



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen des Verkaufs eines kommunalen Grundstücks mit Bauverpflichtungen

VK 4/08

der
Firma xxxxxxxx
xx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

xx
xx

gegen

die
Stadt xxxx
vertreten durch
xx

Verfahrensbevollmächtigte

xx
xx

Beigeladene

Firma xxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

xx
xx

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 2008 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Hartmann

am **6. Mai 2008** beschlossen:

rend die Hxx das Konzept darstellte, lieferte die Antragstellerin die Pläne. In dem Schreiben heißt es wörtlich: "Der Ihnen vom Axxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (Antragstellerin) zugesandte Grundstücksplan zeigt, welche Flächen wir von der Stadt erwerben wollen." Aber auch die anderen beiden Interessenten übersandten entsprechende Unterlagen und Konzepte.

Im Juni 2006 entschied sich der Rat der Antragsgegnerin – entgegen dem Votum der Verwaltung- für das Konzept der Kxxxxxxxgruppe. Die Hxx und die ExxxxxHandelsgesellschaft hielten mit Schreiben vom 15.06.2006 und 03.07.2006 an ihrem Planungsvorschlag und Kaufpreisangebot fest und boten an, auch zu einem späteren Zeitpunkt erneut in Verhandlungen mit der Antragsgegnerin zu treten. Eine schriftliche Information über das Ergebnis der Ratsentscheidung erhielten die Interessenten nicht.

Im Anschluss daran wurden die Einzelheiten des Grundstückskaufvertrages und des städtebaulichen Vertrages zwischen der Antragsgegnerin und der Kauflandgruppe ausgehandelt. Den notariellen Grundstückskaufvertrag und städtebauliche Vertrag schloss die Antragsgegnerin am 09.08.2007 mit einer Exxxxxxxxxxxxx Grundstücksverwaltung xxxxxxxxxxxxxxx, die zuvor allerdings weder als Interessentin noch als Bieterin aufgetreten war. Die Beiladung dieser xxxxxxxxxxxxxxx erfolgte mit Beschluss vom 19.03.2008.

In der Präambel des Vertrages verlangte die Antragsgegnerin u.a. von der Beigeladenen, dass diese öffentliche Parkplätze vorzuhalten, die Erschließung bestimmter Grundstücke herzustellen, eine Umfeldverbesserung des gesamten Grundstückes entlang des Bachlaufs zu gewährleisten, eine Waldersatzaufforstung vorzunehmen und ein Regenrückhaltebecken zu bauen hatte. Weiterhin wurde die Beigeladene verpflichtet, die verkehrliche Erschließung des Grundstückes durch Einrichtung einer Rechts- und Linksabbiegerspur und einer Wegeverbindung zur Fußgängerzone herzustellen. Dafür erhielt die Beigeladene für einen Kaufpreis von ca. 5,7 Mio. € das Eigentum an dem städtischen Grundstück. Gleichzeitig ermöglichte die Antragsgegnerin mit dem Bebauungsplan Nr. 216 die Bebauung dieser Grundfläche mit der Einrichtung eines Einzelhandelskaufhauses in einer bestimmten Größe, so wie dies von der Beigeladenen bereits vorgeschlagen worden war. Die in diesem Zusammenhang anfallenden Kosten hatte die Beigeladene zu tragen, mit Ausnahme der Herstellungskosten für das Regenrückhaltebecken. Weitere Einzelheiten wollten die Parteien in einem ergänzenden städtebaulichen Vertrag regeln, wobei zwischen den Vertragsparteien nicht geklärt ist, ob dieser Vertrag noch geschlossen werden muss.

In § 4 IV. Nr. 1 des Vertrages heißt es wörtlich: „Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer zur Bebauung des Vertragsgegenstandes mit einer Einkaufseinrichtung von 4000 m² Gesamtverkaufsfläche, Shops auf 300 m².“ In Abschnitt IV, Nr. 4, vereinbarten die Parteien eine Vertragsstrafe für den Fall, dass innerhalb von 30 Monaten nach Bestandskraft der Baugenehmigung das Bauvorhaben noch nicht fertig gestellt sein sollte. In Abschnitt V, Nr. 1 räumte die Beigeladene der Antragsgegnerin ein Wiederkaufsrecht am Kaufgegenstand für den Fall ein, dass sie der Bauverpflichtung aus diesem Vertrag nicht rechtzeitig nachgekommen sein sollte. Demgegenüber erhielt die Beigeladene u.a. für den Fall, dass keine Baugenehmigung mit bereits festgelegten Mindestanforderungen (Verkaufsfläche von ca. 4000 m² usw.) erteilt wird, ein Rücktrittsrecht. Weiterhin wurde in § 5 des Vertrages eine Sor-

timentsklausel aufgenommen. Als Anlagen waren dem Vertrag Konzeptentwürfe zum Grundriss beigelegt.

Mit Schreiben vom 05.03.2008 rügte die Antragstellerin diese Vorgehensweise und verwies auf die mittlerweile ergangenen Entscheidungen des EuGH vom 18.01.2007 und des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007, wonach Grundstückskaufverträge mit Bauverpflichtungen als Baukonzessionen dem Vergaberecht unterfallen. Ihre Beanstandungen verfolgt die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 07.03.2008 weiter.

Die Antragstellerin meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig. Sie sei antragsbefugt, weil sie als Projektentwicklungsgesellschaft auf dem Grundstück einen Exxxx-Verbrauchermarkt entwickeln und bauen möchte, den sie nach Fertigstellung entweder an Exxxxxx vermieten oder verkaufen wolle. Die Exxxx-Handelsgesellschaft xxxxxxxxxxxxxxx sei weiterhin an diesem Projekt interessiert. Die Antragstellerin verweist diesbezüglich auf ein Schreiben der Exxxx vom 15.04.2008, woraus sich ergibt, dass Exxxx dieses Grundstück entweder von der Antragstellerin kaufen oder mieten will.

Im Übrigen – so trägt die Antragstellerin vor – befasse sie sich mit der Entwicklung von Einzelhandelsstandorten. Dabei sei sie nicht an ein bestimmtes Einzelhandelsunternehmen gebunden. Sollte es dabei bleiben, dass ein Kaufland-Verbrauchermarkt auf dem im Streit stehenden Grundstück errichtet wird, so habe sie Interesse daran für die Beigeladene die Planungs- und Bauleistungen zu erbringen.

Die Antragstellerin trägt zudem vor, dass sie keine formale Bieter- oder Bewerbungsbereitschaft nachweisen müsse, um antragsbefugt zu sein. Die Antragsbefugnis bestehe völlig unabhängig davon, ob ein Unternehmen bereits an einem vorherigen Investorenauswahlverfahren teilgenommen hat und in welcher Weise die Beteiligung erfolgt ist. Daraus folge, dass es auch keine Rolle spiele, welches Verhältnis ursprünglich zu Hxx bestand. Die Antragstellerin behauptet, dass die konkrete Rollenverteilung zwischen ihr und Hxx im Jahre 2005/2006 noch völlig offen gewesen sei. Sowohl die Hxx als auch sie selbst seien als mögliche Investoren gegenüber der Antragsgegnerin aufgetreten. Vor diesem Hintergrund seien auch die Aussagen der Hxx im Schreiben vom 17.03.2008, wonach zu keinem Zeitpunkt eine Partnerschaft zwischen Hxx und ihr bestanden haben soll und die Hxx sich ausdrücklich von diesem Nachprüfungsantrag distanzieren, ohne Bedeutung.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass sich aus dem Schreiben der Hxx vom 17.03.2008 auch schließen lasse, dass diese kein Interesse mehr an diesem Projekt habe. Aber auch wenn die Hxx kein Interesse mehr an dem Projekt habe, dann wolle sie jetzt aber zumindest einen Planungsauftrag von der Antragsgegnerin erhalten. Ein Interesse am Auftrag liege somit vor. Dieses erstrecke sich auch auf die geplanten städtebaulichen Verträge, die noch mit der Beigeladenen abgeschlossen werden sollen. Darüber hinaus habe sie auch Interesse daran, für die Beigeladene als Generalunternehmerin tätig zu werden.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass ihr Recht auf Nachprüfung nicht verwirkt sei. Die Antragsgegnerin sei nicht schutzwürdig, wenn sie einen öffentlichen Auftrag ohne ein an sich erforderliches förmliches Vergabeverfahren vergeben habe.

Außerdem sei kein längerer Zeitraum verstrichen, in dem sie ihr Recht nicht geltend gemacht hätte. Kenntnis über den konkreten Vertragsschluss hätte sie erst durch Akteneinsicht im laufenden Nachprüfungsverfahren erhalten. Die Kenntnis über den Ratsbeschluss im Juni 2006 sei hingegen unerheblich, weil zu dem Zeitpunkt noch keine endgültige Entscheidung gefallen sei, sondern mit der Sxxx erst in den folgenden Monaten die endgültigen Inhalte des Vertrages ausgehandelt worden seien. Die Antragstellerin meint, dass ein treuwidriges Verhalten bereits deshalb bei ihr ausgeschlossen sei, weil die Antragsgegnerin kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt und somit keinen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand geschaffen habe.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass sich auch aus der Richtlinie 2007/66/EG nichts anderes ergebe. Denn diese sei noch nicht vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt und sehe eine Ermessensentscheidung über die Fristenregelung vor. Im Übrigen gebe es für die Stellung eines Nachprüfungsantrages nach § 107 GWB grundsätzlich keine zeitlichen Ausschlussfristen und eine planwidrige Regelungslücke bestehe im GWB nicht. Insofern könne auch nicht im Wege der Analogie zu § 107 Abs. 3 GWB eine zeitliche Ausschlussfrist angenommen werden.

Die Antragstellerin vertritt weiterhin die Auffassung, dass der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nicht der Vertrag mit der Beigeladenen vom 09.08.2007 entgegensteht. Denn der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen sei in analoger Anwendung des § 13 Satz 6 VgV nichtig, weil sie – obwohl sie wiederholt ihr Interesse an dem Erwerb und der Entwicklung des Grundstückes zur Bebauung bekundet hätte – kein Informationsschreiben erhalten habe. Im Übrigen sei auch nicht erkennbar, wann erstmalig mit der Beigeladenen Vertragsverhandlungen geführt wurden. Aus dem Ratsbeschluss vom Juni 2006 ergebe sich nur, dass konkrete Verhandlungen mit der Sxxx Projekt- und Entwicklungsgesellschaft geführt werden sollten. Insofern sei eine Information gemäß § 13 VgV unmittelbar vor Abschluss des Vertrages im August 2007 erforderlich gewesen, weil erst zu dem Zeitpunkt feststand, dass ein Vertrag mit der Beigeladenen geschlossen werden sollte.

