

# **Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht**

**Konsequenzen aus der  
Rechtsprechung des OLG  
Düsseldorf in den Verfahren**

**„Flugplatz Ahlhorn“  
„Wuppertal“  
„Oer-Erkenschwick“**

**Februar 2008**

## **Autorinnen und Autoren:**

Barbara Meißner

Hauptreferentin, Städtetag NRW

Stephan Keller

Beigeordneter, Städte- und Gemeindebund NRW

Regina Öynhausen

Rechtsanwältin, Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner, Köln

Dr. Stefan Hertwig

Rechtsanwalt, Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner, Köln

Unter Mitwirkung von:

Michael Becker, Städte- und Gemeindebund NRW

Brigitta Brakmann, Stadt Ratingen

Xenia Honrath, Stadt Köln

Martin Krämer, Stadt Bonn

Jörg-Detlev Michaelis, Stadt Köln

Georg Mittmann, Stadt Monheim

Eva Maria Niemeyer, Städtetag NRW

Alfred Rollnik, Stadt Köln

Frank Rump, Stadt Rheinberg

Reiner Surmann, Kreisstadt Mettmann

Günter Thiele, Stadt Paderborn

Dr. Sebastian Veelken, Stadt Düsseldorf

Dr. Christian von Kraack, Städtetag NRW

Kerstin Wulff-Woesten, Stadt Erkrath

## Vorwort

Wieder einmal sorgt das Vergaberecht dafür, dass eine bewährte Praxis der kommunalen Aufgabenerledigung in Frage gestellt wird. Nachdem bereits die Aufgabenwahrnehmung durch gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften dem Vergaberecht unterworfen wurde und inzwischen weite Teile der interkommunalen Zusammenarbeit vom Vergaberechtsregime erfasst werden, steht seit 2007 die Praxis des kooperativen Städtebaus und der Stadtentwicklung im Focus einer vergaberechtlichen Diskussion.

Auslöser für diese Diskussion war im Nachgang zu einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 18.01.2007 eine Reihe von Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf. In diesen Entscheidungen kommt das Oberlandesgericht Düsseldorf zu dem Ergebnis, dass Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand in bestimmten Konstellationen als öffentliche Bauaufträge im Sinne des Vergaberechts einzustufen sind.

Die neue Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf berührt Kernbereiche der kommunalen Planungshoheit und stellt bau- und planungsrechtliche Verfahrensweisen in Frage, die sich in der Praxis bewährt haben und die der Bundesgesetzgeber in den letzten beiden Jahrzehnten auf eine sichere gesetzliche Grundlage gestellt hatte. Sie hat vor diesem Hintergrund nicht nur die Städte und Gemeinden, sondern auch private Investoren und Projektentwickler zutiefst verunsichert. Die Reichweite dieser Entscheidungen ist über die entschiedenen Fälle hinaus noch nicht in allen Einzelheiten absehbar.

Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat daher in den vergangenen Monaten vielerorts zu einer Zwangspause für die Stadtentwicklung geführt. Laufende Projekte wurden unterbrochen, neue nur zögerlich in Angriff genommen. Bereits abgeschlossene Projekte sehen sich mit dem Verdikt konfrontiert, vergaberechtswidrig zustande gekommen zu sein. Praktiker in der Stadtentwicklung sprechen von einem echten Investitionshindernis.

Unabhängig von offenen rechtsdogmatischen Fragen halten es der Städtetag NRW und der Städte- und Gemeindebund NRW aufgrund der großen Schwierigkeiten für die praktische Handhabung von Grundstücksgeschäften und Stadtentwicklungsprojekten für rechtspolitisch geboten, die jetzt eingetretene Rechtsentwicklung zu korrigieren. Sie unterstützen ausdrücklich das diesbezügliche Bemühen der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände.

Das Bemühen um eine Korrektur ist allerdings nur eine Seite der Medaille. Die andere soll ein Beitrag zur Beendigung der derzeitigen Zwangspause in der Stadtentwicklung sein. Diesem Ziel dient die vorliegende Arbeitshilfe. Sie dient nicht einer rechtspolitischen oder rechtsdogmatischen Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Vor dem Hintergrund, dass die neue Rechtsprechung trotz aller Kritik von den Städten und Gemeinden zu beachten ist, unternimmt die Arbeitshilfe den Versuch, erste Antworten auf die drängenden Fragen für die kommunale Praxis zu geben. Dabei verkennen wir nicht, dass wir uns vielen Problemen nur annähern können, ohne abschließende Lösungen zu präsentieren. In diesem Sinne hoffen wir, dass die Arbeitshilfe dazu beiträgt, entstandene Unsicherheiten zu überwinden und den Prozess der Stadtentwicklung vor Ort wieder in Gang zu setzen.



Dr. Stephan Articus  
Geschäftsführendes  
Vorstandsmitglied  
Städtetag NRW



Dr. Bernd Schneider  
Hauptgeschäftsführer  
Städte-und Gemeindebund NRW

# Inhaltsverzeichnis

<b>I. EINFÜHRUNG</b> .....	<b>8</b>
1. RECHTSPRECHUNG DES EUGH: RECHTSACHE „ROANNE“ VOM 18.01.2007 (Rs. C-220/05)	8
2. RECHTSPRECHUNG DES OLG DÜSSELDORF .....	10
2.1 BESCHLUSS VOM 13.06.2007 „FLUGPLATZ- AHLHORN“( Az. VII-VERG 2/07).....	10
2.2 BESCHLUSS VOM 12.12.2007 „STADT WUPPERTAL“ (Az. VII-VERG 30/07).....	11
2.3 BESCHLUSS VOM 30.01.2008 „STADT OER-ERKENSCHWICK“( Az.VII-VERG 37/07).....	13
2.4 FAZIT DER BISHERIGEN ENTSCHEIDUNGEN .....	14
<b>III. ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN DER ANWENDUNG DES VERGABERECHTS</b> .....	<b>16</b>
1. ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER.....	16
2.1 VERTRAG MIT EINEM UNTERNEHMEN .....	17
2.2 ENTGELTLICHKEIT .....	17
2.3 ÖFFENTLICHER BAUAUFTRAG GEM. § 99 ABS. 3 GWB.....	18
2.4 INHOUSE-GESCHÄFTE .....	19
3. SCHWELLENWERT .....	19
3.1 ANWENDUNG DES VERGABERECHTS UNTERHALB DER SCHWELLENWERTE.....	19
3.2 ANWENDUNG DES VERGABERECHTS OBERHALB DER SCHWELLENWERTE .....	19
3.2.1 <i>Schwellenwertberechnung bei naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen.</i>	20
3.2.2 <i>Schwellenwertberechnung bei Vorgaben nur hinsichtlich der Erschließung.</i> .....	21
<b>IV. FALLGRUPPEN UND DEREN VERGABERECHTLICHE RELEVANZ</b> .....	<b>22</b>
1. VERKAUF UNBEBAUTER GRUNDSTÜCKE OHNE BAUVERPFLICHTUNG .....	22
2. VERKAUF UNBEBAUTER GRUNDSTÜCKE MIT EINER NICHT QUALIFIZIERTEN BAUVERPFLICHTUNG (GEWERBE) .....	22
3. VERKAUF UNBEBAUTER GRUNDSTÜCKE MIT EINER NICHT QUALIFIZIERTEN BAUVERPFLICHTUNG (WOHNBEBAUUNG).....	24
4. VERKAUF UNBEBAUTER GRUNDSTÜCKE MIT QUALIFIZIERTEN BAUVERPFLICHTUNGEN.....	24
5. VERKAUF UNBEBAUTER GRUNDSTÜCKE MIT FAKTISCHEM BAUZWANG .....	25
6. VERKAUF EINES UNBEBAUTEN GRUNDSTÜCKES MIT VORHABENBEZOGENEM BEBAUUNGSPLAN UND DURCHFÜHRUNGSVERTRAG GEM. § 12 BAUGB .....	26
7. VERKAUF EINES GRUNDSTÜCKS I. V. M. STÄDTEBAULICHEN VERTRÄGEN I. S. V § 11 BAUGB .....	26
8. VORHABENBEZOGENE BEBAUUNGSPLÄNE AUF GRUNDSTÜCKEN DES PRIVATEN INVESTORS	27
9. EINBEZIEHUNG PRIVATER TEILGRUNDSTÜCKE .....	28
10. PROJEKTREALISIERUNG AUF GRUNDSTÜCKEN PRIVATER DRITTER .....	30
12. VERKAUF BEBAUTER GRUNDSTÜCKE MIT UMNUTZUNGSVERPFLICHTUNG.....	31

