



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Einem Bieter, dem bei der Vergabe eines Grundstückkaufvertrages mit Bauverpflichtung die Realisierungsabsicht fehlt, ist im Vergabenachprüfungsverfahren nicht antragsbefugt.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Grundstückkaufvertrages mit Bauverpflichtungen

VK 25/09

der
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH
vertreten durch die Geschäftsführer
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen den

Bürgermeister
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Rechtsanwälte
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Beigeladene

xxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXX

XX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2010 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Hartmann

am **27. Januar 2010** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene werden für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Jahre 2008 den Verkauf eines städtischen Grundstücks in der Innenstadt zur Bebauung mit einem Einkaufszentrum in einem Verhandlungsverfahren mit einem öffentlichen Teilnahmewettbewerb nach der VOB/A als Baukonzession aus. Sie nannte insgesamt 6 Zuschlagskriterien, wobei auch die Höhe des Kaufpreises mit 20% in die Wertung eingehen sollte. Der geschätzte Gesamtauftragswert beträgt ca. 10 Mio. €.

In der Bekanntmachung führte die Antragsgegnerin aus:

Verkauf eines städtischen Grundstücks in der Innenstadt zur Bebauung mit einem Einkaufszentrum. Ein entsprechender Bebauungsplan befindet sich derzeit im Aufstellungsverfahren. Das Grundstück liegt in unmittelbarer Nachbarschaft eines bereits vorhandenen Einkaufszentrums nebst Stadthalle. Das abbruchreife ehemalige städtische Hallenbad muss vom Erwerber abgerissen werden. Es ist ein Vollsortimenter- Lebensmittelmarkt mit einer Verkaufsfläche von mindestens 1500 m² und maximal 2500 m² anzusiedeln. Auch im Übrigen wird erwartet, dass der Erwerber in dem von ihm zu errichtenden Einkaufszentrum möglichst hochwertige Einzelhandelsnutzungen unterbringt. Darüber hinaus ist die Unterbringung der benötigten Stellplätze auf dem Kaufgrundstück sicherzustellen. Nähere Angaben enthält ein Exposé zum Verfahren.

Die Antragsgegnerin führte zunächst den Teilnahmewettbewerb durch, der im September 2008 mit dem Ausschluss von fünf Teilnehmern endete, während vier Bewerber, wozu auch die Antragstellerin gehörte, als hinreichend geeignet ausgewählt wurden.

In den Verdingungsunterlagen, die den Bewerbern im November 2008 übersandt wurden, wird u.a. mitgeteilt, dass das Mindestgebot für den Kaufpreis nach gutachterlicher Feststellung des Verkehrswertes 4,8 Mio. € beträgt. Weiterhin wird mitgeteilt, dass die Antragsgegnerin mit den Bietern über eine Reduzierung der Kauffläche oder auch von Grundstücksteilen verhandeln will. Weiterhin erwartet die Antragsgegnerin von den Bietern konkrete und möglichst detaillierte Betreiber- und Nutzungs-

konzepte. Es wurden insgesamt 6 Zuschlagskriterien genannt und gewichtet, wobei den Bietern in Bezug auf die Unterkriterien „Architektur“ und „Städtebauliche Wirkung“ sowie „Wertigkeit der Nutzungen“ mitgeteilt wurde, dass die Bewertung eines dieser Kriterien mit ungenügend bzw. zwei mit mangelhaft (Abstufung wie Schulnoten) zum zwingenden Ausschluss des Angebots führen wird. Die Antragsgegnerin wiederholte auch ihre Vorgabe aus der Bekanntmachung hinsichtlich der Größe eines Vollsortiment-Lebensmittelmarktes als unbedingt erforderlich.

Nach Erhalt der Verdingungsunterlagen rügte die Antragstellerin, die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH, die zur xxxx-Gruppe gehört, mehrmals im Verlauf der Verhandlungsgespräche erfolglos diverse Vergaberechtsverstöße, wie die Methode zur Berechnung des Kaufpreises und die Wertungsmatrix. Weiterhin beanstandete sie, dass die überarbeiteten Angebote bei der Vorgehensweise der Antragsgegnerin nicht mehr vergleichbar sein würden, weil unterschiedliche Vertragsentwürfe verhandelt würden. Außerdem holte die Antragstellerin auf ihre Kosten ein Baugrundgutachten ein, in dem festgestellt wurde, dass Altlasten auf dem Kaufgrundstück vorhanden sind. Sie rügte auch, dass nach einem Wertgutachten des Gutachterausschuss aus dem Jahre 2007 zur Ermittlung des Verkehrswertes der Grundstücke, der Wert der Grundstücke lediglich auf 2.850.000 € festgelegt wurde und der in den Vergabeunterlagen genannte Mindestkaufpreis deutlich davon abweiche.

Nach Durchführung des Verhandlungsverfahrens und der Wertung der 3 noch verbliebenen Angebote, befand sich die Antragstellerin mit ihrem Angebot auf dem 3. Rang, während der Zuschlag auf das mit Beschluss vom 14.12.2009 beigeladene Unternehmen erfolgen soll. Als Ausschlussgründe nannte die Antragsgegnerin, dass der von der Antragstellerin angebotene Kaufpreis deutlich unterhalb des vorgegebenen Mindestkaufpreises liege und auch ihr Planungskonzept überwiegend als mangelhaft bis ungenügend bewertet worden sei. Nachdem die Rüge der Antragstellerin vom 17.11.2009 ebenfalls erfolglos blieb, beantragte sie die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Erstmals im Nachprüfungsverfahren legte die Antragsgegnerin einen Geschäftsbericht der Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR aus dem Jahre 2007 vor, der offensichtlich im Jahre 2008 aufgestellt wurde. Diese Fondsgesellschaft ist Eigentümerin des angrenzenden Grundstückes, auf dem ein Kaufland Markt betrieben wird.

In diesem Geschäftsbericht heißt es u.a. wörtlich:

Nach Prüfung des Sachverhalts durch den rechtlichen Berater der Fondsgesellschaft hat die Geschäftsführung sich zur Abwehr des Konkurrenzobjektes unter Einschaltung der Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH entschlossen.