Außerdem sei der Vertrag nach § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig, weil die Beigeladene Informationen aus einem anderen, mit dieser Thematik befassten, Nachprüfungsverfahren erhalten habe und auch die Antragsgegnerin entsprechende Kenntnisse aufgrund eines Gespräches mit den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin, das im Juli 2007 stattgefunden haben soll, besessen habe. Die Antragstellerin verweist zudem auf Entscheidungen des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 2000 (Verg 4/99) und auf die Ahlhorn-Entscheidung vom 13.06.2007, die der Antragsgegnerin vor Abschluss des Vertrages im August 2007 jedenfalls bekannt gewesen seien. Auch die Entscheidung des OLG Brandenburg zum Großflughafen Berlin-Schönefeld aus dem Jahre 1999 behandelte diese Thematik und sei in der Presse ausführlich erörtert worden.

Die Antragstellerin hält den Nachprüfungsantrag auch für begründet. Die Planung und Ausführung eines Verbrauchermarktes entsprechend den von der Antragsgegnerin genannten Erfordernissen stelle eine Baukonzession im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB dar und unterliege somit dem Vergaberecht. Auch die Tatsache, dass die Antragsgegnerin nicht Eigentümerin des Bauwerks werde, spiele keine Rolle für die Qualifizierung als öffentlicher Bauauftrag. Da die Antragsgegnerin ein völlig ungeregeltes Vergabeverfahren durchgeführt habe, in welchem sie weder Eignungs- noch

Zuschlagskriterien aufgestellt oder bekannt gegeben habe, sei der Grundstückskaufvertrag nichtig und aufzuheben.

Die Antragstellerin verweist darauf, dass der notarielle Kaufvertrag vom 09.08.2007 alle wesentlichen Elemente, wie eine Bauverpflichtung, die Erbringung von Planungsleistungen, Rücktritts- und Wiederkaufsrechte, enthalte, die ihn als einen öffentlichen Bauauftrag qualifizieren. Auch der beabsichtigte städtebauliche Vertrag und der beabsichtigte Generalunternehmervertrag seien öffentliche Bauaufträge.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen seien diese Vertragsabschlüsse nicht im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne eine europaweite Bekanntmachung zulässig gewesen. Die Antragstellerin behauptet, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung tatsächlich gar nicht stattgefunden habe, was man zum Beispiel aus dem fehlenden Vergabevermerk schließen könne. Im Übrigen lägen die Voraussetzungen des § 3 a Nr. 6 c VOB/A hier nicht vor. Die a-Paragraphen seien nach § 32a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A auf die Vergabe von Baukonzessionen oberhalb der Schwellenwerte nicht anwendbar und es sei auch davon auszugehen, dass die Beigeladene noch nicht Eigentümerin des Grundstückes „Wxxxxx“ sei. Die Antragstellerin trägt vor, dass die Einbeziehung dieses Grundstückes in die Gesamtplanung jedenfalls ausweislich der Berichtsvorlage der Antragsgegnerin an den Rat im Juni 2006 keine zwingende Bedingung für den Verkauf des städtischen Grundstückes gewesen sei. Die Beigeladene habe das Grundstück von Herrn W. zwar bereits mit notariellem Kaufvertrag im Jahre 2005 gekauft; ein Interesse, dieses Grundstück zu behalten, habe die Beigeladene nur dann, wenn die Antragsgegnerin für diesen gesamten Bereich einen Bebauungsplan aufstellt, der die Errichtung des Kxxxxxxx-Verbrauchermarktes ermöglicht. Die Antragstellerin mutmaßt deswegen, dass es nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück W. gibt, der aber kein Ausschließlichkeitsrecht gemäß § 3a Nr. 6 c VOB/A darstelle.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass ihre Rechte auch auf andere Weise als durch einen drohenden Zuschlag gefährdet seien, weil die Gefahr bestehe, dass die Beigeladene rasch mit dem Bau des Verbrauchermarktes beginnen werde. Um vollendete Tatsachen zu verhindern, fordere sie die Anordnung anderer Maßnahmen gemäß § 115 Abs. 3 GWB, wie die Verhängung eines Baustopps. Bei dieser Entscheidung sei der Beurteilungsmaßstab des § 115 Abs. 2 GWB zugrunde zu legen. Dabei seien auch die Erfolgsaussichten in der Hauptsache einzustellen. Der Nachprüfungsantrag sei hier zulässig und begründet und damit überwiege das Interesse der Antragstellerin an der Untersagung der Durchführung von Bauarbeiten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, auf der Grundlage des bisherigen Verfahrens bei der Veräußerung von Grundstücken zur Errichtung eines Kxxxxxxx-Verbrauchermarktes am Standort Lxxxxx Weg in xxxxxxxxx einen Zuschlag zu erteilen und einen Vertrag abzuschließen,
2. den zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Kaufvertrag mit Bauverpflichtungen zur Errichtung eines Kxxxxxxx-Verbrauchermarktes am Standort Lxxxxx Weg in xxxxxxxxx für nichtig zu erklären,

- zuvor ein europaweites Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des GWB durchzuführen,
10. *hilfsweise*- für den Fall der Abweisung des Antrags zu 9. – festzustellen, dass die Beigeladene als Baukonzessionär im Sinne des § 98 Nr. 6 GWB verpflichtet ist, vor der Beauftragung eines Generalunternehmers oder anderer Bauunternehmer mit der Durchführung von Bauleistungen im Zusammenhang mit der Errichtung eines Kxxxxxxx-Verbrauchermarktes am Standort Lxxxxx Weg in xxxxxxxxxx ein europaweites Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des GWB durchzuführen,
 11. für jeden Fall der Nichtbefolgung der Anordnung der Vergabekammer entsprechend dem Antrag zu 7. oder 8. gegen die Antragsgegnerin gemäß § 114 Abs. 3 Satz 2 GWB iVm § 60 Abs. 1 VwVG NRW ein Zwangsgeld von 100.000 € festzusetzen und das Zwangsgeld gemäß § 114 Abs. 3 Satz 2 GWB iVm § 63 Abs. 1 VwVG NRW schriftlich anzudrohen,
 12. für jeden Fall der Nichtbefolgung der Anordnung der Vergabekammer entsprechend dem Antrag zu 9. oder 10. gegen die Beigeladene gemäß § 114 Abs. 3 Satz 2 GWB iVm § 60 Abs. 1 VwVG NRW ein Zwangsgeld von 100.000 € festzusetzen und das Zwangsgeld gemäß § 114 Abs. 3 Satz 2 GWB iVm § 63 Abs. 1 VwVG NRW schriftlich anzudrohen,
 13. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
 14. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung durch die Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin meint, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass der bereits geschlossene Kaufvertrag wirksam sei. Die Antragstellerin könne sich insbesondere nicht auf § 13 Satz 6 VgV analog berufen. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH führt die Antragsgegnerin aus, dass eine Nichtigkeit des durch den Zuschlag begründeten Vertragsschlusses in der Regel nur dann eintrete, wenn ein in seinen Informationsrechten verletzter unterlegener Bieter eine Verletzung seiner Informationsrechte geltend mache und auf ein Nachprüfungsverfahren antrage. Dies sei bei der Antragstellerin nicht der Fall. Die Antragstellerin sei im gesamten Veräußerungsverfahren nicht als Interessent hinsichtlich des Erwerbs des städtischen Grundstücks aufgetreten, sondern sie fungiere lediglich als von Hxx beauftragter Planer bzw. Architekt. Ein eigenes Erwerbsinteresse am Grundstücke habe sie gegenüber der Antragsgegnerin nicht dokumentiert. Demzufolge gehöre die Antragstellerin nicht zum Kreis derjenigen Unternehmen, die entsprechend § 13 VgV zu informieren waren.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass auch keine Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit gemäß § 138 BGB vorlägen. Denn sie habe jedenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis von der möglichen vergaberechtlichen Relevanz des Grundstücksgeschäftes gehabt.

Die Antragsgegnerin ist zudem der Auffassung, dass der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle. Die Antragsgegnerin behauptet, die Antragstellerin sei von der Hxx lediglich mit der Erbringung von Planungs- und Architekturleistungen beauftragt gewesen. Als Investor und Wettbewerber sei hingegen Hxx aufgetreten. Es habe keine Partnerschaft zwischen ihnen bestanden noch sei eine solche Partnerschaft vorgesehen gewesen. Als Beleg dafür legt die Antragsgegnerin ein Schreiben der Hxx mit Datum vom 17.03.2008 vor.

Auch wenn man den Ausführungen der Antragstellerin folge, wonach diese im Jahre 2006 gemeinsam mit der Hxx als Partnerin Interesse am Erwerb des Grundstückes gezeigt habe, fehle die Antragsbefugnis. Denn im Falle einer Bietergemeinschaft zwischen Hxx und der Antragstellerin, könne anerkanntermaßen ein Nachprüfungsantrag nicht nur von einem Mitglied der Bietergemeinschaft eingeleitet werden.

Weiterhin behauptet die Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin kein Interesse am Auftrag haben könnte, weil sie bisher nicht als Projektentwickler beziehungsweise als Investor aufgetreten sei, sondern sich ihr Tätigkeitsgebiet auf Planungs- und Architekturleistungen beschränke.

Vorsorglich macht die Antragsgegnerin geltend, dass die Antragstellerin ihr Antragsrecht verwirkt habe. Denn sowohl die Hxx als auch Exxxx hätten mit ihren Schreiben vom 15.06.2006 und 03.07.2006 ihr Bedauern zum Ausdruck gebracht, dass ihnen der Auftrag nicht erteilt wurde und angeboten gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt, soweit die Verhandlungen mit der Beigeladenen nicht zum Erfolg führen sollten, erneut in Verhandlungen zu treten. Die Antragsgegnerin habe diese Schreiben nur so verstehen können, dass sich Hxx und Exxxx mit der Auswahlentscheidung einverstanden erklärt hätten und keine weiteren rechtlichen Schritte unternehmen würden. Damit hätten sie einen Vertrauenstatbestand geschaffen, der der Stellung eines Nachprüfungsantrages zum jetzigen Zeitpunkt gemäß § 242 BGB entgegenstehe.