<b>13. PROBLEME BEI ERSCHLIEßUNGSVERTRÄGEN.....</b>	<b>31</b>
13.1 VERKAUF MIT ERSCHLIEßUNGSPFLICHTEN .....	32
13.2 ERSCHLIEßUNGSVERTRÄGE OHNE VERBUNDENE GRUNDSTÜCKSVKÄUFE.....	33
<b>V. VERFAHRENSFRAGEN BEI DER VERGABE EINER BAUKONZESSION.....</b>	<b>35</b>
1. REGELUNG DES § 32A VOB/A.....	35
2. HERSTELLUNG DER SOG. VERGABEREIFE I. S. D. §16 VOB/A .....	35
3. VERGABEARTEN.....	36
3.1 OFFENES VERFAHREN .....	36
3.2 NICHTOFFENES VERFAHREN.....	36
3.3 VERHANDLUNGSVERFAHREN .....	36
3.4 WETTBEWERBLICHER DIALOG.....	37
3.5 ZUSAMMENFASSENDER BEWERTUNG.....	38
3.5.1 <i>Offenes Verfahren</i> .....	38
3.5.2 <i>Nichtoffenes Verfahren</i> .....	38
3.5.3 <i>Verhandlungsverfahren</i> .....	38
3.5.4 <i>Wettbewerblicher Dialog</i> .....	39
4. BEKANNTMACHUNG .....	39
4.1 ZUSCHLAGSKRITERIEN .....	39
4.2 WERTUNGSKRITERIEN.....	40
5. VERGABEUNTERLAGEN .....	40
6. BEWERBUNGSFRIST.....	40
7. ANGEBOTSFRIST .....	40
8. ZUSCHLAG .....	40
9. AUFHEBUNG DER AUSSCHREIBUNG .....	41
10. KONSEQUENZEN VON VERSTÖßEN GEGEN DAS VERGABERECHT .....	41
10.1 KEIN EUROPAAWEITES VERGABEVERFAHREN DURCHGEFÜHRT.....	41
10.2 VERSTÖßE IM VERGABEVERFAHREN GEGEN DAS VERGABERECHT .....	43
10.2.1 <i>Anspruch auf Ersatz nutzloser Aufwendungen (sog. negatives Interesse)</i> .....	43
10.2.2 <i>Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns (sog. positives Interesse)</i> .....	43
<b>VI. BEISPIELSFALL FÜR EIN INVESTORENAUSWAHLVERFAHREN.....</b>	<b>44</b>
1. SACHVERHALT.....	44
2.1 INTERNE VORBEREITUNG DER AUSSCHREIBUNG (BEKANNTMACHUNGSPHASE).....	45
2.1.1 <i>Herstellung der „Vergabereife“</i> .....	45
2.1.2 <i>Wahl der Vergabeart</i> .....	45
2.1.3 <i>Festlegung der Eignungskriterien</i> .....	46
2.1.4 <i>Festlegung der Wertungskriterien</i> .....	47
2.1.5 <i>Bekanntmachung</i> .....	48
3. ANGEBOTSPHASE .....	50
3.1 AUSWAHL DER TEILNAHMEANTRÄGE .....	50

3.2	AUFFORDERUNG ZUR ANGEBOTSSABGABE .....	51
3.3	BEHANDLUNG VON RÜGEN UND RÜCKFRAGEN.....	56
3.4	VORLÄUFIGE WERTUNG DER INDIKATIVEN ANGEBOTE.....	56
3.5	SCHLUSSVERHANDLUNGEN UND LETZTVERBINDLICHE ANGEBOTE.....	57
4.	WERTUNGSPHASE.....	58
4.1	VERGABEVORSCHLAG DER VERWALTUNG .....	58
4.2	ENTSCHEIDUNG DES RATES.....	58
4.3	VORINFORMATION .....	58
4.4	ZUSCHLAG .....	58
5.	ALTERNATIVE VERFAHRENSABLÄUFE.....	59
5.1	AUFHEBUNG .....	59
5.2	NICHTOFFENES VERFAHREN.....	60
5.3	WETTBEWERBLICHER DIALOG.....	60
<b>VII.</b>	<b>ANHANG .....</b>	<b>61</b>

# I. Einführung

Ausgelöst durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf für die kommunale Praxis überraschend den Verkauf kommunaler Grundstücke unter bestimmten Voraussetzungen als ausschreibungspflichtig angesehen. Die Rechtsprechung vollzieht damit eine Kehrtwende, die mit erheblichen Einschränkungen kommunaler Handlungsspielräume verbunden ist.

Die bislang herrschende Auffassung ging davon aus, dass Investorenwettbewerbe, in deren Rahmen sich Unternehmen um den Erwerb eines Grundstücks und die Errichtung einer nach städtebaulichen Gesichtspunkten vom öffentlichen Auftraggeber vorgegebenen Immobilie bemühen, regelmäßig keine auf Beschaffung gerichteten Verträge darstellen. Eine Ausnahme sollte nur für den Fall gelten, dass das zu errichtende Objekt vom öffentlichen Auftraggeber selbst genutzt wird. Nach den nunmehr vorliegenden Entscheidungen ist in allen Fällen zu überprüfen, ob ein öffentlicher Bauauftrag i. S. d. § 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorliegt, der grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des Vergaberechtes fällt.

Die Entscheidungen haben in der kommunalen Praxis zu großer Unsicherheit im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Vergaberechtes beim Verkauf kommunaler Grundstücke geführt. Die vorliegende Arbeitshilfe soll neben einer Darstellung der aktuellen Rechtsprechung ( II und III.) auch die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fallgestaltungen kommunaler Grundstücksgeschäfte im Hinblick auf ihre vergaberechtliche Relevanz nach der neuen Rechtsprechung erörtern ( IV.). Anschließend werden wichtige Verfahrensfragen bei der Vergabe einer Baukonzession im Rahmen kommunaler Grundstücksgeschäfte (V.) dargestellt und insbesondere die wichtigsten Verfahrensschritte erläutert. Den Abschluss bildet die Darstellung eines Praxisbeispiels einer Ausschreibung eines kommunalen Grundstücksverkaufs (VI.).