Die Fondsgeschäftsführung verfolgt weiterhin das Ziel, den bestehenden Standort zu sichern, indem eine mögliche Entwicklung auf dem Nachbargrundstück für die Fondsgesellschaft und damit auch für den Mieter Kaufland verträglich gestaltet wird.

Die Fondsgeschäftsführung hat ein entsprechendes Konzept erstellt, welches vorsieht, eine Optimierung einer Einzelhandelsentwicklung auf dem Nachbargrundstück durch

- Einflussnahme auf die Konzeption durch Verbindung beider Standorte,
- Anpassung der anzusiedelnden Sortimente in Ergänzung zum Fondsobjekt,
- Möglichst Verhinderung von großflächigem Lebensmitteleinzelhandel.

Aus dem Geschäftsbericht ergibt sich weiterhin, dass sämtliche juristische Möglichkeiten auszuschöpfen sind, um auf dem Nachbargrundstück eine optimierte Einzelhandelsentwicklung in der Weise zu erreichen, dass die eigene Immobilie nicht an Wert verliert und auch eine Anschlussvermietung ab dem Jahre 2016 ohne erhebliches finanzielles Risiko möglich wird.

Weiterhin heißt es im Geschäftsbericht:

Aufgrund der o.g. Fristsetzung zur Teilnahme an der Ausschreibung hat die Geschäftsführung mit der Hxxx Gruppe vereinbart, die Projektgesellschaft „Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH“ zu gründen und an der Ausschreibung teilzunehmen, um weiterhin die Möglichkeit zu haben, auf die Entwicklung des Nachbargrundstückes ggf. auch mit Rechtsmitteln Einfluss zu nehmen.

Bei dem im Geschäftsbericht genannten Nachbargrundstück handelt es sich um die hier im Streit stehende Immobilie, die unter Berücksichtigung planungsrechtlicher Vorgaben von der Antragsgegnerin verkauft werden soll, um dort das Konzept zu verwirklichen, das sich aus der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen ergibt.

Die Antragstellerin hält sich trotz dieser Ausführungen im Geschäftsbericht für antragsbefugt. Ihre Zielvorstellung sei, den Kirmesplatz so zu bebauen, dass Synergieeffekte zwischen dem auf dem angrenzenden Grundstück der SxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxGbR vorhandenen Kaufland Markt und dem geplanten Einkaufszentrum sinnvoll genutzt werden könnten. Es sei nicht zutreffend, dass sie sich allein zur Verhinderung des Projekts an dem Vergabeverfahren beteiligt habe. Dagegen spreche doch schon ihre Beteiligung in allen Phasen des Vergabeverfahrens, wodurch ihr erhebliche Kosten für die Erstellung der Angebote entstanden seien, die kein wirtschaftlich vernünftig handelndes Unternehmen ohne Grund auf sich nehmen würde.

Die Antragstellerin meint zudem, dass die Gründung einer Projektgesellschaft, um sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen, durchaus üblich sei und auch von der Beigeladenen so gehandhabt wurde. Insofern sei es auch vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn eine Projektgesellschaft sich auf die Eignung der Muttergesellschaft, also eines Dritten, berufe.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass die Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR keinen Einfluss auf sie ausübe. Diese GbR gehöre auch nicht zur HxxxGruppe. Es gebe weder gesellschaftsrechtliche noch vertragliche Verpflichtungen zwischen der Antragstellerin und der GbR. Insbesondere könne man doch dem Geschäftsbericht nicht entnehmen, dass gerade die Antragstellerin das Projekt verhindern wolle und ihr deshalb die Antragsbefugnis fehle. Der Geschäftsbericht beziehe sich allein auf die am Vergabeverfahren nicht beteiligte Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR und könne nicht einfach auf die Antragstellerin übertragen werden. Die Antragstellerin meint, dass es nicht zulässig sei, ihr mit fremden Beweggründen die Antragsbefugnis abzuspochen.

Zudem ergebe sich doch eindeutig aus dem Geschäftsbericht, dass die Fondsgesellschaft nur in der Weise Einfluss nehmen wolle, dass sie eine Verbindung zwischen dem neu zu errichtenden Einzelhandels- und Dienstleistungszentrum und dem bereits bestehenden Einkaufszentrum schaffen wollte. Genau dies sei auch das Ziel der Antragsgegnerin. Insofern stehe ihr Vorhaben nicht in einem diametralen Wider-

spruch zum Konzept der Antragsgegnerin, sondern ihr Angebot erfülle vielmehr die Vorgaben der Verträglichkeitsanalyse und der Verdingungsunterlagen zu den zugelassenen Nutzungen. Insbesondere habe sie insgesamt eine Verkaufsfläche für die Warengruppe Nahrungs- und Genussmittel von über 1500 m² angeboten. Im Übrigen habe auch die Antragsgegnerin sich nicht bei Angebotsausschluss auf einen solchen Grund, also Abweichung von den Anforderungen der Verdingungsunterlagen, gestützt.

Die Antragstellerin meint, dass das Bestreiten der Antragsbefugnis durch die Antragsgegnerin eine reine Schutzbehauptung und damit vergaberechtlich unerheblich sei. Denn die Antragstellerin habe selbst ausgeführt, dass ihr nach Auswertung der Teilnahmeanträge dieser Umstand bekannt gewesen sei. Dennoch habe sie mit der Antragstellerin weiter verhandelt und sich ein indikatives sowie zwei verbindliche Angebote erstellen lassen. Insofern hätte die Antragsgegnerin viel früher von der Möglichkeit, die Antragstellerin wegen fehlender Eignung auszuschließen, Gebrauch machen können und müssen. Für einen Wiedereinstieg in die Eignungsprüfung sei es nunmehr zu spät, weil es treuwidrig wäre, wenn sich eine Vergabestelle Zweifel an der Eignung eines Bieters in der Hinterhand halte, um diese bei Bedarf wieder herzuholen.