Die Beigeladene beantragt,

die Anträge kostenpflichtig zurückzuweisen und die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene meint, dass der Nachprüfungsantrag aus mehreren Gründen unzulässig, jedenfalls aber unbegründet sei, weil die Antragsgegnerin in diesem Fall zulässigerweise sich ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der EU für das Konzept der Beigeladenen entschieden habe.

Die Beigeladene meint, dass der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle. Die Antragstellerin habe vorgetragen, dass sie sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft zusammen mit Hxx um den Auftrag beworben habe. Mitglieder einer Bietergemeinschaft seien aber nicht einzeln antragsbefugt, es sei denn, sie würden von der Bietergemeinschaft hierzu ermächtigt. Die Antragstellerin sei von Hxx aber nicht ermächtigt worden. Auch sei die Behauptung der Antragstellerin, Interesse am Erwerb des Grundstückes zu haben, schlicht falsch. Die Antragstellerin sei nicht als Investor oder Erwerber des Grundstückes aufgetreten, sondern als Subunternehmer der Hxxx weil sie im Falle des Erhalt des Vertrages lediglich von der Hxx mit der Erbringung von Planungs- und Architekturleistungen beauftragt werden sollte. Subunternehmer

hätten aber kein eigenes Interesse an der Erteilung des Auftrags und seien somit auch nicht antragsbefugt. Im Übrigen sei die Antragstellerin zwar im Jahre 2006 auch an die Antragsgegnerin herangetreten, aber es sei immer klar gewesen, dass die Antragstellerin im Falle des Zuschlags nur die Planungsleistungen ausgeführt hätte, nicht aber den Gesamtauftrag, so wie sich dieser aus dem Vertrag ergibt.

Hinzukomme, dass die Antragstellerin bislang nicht als Projektentwickler oder Investorin am Markt aufgetreten sei und sie auch nicht über die erforderliche finanzielle Leistungsfähigkeit zur Verwirklichung eines entsprechenden Projekts verfüge.

Die Beigeladene hält das Nachprüfungsverfahren aber auch deshalb für unzulässig, weil das Recht auf Einleitung bereits verwirkt sei. Denn die Antragstellerin habe längere Zeit verstreichen lassen, bis sie den Antrag stellte. Die Beigeladene verweist zunächst auf die Vorgänge im Jahre 2006 und meint, die beiden Schreiben von Hxx und Exxxxxaus Juni bzw. Juli 2006 hätten der Antragsgegnerin eindeutig signalisiert, dass weder Hxx noch Exxxx die Verhandlungen behindern oder gar die Wirksamkeit der abgeschlossenen Verträge angreifen würden. Die Antragstellerin, die lediglich als Subunternehmerin beteiligt gewesen sei und insofern schon kein eigenes Interesse an der Realisierung des Projektes zum Ausdruck bringen konnte, habe ebenfalls keine vergaberechtlichen Bedenken zum Vertragsschluss geltend gemacht. Im Vertrauen auf diese Umstände habe die Antragsgegnerin den Grundstückskaufvertrag mit ihr abgeschlossen.

Aber auch aus der Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007, die im Januar 2008 in Kraft getreten sei, ergebe sich die Unzulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens. Dort sei bestimmt, dass die Unwirksamkeit eines abgeschlossenen Vertrages im Falle einer Vergabe ohne Bekanntmachung vor Ablauf einer Frist von sechs Monaten nach Vertragsschluss zu erfolgen habe. Bei Antragstellung sei diese Sechs-Monatsfrist bereits abgelaufen gewesen. Da die zeitliche Begrenzung der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich sei, müsse diese Regelung aus der Richtlinie auch ohne Umsetzung in das nationale Recht unmittelbar angewandt werden.

Die Beigeladene vertritt zudem die Auffassung, dass ein wirksamer Vertragsschluss vorliege. Der Vertrag sei nicht unter analoger Anwendung des § 13 VgV nichtig, weil es bereits keinen öffentlichen Auftrag gebe. Zudem sei erforderlich, dass das betreffende Unternehmen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ein ernstzunehmendes Angebot und nicht nur eine abstrakte Interessenbekundung abgegeben habe. Hier sei die Antragstellerin lediglich als Subunternehmerin der Hxx in Erscheinung getreten, habe aber zu keinem Zeitpunkt zum Ausdruck gebracht, dass sie selbst an dem Erwerb des Grundstücks interessiert gewesen sei. Darüber hinaus sei Voraussetzung für eine analoge Anwendung von § 13 VgV auf de facto Vergaben nach Auffassung des BGH, dass der öffentliche Auftraggeber zum Zeitpunkt der Vergabe überhaupt ansatzweise hätte wissen müssen oder jedenfalls in Erwägung ziehen können, dass der Vertrag dem Vergaberecht unterfällt. Dies war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 09.08.2007 weder ihr noch der Antragsgegnerin bekannt gewesen. Schließlich habe das OLG Düsseldorf mit der Ahlhorn-Entscheidung erstmals im Sommer 2007 der bisherigen Auffassung widersprochen. Im Übrigen sei der Vertrag auch nicht wegen eines Verstoßes gegen §§ 138, 134 BGB nichtig.

Die Beigeladene hält den Nachprüfungsantrag aber auch für unbegründet, weil hier unter Anwendung des § 3a Nr. 6 c VOB/A nur mit ihr hätte verhandelt werden können. Denn durch den Erwerb eines weiteren Grundstücks, das zuvor im Eigentum von Herrn W. stand, und das aus städtebaulichen Gründen zwingend in die Planungen einzubeziehen war, konnten die Konzepte nur von ihr verwirklicht werden. Denn dieses Grundstück habe sie bereits im Dezember 2005 erworben. Insofern liege ein Ausschließlichkeitsrecht vor, so dass die Arbeiten, wozu auch die Vergabe einer Baukonzession zähle, nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden konnten. Die auf dem Grundstückseigentum beruhende Monopolstellung ihres Unternehmens führe dazu, dass nur sie sich wirksam zur Bebauung auch dieses Grundstückes und damit zur Verwirklichung des Gesamtkonzeptes gegenüber der Antragsgegnerin habe verpflichten können. Die Folge sei, dass das Verhandlungsverfahren mit ihr auch ohne vorherige europaweite Vergabebekanntmachung habe geschlossen werden können.

Die Beigeladene vertritt weiterhin die Auffassung, dass die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu den Investorenwettbewerben falsch sei. Zunächst müsse ein eigener Beschaffungsbedarf beim öffentlichen Auftraggeber feststellbar sein und dieser Beschaffungsbedarf müsse vom Zweck des Auftrages unterschieden werden. Auf das Erfordernis eines Beschaffungsbedarfs verzichte auch der EuGH in seiner Rechtsprechung nicht. In der Entscheidung Stadt Roanne sei der Investor für die Stadt nur als verlängerter Arm oder Treuhänder aufgetreten, um das gesamte Projekt für die Stadt abzuwickeln. Die Konstruktion sei nur gewählt worden, um einen Durchgangserwerb der Stadt an den Gebäuden zu vermeiden. Bei funktionaler Betrachtung handele es sich somit um eine Beschaffungstätigkeit der Stadt. Ein öffentlicher Auftrag liege nur vor, wenn genau dieser eigene Beschaffungsbedarf gedeckt werden solle, was das OLG Düsseldorf verkenne. Etwas anderes gelte auch nicht für öffentliche Baukonzessionen. Auch diese lägen nur vor, wenn ein eigener Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers gedeckt werden soll.

Im Falle von Grundstücksverkäufen mit dem Ziel einer städtebaulichen Entwicklung verfolge die Kommune keine eigenen Beschaffungsinteressen. Vielmehr ständen sich die kommunale Planungshoheit, also die Aufstellung von Bauleitplänen und der Abschluss von städtebaulichen Verträgen, und der Bereich des Vergaberechts diametral entgegen. Beide Bereiche würden unterschiedliche Anwendungsbereiche regeln, weil das Vergaberecht wirtschaftliche Interessen verfolge, mit den Instrumenten des Städtebaurechts aber eine städtebauliche Entwicklung bezweckt werde. Im letztgenannten Fall fehle es daran, weil die Bauleistung unmittelbar wirtschaftlich dem öffentlichen Auftraggeber nicht zugute komme. Es werde vielmehr nur Planungsrecht verwirklicht.

Die Beigeladene trägt weiterhin vor, dass auch die in dem im Streit stehenden Vertrag auferlegte Bauverpflichtung nicht dazu führe, dass die Antragsgegnerin damit Beschaffungsinteressen verfolge. Diese Bauverpflichtung sei lediglich städtebaulich motiviert und bedeute nur die Realisierung eines Baugebotes nach § 175 Abs. 2 BauGB, das entweder im Bebauungsplan oder auch im städtebaulichen Vertrag aufgenommen werden könne. Gerade dann, wenn die Kommune nicht Eigentümerin des Grundstückes sei, nehme sie durch ihre Planungshoheit Einfluss auf die Gestaltung des Bauvorhabens.

Die Beigeladene vertritt zudem die Auffassung, dass für eine öffentliche Baukonzession die Einräumung eines Nutzungsrechts für einen bestimmten Zeitraum erforderlich sei. Sobald der Investor aber Eigentümer des Grundstückes ist, könne der öffentliche Auftraggeber diesem kein Recht zur Nutzung mehr einräumen, weil er dann nicht mehr verfügungsbefugt sei. Für die weitere Verwendung benötige der Eigentümer auch keine Konzession des öffentlichen Auftraggebers mehr, weil er nach dem Grundstückserwerb keine fremde, sondern eine eigene bauliche Anlage nutze. Das OLG Düsseldorf verkenne, dass bei einer Baukonzession das Recht auf Nutzung einer baulichen Anlage eingeräumt werde, nicht aber ein Recht auf Nutzung eines Grundstücks.

Die Beigeladene trägt weiter vor, dass im Falle einer Baukonzession eine Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers für die Bauarbeiten erforderlich ist. Im Falle der Stadt Roanne Entscheidung des EuGH habe sich die Stadt an den Gesamtkosten des Bauvorhabens beteiligt und damit eine Gegenleistung für die Bautätigkeit erbracht. Demgegenüber reiche allein die Überlassung des Nutzungsrechts am Grundstück nach Eigentumserwerb dafür nicht aus, weil dieses Nutzungsrecht nicht als Gegenleistung für die Übernahme der Bauverpflichtung, sondern für den vom Erwerber zu entrichtenden Grundstückskaufpreis eingeräumt werde.