## II. Die aktuelle Rechtsprechung

### 1. Rechtsprechung des EuGH: Rechtsache „Roanne“ vom 18.01.2007 (Rs. C-220/05)

Dem Urteil des EuGH vom 18.01.2007 lag eine so genannte Raumordnungsvereinbarung nach französischem Städtebaurecht zugrunde. In dieser Vereinbarung beauftragte die französische Kommune Roanne eine gemischt-wirtschaftliche Stadtentwicklungsgesellschaft mit der Entwicklung des örtlichen Bahnhofsviertels durch die Errichtung eines Freizeitzentrums mit einem Multiplexkino, Geschäftsräumen, einem öffentlichen Parkplatz, Zugangswegen und öffentlichen Plätzen. Die Errichtung weiterer Geschäftsräume und eines Hotels wurde für einen späteren Zeitraum in Aussicht genommen. Die beauftragte Gesellschaft sollte die erforderlichen Grundstückskäufe tätigen, die Finanzierung organisieren, die notwendige Planung vornehmen bzw. die Auswahl von Planungsbüros organisieren und die Bauarbeiten durchführen lassen.

Die Beauftragung dieser Gesellschaft wurde von einer Minderheit im Rat der Stadt Roanne für einen ausschreibungspflichtigen Vorgang gehalten. Sie beantragte daher beim zuständigen Gericht die Überprüfung des entsprechenden Ratsbeschlusses.



Das französische Gericht ersuchte den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EGV um die Feststellung, ob es sich bei der Beauftragung der Gesellschaft um die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages handele, der dem Vergaberecht unterfalle.

Auf der Basis des Begriffs des öffentlichen Bauauftrages gemäß der Richtlinie 93/37 EWG in der durch die Richtlinie 97/52 EG geänderten Fassung kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass ein öffentlicher Bauauftrag vorliege. Danach ist ein öffentlicher Bauauftrag ein schriftlicher, entgeltlicher Vertrag zwischen einem Unternehmen und einem öffentlichen Auftraggeber über die Planung und/oder die Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks oder die Erbringung von Bauleistungen durch einen Dritten, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen. Die beauftragte Stadtentwicklungsgesellschaft war nach Auffassung des EuGH Unternehmerin im Sinne dieser Richtlinie und wurde von der Stadt Roanne auch auf der Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung beauftragt.

Die Tatsache, dass der Vertrag mit der Gesellschaft auch Dienstleistungselemente vorsah, hinderte den EuGH nicht daran, die Vereinbarung als Bauauftrag einzustufen. Der EuGH stellte insoweit auf seine bereits bekannte Rechtsprechung ab, dass bei Verträgen, die zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrages und Elemente eines öffentlichen Auftrages anderer Art aufweisen, der Hauptgegenstand des Vertrages maßgeblich sei (EuGH, Urteil vom 19.04.1994, Rechtssache C – 331/92). Den Hauptgegenstand des Vertrages sah der EuGH vorliegend in der Errichtung der geplanten Bauwerke, und zwar unabhängig davon, ob die beauftragte Gesellschaft die Bauleistungen selbst ausführte oder durch Subunternehmer ausführen ließ. Die Frage, ob ein Bauwerk Gegenstand des Vertrages sei, sei im Übrigen im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen und technischen Funktion des Ergebnisses der ausgeführten Arbeiten zu beurteilen. Kern der Vereinbarung sei die Errichtung eines Freizeitzentrums, das wirtschaftlichen Tätigkeiten und Dienstleistungen offen stehen solle. Daraus folgert der EuGH, dass die Vereinbarung eine wirtschaftliche Funktion erfüllte. Dieses Freizeitzentrum sei auch nach den von der Stadt Roanne genannten Erfordernissen zu errichten gewesen. Dies ergebe sich daraus, dass aus mehreren Punkten der Vereinbarung hervorgehe, dass die Stadt Roanne durch die Verwirklichung des Freizeitzentrums in seiner Gesamtheit versuche, ihr Bahnhofsviertel aufzuwerten und zu beleben.

Schließlich handele es sich auch um eine entgeltliche Vereinbarung. Die beauftragte Stadtentwicklungsgesellschaft erhalte für ihre Arbeiten eine Gegenleistung. Diese bestehe zum einen in einem Geldbetrag, den die Stadt Roanne als Gegenleistung für die Überlassung des errichteten Parkplatzes zahle, und darüber hinaus in dem Finanzierungsanteil, zu dem sich die Stadt verpflichtet habe. Schließlich bestehe die Gegenleistung zusätzlich in dem Recht, die Einnahmen aus der Veräußerung eines Teils der errichteten Bauwerke an Dritte zu behalten. Alle drei Finanzierungselemente müssten im Übrigen für die Bestimmung des Wertes des streitigen Bauauftrages zusammengerechnet werden.

Im Ergebnis stellte sich also die Beauftragung der Stadtentwicklungsgesellschaft als ein öffentlicher Bauauftrag dar, der nach den Regeln des Vergaberechtes hätte vergeben werden müssen.

## 2. Rechtsprechung des OLG Düsseldorf

### 2.1 Beschluss vom 13.06.2007 „Flugplatz- Ahlhorn“ ( Az. VII-Verg 2/07)

Dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 lag folgender **Sachverhalt** zugrunde:

Die Bundesrepublik Deutschland war Eigentümerin eines Flughafengeländes in Niedersachsen, das langjährig als Militärflughafen genutzt wurde. Nachdem diese Nutzung aufgegeben worden war, entschloss sie sich, das Gelände zu verkaufen. Die Gemeinde, in deren Gebiet das Gelände liegt, war an einer Nutzung des Geländes interessiert, die zu einer nachhaltigen Stärkung des Wirtschaftsstandortes führen sollte. Daher kooperierten Bund und Gemeinde bei der Suche nach einem Investor für das entsprechende Gelände. Sie forderten eine Reihe von Investoren auf, Vorschläge für die Entwicklung des Geländes und für einen möglichen Kaufpreis abzugeben. Die entsprechenden Investorenkonzepte sollten eine Reihe von Kriterien erfüllen, die auf die Schaffung von Arbeitsplätzen und die Verwirklichung anderer wirtschafts- und stadtentwicklungspolitischer Ziele abstellten. Die Gemeinde verlangte zudem, dass der Investor mit der Gemeinde einen städtebaulichen Vertrag gemäß § 12 Baugesetzbuch (BauGB) über die durchzuführenden Bauarbeiten abschliesse. Nachdem mehrere Interessenten Angebote eingereicht hatten, entschloss sich der Bund im Einvernehmen mit der Gemeinde, die weiteren Verhandlungen nur noch mit einem einzigen Unternehmen fortzusetzen. Dies wurde von einem nicht berücksichtigten Unternehmen mit einem Nachprüfungsverfahren vor der zuständigen Vergabekammer des Bundes angegriffen. Nachdem die Vergabekammer diesen Antrag zurückgewiesen hatte (Beschluss v. 04.01.2007, VK 3- 147/06), weil es sich bei dem geplanten Verkauf der Grundstücke durch den Bund an den Investor nach ihrer Auffassung nicht um einen vergabepflichtigen Auftrag handelte, kam das OLG Düsseldorf im Beschwerdeverfahren zu einem anderen Ergebnis.