Weiterhin verfolgt die Antragstellerin mit ihrem Antrag sämtliche Rügen weiter, die sie bereits vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens in den unterschiedlichen Verfahrensstadien der Vergabe erhoben hat. Sie ist der Auffassung, dass insbesondere ihre Rügen zum vorgegebenen Mindestkaufpreis und der Bewertungsmethode unverzüglich erfolgten.

Die Antragstellerin beanstandet, dass auf der Grundlage unterschiedlicher Vertragsentwürfe mit den Bietern verhandelt wurde, was auch in einem Verhandlungsverfahren unzulässig sei. Insbesondere seien davon etwaige vertragliche Risiken betroffen gewesen, wie die Durchsetzung eines Rücktrittsrechts, die für jeden Bieter kalkulationsrelevant wären. Die Antragsgegnerin habe im Vergabevermerk sogar ausgeführt, dass sie grundsätzlich nur Änderungsvorschläge akzeptieren werde, die ihre eigene Position nicht wesentlich verschlechtern würden. Eine solche Bewertungsmethode führe doch zu einer Ungleichbehandlung der Bieter, weil für die Zuschlagsentscheidung dann keine gleichartigen Verträge mehr vorliegen würden.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die Antragsgegnerin unzulässigerweise einen Mindestkaufpreis vorgegeben hat. Obwohl der Antragsgegnerin das Verkehrsgutachten aus dem Jahre 2007 bekannt gewesen sei, habe sie diesen kalkulationserheblichen Umstand den Bietern nicht mitgeteilt und im Übrigen auch noch falsche Angaben dazu in ihren Verdingungsunterlagen gemacht. Der Verkehrswert eines Grundstückes sei aber ein Umstand, der den Preis beeinflusse. Im Übrigen stelle ein festgesetzter Mindestkaufpreis auch ein ungewöhnliches Wagnis dar, was auch im Falle einer Baukonzession gelte. Denn der Konzessionsnehmer habe nur das wirtschaftliche Risiko einer Nutzung des Bauwerks zu tragen, wobei dieses wirtschaftliche Risiko nicht einfach einseitig durch die Forderung eines überhöhten Mindestkaufpreises erhöht werden dürfe.

Weiterhin habe die Antragsgegnerin keine Angaben zu den Baugrundrisiken gemacht, obwohl ihr bekannt gewesen sei, dass sich das Grundstück in einem Berg-

werksgebiet befindet. Gleiches gelte für die Altlastenproblematik, ein Umstand, der für Bieter ebenfalls kalkulationsrelevant sei.

Die Antragstellerin beanstandet zudem, dass die Antragsgegnerin erst in der ersten Verhandlungsrunde wesentliche Teile der Wertungsmatrix den Bietern bekannt gegeben habe, anstatt diese gleich mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu versenden. Die Wertungskriterien als auch die angewandte Bewertungsmethodik seien insgesamt zu unbestimmt gewesen. Beispielsweise lasse das Kriterium „Wertigkeit der Nutzungen“ nicht erkennen, welche Maßstäbe die Antragsgegnerin anwenden wollte. Gleiches gelte für das Kriterium „Tragfähigkeit des Nutzungskonzeptes“, „Dauer der reinen Bauzeit“, aber auch für die Wertung des Kaufpreises.

Die Antragstellerin meint, dass auch gegen den Geheimwettbewerb verstoßen worden sei, weil ein Mitglied der Wertungskommission in einer Zeitung Informationen zu den Angebotsinhalten bekannt gegeben habe. Es sei nicht auszuschließen, dass andere Bieter derartige Informationen erhalten und zu ihren Gunsten genutzt hätten. Zudem habe offensichtlich ausweislich des Vergabevermerks ein weiterer Bieter die Planungsunterlagen, also das Angebot der Beigeladenen, gekannt.

Vor dem Hintergrund dieser Beanstandungen hält die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebots wegen Unterschreitung des Mindestkaufpreises, aber auch aufgrund der Wertungsentscheidung für vergaberechtlich unzulässig. Die Angebotswertung habe nicht ordnungsgemäß erfolgen können, weil bereits die Bewertungsmatrix zahlreiche Mängel aufgewiesen habe. Zudem seien die Wertungsergebnisse zu einzelnen Voraussetzungen in keiner Weise nachvollziehbar, weil doch mehrere Verhandlungsgespräche stattgefunden hätten, so dass die Antragsgegnerin ihre Bedenken in architektonischer oder städtebaulicher Hinsicht hätte äußern können.

Die Antragstellerin meint, dass unter den Bedingungen aus den Verdingungsunterlagen auch die Beigeladene den Mindestkaufpreis nicht habe einhalten können, so dass zu vermuten sei, dass die Beigeladene die Verdingungsunterlagen abgeändert habe. Sie gehe auch davon aus, dass die Beigeladene die vorgegebene Gesamtverkaufsfläche mit ihrem Angebot überschritten habe, was nicht ohne weitere Sachverständigengutachten zulässig gewesen sei. Sie mutmaßt auch, dass der Beigeladenen ein umfangreiches Rücktrittsrecht zugestanden worden sei. Insgesamt sei somit das Angebot der Beigeladenen auszuschließen. Aber auch das Angebot des dritten, an dieser Vergabe beteiligten, Bieters sei auszuschließen, weil dieser den Kaufvertragsentwurf nicht beigefügt und damit ein unvollständiges Angebot abgegeben hätte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu wiederholen,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen,
3. hilfsweise das Vergabeverfahren aufzuheben und die Antragsgegnerin bei Fortbestand der Vergabeabsicht zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ein neues Vergabeverfahren durchzuführen,

Rechtsposition beeinträchtigt hätten. Sie sei nicht verpflichtet, solche Änderungsvorschläge auch den anderen Bietern bekannt zu geben.