Hinsichtlich des Eilantrages und der Hilfsanträge trägt die Beigeladene vor, dass diese aus denselben Gründen unzulässig und unbegründet seien, wie der Nachprüfungsantrag selbst. Im Übrigen lasse das Vergaberecht keine Maßnahmen gemäß § 115 Abs. 3 GWB gegen die Beigeladene zu, sondern diese Maßnahmen müssten sich immer gegen die Vergabestelle richten.

Nachdem die Kammer durch eigenen Augenschein am 13.03.2008 festgestellt hatte, dass auf dem im Streit stehenden Gelände noch keine Baumaßnahmen eingeleitet wurden, hat die Vorsitzende am 19.03.2008 vorgeschlagen, mit der Durchführung etwaiger Baumaßnahmen bis zur mündlichen Verhandlung am 17.04.2008 zu warten. Die Beigeladene erklärte sich mit Schreiben 27.03.2008 damit einverstanden.

Am 17.04.2008 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. In der mündlichen Verhandlung erklärte die Beigeladene, dass der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan vorliege und zur Zeit die entsprechenden Gutachten eingeholt würden. Man rechne damit, dass entweder Ende dieses Jahres oder Anfang nächsten Jahres eine Baugenehmigung erteilt werden könnte. Die Erforderlichkeit, zusätzlich zu dem bereits vorliegenden Grundstückskaufvertrag und städtebaulichen Vertrag vom 09.08.2007, noch einen städtebaulichen Vertrag zu schließen, sah die Beigeladene nicht. Sie war der Meinung, dass in dem vorliegenden Vertrag bereits alle Einzelheiten geregelt seien. Die Antragsgegnerin hat sich dazu nicht abschließend geäußert.

Im Übrigen wies die Beigeladene darauf hin, dass sie im Allgemeinen Generalunternehmerverträge abschließe, um solche Verbrauchermärkte erstellen zu lassen.

Die Beigeladene trägt weiterhin vor, dass die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt gegenüber der Antragsgegnerin ein Interesse am Erwerb des Grundstückes zum Ausdruck gebracht habe. Vielmehr sei es ihr lediglich um die Planungsleistungen gegangen, die sie als Subunternehmerin für Hxx erbringen wollte. Als Beleg legt die Beigeladene eine Kopie der Vereinbarung vom 29.04.2005 zwischen der Antragstellerin und der Hxx vor. Ausweislich dieser Vereinbarung sollte die Antragstellerin lediglich

die Planungsleistungen für die Hxx erbringen und zuvor eine Präsentation zur Vorstellung in den Fraktionen erstellen. Auch gegenüber der Antragsgegnerin sei die Antragstellerin immer nur als Subunternehmerin der Hxx in Erscheinung getreten, nicht aber als Erwerberin des Grundstücks. Demzufolge habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin auch kein Kaufangebot unterbreitet und hätte dies aus Wettbewerbsgründen aufgrund der Vereinbarung auch nicht gedurft.

Die Antragsgegnerin hat nach der mündlichen Verhandlung ihren Vortrag dahingehend ergänzt, dass eine analoge Anwendung des § 13 Satz 6 VgV nur in Frage komme, wenn das Unternehmen entweder ein Angebot abgegeben hat, formal also die Stellung eines Bieters inne hatte, oder sein Interesse am konkreten Auftrag in einer für den Auftraggeber erkennbaren Form bekundet hat. Ein Angebot habe die Antragstellerin nicht abgegeben, aber sie habe auch nicht in anderer Weise ihr Interesse am Auftrag bekundet. Denn die Antragstellerin habe zu keinem Zeitpunkt Interesse an der Projektrealisierung gehabt, also an dem Abschluss des notariellen Grundstückskaufvertrages, sondern das Ziel der Antragstellerin habe nur in dem Erhalt einer Teilleistung in Form der reinen Planungsleistungen bestanden. Die Zusendung der Planungen direkt an die Antragsgegnerin habe nur der Verkürzung der Postwege gedient, nicht aber ein eigenständiges Auftreten mit eigenen Interessen für das Gesamtprojekt gegenüber der Antragsgegnerin dokumentiert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akten der Vergabekammer und auf die Verwaltungsvorgänge 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 und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat, §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB und der Schwellenwert in Höhe von 5,278 Mio. € ist angesichts der Größe des Geländes und der geplanten Baumaßnahme in der Form eines Einkaufszentrums über eine Fläche von ca. 4000 m² sowie der Herstellung von Parkflächen und der verkehrlichen Anbindung offensichtlich überschritten.

b) Der bereits abgeschlossene Vertrag vom 09.08.2007 steht der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 114 Abs. 2 GWB nicht entgegen, weil dieser Vertrag jedenfalls nicht wirksam zustande gekommen ist, sondern unter analoger Anwendung des § 13 Satz 6 VgV für nichtig erklärt werden muss.

aa) Nach Auffassung des BGH, 01.02.2005, X ZB 27/04 ist § 13 VgV analog anzuwenden, 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. Dem Schutz des § 13 VgV unterfällt dabei jeder Antragsteller, der entweder formal als Bieter aufgetreten ist oder

zumindest Interesse an dem Auftrag bekundet hat, OLG Düsseldorf, 25.01.2005, Verg 93/04.

Die Antragsgegnerin hat hier mit ihrem Anforderungskatalog aus dem Januar 2006 ein Auswahlverfahren eingeleitet, indem sie drei Unternehmen zur Vorlage von Konzepten aufforderte. Dabei handelte es sich um die Hxx, die Sxxx und ein drittes, hier nicht beteiligtes, Unternehmen. Die Antragstellerin hat sich an diesem Auswahlverfahren beteiligt. Sie hat zwar die Antragsgegnerin nicht selbst mit eigenem Kopfbogen angeschrieben, aber es gab ein Schreiben der Hxx, zu dem die Antragstellerin die Planzeichnungen geliefert hat. In diesem Schreiben von Hxx vom 06.02.2006 wird auf diese Konzepte der Antragstellerin (Grundrisszeichnungen) für das Projekt der Antragsgegnerin Bezug genommen und die Antragstellerin wird dort auch namentlich genannt. Insofern gab es ein Auswahlverfahren mit mehreren Bieter bzw. Interessenten, in dem auch die Antragstellerin aufgetreten ist.

bb) Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 24.02.2005, Verg 88/04; 23.02.2005, Verg 78/04 entsteht dabei die Informationspflicht aus § 13 VgV, wenn zu einem bestimmten Beschaffungsvorhaben mehrere Angebote bekannter Bieter eingegangen sind oder in Bezug auf eine bestimmte Beschaffung – nicht notwendig durch Einreichen eines Angebots- mehrere Unternehmen dem Auftraggeber gegenüber ein Interesse am Auftrag angezeigt oder sich um eine Auftragserteilung beworben haben. Unbeachtlich ist lediglich das potentielle Interesse eines Unternehmens an einer Auftragserteilung, das dem Auftraggeber gegenüber nicht hervorgetreten ist. Entscheidend ist somit nicht, ob der Auftraggeber einem am Auftrag interessierten Unternehmen formal eine Bieter- oder Bewerbungsbereitschaft eingeräumt hat, sondern entscheidend ist, dass ein konkretes Interesse bezogen auf einen konkreten Beschaffungsvorgang geltend gemacht wurde, so auch OLG Karlsruhe, 06.02.2007, 17 Verg 7/06 und OLG Naumburg, 15.03.2007, 1 Verg 14/06. Die Unternehmen, denen ein in dieser Weise definierter Bieterstatus zuzuerkennen ist, sind in den Schutzbereich des § 13 VgV einbezogen.

Diese Rechtsprechung bezieht sich zwar immer auf Ausschreibungen aus aufgehobenen, dann aber fortgesetzten Vergaben. Für die Frage, wer zu dem Kreis der zu informierenden Beteiligten gehört, können diese Rechtsgrundsätze aber herangezogen werden.

(1) Ausgehend von dieser Rechtsprechung kommt es zunächst nicht darauf an, dass ein Unternehmen formal *ein Angebot* abgegeben hat. Die Einreichung eines Angebots wird nicht als zwingende Voraussetzung für die Auslösung der Informationspflicht nach § 13 VgV eingeordnet, sondern entscheidend ist vielmehr, dass ein Unternehmen gegenüber dem Auftraggeber *ein Interesse* am Auftrag gezeigt hat. Unbeachtlich ist deshalb lediglich das potentielle Interesse eines Unternehmens, das für die Vergabestelle nicht erkennbar war.

Demzufolge ist es nicht erforderlich, ob die Antragstellerin im Jahre 2006 ein Angebot eingereicht hat oder dieses Konzept im Schreiben vom 06.02.2006 möglicherweise allein von der Hxx stammte. Entscheidend ist vielmehr, dass auch für die Antragsgegnerin erkennbar war, dass die Antragstellerin rechtlich und wirtschaftlich an dem Auftrag Interesse hatte. Dies lässt sich insbesondere aus § 1 der Vereinbarung aus dem Jahre 2005 entnehmen, wonach die Antragstellerin und Hxx gemeinsam Akquise für das gesamte Projekt betreiben wollten. Sie hat wesentliche Teile des Konzepts

geliefert. Während die Hxx verbal das Konzept gegenüber der Antragsgegnerin im Schreiben vom 06.02.2006 erläuterte, hat die Antragstellerin diese Vorstellungen planerisch dargestellt und die Präsentation vorbereitet. Weiterhin ergibt sich aus dem Verwaltungsvorgang, dass die Antragstellerin ihr Konzept für Hxx/Exxxx auch bei der Antragsgegnerin in einer internen Besprechung Anfang 2006 persönlich vorgestellt hat. Daher kann der Antragstellerin jedenfalls nicht unterstellt werden, dass sie kein ernstzunehmendes Interesse im Jahre 2006 an dem Erhalt des Auftrages hatte, wenn sie derartige Planungen der Antragsgegnerin vorlegt.