Das OLG Düsseldorf stellte fest, dass es sich bei der Kombination aus Grundstücksverkauf und dem von der Gemeinde verlangten Durchführungsvertrag gemäß § 12 BauGB um einen Vertrag über die Ausführung eines Bauwerkes gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen gehandelt habe. Für diese Einschätzung waren die **folgenden Argumente** maßgeblich:

- Für die Einordnung eines Vertrages als Bauauftrag/Baukonzession komme es nicht darauf an, ob der Auftraggeber einen eigenen Bedarf befriedigen wolle. Es komme also nicht darauf an, ob die Gemeinde die zu errichtenden Bauwerke zu eigenen Zwecken nutzen wolle. Es reiche vielmehr aus, wenn die Gemeinde den Dritten mit der Errichtung bestimmter Bauwerke, zu welchen Zwecken auch immer, beauftrage. Jedenfalls reiche ein mittelbares Eigeninteresse des Auftraggebers an der Errichtung der Bauwerke. Ein solches mittelbares Eigeninteresse habe die Gemeinde z. B. dadurch, dass sie eine geordnete städtebauliche Entwicklung wünsche. Das OLG Düsseldorf stützt diese Ansicht neben der Bezugnahme auf die Entscheidung in der Rechtssache „Roanne“ maßgeblich auch auf frühere Urteile des EuGH. So hatte der EuGH in der Rechtssache „Teatro alla Bicocca“, auch Rechtssache „Teatro alla Scala“ genannt (Urteil v. 12.07.2001, Rs. C-399/98), bereits entschieden, dass es für einen öffentlichen Bauauftrag ausreichen könne, wenn der Auftraggeber durch die vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers die Befugnis erhalte, die Verfügbarkeit baulicher Anlagen für eine öffentliche Zweckbestimmung sicherzustellen. Darüber hinaus bezieht

sich das OLG auf Aussagen des EuGH, nach denen es für die Annahme eines öffentlichen Auftrages nicht darauf ankomme, zu welchem Zweck dieser Auftrag erteilt werde. So hatte der EuGH in der Rechtsache „Heizkraftwerk München“ (Urteil v. 18.11.2004, Rs. C -399) entschieden, dass die Vergaberichtlinie nicht zwischen jenen Aufträgen unterscheide, die ein öffentlicher Auftraggeber vergebe, um seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, und jenen Aufträgen, die in keinem Zusammenhang mit derartigen Aufgaben stehen.

- Für die Entgeltlichkeit eines Bauauftrages komme es nicht darauf an, ob das Entgelt vom Auftraggeber stamme oder nicht. Auch Entgelte oder Einnahmen, die der Investor aus der Veräußerung oder Vermietung der Bauwerke ziehe, stellten eine Gegenleistung des Auftraggebers dar, die zur Entgeltlichkeit des Auftrages führten.
- Der Grundstückskaufvertrag zwischen Bund und Investor sei mit dem städtebaulichen Vertrag, der zwischen Gemeinde und Investor abgeschlossen worden sei, vergaberechtlich als Einheit zu bewerten. Dazu verweist das OLG Düsseldorf auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH, nach der bei der Prüfung, ob ein vergabepflichtiger Auftrag erteilt werden soll, nicht nur auf den formell gerade zur Vergabe anstehenden Vertrag abzustellen ist, sondern vielmehr eine Zusammenschau verschiedener, aber zusammenhängender Verträge stattfinden muss (vgl. u.a. EuGH Urt. v. 10.11.2005, Rs. C-29/04 – „Mödling“). Damit soll einer Umgehung des Vergaberechtsregimes durch eine geschickte Vertragsgestaltung entgegen gewirkt werden. Im konkreten Fall hatten der Bund und die Gemeinde bewusst eine enge Verknüpfung des Kaufvertrages mit dem städtebaulichen Vertrag sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht vorgenommen.
- Die Bauleistungen des Investors sollten auch nach dem vom Auftraggeber genannten Erfordernissen errichtet werden. Das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals des öffentlichen Bauauftrages entnimmt das OLG Düsseldorf der Tatsache, dass der Investor mit der Gemeinde einen städtebaulichen Vertrag abzuschließen hatte, durch den er sich verpflichten musste, bestimmte Baumaßnahmen durchzuführen. Dabei sei es gerade Ziel des entsprechenden Vertrages, bestimmte Vorstellungen der Gemeinde in Bezug auf die städtebauliche Entwicklung des Geländes durchzusetzen.

Im **Ergebnis** hielt das OLG Düsseldorf daher die **Vergabe des Grundstückskaufvertrages** und des **damit verbundenen städtebaulichen Vertrages** unter **Beachtung** der für die **Vergabe von Baukonzessionen geltenden Bestimmungen** (§ 32 a Nr. 2 VOB A) für erforderlich.

## **2.2 Beschluss vom 12.12.2007 „Stadt Wuppertal“ (Az. VII-Verg 30/07)**

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat in einem weiteren Beschluss vom 12. Dezember 2007 im Anschluss an die Ahlhorn-Entscheidung erneut entschieden, dass eine Kommune, die eigene Grundstücke mit einer Bauverpflichtung verkaufen möchte, die Vorschriften des Vergaberechts einhalten müsse.

Diesem Beschluss lag der folgende **Sachverhalt** zugrunde: Die Gemeinde wollte mit einem Investor einen Kaufvertrag über ein ca. 2500 qm großes Grundstück abschließen. In dem ursprünglich versandten Expose der Gemeinde wurde ausgeführt, das Grundstück solle gegen „Höchstgebot mit Bauverpflichtung“

veräußert werden. In dem Kaufvertrag hätte sich der Käufer verpflichten sollen, die auf dem Grundstück vorhandenen Gebäude abzureißen und innerhalb von zwei Jahren eine dem Bebauungsplan entsprechende Neubebauung zu errichten. Dabei sollten die Fassaden- und Farbgestaltung und die Materialwahl mit der Gemeinde abgestimmt und die Vorgaben des städtischen Gestaltungsbeirates umgesetzt werden. Schließlich sollten in der gesamten Gebäudetiefe des Erdgeschosses Einzelhandelnutzungen bzw. gastronomische Betriebe vorgesehen werden. Die Bebauung sollte die städtische Infrastruktur verbessern und den betreffenden Stadtteil aufwerten.

Der Vergabesenat hat das Vertragswerk als einen öffentlichen Bauauftrag qualifiziert, da neben einem Grundstückskauf ein Bauwerk zu errichten sei, das eine wirtschaftliche Funktion erfülle, nämlich einem von der Stadt erkannten städtebaulichen Entwicklungsbedarf Rechnung trage und i. S. einer öffentlichen Zweckbestimmung das betreffende Gebiet städtebaulich aufwerten solle. Anders ausgedrückt: Die Stadt „kaufte“ nach Auffassung des Senats zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Funktion, die dem künftigen Bauwerk städtebaulich zuzumessen war, von dem Erwerber der Grundstücke zugleich Bauleistungen „ein“. Wegen dieses Teils der Abmachungen unterliege – so das Gericht – der gesamte Vertrag dem Vergaberecht.

Der Beschluss enthält gegenüber der „Ahlhorn-Entscheidung“ eine Reihe von weiteren Aussagen, die sich wie folgt **zusammenfassen** lassen:

- Für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages ist es unbeachtlich, ob der Auftraggeber das Bauwerk selbst nutzen oder es der Allgemeinheit oder lediglich einzelnen Dritten zur Verfügung stellen will.
- Es wird ausdrücklich offen gelassen, ob der Begriff des öffentlichen Bauauftrages in der 2. Alternative des § 99 Abs. 3 GWB auf Seiten des Auftragnehmers die Eingehung einer einklagbaren Bau- oder Realisierungsverpflichtung erfordert. Das OLG verweist aber darauf, dass der Wortlaut der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) keinen Hinweis auf eine solche Voraussetzung enthalte.
- Der Begriff des öffentlichen Bauauftrages ist nach dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit der VKR auszulegen. Daraus folgt, dass ein öffentlicher Bauauftrag immer dann zu bejahen sein wird, wenn sich der Grundstückskäufer (Auftragnehmer) auf einem Markt betätigt (und einen Auftrag erhalten soll), auf dem er mit anderen Unternehmen konkurriert.
- Das Vorliegen der 3. Alternative des § 99 Abs. 3 GWB ist nicht abhängig davon, dass der sich der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber zu einer Bauleistung verpflichtet.
- Ob in einem Fall der 3. Variante des § 99 Abs. 3 GWB bereits das Vorliegen eines Bebauungsplanes ausreicht, um „vom Auftraggeber genannte Erfordernisse“ anzunehmen, wird ausdrücklich offen gelassen.