Die Antragsgegnerin meint, dass auch die Vorgabe eines Mindestkaufpreises zum Beispiel aus haushaltsrechtlichen Gründen zur Konkretisierung des Beschaffungsbedarfs zulässig gewesen sei. Im Übrigen sei diese Rüge präkludiert, weil das besagte Verkehrsgutachten aus dem Jahre 2007 beiden Verfahrensbevollmächtigten aus dem Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht bekannt gewesen sei. Die Antragstellerin habe selbst die Kopie dieses Gutachtens mit Schriftsatz vom 24.11.2007 dem Verwaltungsgericht vorgelegt. Zudem sei das Verkehrsgutachten weder kalkulationsrelevant noch sei ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, sein Vermögen unter dem von ihm als angemessen angesehenen Wert zu veräußern. Denn hier ginge es um die Vergabe einer Baukonzession und die Vergabe eines Bauauftrages. Das Verwendungs- und Wirtschaftlichkeitsrisiko dafür liege gerade bei den Bietern und sie müssten sich überlegen, ob der zu zahlende Mindestkaufpreis und die sonstigen Investitionen durch die zu erwartenden Einnahmen sich amortisieren lassen.

Die Antragsgegnerin ist weiterhin der Auffassung, dass sie alle Bieter über etwaige Baugrundrisiken, die weite Teile des Ruhrgebiets betreffen, mit ihrem Schreiben vom 18.12.2008 ausreichend informiert habe. Darüber hinaus sei - da kein Bauauftrag, sondern eine Baukonzession vergeben werden sollte - die konkrete Ermittlung etwaiger Baugrundrisiken nicht erforderlich gewesen. Dies sei nur erforderlich, wenn der öffentliche Auftraggeber selbst bauen will. Es habe auch keine Pflicht zu Altlastenuntersuchungen vor Beginn der Ausschreibung gegeben. Denn derjenige, der den Zuschlag erhält, erwerbe das Grundstück letztlich, um darauf seine eigenen wirtschaftlichen Interessen zu verwirklichen. Insofern sei es völlig branchenunüblich alle denkbaren Altlastenrisiken zuvor gutachterlich ermitteln zu lassen.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Erläuterungen zur Wertungsmatrix versehentlich nicht mit der Aufforderung zur indikativen Angebotsabgabe übersandt wurden, was zufällig festgestellt worden sei. Vor Abgabe des abschließenden Angebots hätten aber alle Bieter diese Seite erhalten.

Die Wertungsmatrix und die Bewertungsmethodik seien ebenfalls nicht zu beanstanden. Eine Vergabestelle sei nicht verpflichtet, ein bis in das letzte Unterkriterien und deren Gewichtung gestaffeltes Wertungssystem aufzustellen. Erst dann, wenn die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, anhand deren das wirtschaftlichste Angebot ermittelt werde, handele es sich um eine unbestimmte Wertungsmatrix und um willkürliche Bewertungsmethoden. Das sei vorliegend nicht der Fall gewesen. Zudem könnten die Bieter anhand der Dokumentation im Vergabevermerk die Wertung der Antragsgegnerin nachvollziehen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass auch kein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vorliege. Der Vorwurf, ein Mitglied der Bewertungskommission habe Informationen zu den Angebotsinhalten in der Öffentlichkeit bekannt gegeben, sei unberechtigt.

Die Antragsgegnerin ist vor dem Hintergrund ihrer Ausführungen deshalb der Auffassung, dass das Angebot der Antragstellerin wegen des Unterschreitens des Mindestkaufpreises, aber auch wegen des mangelhaften Bewertungsergebnisses in Bezug auf einige Unterkriterien zu Recht aus der Wertung ausgeschlossen worden sei. Die

Antragsgegnerin trägt zudem vor, dass sie die Antragstellerin auch in den Verhandlungsrunden nicht vorher habe darauf aufmerksam machen können, weil die Verhandlungen von Vertretern der Stadt geführt worden seien, die nicht selbst Mitglieder des Bewertungsgremiums waren. Dies sei den Bietern auch zuvor mitgeteilt worden.

Abschließend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass es keine Anhaltspunkte für einen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen gibt. Das Angebot erfülle alle zwingenden Vorgaben der Ausschreibung und der Beigeladenen seien im Vergleich zu den anderen Bietern auch keine günstigeren Konditionen eingeräumt worden.

Die Beigeladene hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, weil der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle. Sie könne keinen Schaden geltend machen. Zwar sei das Interesse am Erhalt eines Auftrages weit auszulegen, aber die Antragstellerin wolle nicht die ausgeschriebenen Leistungen erbringen, sondern den Inhalt des Auftrags grundlegend verändert haben. Dann sei der Auftrag, den die Antragstellerin im Auge habe, aber ein anderer als der ausgeschriebene. Aus dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Geschäftsbericht ergebe sich schließlich, dass die Beteiligung der Antragstellerin an der Vergabe nicht dazu diene, im Interesse der bereits ansässigen Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR beide Standorte zu verbinden, sondern das Konzept aus dem Geschäftsbericht stehe im diametralen Widerspruch zur ausgeschriebenen Leistung. Ein großflächiger Lebensmitteleinzelhandelsmarkt solle möglichst in direkter Nachbarschaft verhindert werden. Diesbezüglich sei nicht allein der Inhalt des Angebots entscheidend, sondern abzustellen sei auf den wirklichen Willen des Bieters und der weiche von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung ab. Jedenfalls seien die Umstände hier widersprüchlich.

Die Beigeladene meint weiterhin, dass die Antragstellerin nicht nur von diesem Vergabeverfahren wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen sei, sondern auch bei etwaiger Aufhebung und Neuausschreibung der Vergabe bliebe sie wegen fehlender Eignung ausgeschlossen. Dem stehe nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin die Eignung der Antragstellerin nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs bereits festgestellt habe. Eine Vergabestelle sei vielmehr verpflichtet, erneut in die Eignungsprüfung einzutreten, wenn sich neue Gesichtspunkte ergeben. Vorliegend habe die Antragsgegnerin erst nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs diese Gesichtspunkte in Erfahrung gebracht. Auch die Tatsache, dass die Antragstellerin zunächst ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben habe, ändere daran nichts. Denn die Antragsgegnerin könne nicht sicher sein, dass ihre Planungen tatsächlich umgesetzt werden.