(2) Weiterhin folgt aus dieser Rechtsprechung, dass es nicht darauf ankommt, ob die Antragstellerin im Jahre 2006, als sie gemeinsam mit der Hxx gegenüber der Antragsgegnerin in Erscheinung trat, formal einen Bieter- oder Bewerberstatus hatte. Insofern ist es ohne Belang, ob sie damals als Mitglied einer Bietergemeinschaft mit Hxx oder möglicherweise nur als Nachunternehmerin für Hxx tätig werden wollte oder sollte. Die Einordnung, ob ein Unternehmen Bieter oder Bewerber ist, ist sowieso nur möglich, wenn es klar definierbare Angebote gibt, aus denen sich ergibt, wer dieses Angebot unterbreitet hat. Nur in einem solchen Fall steht fest, wer Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers werden soll. In einem förmlichen Verfahren sind dies Selbstverständlichkeiten. Wird ein Angebot von einer Bietergemeinschaft unterbreitet, so ist dies gegenüber der Vergabestelle offen zu legen und ergibt sich aus dem Angebot.

Im vorliegenden Fall gab es kein förmliches Verfahren nach dem 4. Teil des GWB, so dass auch diese Grundsätze von keinem Beteiligten beachtet wurden. Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar im Falle von de facto Vergaben eben nicht zu prüfen, wer in einem solchen Auswahlverfahren formal als Bieter oder Bewerber auftritt oder wer anschließend tatsächlich Vertragspartner der Vergabestelle wird.

Auch die Sxxx, die letztlich den Zuschlag für ihr Konzept erhielt, ist niemals Vertragspartnerin der Antragsgegnerin geworden. Vielmehr wurde der Vertrag vom 09.08.2007 mit der Beigeladenen abgeschlossen, die in dem vorhergehenden Auswahlverfahren weder als Bieterin noch als Interessentin aufgetreten war.

Auch die im Verfahren vorgelegte Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Hxx vom 29.04.2005 führt zu keinem anderen Ergebnis. Aus dieser Vereinbarung lässt sich schließen, dass die Antragstellerin lediglich als Nachunternehmerin für die Hxx tätig werden sollte. Sie sollte als Architektin für die Hxx die Planungsleistungen zu dem Gesamtprojekt beisteuern. Nach Auffassung der Kammer kommt es aber nicht darauf an, die Position der Antragstellerin in dem „Auswahlverfahren“ im Jahre 2006 eindeutig zu bestimmen. Sie muss formal weder als Bieterin noch als Bewerberin eingeordnet werden. Dies kann im Falle von de facto Vergaben offen bleiben. Zutreffend ist aber, dass die Antragstellerin, um in den Schutzbereich des § 13 VgV einbezogen zu werden, auf eine andere Art ihr Interesse am Auftrag zum Ausdruck gebracht haben muss. Daran besteht grundsätzlich kein Zweifel. Die Antragstellerin war – in welchem Umfang auch immer – an dem Erhalt des Auftrages interessiert.

(3) Für das „Interesse am Auftrag“ reicht es aber aus, dass jedenfalls Interesse an der Ausführung einer wesentlichen Teilleistung, hier der Planungsleistungen, erkennbar bekundet wird. Ein Interesse am Gesamtauftrag ist nicht erforderlich und muss im Falle von de facto Vergaben auch nicht nachgewiesen werden.

Im Falle von völlig unregelmäßigen Verfahren im Nachhinein sicher zu bestimmen, welchen konkreten Inhalt der Vertrag oder welchen Auftragsumfang dieser haben sollte, ist kaum möglich. Es wird immer unterstellt, dass der Vertrag den Inhalt haben sollte, den er letztlich in seiner Endfassung mit Datum vom 09.08.2007 hatte. Im Zeitpunkt des Auswahlverfahrens stand noch nicht sicher fest, welche Leistungen zu erbringen waren und wer diese erbringen sollte. Es gab weder eine Leistungsbeschreibung noch einen verhandelbaren Vertragsentwurf, sondern es lagen lediglich Konzepte der Investoren vor. Erst nach „Zuschlag“ wurde der Inhalt des Vertrages mit nur einer Partei, und zwar der Beigeladenen, ausgehandelt.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht unwahrscheinlich, sondern durchaus denkbar, wesentliche Teilleistungen noch aus den Gesamtvertragsverhandlungen herauszunehmen und separat an andere Unternehmen zu vergeben. Darüber hinaus zeigt der konkrete Fall auch, dass der Vertragsschluss eben nicht mit dem Investor erfolgte, der im Jahre 2006 den „Zuschlag“ auf sein Konzept erhalten hatte, sondern hier ein zunächst unbeteiligter Dritter, und zwar die Beigeladene, den Vertrag mit der Antragsgegnerin schloss.

Zudem muss einem Interessent, der sich nur für wesentliche Teilleistungen aus einem Gesamtauftrag interessiert, die Möglichkeit eingeräumt werden, sich auch auf die anderen Teilleistungen und damit auf den Gesamtauftrag zu bewerben. Die Antragstellerin war zwar im Jahre 2006 „lediglich“ an den Planungsleistungen interessiert. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin sich andere Unternehmen gesucht hätte, wenn die Hxx kein Interesse mehr gehabt hätte. Somit kann im Nachhinein einem Interessenten für eine wesentliche Teilleistung auch nicht abgesprochen werden, dass er nicht vom Schutzbereich des § 13 VgV erfasst wird.

Insofern hält es die Kammer im Falle von de facto Vergaben nicht für zulässig, diejenigen Interessenten aus dem Schutzbereich des § 13 VgV auszuschließen, die „nur“ einen bestimmten Teil der Leistung ausgeführt hätten.

(4) Dem steht auch nicht entgegen, dass aus der Sicht der Antragsgegnerin immer nur drei Unternehmen als mögliche Bieter auftraten. Das waren die Hxx, die Sxxx und ein weiteres Unternehmen. Sie hat zwar auch diesen Unternehmen keine schriftlichen Informationen nach § 13 VgV übermittelt, diese aber zumindest telefonisch informiert.

Im Falle von de facto Vergaben kann es aber nicht allein auf die Sichtweise der Vergabestelle ankommen, sondern entscheidend sind die objektiv feststellbaren Gesamtumstände. Auch wenn eine Vergabestelle aus einem Kreis von Interessenten nur denjenigen wahrgenommen hat, mit dem sie überwiegend zu tun hatte, der also die Federführung übernommen hatte, bedeutet dies nicht, dass andere objektiv erkennbar Beteiligte, die auch ernstzunehmende Beiträge zum Gesamtkonzept lieferten, einfach ausgeschlossen sind. Vielmehr gehört dies in den Risikobereich der Antragsgegnerin im Falle von de facto Vergaben und kann nicht den potentiellen Interessenten entgegengehalten werden. Die sichere Bestimmung, wer Bieter oder Bewerber ist, kann nicht im Nachhinein einseitig zu Lasten der Unternehmer entschieden werden.

Die Antragstellerin hat – für die Antragsgegnerin erkennbar- einen Beitrag zu dem Konzept der Gruppe Hxx/ Exxxx geliefert und ist damit als Interessentin für den städtischen Grundstückserwerb und der damit verbundenen Realisierung des Verbrauchermarktes tatsächlich nach außen hin in Erscheinung getreten. Das reicht aus, um sie in den Schutzbereich des § 13 VgV einzubeziehen.

cc) Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 13 Satz 6 VgV ist nicht, dass der öffentliche Auftraggeber Kenntnis von der Vergaberechtswidrigkeit seines Verhaltens hatte. Der Entscheidung des BGH, 01.02.2005, X ZB 27/04, lässt sich vielmehr entnehmen, dass eine Unkenntnis von der Notwendigkeit eines geregelten Vergabeverfahrens eben kein Argument für die Nichtanwendbarkeit des § 13 VgV ist, sondern der BGH weist darauf hin, dass die richtige rechtliche Einordnung eines geplanten Vorgehens zum allgemeinen Risiko gehört, das jeder zu tragen habe, der am Rechtsleben teilnehmen will. Die Berufung auf Nichtkenntnis schützt auch den öffentlichen Auftraggeber nicht davor, dass er objektiv nicht zur Beachtung von geltenden Gesetzen, wie den 4. Teil des GWB, verpflichtet ist.

c) Der notarielle Kaufvertrag vom 09.08.2007 ist aber nicht gemäß § 138 BGB nichtig. Dafür liegen im vorliegenden Verfahren keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. Denn unabhängig von der möglichen Kenntnis der Vertragsschließenden zur Vergabepflichtigkeit solcher Verträge, ist hier ein kollusives Zusammenwirken zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen nicht feststellbar. Die Antragsgegnerin hat ausweislich ihrer Verwaltungsvorgänge mit allen Interessenten so verhandelt, dass alle Beteiligten die gleichen inhaltlichen und zeitlichen Vorgaben erhielten. Eine bevorzugende, und die anderen Beteiligten ausschließende Verhandlung nur mit der Beigeladenen hat es hier – im Gegensatz zur Entscheidung der Kammer zu VK 17/07 - nicht gegeben.

d) Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht.

Ob die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Interessenbekundung im Februar 2006 antragsbefugt war, ist hier unerheblich. Insofern kommt es nicht darauf an, ob die Antragstellerin damals Mitglied einer Bietergemeinschaft war oder lediglich als Subunternehmerin für die Hxx tätig werden sollte. Die Antragsbefugnis muss vielmehr zum Zeitpunkt der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens feststellbar sein. Dies ist hier der Fall.

Die Antragstellerin verfolgt mittlerweile eigene Ziele mit ihrem Antrag, und zwar unabhängig von Hxx. Insofern ist auch das Schreiben der Hxx vom 17.03.2008, das von der Antragsgegnerin vorgelegt wurde, ohne Belang.

Die Antragstellerin ist nach eigenen Angaben ein Planungs-, Projektentwicklungs- und Bauunternehmen, das großflächige Einzelhandelsmärkte entwickelt und baut, wobei sie aber nicht an ein bestimmtes Einzelhandelsunternehmen gebunden sein will. Sie hat in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt, dass sie weiterhin Interesse an dem Gesamtauftrag hat und auch das Grundstück erwerben will. Sie hat diesbezüglich ein Schreiben der ExxxxxHandelsgesellschaft xxxxxxxxxxxxxxxxxxxvom

15.04.2008 vorgelegt. Daraus ergibt sich, dass auch die Exxxx im Zusammenwirken mit der Antragstellerin noch Interesse an der Realisierung des Gesamtprojektes hat.