Im **Ergebnis** lag in der zu entscheidenden Fallgestaltung aus Sicht des OLG **ein öffentlicher Bauauftrag in Form einer Baukonzession** vor, und zwar sowohl in der **2.** als auch in der **3. Alternative** des Bauauftragsbegriffs **des § 99 Abs.3 GWB.**

### 2.3 Beschluss vom 30.01.2008 „Stadt Oer-Erkenschwick“ (Az.VII-Verg 37/07)

Dem vorerst letzten Beschluss vom 06.02.2008 lag folgender – vereinfachter – Sachverhalt zugrunde. Die Stadt Oer-Erkenschwick hatte im Rahmen eines Investorenauswahlverfahrens, an dem sich insgesamt 6 Unternehmen beteiligt hatten, einen Investor gefunden, der ein innerstädtisches Areal kaufen und mit einem Einzelhandels- und Dienstleistungszentrum bebauen (lassen) wollte. Im März 2007 schloss die Stadt mit dem Unternehmen einen notariellen Kaufvertrag, der eine Bauverpflichtung gem. den städtebaulichen Zielsetzungen der Gemeinde enthielt. Die erforderlichen Baugenehmigungen sollten auf der Basis von § 34 BauGB erteilt werden. Im Juni stellte ein Unternehmen, das sich an dem Investorenauswahlverfahren nicht beteiligt hatte, einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer. Daraufhin änderten die Vertragsparteien - wiederum notariell beurkundet - den Kaufvertrag, indem sie die Bauverpflichtung des Käufers aus dem Vertrag strichen. Gleichwohl enthielt der Vertrag – insbesondere in seiner Präambel - weiterhin Hinweise auf den Zweck des Verkaufs und die Absicht, das Areal wie geplant zu bebauen.

Die zuständige Vergabekammer Münster betrachtete den Verkauf als einen öffentlichen Bauauftrag und nahm zudem die Nichtigkeit des Vertrages auf der Basis von § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) an, weil die Parteien das Vergaberecht bewusst hätten umgehen wollen.

Das OLG bestätigte im Ergebnis die Einstufung des Vertrages als öffentlichen Bauauftrag und die Nichtigkeit des Vertrages. Die Nichtigkeitsfolge entnimmt das OLG allerdings der analogen Anwendung des § 13 VgV (fehlende Vorabinformation). Auf den Sittenwidrigkeitsvorwurf geht das OLG nicht ein. Dem Beschluss des OLG Düsseldorf sind folgende Kernaussagen zu entnehmen:

- die von der Stadt geschlossenen notariellen Kaufverträge sind Bauaufträge i. S. d § 99 Abs. 3, **2. und 3. Alternative GWB**.
- Ob § 99 Abs. 3, 2. Alt. GWB eine durchsetzbare Bauverpflichtung des Auftragnehmers voraussetzt bleibt weiterhin offen, weil das OLG im konkreten Fall dem Vertrag eine solche Verpflichtung entnimmt. Ggf. will das OLG diese Frage dem EuGH vorlegen, wenn sie einmal entscheidungserheblich sein sollte.
- Auf den Verwendungszweck des Bauwerkes kommt es nicht an.
- Die Aufträge sind **Baukonzessionen**, weil der Auftragnehmer das Recht zur Verwertung der Bauwerke erhält (durch Selbstnutzung, Veräußerung, Vermietung).
- Die Befugnis des Auftragnehmers, das Grundstück zu nutzen, beruht nicht auf einem von der Erteilung des Bauauftrages unabhängigen Übertragungsakt des öffentlichen Auftraggebers. Das Eigentum ist vom öffentlichen Auftraggeber abgeleitet.
- Auch § 99 Abs. 3, 3. Alt. GWB liegt vor, denn hierfür reicht es, wenn der öffentliche Auftraggeber ein auf die öffentliche Zweckbestimmung zugeschnittenes Bauwerk erstellen lässt, ohne selbst als Bauherr aufzutreten.

- Allein ein Bebauungsplan begründet noch nicht das Vorliegen von „Erfordernissen“ i. S. d. § 99 Abs. 3, 3. Alt. GWB.
- Die Veräußerung eines Grundstücks und seine Bebauung erfüllen keine wirtschaftliche Funktion und sind somit **vergaberechtsfrei**, wenn es sich um ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelbauvorhaben handelt.

## 2.4 Fazit der bisherigen Entscheidungen

Im **Ergebnis** ist nach diesen Entscheidungen festzuhalten, dass es für die **Qualifizierung eines Vertrages als öffentlicher Bauauftrag** i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB in Form einer Baukonzession und damit als ausschreibungspflichtiger Tatbestand entscheidend darauf ankommt, ob die **Tatbestandsvoraussetzungen einer der drei Varianten des § 99 Abs. 3 GWB** vorliegen. Auf das Vorliegen eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals in dem Sinne, dass der **öffentliche Auftraggeber Eigentümer oder Nutzer** des zu errichtenden Bauwerkes wird bzw. sonst einen **Beschaffungsbedarf** im herkömmlichen Sinn befriedigen will, kommt es hingegen nach der neuen Rechtsprechung ebenso wenig an wie auf eine **Entgeltzahlung** durch den öffentlichen Auftraggeber. Im Einzelnen wird auf diese neue Auslegung des Begriffes des öffentlichen Bauauftrages unter III. 2.3 eingegangen.

Für die Städte und Gemeinde stellt sich zunächst ganz allgemein die Frage, wie sie künftig auf diese neue Rechtsprechung reagieren sollen. Dazu lassen sich folgende Empfehlungen aussprechen:

- **Rechtsprechung des OLG ist zu beachten**

Den Städten und Gemeinden ist dringend zu empfehlen, die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu beachten und den neuen vergaberechtlichen Anforderungen Rechnung zu tragen. Eine Ignoranz dieser Rechtsentwicklung birgt große Risiken für die Rechtssicherheit kommunaler Grundstücksgeschäfte, die sich letztlich auch in politischen und finanziellen Schäden niederschlagen können.

Dies bedeutet nicht, dass die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf kritiklos hingenommen werden sollte. Sowohl der Weg einer Korrektur über abweichende Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte, die zu einer Vorlagepflicht an den BGH oder ggf. an den EuGH führen können, als auch Bestrebungen, eine gesetzliche Korrektur zu erreichen, werden von den kommunalen Spitzenverbänden unterstützt und gefördert.

- **Einzelfallprüfung vornehmen**

Der Stand der Rechtsprechung lässt weiterhin viele Fragen offen, wie auch im folgenden Teil deutlich werden wird. Ob ein konkreter Fall dem Vergaberecht zu unterstellen ist oder nicht, bedarf einer genauen Prüfung anhand der konkreten Gestaltungsanforderungen vor Ort. Die im folgenden Teil dargestellten Fallgruppen erfassen standardisiert in der Praxis häufig vorkommende Gestaltungsvarianten. Sie können jedoch nicht jeden denkbaren Einzelfall abbilden und entbinden deshalb nicht von der individuellen Bewertung des in der Gemeinde konkret geplanten Projektes.