Die Beigeladene meint, dass die Antragsgegnerin ihr Angebot ordnungsgemäß gewertet habe. Eine Bevorzugung im Rahmen des Verhandlungsverfahrens in Bezug auf etwaige Rücktrittsrechte oder bessere Vertragskonditionen durch nachträgliche Verhandlungen über das Angebot, weist die Beigeladene als spekulativ zurück.

Die Beigeladene meint auch, dass die Antragstellerin keinen Anspruch auf Wiederholung der Angebotswertung hat, weil jedenfalls wegen des unterschrittenen Mindestkaufpreises das Angebot der Antragstellerin zwingend ausgeschlossen bleiben müsse. Denn dadurch läge eine Änderung der Verdingungsunterlagen vor, die unzulässig sei.

Soweit die Antragstellerin erstmals in der Antragschrift den Ausschluss von Angeboten beanstandet, die bei bestimmten Unterkriterien mit ungenügend bzw. mangelhaft bewertet werden, sei sie mit diesem Vorbringen jedenfalls präkludiert. Denn dies sei den Bietern in der Anlage 1 zur Wertungsmatrix bereits mitgeteilt worden und hätte somit zeitlich früher gerügt werden können.

Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, so trägt die Beigeladene vor, sei nicht erkennbar. Auch in einem Verhandlungsverfahren sei es nicht erforderlich, gleichlautende bzw. identische Vertragsentwürfe vorzugeben. Vorliegend habe die Antragsgegnerin deutlich darauf hin gewiesen, dass der Vertragsentwurf, den sie zunächst allen Interessenten ausgehändigt hat, Gegenstand der Verhandlungen mit den Bietern sein sollte. Die Formulierungen des Vertrages mussten somit unterschiedlich ausfallen. Entscheidend sei nur, dass keinem Bieter ein Vorteil gewährt werde, den man anderen Bietern vorenthalte.

Die Beigeladene meint weiterhin, dass die Vorgabe eines Mindestkaufpreises vergaberechtlich zulässig sei, und das Verkehrswertgutachten keine Auswirkungen haben könne. Denn es sei Sache der Vergabestelle, den Gegenstand der Beschaffung vorzugeben. Die Vergabeunterlagen seien auch vollständig in Bezug auf die Baugrundrisiken und Altlasten gewesen. Eine Vergabestelle sei nicht verpflichtet, solche Risiken restlos aufzuklären und im Übrigen sei hinsichtlich der Altlastenproblematik eine zusätzliche Vertragsklausel aufgenommen worden.

Zudem hätten die Bieter vor Abgabe der letztverbindlichen Angebote die versehentlich zunächst nicht mitgelieferte Wertungsmatrix von der Antragsgegnerin erhalten, so dass alle Bieter in der Lage waren, auf der Grundlage dieser Matrix ihre letztverbindlichen Angebote zu erstellen. Die Wertungskriterien seien auch hinreichend bestimmt gewesen und auch die Bewertungsmethode sei nachvollziehbar gewesen. Im Übrigen sei das Angebot der Antragstellerin schon vorher wegen des Unterschreitens des Mindestkaufpreises zwingend auszuschließen gewesen, so dass es für die Antragstellerin auf die Wertungsgrundlagen gar nicht mehr ankomme.

Die Beigeladene bestreitet mit Nachdruck, dass sie von dritter Seite Informationen über die Angebote anderer Wettbewerber erhalten habe; ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb sei nicht erkennbar. Sie habe von dem Leserbrief erst durch den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin erfahren.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 26.11.2009 zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 5.2.2010 verlängert. Am 22.1.2010 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 5,1 Mio. €.

Beim öffentlichen Bauauftrag ist zur Feststellung des Auftragswertes der Gesamtwert der Arbeiten zu veranschlagen, der die vom öffentlichen Auftraggeber etwaig gezahlten Geldbeträge und die von Dritten als Gegenleistung für die für ihre Rechnung zu errichteten Bauwerke geleisteten Beträge umfasst. Bei einer öffentlichen Baukonzession ist auf die voraussichtlichen Verwertungseinkünfte abzustellen. Allein die erlös-baren Grundstückspreise, die bei einer Vermarktung der errichteten Bauwerke erfahrungsgemäß in einem nicht näher zu bestimmenden Verhältnis als Rechnungsposten in den von Dritten aufzubringenden Zahlungen aufgehen, erreichen hier nahezu den Schwellenwert. Gebäudeerrichtungskosten, die nach wirtschaftlicher Erfahrung in der Regel den Grundstückserwerbspreis nochmals deutlich übersteigen, sind hinzuzurechnen, so OLG Düsseldorf, 2.10.2008, Verg 25/08.

Daraus folgt, dass bei der Schätzung des Auftragswertes zunächst der von der Antragsgegnerin verlangte Grundstückspreis (Mindestkaufpreis) in Höhe von 4,8 Mio. € einzustellen ist. Dann sind die voraussichtlichen Baukosten für die Errichtung des Objektes einzustellen, weil davon auszugehen ist, dass es sich ebenfalls um Kosten handelt, die der Bieter in seine Kalkulation zum Erhalt des Auftrages einstellen muss. Geht man von einer Verkaufsfläche von 6700 m² aus und multipliziert diese mit 1000 €, was den üblichen Kosten für die Erstellung eines m² im unteren Bereich entspricht, dann würden somit 6,7 Mio. € aufzuwenden sein. Insgesamt müsste ein Bieter somit mindestens 11,5 Mio. € aufwenden, bevor er das geplante Objekt verwerten kann.

Die Kammer geht vorliegend von einem Auftragswert für die Gesamtbaumaßnahme in Höhe von 10 Mio. € aus, was dem unteren Bereich der Schätzungen entspricht.

III.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, weil die Antragstellerin nicht antragsbefugt ist.

