Verständnis des Vergabeverfahrens erforderlich. Es ist in Abgrenzung zu bloßen Markterkundungen darauf abzustellen, ob und inwieweit der öffentliche Auftraggeber den Beschaffungsvorgang organisatorisch und planerisch eingeleitet und mit potentiellen Anbietern Kontakte mit dem Ziel aufgenommen hat, das Beschaffungsvorha-

ben mit einer verbindlichen rechtsgeschäftlichen Einigung abzuschließen. Von einem derart konkreten Beschaffungsvorgang ist jedenfalls, so auch OLG Düsseldorf, 19.07.2006, Verg 26/06, auszugehen, wenn bereits ein Vertrag über die Erbringung der Leistung geschlossen wurde.

d) Der bereits erteilte Zuschlag, also der Vertrag vom 29.03.2007, steht der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 114 Abs. 2 GWB nicht entgegen.

Gemäß § 114 Abs. 2 GWB darf ein bereits erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Allerdings muss der Zuschlag dann wirksam erteilt worden sein, was nicht der Fall ist, wenn die Vergabestelle den § 13 VgV nicht beachtet hat oder andere Gründe für die Nichtigkeit im Sinne der §§ 134, 138 BGB vorliegen.

aa) Die Kammer lässt es dahingestellt, ob die Antragsgegnerin gegen § 13 VgV verstoßen hat.

Gemäß § 13 VgV informiert der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er sendet diese Information in Textform spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss an die Bieter ab. Weiterhin bestimmt § 13 VgV, dass ein Vertrag vor Ablauf dieser Frist oder ohne dass die Information erteilt worden ist und die Frist abgelaufen ist, nicht geschlossen werden darf. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig.

(1) In der Rechtsprechung ist mittlerweile anerkannt, dass § 13 VgV analog anzuwenden ist, wenn ein geregeltes, nach Maßgabe des 4. Teils des GWB eingeleitetes und durchgeführtes Vergabeverfahren überhaupt nicht stattgefunden hat, BGH, 01.02.2005, X ZB 27/04; OLG Düsseldorf, 19.07.2006, Verg 26/06; VK Münster, 19.09.2006, VK 12/06.

Nach Auffassung des BGH, a.a.O, ordnet § 13 VgV die Informationspflicht und die Nichtigkeit eines ohne Information geschlossenen öffentlichen Auftrags an, weil anderenfalls ein übergangener Bieter zunächst unerkannten Verstößen gegen das Vergaberecht nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg begegnen könnte. Dieses Anliegen ist nicht auf den geregelten Fall beschränkt, sondern in ihm kommt ein Grundgedanke effektiven Rechtsschutzes zum Ausdruck, so dass die Regelung auch bei vergleichbaren Sachverhalten heranzuziehen ist. Wenn die Beschaffung einer Leistung im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zur Beteiligung mehrerer Unternehmen, zu verschiedenen Angeboten und zu einer Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber geführt hat, ist § 13 VgV jedenfalls analog anzuwenden.

(2) Allerdings ist in der Rechtsprechung bislang jedenfalls noch nicht geklärt, ob die analoge Anwendung des § 13 VgV auch dann in Betracht kommt, wenn der Antragsteller formal keine Bieterstellung hatte. Denn nicht jedes auf dem Markt agierende Unternehmen qualifiziert dieses als antragsbefugten Bieter im Sinne von § 13 VgV, das dem Schutz des § 13 VgV genießt. Vielmehr wird verlangt, dass der Antragsteller entweder ein Angebot vorgelegt oder zumindest gegenüber der Vergabestelle sein Interesse am Auftrag bekundet hat, OLG Düsseldorf, 25.01.2005, Verg 93/04; KG, 11.11. 2004, 2 Verg 16/04; OLG Karlsruhe, 06.02.2007, 17 Verg 7/06; so auch letztlich das OLG Naumburg, 15.03.2007, 1 Verg 14/06.

Den Entscheidungen des OLG Düsseldorf, 23.02.2005, Verg 78/04; 23.02/24.02.2005, Verg 85 bis 88/04 liegen andere Sachverhalte zugrunde, weil dort ein zuvor eingeleitetes Verhandlungsverfahren aufgehoben wurde und der Bieterstatus im Sinne des § 13 VgV sich daraus herleiten ließ, dass die Antragsteller zumindest in dem aufgehobenen Ausschreibungsverfahren als Bieter oder Bewerber aufgetreten waren, so dass sie anschließend – so meinte das OLG Düsseldorf- auf jeden Fall als Bieter im Sinne des § 13 VgV anzusehen waren und damit einen Anspruch auf Erhalt eines Informationsschreibens hatten.