Auch wenn es bei dem Vertrag mit der Beigeladenen bleiben sollte, hat die Antragstellerin ihr Interesse an der Ausführung der konkreten Planungs- und Bauleistungen bekundet. Insgesamt kann man der Antragstellerin in einem solchem Fall nicht einfach die Antragsbefugnis absprechen, zumal sie ihre Interessen konsequent mit einem Nachprüfungsverfahren vor einer Kammer verfolgt.

e) Die Antragstellerin hat ihr Recht auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens hier allerdings nicht zeitnah wahrgenommen. Denn der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen datiert vom 09.08.2007. Erst sieben Monate nach diesem Vertragsschluss beantragte die Antragstellerin die Nachprüfung.

aa) Ein Antrag auf Nachprüfung unterliegt keiner zeitlichen Ausschlussfrist, vgl. OLG Dresden 06.06.2002, WVerf 4/02, und zwar auch dann nicht, wenn kein förmliches Verfahren nach dem 4. Teil des GWB durchgeführt wurde.

Eine Ausschlussfrist ist erstmalig in Art. 2f Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007 vorgesehen. Danach können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Nachprüfung gemäß Art. 2d Abs. 1 innerhalb der folgenden Fristen beantragt werden muss: in jedem Fall vor Ablauf einer Frist von mindestens sechs Monaten, gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde. Im Falle von sog. de facto Vergaben im Sinne von Art. 2d Abs. 1 lit. a der Richtlinie würde somit eine Ausschlussfrist von sechs Monaten gelten. Mit Ablauf dieser Frist, die von Amts wegen zu beachten ist, würde folglich ein Recht auf Nachprüfung ohne weitere Voraussetzungen erlöschen.

Allerdings ist diese Rechtsmittelrichtlinie noch nicht in nationales Recht transformiert, so dass eine unmittelbare Anwendung dieser Regelung nicht in Betracht kommt.

Entgegen der Auffassung des EuGH vom 22.11.2005, C-144/04, kommt auch eine unmittelbare Anwendung dieser Richtlinie vor Umsetzung in nationales Recht hier nicht in Betracht, weil jedenfalls in Bezug auf diese Ausschlussfristenregelung keine nationale Rechtsnorm existiert, die allgemeinen Gemeinschaftsgrundsätzen entgegen steht. Genau für diesen Fall hatte der EuGH bestimmt, dass ein Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz für den Einzelnen gewährleisten müsste, der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt und damit jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet bleiben muss.

Da diese Regelung über die Ausschlussfrist bei de facto Vergaben erstmalig in der Richtlinie aufgenommen wurde, gibt es noch keine nationale Vorschrift, die darauf zurückgeführt werden kann. Insbesondere enthält der § 13 VgV keine Regelung über den Zeitrahmen, in denen die Nichtigkeit von Verträgen durch Beantragung von Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden muss, so dass auch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 13 VgV nicht möglich ist.

Im Übrigen lässt Art. 2f Abs. 1 der Richtlinie den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einen Ermessensspielraum. Danach können mindestens sechs Monate bestimmt werden, aber möglich ist auch, dass der nationale Gesetzgeber einen längeren Zeit-

raum bestimmt. Im Übrigen ist fraglich, ob auch Verträge, die vor in Krafttreten dieser Richtlinie geschlossen wurden, miteinbezogen werden sollen.

Im Ergebnis kann die Ausschlussfrist aus der Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007 hier nicht unmittelbar angewandt werden, so dass insoweit der Antrag auch sieben Monate nach Vertragsschluss noch zulässig ist.

bb) Das Antragsrecht der Antragstellerin ist auch nicht verwirkt. Die Verwirkung von Rechten ist ein Sonderfall des Einwandes des widersprüchlichen Verhaltens im Sinne von § 242 BGB. Die Verwirkung eines Rechts infolge Zeitablaufs bedeutet, dass dem Inhaber die Ausübung seines Rechts versagt wird, weil er über einen längeren Zeitraum hinweg von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht und dadurch bei der Gegenseite den Eindruck erweckt hat, mit der Beanspruchung des Rechts werde in Zukunft nicht mehr zu rechnen sein, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2007, § 242 Rn 296; Palandt, 68. Auflage 2008, § 242 Anm. 5 a.

(1) Die Kammer lässt es hier dahingestellt, ob die Verwirkung des Antragsrechts bei de facto Vergaben generell ausgeschlossen ist. Denn aus der Tatsache, dass die Antragsgegnerin sich als verantwortliche Normadressatin nicht an das Vergaberecht gehalten hat, nunmehr aber von der Antragstellerin die Beachtung von Vergaberegeln fordert, so OLG Düsseldorf, 19.07.2006, Verg 26/06, kann man möglicherweise folgern, dass eine derartige Privilegierung des öffentlichen Auftraggebers zu Lasten der Bieterseite nicht gerechtfertigt sein kann und deshalb nicht zugelassen werden darf. Ob dies auch zutrifft, wenn dem Bieter nicht eine Obliegenheit, also eine Verpflichtung trifft, sondern er ein Recht nicht in Anspruch nimmt, bleibt dahingestellt, weil die Antragstellerin im vorliegenden Fall jedenfalls ihr Recht auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht verwirkt hat.

(2) Die Antragstellerin hat zeitnah ihr Recht auf Nachprüfung wahrgenommen. Als Orientierungshilfe für die Bemessung der Zeitspanne, in dem der Antragsteller sein Recht nicht ausgeübt hat, ohne dass es zur Verwirkung kommt, kann die Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007 dienen. Dort wird für die vorliegende Sachverhaltskonstellation, also für den Fall einer de facto Vergabe, eine Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Vertragsschluss bestimmt. Überträgt man dies auf die vorliegende Fallgestaltung, so ist jedenfalls der Ablauf von sieben Monaten nach Vertragsschluss noch als vertretbar anzusehen. Insofern führt jedenfalls das Verstreichenlassen dieses Zeitraums für sich genommen nicht zur Verwirkung.

(3) Unabhängig davon kann aber ein Recht nur verwirken, wenn der Inhaber von diesem Recht über einen längeren Zeitraum keinen Gebrauch gemacht hat, was voraussetzt, dass er sein Recht kannte.

Zukünftig regelt die o. g. Richtlinie, dass objektiv vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses auszugehen ist und bestimmt – unabhängig von der Kenntnis der Beteiligten – eine Ausschlussfrist für die Beantragung von Nachprüfungen bei de facto Vergaben.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist hingegen entscheidend, wann der Antragstellerin bewusst wurde, dass sie ein Nachprüfungsverfahren einleiten konnte und es dennoch nicht tat. Die Antragstellerin hätte schon vor dem Vertragsschluss ein Verfahren beantragen können, was im Übrigen der Regelfall ist. Insofern kommt es nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt sie Kenntnis von dem Vertragsschluss erhielt.

Aus den Gesamtumständen schließt die Kammer, dass der Antragstellerin im Jahre 2006, als sich die Antragsgegnerin für das Konzept der Beigeladenen entschied, nicht bewusst war, dass ihr ein Recht auf Nachprüfung zustand. Denn weder der Antragstellerin noch den anderen Verfahrensbeteiligten kann unterstellt werden, dass sie zu dem Zeitpunkt bereits definitiv wussten, dass es sich um einen vergabepflichtigen Vorgang handelte. Erst im Sommer 2007, nach der Ahlhorn-Entscheidung des OLG Düsseldorf, kann eine solche Kenntnis bei den Beteiligten mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden. Legt man diesen Zeitpunkt zugrunde, so ist die Zeitspanne von ca. sechs Monaten bis zur Ausübung des Rechts im März 2008 immer noch nicht wesentlich überschritten.

Damit steht fest, dass die Antragstellerin ihr Recht auf Nachprüfung nicht verwirkt hat. Sie hat innerhalb einer angemessenen Zeitspanne von ca. 7 Monaten den Antrag gestellt.

(4) Im Übrigen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin darauf vertrauen durfte, dass kein Verfahren mehr eingeleitet wird.

Die Untätigkeit des Berechtigten hinsichtlich der Ausübung seines Rechts innerhalb einer bestimmten Zeitspanne darf bei der Gegenseite nicht einen Vertrauensstatbestand dahingehend geschaffen haben, dass die jetzige Geltendmachung als unzumutbar empfunden wird. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Gegenseite sich auf die Nichtausübung des Rechts eingestellt hat und einstellen durfte und die Ausübung des Rechts durch den Berechtigten unerwartet kommt und somit als widersprüchlich zu seinem bisherigen Verhalten erscheint, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2007, § 242 BGB, Rn. 305, 306.

Kenntnis von der Möglichkeit einer Nachprüfung hat die Antragstellerin als Berechtigte wohl erst ab dem Sommer 2007 gehabt. In der sich anschließenden Zeitspanne konnte die Antragsgegnerin aber nicht darauf vertrauen, dass weder die Antragstellerin noch andere Interessenten den bereits geschlossenen Vertrag nicht mehr angreifen werden. Vielmehr musste auch sie aufgrund der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf davon ausgehen, dass sie einen vergaberechtswidrigen Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung abgeschlossen hatte und dieser möglicherweise – so die Entscheidung der erkennenden Kammer zu VK 17/07 – auch für nichtig erklärt werden konnte.

Dabei ist es aus der Sicht der Kammer nicht entscheidend, ob die Antragsgegnerin diese Kenntnis bereits in einem Gespräch im Juli 2007 erlangte oder möglicherweise erst ein paar Monate später, also nach anwaltlicher Beratung im Herbst 2007. Sie musste damit rechnen, dass ihr Vertrag möglicherweise vor einer Nachprüfungsinstanz angegriffen wird. Infolgedessen konnte sie aufgrund der Gesamtumstände nicht darauf vertrauen, dass hier keine Nachprüfung mehr erfolgt.

Die Antragsgegnerin konnte auch nicht aus den Schreiben der Hxx und der Exxxx vom 15.06.2006 und vom 03.07.2006 entnehmen, dass hier keine Nachprüfung mehr erfolgen wird. Aus den Schreiben lässt sich zunächst entnehmen, dass die nicht berücksichtigten Interessenten durchaus noch Interesse an dem Vertrag hatten.

Darüber hinaus konnte ein derartiger Vertrauenstatbestand mangels Kenntnisse über die o.g. Entscheidungen im Jahre 2006 noch gar nicht geschaffen werden und kann im Nachhinein auch nicht der jetzigen Antragstellerin zugerechnet werden. Folgt man dem Gesamtvortrag der Antragsgegnerin, so ist es durchaus zweifelhaft, ob diese Äußerungen auch der Antragstellerin zugerechnet werden können. Insofern können diese Äußerungen der Hxx und Exxxx auch keinen Vertrauenstatbestand schaffen, zu dem sich die jetzige Antragstellerin in Widerspruch setzt, indem sie einen Nachprüfungsantrag stellt.