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 von Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

1. Antragsteller eines Nachprüfungsantrages kann nur der potentielle Auftragnehmer sein. Sonstige, insbesondere lediglich mittelbar am Auftrag interessierte Unternehmen, zum Beispiel Subunternehmer, Planer, Projektentwickler oder Berater, aber auch einzelne Mitglieder einer Bietergemeinschaft sind kraft eigenen Rechts nicht antragsbefugt. Demnach kann einen Nachprüfungsantrag mit Erfolg nur stellen, wer darlegt, sich bei ordnungsgemäßer Vergabe um den fraglichen Auftrag beworben zu haben und willens gewesen zu sein, die jeweils einzugehenden Verträge im eige-

nen Namen mit dem öffentlichen Auftraggeber abzuschließen, so OLG Düsseldorf, 29.10.2008, Verg 35/08.

Nach dem vorgelegten Geschäftsbericht der Sxxxxxxxxx GbR ist die Antragstellerin nicht willens gewesen, eine solche vertragliche Verpflichtung tatsächlich einzugehen.

a) Die Antragstellerin gehört nach eigenem Vortrag zur HxxxxUnternehmensgruppe. Ausweislich ihres Teilnahmeantrags vom 11.8.2008 legte sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzen und Umsatzzahlen ihrer Alleingesellschafterin, und zwar der Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH vor. Sie verweist auf diese Gesellschaft als Nachunternehmerin, auf deren Mittel und Know-how sie gemäß der beigefügten Verfügbarkeitserklärung im Falle des Zuschlags ohne weiteres zugreifen könnte.

Die Antragstellerin bestreitet auch im Verfahren den Zusammenhang mit der Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR und der Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH nicht, sondern verweist auf Gespräche, die man miteinander geführt habe. Bereits in der Antragsschrift führte die Antragstellerin aus, dass im April 2009 ein Gespräch zwischen Mitarbeitern der Antragstellerin und Vertretern der Sxxxxxxxxx GbR stattgefunden habe, um die aktuellen Vorstellungen zur Bebauung des Kirmesplatzes zu präsentieren. Solche Gespräche sind nur sinnvoll, wenn man ein abgestimmtes Vorgehen geplant, egal ob man gesellschaftsrechtlich oder vertraglich miteinander verbunden ist.

Weiterhin ergibt sich auch aus dem Geschäftsbericht, dass sowohl die Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH als auch die Antragstellerin zur Abwehr des Konkurrenzobjektes von der Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR eingeschaltet wurden. Dort heißt es wörtlich, dass die Geschäftsführung (der Sxxxxxxxxx GbR) mit der Hxxx Gruppe vereinbart habe, die Projektgesellschaft Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH zu gründen und an der Ausschreibung teilnehmen zu lassen. Diese Projektgesellschaft ist auch von der SxxxxxxxxxxxxR mit Finanzmitteln ausgestattet worden. Dabei handelt es sich um die Antragstellerin.

Ausgehend von den Gesamtumständen sind alle drei Unternehmen miteinander geschäftlich verbunden, wobei zunächst dahin gestellt bleibt, welche konkreten Interessen welche Gesellschaft verfolgt. Entscheidend ist, dass entgegen dem Vortrag der Antragstellerin auch sie selbst im Geschäftsbericht genannt ist und sie auch im Vergabeverfahren mit der Sxxxxxxxxx GbR Gespräche geführt hat. Damit hat der Geschäftsbericht auch Relevanz für die Antragstellerin und kann auch ihr - und nicht nur der Sxxxxxxxxx GbR- entgegen gehalten werden.

b) Dem steht auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin als eine Projektgesellschaft gegründet wurde, die autonom und weisungsfrei von der Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR agieren sollte.

Es kommt weder auf eine gesellschaftsrechtliche noch auf eine andere vertragliche Einflussnahme durch die Sxxxxxxxxx GbR an, sondern entscheidend sind die sich aus dem Geschäftsbericht ergebenden Verbindungen zwischen den Gesellschaften. Wie bereits ausgeführt, besteht kein Zweifel daran, dass die Antragstellerin, die sich auf die Eignung der hinter ihr stehenden Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH beruft, die

verfolgt mit ihrer Ausschreibung das bauplanungsrechtliche Ziel, dort in naher Zukunft einen großflächigen Lebensmitteleinzelhandel entstehen zu lassen.

Diese Vorgaben der Antragsgegnerin will die Antragstellerin aber nach dem Inhalt des Geschäftsberichts nicht verwirklichen. Dies steht zur Überzeugung der Kammer fest, weil die Aussage im Geschäftsbericht – Verhinderung von großflächigem Lebensmitteleinzelhandel – diametral im Widerspruch zu den bereits in der Bekanntmachung genannten Vorgaben der Antragsgegnerin steht.

f) Demgegenüber kommt es nicht darauf an, dass an der Darlegung eines Interesses am Auftrag in einem Nachprüfungsverfahren keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Damit soll den Bietern auch in einem Nachprüfungsverfahren möglichst umfassend Rechtsschutz ermöglicht werden, so wie dies auch in anderen gerichtlichen Verfahren der Fall ist. Deshalb genügt es in der Regel, wenn der Bieter sich mit einem Angebot an der Vergabe beteiligt hat.

Vorliegend können aber allein aus diesem Umstand keine Rückschlüsse zugunsten der Antragstellerin gezogen werden. Denn die Beteiligung an der Vergabe durch die Antragstellerin sollte ausweislich des Geschäftsberichts erfolgen, um sich den Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren offen zu halten. Insofern musste die Antragstellerin am Teilnahmewettbewerb teilnehmen und anschließend auch Angebote vorlegen; nur so konnte sie sicher sein, dass sie im Verfahren Rechte geltend machen konnte.

Die Fertigung von Angeboten und die Teilnahme an der Vergabe mögen zwar aufwendig gewesen sein, wobei allerdings der Aufwand vor dem Hintergrund des Betrages gering erscheint, den die Sxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GbR als finanzielle Einbuße befürchtet, wenn die Ansiedlung nicht verhindert wird. Daraus kann vorliegend aber nicht geschlossen werden, dass die Antragstellerin ernsthaft die Planungen der Antragsgegnerin verwirklichen wollte. Denn der erklärte Wille der Antragstellerin und der hinter ihr stehenden Gesellschaften war ein anderer. Der von der Antragstellerin insgesamt betriebene Aufwand in diesem Vergabeverfahren ist somit im Lichte dieser Zielsetzungen einzuordnen und rechtfertigt mithin nicht die Annahme eines – wenn auch weiten- Interesses am ausgeschriebenen Auftrag.