Die Antragstellerin hat im Jahre 2005 weder ein Angebot noch eine Interessenbekundung gegenüber der Antragsgegnerin abgegeben und gehört somit nicht zu dem Kreis derjenigen, die von § 13 VgV erfasst werden oder sich auf die Verletzung dieser Vorschrift berufen können.

bb) Die Kammer lässt es hier auch dahin gestellt, ob in richtlinienkonformer Auslegung und unter Beachtung der in der Überarbeitung befindlichen Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG ein Rechtsschutz der Antragstellerin hinsichtlich der Feststellung der Nichtigkeit besteht. Dort soll geregelt werden, dass ein Vertrag, der unter Missachtung von Vergabebestimmungen geschlossen wurde, erst nach Ablauf einer mindestens sechsmonatigen Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam wird. Sollte die Rechtsmittelrichtlinie in naher Zukunft in Kraft treten, so müsste man den § 13 VgV richtlinienkonform auslegen und der Antragstellerin einen entsprechenden Rechtsschutz gewähren.

cc) Weiterhin lässt die Kammer auch die Rechtsprechung des EuGH, 18.07.2007, Rs. C-503/04, wonach vergaberechtswidrige Verträge nach europäischem Recht unter keinem Gesichtspunkt Bestandsschutz, auch nicht nach der nationalen Regelung *pacta sunt servanda* genießen, dahingestellt. Insofern wäre es nicht abwegig, die Nichtigkeitsfolge aus § 101 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 134 BGB herzuleiten, wie dies auch vom KG, in der Entscheidung vom 11.11.2004, 2 Verg 16/04 - entgegen OLG Düsseldorf, 23.02.2005, Verg 78/04 - in Erwägung gezogen wurde.

dd) Die Kammer hält den hier vorliegenden Kaufvertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen jedenfalls gemäß § 138 BGB für nichtig.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 12.01.2000, Verg 4/99; 03.12.2003, Verg 37/03; 25.01.2005, Verg 93/04 ist von der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes auszugehen, wenn die Vertragsparteien kollusiv zusammenwirken, um das Vergaberechtsregime zu umgehen. Die Nichtigkeit des ohne ein Vergabeverfahren erteilten Auftrages ist im Ergebnis dort anzunehmen, wo der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts handelt, er also entweder weiß, dass der betreffende Auftrag dem Kartellvergaberecht unterfällt, oder er sich einer solchen Kenntnis mutwillig verschließt, und er überdies kollusiv mit dem Auftragnehmer zusammenwirkt, OLG Düsseldorf, 03.12.2003, Verg 37/03.

Seitens der Antragsgegnerin ist zunächst festzustellen, dass diese als Gebietskörperschaft wusste, dass sie öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB ist und dass sie generell Bau-, Liefer- und Dienstleistungen nach den Verdingungsordnungen auszuschreiben hat, wobei der 4. Teil des GWB zu beachten ist, wenn die Schwellenwerte überschritten werden. Zudem hatte sie diesbezüglich ein Rechtsgut-

achten eingeholt, in dem eindeutig ausgeführt wird, dass die Bauleistungen als Bauaufträge für sich genommen grundsätzlich vom Vergaberecht erfasst werden. Es wurde lediglich durch die Verlagerung des Schwerpunktes - statt Bauverpflichtungen, sollte der Schwerpunkt auf dem Grundstückskaufvertrag liegen – das Ergebnis erzielt, dass eben kein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen sei.

Die Kammer meint hingegen, dass aus den Gesamtumständen eher geschlossen werden musste, dass der Schwerpunkt der Vereinbarung in der Errichtung des Einkaufszentrums lag, weil dieses Vertragsziel durch das Rücktrittsrecht im Vertrag abgesichert wurde und damit eine untrennbare Koppelung mit dem Verkauf des Grundstückes stattfand. Weiterhin sind dem Vertrag bereits Bauzeichnungen, wenn auch nur grobe Konzepte, für das zukünftige Einkaufszentrum als Anlage beigefügt worden. Daraus kann nur geschlossen werden, dass sich die Antragsgegnerin zu dem Zeitpunkt mutwillig gegen die Erkenntnis verschloss, dass hier tatsächlich Bauleistungen oder Baukonzessionen von dem Käufer des Grundstückes gefordert wurden und darüber hinaus auch Planungsleistungen in einem erheblichen Umfange zu vergeben waren.