- **Vergaberechtsfreie Gestaltungen prüfen**

Die Kernfrage in Bezug auf die Anwendung des Vergaberechts ist nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, ob der Käufer eines kommunalen Grundstücks eine Bauverpflichtung eingeht bzw. ob ein Bauwerk nach den Erfordernissen der Kommune erstellt werden soll. Vor Grundstücksverkäufen sollten die Städte und Gemeinden daher in Zukunft in jedem Einzelfall genau prüfen, ob eine Bauverpflichtung bzw. die Vorgabe von Erfordernissen wirklich erforderlich ist. Es dürften in der Praxis Konstellationen denkbar sein, in denen auf bislang routinemäßig vorgegebene Baupflichten durchaus verzichtet werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn Zweifel an der Bauwilligkeit des Käufers realistischweise nicht bestehen oder der wirtschaftliche Druck, der mit der Kaufpreiszahlung einhergeht für ausreichend erachtet wird, den Käufer zur Bebauung anzuhalten. In diesen Fällen kann die Kommune mit einer Beschränkung auf die kaufvertraglichen notwendigen Regelungsbestandteile der Vergaberechtspflichtigkeit entgehen.

- **Dokumentation**

Grundstücksveräußerungen sollten künftig in einem Vergabevermerk dokumentiert werden. Dies ist selbstverständlich, sofern der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist. Aber auch die Überlegungen der Kommune, die zu einer Nicht-Anwendung des Vergaberechts führen, sollten in geeigneter Form dokumentiert werden. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob der europäische Schwellenwert erreicht ist.

Ferner bedarf die Begründung der Wahl der Verfahrensart einer sorgfältigen Dokumentation. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen auf der Basis von Ausschließlichkeitsrechten ein Verhandlungsverfahren ohne öffentlichen Teilnehmerwettbewerb durchgeführt werden soll.

### III. Allgemeine Voraussetzungen der Anwendung des Vergaberechts

Vor dem Hintergrund der oben genannten Entscheidungen ist es nunmehr für die kommunale Praxis bei dem Verkauf kommunaler Grundstücke entscheidend zu wissen, in welchen Fallkonstellationen über die entschiedenen Sachverhalte hinaus das Vergaberecht Anwendung findet. Die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen ergeben sich aus dem Vierten Teil des GWB. Danach müssen folgende **Voraussetzungen** vorliegen:

- Der Grundstücksveräußerer muss öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB sein (vgl.1.)
- Es muss ein öffentlicher Auftrag i. S. d. § 99 GWB vorliegen (vgl. 2.)
- Der Schwellenwert gem. § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV muss erreicht oder überschritten sein (vgl. 3.)

#### 1. Öffentlicher Auftraggeber

Die **Kommunen** sind – da es sich um Gebietskörperschaften handelt – **unstreitig öffentliche Auftraggeber** i. S. d. § 98 Nr.1 GWB. Neben den Kommunen sind aber **auch kommunale (Eigen-)Gesellschaften** öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr.2 GWB. Dies ist dann der Fall, wenn sie

- juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts sind;
- zu dem besonderen Zweck gegründet sind, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen;
- durch Gebietskörperschaften, deren Sondervermögen, Verbände von Gebietskörperschaften oder juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts gemäß der o. g. Voraussetzungen durch Beteiligung oder auf sonstige Weise
  - überwiegend finanziert oder
  - über ihre Leitungen beaufsichtigt werden oder
  - die Hälfte der Mitglieder ihrer Geschäftsführung oder zur Aufsicht
  - berufenen Organe durch einen öffentlichen Auftraggeber bestimmt worden sind.

**Hinweis:** Wichtig für die Einordnung einer kommunalen (Eigen-)Gesellschaft als öffentlicher Auftraggeber ist damit, ob sie in Bereichen tätig ist, die nicht dem Wettbewerb unterliegen. Ist dies der Fall, so ist diese Gesellschaft ihrerseits selbst öffentlicher Auftraggeber. Damit gelten auch für diese die Ausschreibungsregeln. Der Begriff des „Allgemeininteresses“ ist zwar in den EG-Richtlinien nicht definiert, allerdings ist davon auszugehen, dass dieser mit dem Begriff des „öffentlichen Interesses“ i. S. d. der deutschen Gemeindeordnungen gleichzusetzen ist. Kommunale (Eigen-) Gesellschaften in den Bereichen Bauwesen und Wohnungswirtschaft werden nach Anhang III der EU-Richtlinie 2004/18 EG als öffentliche Auftraggeber eingestuft. Insofern kommt ein Verkauf über derartige kommunale Gesellschaften, um die Ausschreibungspflichten zu umgehen, nicht in Betracht.



## **2. Öffentlicher Auftrag**

### **2.1 Vertrag mit einem Unternehmen**

Nach der Definition des § 99 GWB liegt ein öffentlicher Auftrag vor, wenn es sich um einen entgeltlichen Vertrag handelt, der zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen geschlossen wird, der Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand hat.

In den hier diskutierten Fällen kommen i. d. R. Bauaufträge i.S.d. § 99 Abs. 3 GWB in der Form einer Baukonzession in Betracht. Verträge i.S.d. § 99 GWB liegen in den hier zu untersuchenden Konstellationen regelmäßig vor. Entweder schließen die Beteiligten einen Grundstückskaufvertrag, der mit weiteren inhaltlichen Absprachen ergänzt wird, oder sie schließen parallel dazu einen weiteren (städtebaulichen) Vertrag, der die Zielsetzungen der Kommune absichern soll. Auf die Art des Vertrages bzw. seine Bezeichnung kommt es indes im Rahmen von § 99 GWB ebenso wenig an, wie auf die Frage, ob der Vertrag als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.

### **2.2 Entgeltlichkeit**

Die Anwendung des Vergaberechts setzt die Entgeltlichkeit des Vertrages zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Unternehmer voraus. Dabei wird der Begriff des Entgeltes weit gefasst. Entgelt ist auch nach der bisherigen vergaberechtlichen Spruchpraxis jede Art von Vergütung die einen geldwerten Vorteil darstellt. In der Entscheidung „Roanne“ hat der EuGH deutlich gemacht, dass es nicht darauf ankommt, ob das Entgelt vom Auftraggeber stammt oder nicht. Als Entgelt kommen daher auch solche Einnahmen in Betracht, die der Auftragnehmer durch die Veräußerung oder Vermietung des zu errichtenden Bauwerkes erzielt (vgl. II.1.).

Die Art und Weise des Entgeltes bestimmt auch die Einordnung des öffentlichen Auftrages als „klassischen“ Bauauftrag oder als Baukonzession. Letztere ist dadurch gekennzeichnet, dass der öffentliche Auftraggeber dem Unternehmer als Entgelt ein Nutzungsrecht an der baulichen Anlage ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises einräumt, § 6 Abs.1 Satz 2 VgV.

Das wirtschaftliche Risiko der Ausübung dieses Nutzungsrechtes obliegt bei der Baukonzession dem Auftragnehmer (Konzessionär). Das OLG Düsseldorf hält es in diesem Zusammenhang für unerheblich, wie der Grundstückskäufer (Auftragnehmer, Konzessionär) das Bauwerk nutzt bzw. refinanziert: ob durch Selbstnutzung, Vermietung, Verpachtung oder Veräußerung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 12.12.2007, „Wuppertal“; 06.02.2008, Oer-Erkenschwick).