Im Ergebnis war es somit nicht der wirkliche Wille der Antragstellerin, das Projekt so zu verwirklichen, wie die Antragsgegnerin es haben möchte, so dass der Antragstellerin mithin ihre Antragsbefugnis aus § 107 Abs. 2 GWB fehlt. Der Nachprüfungsantrag ist aus diesem Grunde als unzulässig zurückzuweisen.

2. Der Ausschluss der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren basierte vorliegend nicht auf diesen Umständen, sondern die Antragsgegnerin hatte in ihrer Vorabinformation vom 13.11.2009 diverse andere Ausschlussgründe mitgeteilt. Beispielsweise hat sie mitgeteilt, dass das Angebot auszuschließen sei, weil die Vorgabe Mindestkaufpreis nicht eingehalten bzw. das Planungskonzept teilweise als mangelhaft bewertet wurde.

a) Die Antragsgegnerin hat bei der Wertung der Angebote offensichtlich die Umstände aus dem Geschäftsbericht nicht herangezogen. Die Antragsgegnerin führte dazu in der mündlichen Verhandlung aus, dass man den Geschäftsbericht nicht mit

der Zuverlässigkeit und Eignung der Antragstellerin in Zusammenhang gebracht habe. Deshalb habe man auch die Eignungsbeurteilung nicht wieder aufgenommen.

Dies kann aus der Sicht der Kammer dahingestellt bleiben. Denn alle Umstände, die die Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer betreffen, wie die Höhe des Schwellenwertes oder die Antragsbefugnis sind von Amts wegen von der Kammer zu prüfen und festzustellen, unabhängig davon, ob die Antragsgegnerin diese selbst bei der Wertung berücksichtigt hat. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin jedenfalls im Nachprüfungsverfahren diese Gründe für den Ausschluss der Antragstellerin selbst vorgetragen und sich zu eigen gemacht.

b) Eine Vergabestelle ist auch nicht verpflichtet, sämtliche Gründe für den Ausschluss eines Angebots den Bietern von vornherein mitzuteilen. Vielmehr reichte es nach § 13 VgV aus, wenn ein Grund mitgeteilt wurde. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Vergabestelle im Falle eines Nachprüfungsverfahrens nicht wieder auf Gründe zurückkommen kann, die zuvor schon ersichtlich bzw. ihr bekannt waren, die aber möglicherweise nicht für den Ausschluss des Angebots herangezogen wurden.

Eine Vergabestelle ist, wenn sie die Eignung zulässigerweise bejaht hat, grundsätzlich daran gebunden. Allerdings ist die Vergabestelle nach Treu und Glauben im Allgemeinen nicht gehindert, im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens von ihrer ursprünglichen Beurteilung hinsichtlich der Eignung der Bieter abzurücken. Allerdings ist das nur möglich, wenn sich die Sachlage, also der tatsächliche Lebenssachverhalt, aufgrund neu auftretender Umstände verändert hat. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass der Auftraggeber nicht gehalten werden kann, den Zuschlag auf das Angebot eines Bieters zu erteilen, der im Laufe des Vergabeverfahrens leistungsunfähig geworden ist, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, 28.5.2003, Verg 16/03; OLG Düsseldorf, 4.12.2002, Verg 45/01.

Der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb ist auch Teil des Gesamtvergabeverfahrens und nicht etwa ein in sich abgeschlossener Verfahrensabschnitt, der nach Abgabe der Angebote nicht wieder aufgenommen werden könnte. Die Prüfung der Eignung findet grundsätzlich im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs statt. Nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe können aber noch neue oder jedenfalls erst später bekanntgewordene Umstände, die Zweifel an der Eignung des Bieters begründen, berücksichtigt werden, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 10.9.2009, Verg 12/09.

c) Einem öffentlichen Auftraggeber ist hingegen nicht vorzuschreiben, zu welchem Zeitpunkt er Zweifel an der (materiellen) Eignung eines Bieters nachgeht und wie intensiv er die Umstände aufklärt, und ob er diese Erkenntnisse gleich in die Wertung einfließen lässt. Denn im Bereich der materiellen Eignungsprüfung steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu. Neue Umstände in Bezug auf die Eignung eines Bieters müssen somit nicht zwingend und unmittelbar zu einer anderen Beurteilung führen, sondern hier kommt es auch auf den Umfang sowie die Nachhaltigkeit und Beweisbarkeit dieser neuen Erkenntnisse an. Ein öffentlicher Auftraggeber kann jedenfalls bis zur Zuschlagserteilung solche neuen Erkenntnisse berücksichtigen und diese auch noch in einem Nachprüfungsverfahren vortragen.

Das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers ist möglicherweise dann als treuwidrig anzusehen, wenn das Angebot des betroffenen Bieters nicht aus anderen Gründen

ausgeschlossen wird, sondern es allein auf diese Bewertung der neuen Erkenntnisse ankommen würde. Dann könnte man annehmen, dass sich die Vergabestelle einen solchen Ausschluss des Angebots in der Hinterhand hält, um letztlich den „nicht gewollten“ Bieter ausschließen zu können.

Vorliegend hatte die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin aber bereits aus anderen Gründen zwingend ausgeschlossen. An diesem Ausschlussgrund hält die Antragsgegnerin auch weiterhin fest. Dass es darüber hinaus noch den Grund der fehlenden „Eignung“ gab, ändert an diesem Ergebnis nichts.