Im Ergebnis verstößt die Stellung des Nachprüfungsantrages zum jetzigen Zeitpunkt nicht gegen § 242 BGB, weil keine Verwirkung dieses Rechts feststellbar ist.

f) Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen die Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB unzulässig.

Nach ständiger Spruchpraxis des OLG Düsseldorf, 19.07.2006, Verg 26/06; 13.06.2007, Verg 2/07 ist die Regelung in § 107 Abs. 3 GWB nur im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens, jedoch nicht bei de facto Vergaben anwendbar, da der öffentliche Auftraggeber den Bieter nicht darauf verweisen könne, dass er Fehler nach §§ 97 ff GWB nicht rechtzeitig gerügt habe, obwohl er selber davon ausgehe, dass diese Vorschriften aus dem Vergaberecht nicht einschlägig seien.

Die Antragstellerin hat hier zwar vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens mit Schreiben vom 05.03.2007 gerügt. Ob dies noch unverzüglich war, kann hier dahin stehen, da die Antragstellerin jedenfalls bei der vorliegenden Fallkonstellation nicht zu einer Rüge verpflichtet war.

g) Der Kaufvertrag vom 09.08.2007 ist ein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB.

aa) Ausgehend von § 99 Abs. 6 GWB liegt der Schwerpunkt des Vertrages in der Herrichtung der Parkfläche nebst der verkehrlichen Anbindung und der Errichtung des Verbrauchermarktes. Die anderen Leistungen, die damit im Zusammenhang stehen, sind nach den Gesamtumständen lediglich als Nebenleistungen notwendig, um dieses Projekt zu verwirklichen. Der Auftrag ist nach der Schwerpunkttheorie somit als Bauauftrag einzuordnen.

bb) Es handelt sich um einen Bauauftrag nach § 99 Abs. 3 GWB in der Form einer Baukonzession.

Baufträge 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.

(1) Der § 99 Abs. 3 GWB enthält insgesamt drei Varianten. Im vorliegenden Fall haben die Parteien einen Bauauftrag über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- und Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, geschlossen (2. Variante). In § 4 Abschnitt IV. verpflichtet sich die Beigeladene als Käuferin des

Grundstückes gegenüber der Antragsgegnerin zur Bebauung des Grundstückes mit einer Einkaufseinrichtung. Im Erdgeschoss ist eine Parkieranlage für ca. 300 Pkw zu erstellen. Hinsichtlich des Grundstückes, auf dem vormals das Kino stand, verpflichtete sich die Beigeladene zur Bebauung mit einem Geschäftshaus mit Ladeneinheiten im Erdgeschoss.

Somit ist die Beigeladene eine einklagbare Bauverpflichtung in der vertraglich vorgesehenen Weise in dem Kaufvertrag vom 09.08.2007 eingegangen, wobei sie auch die Ausführungsplanungen für dieses Bauwerk übernehmen wollte.

Dabei ist für die Annahme eines Bauauftrages nicht erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des gesamten Bauwerks oder eines Teils davon wird, EuGH, 18.01.2007, C-220/05; OLG Düsseldorf, 06.02.2008, Verg 37/07. Ein Beschaffungsinteresse ist nicht daran gekoppelt, dass der öffentliche Auftraggeber die Leistung, die er beschafft, ausschließlich für sich selbst haben und nutzen möchte. Vielmehr kann der Beschaffungswille auch darin bestehen, dass die Sache für die Allgemeinheit (wie beispielsweise Straßen, Brückenbauwerke oder Tunnel) „angeschafft“ wird und die Nutzung des Bauwerks dem Wohl der Allgemeinheit dienen soll.

Die öffentlichen Auftraggeber beschaffen auch im Bereich der Dienstleistungen eine Vielzahl von Leistungen, die sie nicht selbst nutzen, sondern der Allgemeinheit zur Verfügung stellen. Als Beispiele seien nur die Rettungsdienste, die Abfallbeseitigung, die Schulbuchbeschaffung und die Schülerspezialverkehre genannt. Ein eigener Beschaffungsbedarf, so wie die Beigeladene meint, wird den öffentlichen Auftraggebern in diesen Fällen auch nicht abgesprochen. Vielmehr erfolgen diese Beschaffungen, weil der öffentliche Auftraggeber dazu aufgrund der Gesetze verpflichtet ist. Den Nutzen im engeren Sinne hat hingegen die Allgemeinheit.

Der eigene Beschaffungsbedarf liegt nicht darin, dass die Bediensteten des öffentlichen Auftraggebers die beschafften Leistungen selbst nutzen, sondern die beschafften Leistungen sollen durch die Allgemeinheit genutzt werden können.

Im Falle der Investorenwettbewerbe „beschafft“ sich der öffentliche Auftraggeber eine von ihm gewünschte städtebauliche Entwicklung auf diesem Grundstück. Dabei haben aus haushaltsrechtlichen Gründen die Betreiber die Finanzierung für die Herstellung dieser Bauwerke zu übernehmen, weil die öffentlichen Haushalte die Finanzierung eines solchen städtebaulichen Projektes nicht zulassen. Dafür wird den Betreibern dieser Projekte das Grundstück verkauft und die Einbehaltung der Nutzungsentgelte eingeräumt. Damit „verschafft“ der öffentliche Auftraggeber dem Betreiber eine wirtschaftlich bedeutende Einnahmequelle, woran auch andere Wettbewerber auf dem Markt ein Interesse haben.

Die städtebauliche Entwicklung ist eine Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, wozu er genau so verpflichtet ist, wie beispielsweise zur Abfallentsorgung. Diese Aufgabe hat er entweder durch eigenes Fachpersonal wahrzunehmen oder er muss dazu Dritte beauftragen, die diese Aufgabe ausführen. Die städtebauliche Entwicklung muss der öffentliche Auftraggeber, wie auch alle anderen Aufgaben, möglichst wirtschaftlich wahrnehmen. Bereits aus haushaltsrechtlichen Gründen ist deshalb eine Ausschreibung zwingend erforderlich.

Insofern stehen sich die Bereiche Vergaberecht und Planungsrecht nicht diametral entgegen, sondern die städtebauliche Entwicklung, also die Planung, ist eine Aufgabe, die der öffentliche Auftraggeber mit Mitteln des Vergaberechts umzusetzen hat, wenn er nicht selbst (mit eigenem Fachpersonal) diese Planung durchführt.

Wenn der öffentliche Auftraggeber seine Planungsaufgaben durch die Erstellung von Bauleitplänen wahrnimmt, ohne sich die Realisierung dieser Planungen auf einem bestimmten Grundstück durch Verträge mit Investoren zu sichern, so findet kein Vergaberecht statt. Vielmehr kann das Grundstück dann ohne Bauverpflichtung verkauft werden, ohne dass Vergaberecht anwendbar ist. Im Bebauungsplan kann dann ein Baugebot nach § 176 BauGB aufgenommen werden.

Eine Beschaffung im vergaberechtlichen Sinne liegt nicht vor, wenn ein Bebauungsplan besteht und ein Grundstück im Plangebiet vom öffentlichen Auftraggeber verkauft wird, ohne dass eine ausdrückliche Bauverpflichtung (und ohne eine Vereinbarung eines Rücktritts- oder Wiederkaufsrechts) in einem Grundstückskaufvertrag vereinbart wird, OLG Düsseldorf, 06.02.2008, Verg 37/07. Denn dann hat eine Bebauung des Grundstückes ausschließlich aufgrund der Festsetzungen des Bebauungsplans zu erfolgen, wobei aber dem öffentlichen Auftraggeber die zivilvertraglich festgelegte Durchsetzungsmöglichkeit fehlt.

Bei dem vorliegenden Projekt ist die Beigeladene für eine Vielzahl von Maßnahmen ausweislich des Vertrages verantwortlich, die eigentlich in den Verantwortungsbe- reich der Antragsgegnerin fallen und Gegenstand einer städtebaulichen Entwicklung sind. Hierzu zählen die Kosten für die Bauleitplanung, die naturschutzrechtlichen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zur Umfeldverbesserung, der Ausbau der Straße, die Errichtung von öffentlichen Parkflächen, die verkehrliche Erschließung von Grundstücken usw. Aber auch die Herstellung des Verbrauchermarktes ist vorliegend ausweislich § 4 Abschnitt IV. Ziffer 1 Gegenstand des Vertrages gewesen. Die Erfüllung dieser Vertragspflicht obliegt der Beigeladenen unmittelbar aufgrund des Vertrages. Wenn aber ein öffentlicher Auftraggeber in einem Vertrag einen solchen „Bauftrag“ vergibt, kann der Beschaffungswille bezogen auf dieses konkrete Bauvorhaben nicht in Zweifel gezogen werden.

Das eigene wirtschaftliche Interesse des öffentlichen Auftraggebers liegt hier darin, dass die vorhandene Fläche städtebaulich so entwickelt wird, wie im Vertrag vereinbart. Damit erfolgt städtebaulich eine Aufwertung dieses Bereiches. Der Verkauf des Grundstückes ist zwingend an die Realisierung dieses städtebaulichen Konzepts gebunden.

(2) Im vorliegenden Fall haben die Vertragsparteien eine Baukonzession im Sinne von § 32 VOB/A vereinbart, die unter richtlinienkonformer Auslegung ebenfalls von § 99 Abs. 3 GWB erfasst wird.

Der Beigeladenen wurde ein Bauauftrag für eine Vielzahl unterschiedlicher Bauwerken, wozu auch der Verbrauchermarkt gehört, erteilt, 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, bestand. Die Entgeltlichkeit (§ 99 Abs. 1 GWB) des Vertrages ergibt sich daraus, dass sich die Beigeladene über die Mieteinnahmen für die Nutzung des Einkaufszentrums refinanzieren kann.

Der Umstand, dass die Beigeladene Eigentümerin des Grundstückes wird, entzieht die Baukonzession nicht der Anwendung des Vergaberechts, weil die Definition der Baukonzession kein Tatbestandsmerkmal enthält, wonach der Konzessionär kein Eigentum am Bauwerk erwerben darf oder das Eigentum nach Ablauf eines Konzessionszeitraums auf den öffentlichen Auftraggeber übergehen muss, OLG Düsseldorf, 06.02.2008, Verg 37/07.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen wird das Recht auf Nutzung des Bauwerks bereits mit dem Grundstückskaufvertrag vereinbart. Das Bauwerk existiert dann zwar noch nicht, aber – wie bei anderen Baukonzessionen auch – steht bereits zu diesem Zeitpunkt fest, dass das vom Erwerber zu errichtende Gebäude von ihm genutzt werden kann und die Einnahmen ihm zur Verfügung stehen werden.