### 2.3 Öffentlicher Bauauftrag gem. § 99 Abs. 3 GWB

Die **entscheidende Frage** bei der **Bewertung kommunaler Grundstücksverkäufe** ist, ob sich die Vertragsgestaltung in den **Begriff des öffentlichen Bauauftrages** gem. § 99 Abs. 3 GWB einordnen lässt.

Gegenstand eines öffentlichen Bauauftrages können gem. § 99 Abs. 3 GWB die folgenden **drei** Arten von Bauleistungen sein:

- die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben;
- die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung eines Bauwerks, das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll;
- die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Bei der Anwendung dieser drei Varianten des öffentlichen Bauauftrages auf die verschiedenen Konstellationen kommunaler Grundstücksgeschäfte lassen sich mit Blick auf die oben dargestellte neue Rechtsprechung folgende **allgemeine Schlussfolgerungen** festhalten:

- Auf einen eigenen Beschaffungsbedarf im herkömmlichen Sinn der Kommune kommt es nicht an.
- Entscheidend ist nur, dass sich der öffentliche Auftraggeber kraft einer zu vereinbarenden Verpflichtung des Auftragnehmers die rechtliche Befugnis sichert, die Verfügbarkeit des Bauwerks für die von ihm angestrebte öffentliche Zweckbestimmung zu gewährleisten. Als „Beschaffungszweck“ reicht die Sicherung der Erfüllung der wirtschaftlichen Funktion des Bauwerks durch den Auftraggeber. Diese kann in der städtebaulichen oder raumordnerischen Funktion des Bauwerkes bestehen.
- Die Varianten 1 und 2 sind in jedem Fall einschlägig, wenn vertraglich eine Bauverpflichtung des Käufers (Auftragnehmers) vereinbart wird, mit der die öffentliche Zweckbestimmung sichergestellt werden soll. Ob dies eine notwendige Voraussetzung ist, wurde im Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12.12.2007 ausdrücklich offen gelassen. Andererseits deutet das OLG in seinem Beschluss vom 06.02.2008 an, dass trotz einer Bauverpflichtung Einzelbauvorhaben ohne „wirtschaftliche Funktion“ vom Vergaberecht ausgenommen sein könnten.
- In der Variante 3 ist das Vorliegen einer Bauverpflichtung im Verhältnis der Kommune zum Grundstückskäufer (Auftragnehmer) nicht erforderlich. Maßgeblich ist hier, dass ein Dritter ein Bauwerk erstellt, dieser dabei aber die von der Kommune genannten Erfordernisse einhalten muss, um zu gewährleisten, dass das Bauwerk für eine bestimmte öffentliche Zwecksetzung zur Verfügung steht.

## 2.4 Inhouse-Geschäfte

Für den Fall, dass der Verkauf eines kommunalen Grundstücks mit Bauverpflichtungen an eine andere kommunale (Eigen-)Gesellschaft erfolgt, ist dann von **einer Ausschreibung abzusehen**, wenn es sich um ein **Inhouse-Geschäft** handelt. Dieses liegt nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings nur dann vor, wenn es sich bei der kaufenden Gesellschaft und damit der Auftragnehmerin um eine Gesellschaft handelt, die sich zu 100 Prozent im Eigentum der Kommune befindet. Darüber hinaus müssen noch weitere Voraussetzungen, wie Einflussnahme auf ihre Geschäftsentscheidungen, möglich sein.

## 3. Schwellenwert

### 3.1 Anwendung des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte

Hervorzuheben ist, dass das **Vergaberecht keine Anwendung auf Grundstücksverkäufe** findet, die mit Bauauflagen verbunden sind und den **Schwellenwert** der europaweiten Ausschreibung von netto **5.150.000 €** (seit 01.01.2008 ) **nicht erreichen**. Unterhalb der Schwellenwerte gilt das Haushaltsrecht. Nach § 25 Abs. 2 der Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) sind die Kommunen in Nordrhein-Westfalen verpflichtet, die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil A mit seinen nationalen Vorschriften anzuwenden. Danach gilt der europarechtliche Begriff des Bauauftrages gem. 99 Abs. 3 GWB unterhalb der Schwellenwerte nicht. Damit bleibt es bei dem nationalen Begriff des Bauauftrages, der auf Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand beschränkt ist. Dieser liegt nur vor, wenn der öffentliche Auftraggeber am Ende auch Eigentümer der Bauleistung wird. Diese Rechtsauffassung wird auch durch § 1a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A gestützt. Er nennt nur Beispiele für Leistungen oberhalb des Schwellenwertes, wonach Dritte nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers mit Bauträger-, Mietkauf- oder Leasingverträgen beauftragt wurden.<sup>1</sup>

**Anders** ist die **Rechtslage** bei **Grundstücksgeschäften**, die diesen **Schwellenwert überschreiten**. In diesen Fällen ist von einer **Ausschreibungspflicht** auszugehen. Allerdings stellt sich bei den Baukonzessionen das Problem der Ermittlung des Schwellenwertes.

### 3.2 Anwendung des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte

Nach § 3 der Vergabeverordnung (VgV) ist der **Auftragswert** durch den öffentlichen Auftraggeber zu **schätzen**. Der maßgebliche Zeitpunkt dafür ist der Tag der Absendung der Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der europäischen Gemeinschaften, § 3 Abs. 10 VgV.

Da der Investor von der Kommune keine Vergütung erhält, kann für die Ermittlung der Schwellenwerte ein Gesamtauftragswert, der der Summe der ansonsten bei einer Bauvergabe an die beteiligten Bauunternehmen zu zahlenden Vergütungen entspricht, nicht ohne weiteres ermittelt werden. Jedoch müssen bereits von Seiten des öffentlichen Auftraggebers zur Berechnung des Nutzungsrisikos Kalkulationen oder Berechnungen über die Höhe der zukünftigen Baukosten angestellt werden. Damit gilt als sicher, dass die Höhe der zukünftigen **Baukosten** bei der Berechnung des Schwellenwertes **zu berücksichtigen** sind.

---

<sup>1</sup> Die Beschränkung der Anwendung der neuen Rechtsprechung auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte ist in der Diskussion nicht unumstritten. Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass sich unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte eine Ausschreibungspflicht aus beihilferechtlichen Gründen ergeben kann.

**Unklar** war im Nachgang zur Ahlhorn-Entscheidung, ob der **Kaufpreis des Grundstücks** sowie die Erlöse, die der Investor aus der Verwertung des Bauwerks erzielt, wie Vermietungs- oder Veräußerungserlöse, ebenso berücksichtigt werden müssen.

Da sich der Schwellenwert bei Bauaufträgen aufgrund des Gesamtwertes des Auftrags aus der Perspektive eines potentiellen Bieters bemisst, ist der gesamte prognostizierte geldwerte Vorteil für den Bieter zu berücksichtigen. Hierzu zählen insbesondere auch Zahlungen aus der Nutzung oder Weiterveräußerung der bebauten Grundstücke. Insofern kann der Preis des Grundstücks nur insoweit für die Ermittlung des Schwellenwertes relevant sein, als er Hinweise auf die vom Erwerber kalkulierte Mindestrendite des Objektes gibt.

**Daraus folgt:** völlig eindeutig ist die Bestimmung des Schwellenwertes, wenn die Bauleistungen den EU-Schwellenwert überschreiten. Ist dieses nicht der Fall, ist die Rechtslage unklar. In diesen Fällen sollte gleichwohl die Ausschreibung des Grundstücksverkaufs überlegt werden.