3. Auf die Angebote der anderen Bieter oder auf vermeintliche Vergaberechtsfehler der Antragsgegnerin bei der Durchführung der Ausschreibung kommt es vorliegend nicht mehr an. Denn die Antragstellerin hat mit dem Ausgang der Vergabe nichts mehr zu tun.

a) Der Ausschluss eines Antragstellers, der kein ordnungsgemäßes Angebot vorgelegt hat, weil ihm beispielsweise die Eignung fehlt, kann dann problematisch sein, wenn die anderen an der Ausschreibung beteiligten Bieter, insbesondere auch derjenige Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, ebenfalls keine ordnungsgemäßen Angebote vorgelegt haben. Weiterhin ist in den Fällen, in denen die Ordnungsgemäßheit der Ausschreibung an sich im Streit steht, ebenfalls die fehlende Antragsbefugnis in einem Nachprüfungsverfahren unerheblich, insgesamt dazu OLG Düsseldorf, 15.12.2004, Verg 47/04; OLG Düsseldorf, 24.3.2004, Verg 7/04.

Wenn somit die Angebote der anderen Bieter an vergleichbaren Mängeln leiden, wobei zunächst dahingestellt bleibt, was vergleichbare Mängel sind, dann kann nicht nur das Angebot des Antragstellers aus der Wertung genommen werden, sondern dann ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, das Angebot des in der Wertung verbliebenen Bieters oder alle anderen tatsächlich in der Wertung verbliebenen Bieter aus Gründen der Gleichbehandlung ebenfalls aus der Wertung zu nehmen, so auch BGH, Beschluss vom 26.9.2006, X ZB 14/06.

Ein solcher Bieter kann verlangen, dass eine Auftragsvergabe in dem eingeleiteten Vergabeverfahren unterbleibt. In diesen Fällen, so der BGH, drohe dem Bieter ein Schaden, weil er sich an einer neuen Ausschreibung mit einem neuen konkurrenzfähigen Angebot beteiligen könnte und damit reelle Chancen auf Erhalt des Auftrages habe. Dabei kann es dahin stehen, ob der Ausschluss eines Angebots im Rahmen der Zulässigkeit (fehlende Antragsbefugnis) oder im Rahmen der Begründetheit erfolgt.

b) Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen könnte es darauf ankommen, auch die anderen noch in der Wertung verbliebenen Angebote zu überprüfen. Wenn auch diese Bieter bestimmte Vorgaben aus den Verdingungsunterlagen nicht eingehalten hätten, wie beispielsweise die Einhaltung der Gesamtverkaufsfläche, die vorgegeben war, dann müssten auch diese Angebote ausgeschlossen werden.

Weiterhin wäre zu prüfen, ob die Auffassungen der Antragstellerin zur Vorgabe des Mindestkaufpreises oder zur vermeintlichen Unvollständigkeit der Vergabeunterlagen in Bezug auf den Baugrund oder die Altlastenproblematik zutreffen würden. Beispielsweise ist auch die Vorgabe der Antragsgegnerin, bei den Unterkriterien zum Zuschlagskriterium „Architektonische und städtebauliche Qualität des Planungskon-

zepts“, eine nicht ausreichende Bewertung zu einem zwingenden Ausschlusskriterium zu machen, vergaberechtlich äußerst zweifelhaft.

c) Die fehlende Antragsbefugnis der Antragstellerin basiert aber auf Umstände, die außerhalb dieses Vergabeverfahrens liegen. Sie hat auch dann, wenn den anderen Bietern gleichartige Mängel nachgewiesen werden könnten oder die Ausschreibung an anderen gravierenden Vergabefehlern leiden würde, keine reelle Chance auf Erhalt des Auftrages. Denn auch im Falle einer Wiederholung der Ausschreibung oder der Wertung würden die jetzt vorliegenden Umstände in Bezug auf die Antragstellerin erneut ihren Ausschluss von der Vergabe rechtfertigen. Weder die Ordnungsgemäßheit der Ausschreibung noch die Ordnungsgemäßheit der Angebote der anderen Bieter haben irgendwelche Auswirkungen auf die Rechtsposition der Antragstellerin. Insofern kommt es nicht mehr darauf an, das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich der Begründetheit des Nachprüfungsantrages zu überprüfen.

4. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist sie aber an die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB trotz der Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 17.11.2009 gebunden und die verbleibenden Bieter haben einen Anspruch darauf, dass das begonnene Vergabeverfahren unabhängig von einer Entscheidung des EuGH zu Ende geführt wird.

Das OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 26.7.2002, Verg 22/02, hat wiederholt entschieden, dass auch dann, wenn eine Pflicht zur Ausschreibung nicht bestehen sollte (im konkreten Fall ging es um § 15 Abs. 2 AEG), die Vergabestellen eine einmal begonnene Ausschreibung nach den Regeln des GWB fortzusetzen haben. Wenn der öffentliche Auftraggeber die in Rede stehenden Leistungen einmal ausgeschrieben hat, dann unterliegen sie den Bestimmungen des Vergaberechts. Denn ihr Ermessen hat die Antragsgegnerin hier dahingehend ausgeübt, dass sie die Ausschreibung der Bauverpflichtungen nach den Bestimmungen des Vergaberechts begonnen hat. Davon kann sie nicht einfach im Laufe der Vergabe einseitig wieder abrücken, auch wenn sich die Auffassung in der Rechtsprechung ändern sollte.

Im Ergebnis ist somit der Antrag auf Nachprüfung als unzulässig zurückzuweisen.

IV.

1. Die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer sind gemäß § 128 Abs. 1 und 3 GWB von der unterlegenen Antragstellerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB von einem Auftragsvolumen von ca. 10 Mio. € ausgeht. Nach der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder ist somit eine Gebühr in Höhe von xxxx € festzusetzen.

2. Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachtechnische Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte.

Die Antragstellerin hat als unterlegende Partei die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu tra-

gen. Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sind auch die Aufwendungen der Beigeladenen der Antragstellerin aufzuerlegen, weil dies aufgrund der Umstände hier der Billigkeit entspricht. Denn die Beigeladene musste sich auf dieses Verfahren einstellen und umfangreich vortragen, warum ihr Angebot nicht auszuschließen ist.

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