(3) Der öffentliche Auftraggeber erbringt auch Gegenleistungen für diese städtebauliche Entwicklung. Er verkauft das Grundstück und entwickelt für diesen Bereich kraft seiner Planungshoheit das Planungsrecht so, dass die im städtebaulichen Vertrag oder im Grundstückskaufvertrag vereinbarte Nutzung stattfinden kann. Ohne diese Planungsleistungen des öffentlichen Auftraggebers ist ein Grundstück „wertlos“. Gerade im vorliegenden Fall ist erkennbar, dass der Verbrauchermarkt im Bereich einer wasserwirtschaftlich schwierigen Situation (möglicherweise Überschwemmungsbereich) angesiedelt werden soll, so dass es unbedingt erforderlich ist, Regenrückhaltebecken zu bauen. Das Planungsrecht ermöglicht diese Bebauung erst in der vorliegenden Form.

Dabei ist ein synallagmatischer Austauschvertrag nicht erforderlich. Es ist gleichgültig, an wen die Leistung zu erbringen ist. Erforderlich ist aber eine rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, die hergestellt werden kann durch die Begründung eines Gegenseitigkeitsverhältnisses (Synallagma), durch Vereinbarung einer Bedingung oder durch die Abrede, dass die eine Leistung den Rechtsgrund für die andere darstellt, OLG Düsseldorf, 22.09.2004, Verg 44/04.; OLG Düsseldorf, 19.12.2007, Verg 51/07.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

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

a) Die Antragsgegnerin hat hier gegen die Vorgaben aus § 97 Abs. 1 GWB verstoßen, weil sie den vorliegenden Grundstückskaufvertrag mit der Verpflichtung zur Errichtung des Verbrauchermarktes nicht europaweit bekannt gemacht und auch kein geregelter Vergabeverfahren unter Beachtung der Vergaberechtsbestimmungen aus dem 4. Teil des GWB durchgeführt hat. Sie hat keine Eignungskriterien aufgestellt oder bekannt gegeben und keine Eignungsprüfung durchgeführt. Ebenso wenig hat sie klare Zuschlagskriterien entwickelt oder bekannt gegeben, noch hat sie Angebots- und Vorlagefristen für alle Interessenten gleich bestimmt. Es fehlt somit insgesamt an einer transparenten Verfahrensweise.

b) Dem steht auch nicht § 3a Nr. 6 c VOB/A entgegen. Die Kammer lässt es dahin gestellt, ob § 32a VOB/A überhaupt auf diese Vorschrift verweist. Entscheidend ist hingegen, dass im vorliegenden Fall der Erwerb des Grundstückes Wxxxxx weder von der Antragsgegnerin zur Bedingung für den Verkauf ihrer Flächen gemacht wur-

de noch ist für die Realisierung des Projektes „Verbrauchermarkt“ die Überbauung dieser Fläche tatsächlich notwendig.

Die Konzepte sollten nur Aussagen über die beabsichtigte und realisierungsfähige Einbeziehung des östlich angrenzenden Grundstücks Mxxxxxxx/Wxxxxx enthalten. Dieses Grundstück musste aber nicht zwingend für den Bau des Verbrauchermarktes erworben werden. Ausweislich des notariellen Kaufvertrages aus dem Jahre 2005 hat auch nicht etwa die Beigeladene dieses Grundstück erworben, sondern ein hier nicht beteiligter Dritter. Die Kammer geht aber davon aus, dass dieser Dritte wiederum für Rechnung der Beigeladenen tätig wurde.

Die Beigeladene hat ein - unabhängig vom Verbrauchermarkt - zu errichtendes Geschäftsgebäude dort vorgesehen. Im Übrigen ist es nicht unwahrscheinlich, dass die Beigeladene dieses Grundstück an die Antragstellerin oder einem anderen Unternehmen verkauft hätte, wenn sie den Vertrag für den Gesamtauftrag nicht erhalten hätte.

III.

Die Antragstellerin ist auch in ihren Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt, was sich im konkreten Fall bereits aus ihrer Antragsbefugnis herleiten lässt.

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, 06.02.2008, Verg 37/07. Diese Maßnahme ist unabweislich, weil vorliegend kein milderer Mittel zur Verfügung steht, um den festgestellten Vergaberechtsverstoß zu beseitigen.

IV.

Die Anträge auf Erlass vorläufiger Maßnahmen nach § 115 Abs. 3 GWB gegen die Beigeladene und die Antragsgegnerin werden zurückgewiesen, soweit der Erlass eines Bauverbots und die Beauftragung eines Generalunternehmers beantragt werden.

Sind gemäß § 115 Abs. 3 S. 1 GWB Rechte des Antragstellers aus § 97 Abs. 7 GWB im Vergabeverfahren auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet, kann die Kammer auf besonderen Antrag mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen. Eine entsprechende Anwendung des § 115 Abs. 3 GWB außerhalb von Vergabeverfahren in Fällen der de facto Vergaben hält die Kammer für zulässig.

Allerdings fehlt der Antragstellerin hier das Rechtsschutzbedürfnis für die von ihr geforderten Maßnahmen. Vielmehr ergibt sich bereits aus der Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages vom 09.08.2007 und der Anordnung, die Vergaberegeln einzuhalten, wenn man an der Beschaffung festhält, ein hinreichender Schutz.

Es liegen zunächst keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Antragsgegnerin diese Entscheidung der Vergabekammer zu missachten droht. Auch muss sie mit Schadensersatzansprüchen gemäß § 124 Abs. 1 GWB rechnen, wenn sie sich über den Spruch einer Vergabekammer oder des Beschwerdegerichts hinweg setzt.

Weiterhin ist unstreitig, dass der Bebauungsplan noch nicht existiert und auch vor dem Ende dieses Jahres nicht endgültig als Satzung beschlossen werden kann. Infolgedessen kann auch eine Baugenehmigung nicht erteilt werden. Denn diese basiert auf dem Bebauungsplan und konkretisiert die dort gemachten Vorgaben für das konkrete Projekt. Auch ein etwaiger Vertrag der Beigeladenen mit einem Generalunternehmer basiert auf dieser Baugenehmigung.

Demgegenüber hält die Kammer es zum gegenwärtigen Zeitpunkt für erforderlich, der Antragsgegnerin den Abschluss eines städtebaulichen Vertrages, ohne Beachtung der Vergaberegeln, zu untersagen.

Denn in der mündlichen Verhandlung konnte nicht abschließend geklärt werden, ob und zu welchem Zeitpunkt ein solcher städtebaulicher Vertrag tatsächlich noch geschlossen werden soll. Nach Auffassung der Beigeladenen war dies nicht mehr erforderlich, zumal der Vertrag vom 09.08.2007 eine Vielzahl von städtebaulichen Einzelmaßnahmen bereits enthält. Allerdings hat die Antragsgegnerin sich dazu nicht abschließend geäußert. Insofern erfolgt diese Anordnung auf Unterlassung hier klarstellend.

V.

Die Anträge auf Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld nach § 114 Abs. 3 Satz 2 GWB sind zwar statthaft, aber nicht begründet.

Gemäß § 114 Abs. 3 S. 2 GWB iVm § 63 Abs. 2 VwVG NRW kann mit dem Verwaltungsakt bereits die Androhung eines Zwangsgeldes verbunden werden. Sie soll damit verbunden werden, wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat.

Die Kammer hat hier dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin stattgegeben, so dass die Einlegung einer sofortigen Beschwerde gegen diesen Beschluss gemäß § 118 Abs. 1 GWB aufschiebende Wirkung hätte. Wenn aber ein Rechtsmittel gegen den zu vollstreckenden Verwaltungsakt aufschiebende Wirkung hat, dann soll in der Regel der Verwaltungsakt nicht sofort mit der Androhung von Zwangsgeld verbunden werden.

Im Übrigen hält die Kammer dies im vorliegenden Fall auch nicht für erforderlich, weil keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Antragsgegnerin oder die Beigeladene die Entscheidung der Kammer missachten werden. Insofern fehlt der Antragstellerin auch ein Rechtsschutzbedürfnis.

VI.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB, wonach ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Als unterliegende Parteien haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene die Kosten je zur Hälfte zu tragen, wobei die Antragsgegnerin gemäß § 8 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes als Gebietskörperschaft von der Zahlung der Gebühren befreit ist. Dabei hat die Kammer das Teilunterliegen der Antragstellerin hinsichtlich der Eilanträge und der Vollstreckungsanträge nicht als wesentlich einbezogen. Denn die Antragstellerin ist mit ihrem Hauptanliegen umfassend erfolgreich gewesen.

Die gemäß § 128 Abs. 1 GWB ermittelte Gebühr für das Nachprüfungsverfahren der Vergabekammer ist bei einer nach § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB gesamtschuldnerischen Haftung im Falle einer persönlichen Gebührenbefreiung eines der Gebührenschuldner (hier nach § 8 Nr. 3 VwKG Bund) um den Betrag zu kürzen, der dem internen Haftungsanteil des befreiten Gebührenschuldners entspricht, OLG Dresden, Beschluss vom 25.01.2005, WVerg 14/04.

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. Ausgehend von einem geschätzten Investitionsvolumen von ca. xx Mio. € wird unter Berücksichtigung der Gebührenstaffel der Vergabekammern des Bundes eine Gebühr in Höhe von xxxx € festgesetzt.

VII.

Weiterhin hält die Kammer 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 beschränkte.

Für die Erstattung der Aufwendungen der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer ordnet § 128 Abs. 4 GWB eine gesamtschuldnerische Haftung nicht an. Hinsichtlich der notwendigen Auslagen kommt eine Kostentragung nur in Betracht, soweit ein Beteiligter unterliegt. Dies führt dazu, dass der öffentliche Auftraggeber und der ihn im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unterstützende Beigeladene für die Kosten des obsiegenden Bieters nur als Teilschuldner haften, BGH, 26.09.2006, X ZB 14/06.

Demzufolge tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene die Aufwendungen der Antragstellerin für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung jeweils zur Hälfte.

Dabei wird die Vergabekammer voraussichtlich von einem Gegenstandswert in Höhe von xx Mio. € ausgehen.

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.

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

Stolz

Hartmann