Dies kann auch deshalb angenommen werden, weil das Vorgehen der Antragsgegnerin völlig unüblich war, da zumindest die Planungsleistungen für das Planungsziel, und zwar die Beseitigung städtebaulicher Missstände und die Steigerung der innerstädtischen Attraktivität, bei dem hier vorliegenden Umfang der Ausschreibungspflicht der VOF unterliegen und in der Regel von den öffentlichen Auftraggebern auch als Wettbewerbe im Sinne von § 20 VOF ausgeschrieben werden. Unabhängig von der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007, Verg 2/07, musste der Antragsgegnerin bereits im Jahre 2005 bei einer sachgerechten Ermittlung der Gesamtumstände bewusst gewesen sein, dass die von ihr geplante Vorgehensweise dem Kartellvergaberecht aus mehreren Gründen grob zuwiderlief. Dies lässt sich bei sorgfältiger Auswertung des Rechtsgutachtens unter Berücksichtigung der eigenen Erfahrungen, die die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin hat, gar nicht anders erklären. Darüber hinaus weist die Antragstellerin zu Recht darauf hin, dass zu dem Zeitpunkt bereits die Entscheidungen des EuGH vom 12.07.2001 und 18.01.2007 vorlagen und die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin diese hätte kennen müssen.

Die Antragsgegnerin kann sich zu Ihrer Entlastung auch nicht auf das Rechtsgutachten berufen, weil die Fragen im Zusammenhang mit einer Baukonzession dort nicht rechtlich beurteilt wurden. Demgegenüber hätte die Antragsgegnerin sich aber mit dieser Konstellation spätestens nach der Entscheidung des EuGH vom 18.01.2007 auseinandersetzen müssen; diese Entscheidung lag vor, bevor es im März 2007 zu dem Vertragsschluss kam.

Dennoch hat die Antragsgegnerin alle Elemente, die vergaberechtliche Relevanz haben, wie die Planungs- und Bauleistungen in einem Kaufvertrag aufgenommen, um diese damit dem Vergaberechtsregime formal zu entziehen. Dabei lässt es die Kammer hier ausdrücklich dahingestellt, aufgrund welcher Motive die Änderungen an dem Kaufvertrag am 04.09.2007 vorgenommen wurden. Es spricht einiges dafür, dass anhand dieser Änderungen erneut versucht wurde, den Vertrag so zu gestalten, dass dieser formal nicht dem Kartellvergaberecht unterfiel.

Wenn aber im Einzelfall festgestellt werden kann, dass der öffentliche Auftraggeber versucht, sich insgesamt den Regelungen des Vergaberechts zu entziehen oder sich mutwillig der Erkenntnis verschließt, dass diese anzuwenden sind, legt das die Annahme einer Umgehung des Vergaberechts nahe, so auch OLG Jena, 28.01.2004, 6 Verg 11/03.

Die Beigeladene, die ebenfalls als Projektentwicklungsgesellschaft aufgrund ihrer Tätigkeiten in diesem Marktsektor wissen musste, dass Planungsleistungen, die bestimmte Auftragswerte überschreiten, nach der VOF auszuschreiben sind, hat sich auf den Kaufvertrag möglicherweise bewusst eingelassen und damit kollusiv mit der Antragsgegnerin zusammengewirkt.

Aus dem hier vorliegenden Verwaltungsvorgang lässt sich dieses Ergebnis auch ohne weiteres schließen. Es gab eine Vielzahl von Anfragen von Projektplanungsgesellschaften, die an einem Auftrag hinsichtlich der Stadtentwicklung Interesse bekundeten. Aus den Unterlagen lässt sich ohne weiteres nachvollziehen, dass lediglich die Beigeladene hinreichend Zeit hatte, um wertbare Planungskonzepte vorzulegen und eben kein an den Wettbewerbsgrundsätzen ausgerichtetes Auswahlverfahren stattfand. Bereits zwei Tage nach der Bekanntmachung in der Lokalpresse teilte die Beigeladene der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.08.2005 mit, dass sie dem Stadtrat ihre Planungsgedanken präsentieren möchte. Den anderen Interessenten wurden hingegen zunächst keine ausreichenden zeitlichen Vorgaben zugestanden. Erst aufgrund von Einzelnachfragen hat die Antragsgegnerin diesen Interessenten unterschiedliche Fristverlängerungen eingeräumt.

Bei dieser Sachverhaltskonstellation muss auch der Beigeladenen bewusst gewesen sein, dass ein Kauvertrag, der Elemente eines Bau- und eines Dienstleistungsauftrages umfasst, nicht der gängigen Praxis entsprach, also aus dem Rahmen fiel. Dass die Beigeladene sich dennoch darauf eingelassen hat, kann die Kammer nur als ein bewusstes Zusammenwirken mit der Antragsgegnerin werten.

Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass auch kein vorrangiges Interesse des Unternehmens, mit dem sich der öffentliche Auftraggeber über den öffentlichen Auftrag geeinigt hat, besteht. Nach § 97 GWB gehört es nicht zu den Aufgaben des Vergaberechts, dass die Beteiligten auf die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses über die Beschaffung am Markt vertrauen können, und auch aus zivilrechtlicher Sicht steht jede Einigung unter dem Vorbehalt der Anerkennung der rechtlichen Wirksamkeit, so BGH, 01.02.2005, X ZB 27/04.

Im Ergebnis ist die Vereinbarung vom 29.03.2007 in der Fassung vom 04.09.2007 somit im Sinne von § 138 BGB nichtig. Der bereits erteilte Zuschlag steht der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens somit gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht entgegen.

e) Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich § 107 Abs. 2 GWB. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist antragsbefugt jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

könne auch nicht aus § 242 BGB hergeleitet werden, weil sonst eine einseitige Belastung der Bieterseite bei gleichzeitiger Privilegierung des öffentlichen Auftraggebers eintrete.

Im Übrigen hat die Antragstellerin zumindest nach Akteneinsicht in ihrem Schriftsatz vom 14.08.2007 ausdrücklich die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages gerügt, weil sie meint, dass der Vertrag europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Die Antragsgegnerin hat hier gegen die Vorgaben aus § 97 Abs. 1 GWB verstoßen, weil sie den vorliegenden Grundstückskaufvertrag mit der Verpflichtung zur Errichtung eines Einkaufszentrums nicht europaweit bekannt gemacht und auch kein geregeltes Vergabeverfahren unter Beachtung der Vergaberechtsbestimmungen durchgeführt hat.

a) Gemäß § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit § 32 a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sind zwar für die Vergabe von Baukonzessionen mit einem geschätzten Gesamtauftragswert nach § 2 Nr. 4 VgV die a-Paragrafen nicht anzuwenden, aber diese öffentlichen Aufträge unterliegen nach den Regelungen von § 32a Abs. 2 bis 4 Besonderheiten.

Zunächst ist die Absicht eines öffentlichen Auftraggebers bekannt zu machen. Es hat eine Bekanntmachung nach Anhang IV (nach der neuen Fassung des § 32 a nach Anhang X) zu erfolgen, die im Amtsblatt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften unverzüglich zu veröffentlichen ist. Vorliegend hat die Antragsgegnerin lediglich eine Veröffentlichung in der Lokalpresse vorgenommen, was jedenfalls vergaberechtlich nicht ausreichend ist.

b) Die Antragsgegnerin hat auch kein ordnungsgemäßes Verfahren nach § 32 Nr. 2 in Verbindung mit § 3 VOB/A durchgeführt. Gemäß § 3 Nr. 2 VOB/A ist eine öffentliche Ausschreibung der Grundsatz; eine solche Ausschreibung beginnt mit der Bekanntmachung, vgl. dazu § 32 a Nr. 1 Abs. 2 VOB/A.

c) Auch für Baukonzessionen gilt § 9 VOB/A, wonach eine Leistungsbeschreibung, die hier als Leistungsprogramm denkbar wäre, zu erfolgen hat.

d) Demgegenüber ist das Interessenbekundungsverfahren –auch wenn man es als Verhandlungsverfahren versucht einzuordnen- nicht entsprechend den Vergaberechtsgrundsätzen durchgeführt worden.

So wird nach der Veröffentlichung in der Lokalpresse bestimmten Interessenten ein sehr knapper Zeitrahmen für die Einreichung von Konzepten zugebilligt, während bereits zuvor von der Antragsgegnerin angesprochene Interessenten, wie hier die Beigeladene, die bereits mit Schreiben vom 10.08. 2005 die Unterlagen erhielt, mehr Zeit eingeräumt wurde. Aus den Aktenvermerken ergibt sich dann auch noch, dass einzelnen Interessenten Nachfristen für die Einreichung von Unterlagen eingeräumt wurden, während anderen Interessenten, und zwar der xxxxxxxxxx, zum gleichen

Zeitpunkt mitgeteilt wird, das keine Bewerbung mehr möglich ist. Zu welchem Zeitpunkt die Angebots- oder Bewerbungsfrist im Sinne von § 18 VOB/A tatsächlich abläuft, lässt sich den Verwaltungsvorgängen der Antragsgegnerin auch nicht mehr entnehmen.

e) Da kein ordnungsgemäßes förmliches Vergabeverfahren durchgeführt wurde, hat die Antragsgegnerin auch keine Wertungskriterien bekannt gegeben und keine Eignungsnachweise gefordert, so dass eine Wertung von Angeboten gemäß § 25 VOB/A überhaupt nicht stattfinden konnte und ausweislich des Verwaltungsvorganges auch nicht stattfand.

f) Auch die gemäß § 30 VOB/A erforderliche Dokumentation des Vergabevorganges fehlt gänzlich, wodurch nicht auszuschließen ist, dass die Rechte der Antragstellerin beeinträchtigt werden.

g) Die Antragstellerin kann sich aber in diesem Nachprüfungsverfahren nicht auf einen Beihilfeverstoß berufen. Denn die Antragstellerin ist nicht mit der Sxxxxxxxxxxx GbR gleichzusetzen, auch wenn beide Rechtsträger über eine Fondsgesellschaft miteinander verbunden sein sollten. Die Geltendmachung einer – für sich genommen möglicherweise zutreffenden – Vergaberechtsverletzung, die lediglich die Rechtsposition eines Dritten zu verbessern geeignet ist, stellt eine Form unzulässiger materieller Rechtsausübung dar, die einem Bieter nach dem die gesamte Rechtsordnung beherrschenden Wertungsgedanken des § 242 BGB versagt ist und einen gleichwohl eingelegten Nachprüfungsantrag an der mangelnden Begründetheit scheitern lässt, OLG Jena, 06.12.2006, 9 Verg 8/06.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob ein Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Die Vergabekammer ist an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten verletzt, weil ihr durch das Unterlassen einer europaweiten Bekanntmachung und der Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens die Möglichkeit genommen wurde, sich für diesen Auftrag zu bewerben. Dass die Antragstellerin im Jahre 2005 in der jetzigen gesellschaftsrechtlichen Form noch nicht existierte, ist unerheblich. Denn sie war zuvor als xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx in dem Marktsektor tätig und hat als solche zahlreiche ähnliche Projekte entwickelt. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses existierte die Antragstellerin in der jetzigen Form und hätte sich somit an einer Ausschreibung beteiligen können.

Um die Vergaberechtsverstöße zu beseitigen, ist die Nichtigkeit des Vertrages durch die Vergabekammer im Beschluss anzuordnen, KG, 04.04.2002, KartVerg 5/02; OLG Düsseldorf, 12.03.2003, Verg 49/02. Diese Maßnahme ist hier unabweislich, weil vorliegend kein mildereres Mittel zur Verfügung steht, um den festgestellten Vergaberechtsverstoß zu beseitigen.

Weiterhin ist die Antragsgegnerin zu verpflichten, soweit sie an ihrem Beschaffungsinteresse festhalten sollte, ein europaweites Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des GWB ordnungsgemäß durchzuführen.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten (§ 128 Abs. 1 GWB) zu tragen. Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin die Kosten zu tragen, wobei sie allerdings gemäß § 8 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes als Gebietskörperschaft von der Zahlung der Gebühren befreit ist.

Da die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren keinen eigenen Antrag gestellt hat und sie auch nicht durch umfangreiche Schriftsätze wesentlich auf die Entscheidungsfindung eingewirkt hat, kann nicht festgestellt werden, ob sie im Verfahren unterliegt oder obsiegt. Daher kann weder eine Kostenerstattung zu ihren Gunsten erfolgen, noch kann sie zur Kostentragung herangezogen werden, OLG Düsseldorf, 13.08.2003, Verg 1/02.

Bei der Höhe der Gebühr ist gemäß § 128 Abs. 2 GWB von dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens auszugehen. Die Gebühr beträgt mindestens 2500 €. Ausgehend von dem Gesamtauftragswert für die Planung und Errichtung des Einkaufszentrums, sind –wie außer Streit steht– insgesamt ca. 22 Mio. € zu veranschlagen, so dass nach Abzug des Kaufpreises, nebst den Abrisskosten für das xxxxxxxxx, das Interesse am Auftrag sich auf ca. 17 Mio. € beläuft. Unter Berücksichtigung der Gebührenstaffel des Bundes wird somit eine Gebühr in Höhe von 7900 € festgesetzt.

V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt, § 128 Abs. 4 GWB. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Kartellvergaberecht hier streitentscheidend waren. Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin diese Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

Rechtsmittelbelehrung

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

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

Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.
- 3.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Vogel

Hartmann

für den urlaubsbedingt
abwesenden Beisitzer

Diemon-Wies