Das OLG Düsseldorf hat im Rahmen der Streitwertberechnung – in seinem nicht veröffentlichten Beschluss vom 27.09.2007 in dem „Ahlhorn-Verfahren“ (VII-Verg 2/07) – hingewiesen, dass bei der Berechnung des Schwellenwertes allein der Wert des Bauauftrags maßgeblich sein soll, nicht dagegen der Kaufpreis oder andere Preisbestandteile. In geeigneten Fällen soll nach Auffassung des Senats auch der Gesamterlös, den sich der Investor durch die Vermarktung des bebauten Grundstücks erhofft, abzüglich des Grundstückskaufpreises, angenommen werden.

Der EuGH definiert als „Entgelt“ auch diejenigen Zahlungen dritter Grundstücksnutzer, mit denen sich der Investor nach Durchführung der Bauleistungen refinanziert. Dieses wiederum könnte ebenfalls für die Nichtberücksichtigung des Grundstückskaufpreises sprechen.

**Hinweis:** Der öffentliche Auftraggeber muss die Pflicht der Berechnung des Schwellenwertes sehr ernst nehmen, denn er darf den Auftragswert nicht bewusst falsch berechnen in dem Bewusstsein, damit eine europaweite Ausschreibung zu vermeiden, § 3 Abs. 2 VgV, § 1a Nr. 4 VOB/A. Das Risiko der richtigen Schätzung liegt beim öffentlichen Auftraggeber. Stellt sich allerdings – trotz ordnungsgemäßer Schätzung – nachträglich heraus, dass der Schwellenwert gleichwohl überschritten wird, begründet dieses keine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung.

### **3.2.1 Schwellenwertberechnung bei naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen**

In der kommunalen Praxis relevant bei der Schwellenwertbestimmung können die Kosten für natur- und landschaftsrechtliche Ausgleichsmaßnahmen werden. Fraglich ist, ob und inwieweit diese Kosten in die Schwellenwertberechnung einfließen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn derartige Ausgleichsmaßnahmen führen weder zur Errichtung von Bauwerken noch fallen sie unter die in Anhang I der EU-Vergaberichtlinie 2004/18 EG genannten Baumaßnahmen.

### ***Schwellenwertberechnung bei Vorgaben nur hinsichtlich der Erschließung***

Ein weiteres Problem bei der Schwellenwertberechnung kann sich für die Fälle ergeben, dass der öffentliche Auftraggeber in Verbindung mit dem Verkauf von Grundstücken die Durchführung von Erschließungsmaßnahmen vorgibt, ohne gleichzeitig aber die Durchführung der Bauarbeiten zu verlangen, denen die Erschließungsmaßnahmen dienen sollen.

In diesen Konstellationen kann für den Grundstückskäufer u. U. mittelbar ein faktischer Zwang erzeugt werden, nachfolgend auch die Hochbauarbeiten durchzuführen, da er andernfalls die Erschließungsarbeiten nicht refinanzieren kann. Sofern man eine solchen Zwang für gegeben hielte, könnte schon dieser mittelbare Zwang ausreichen, von einer Ausführung von Bauleistungen „nach den Erfordernissen“ der Kommune auszugehen. Dies jedenfalls dann, wenn sich die Erschließungsarbeiten konkret auf bestimmte Hochbauten beziehen. Hier ist letztlich eine Bewertung im Einzelfall vorzunehmen. Ggf. sind bei der Berechnung des Schwellenwertes auch die Baukosten der Hochbauten zu berücksichtigen, wenn sich die Kommune darauf beschränkt, Vorgaben für die Erschließungsmaßnahmen zu machen.

## IV. Fallgruppen und deren vergaberechtliche Relevanz

Aus den allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nach der neuen Rechtsprechung lassen sich für konkrete Fallgestaltungen im Zusammenhang mit dem Verkauf kommunaler Grundstücke bzw. der Zusammenarbeit mit Investoren die folgenden Konsequenzen ziehen:

### 1. Verkauf unbebauter Grundstücke ohne Bauverpflichtung

#### BEISPIEL

*Die Gemeinde ist Eigentümerin eines nicht mehr benötigten Sportplatzgeländes. Eine Nachnutzung ist nicht beabsichtigt. Die Gemeinde will das Grundstück verkaufen, Einziger Zweck des Verkaufs ist die Erzielung eines angemessenen Preises. Vorgaben hinsichtlich der künftigen Nutzung werden nicht gemacht.*

#### LÖSUNG

Die einfache Veräußerung eines kommunalen Grundstücks stellt grds. keinen vergabepflichtigen Vorgang dar. Die schlichte Veräußerung von Vermögen ist dem Anwendungsbereich des Vergaberechtes entzogen<sup>2</sup>.

### 2. Verkauf unbebauter Grundstücke mit einer nicht qualifizierten Bauverpflichtung (Gewerbe)

#### BEISPIEL

*Die Gemeinde verkauft ein Gewerbegrundstück im Geltungsbereich eines qualifizierten B-Plans. Das Unternehmen X will sich in der Gemeinde ansiedeln und plant auf dem Grundstück eine Betriebsstätte im Wert von ca. 6.000.000 € zu errichten. Es verpflichtet sich im Kaufvertrag, das Grundstück im Rahmen der Anforderungen des B-Planes zu bebauen.*

#### LÖSUNG

Die Anwendung des Vergaberechts ist nicht sicher auszuschließen.

Verkauft eine Gemeinde ein Grundstück und verpflichtet sie den Käufer, dieses Grundstück zu bebauen, ohne jedoch weitere Anforderungen an diese Bebauung zu stellen, muss grundsätzlich von einer Vergaberechtspflichtigkeit ausgegangen werden. Das OLG Düsseldorf subsumiert die Grundstücksverkäufe in Verbindung mit einer Bauverpflichtung des Erwerbers bereits unter die ersten beiden Alternativen des § 99 Abs. 3 GWB. In diesen Varianten kommt es nicht darauf an, dass der Auftraggeber eigene Erfordernisse an die Errichtung des Bauwerkes stellt. Entscheidend dürfte aus Sicht des OLG Düsseldorf vielmehr sein, dass die Kommune mit der Bauverpflichtung die Durchsetzung einer öffentlichen Zwecksetzung anstrebt. Eine solche ist anzunehmen, wenn der Grundstückskaufvertrag ausdrücklich Verpflichtungen enthält, die die

---

<sup>2</sup> Allerdings kann die Ausschreibungspflicht bei Grundstücksverkäufen unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten relevant sein ( s. Mitteilung der EU-Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, Abl .Nr. C 209 v.10.07.1997, 1 ff)

Zweckerreichung sicherstellen sollen, so etwa die Vorgabe der Eigennutzung durch das Unternehmen, die Schaffung von Arbeitsplätzen, die Verlagerung des Firmensitzes, oder das Verbot einer baurechtlich möglichen Mindernutzung des Grundstücks.

Öffentliche Zwecksetzungen werden aber nicht immer im Vertrag ausdrücklich Anklang finden. Derartige Zwecksetzungen können z. B. in der Unterbindung von Grundstücksspekulationen, der Vermeidung von Baulücken und der Sicherstellung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung bestehen. Es ist aufgrund der bisher vorliegenden Aussagen des OLG Düsseldorf nicht auszuschließen, dass derartige, nicht ausdrücklich genannte Zwecksetzungen ausreichen, um die Vergaberechtpflichtigkeit zu bejahen. Es besteht zumindest die Gefahr, dass allein aus dem Vorliegen einer Bauverpflichtung auf eine solche Zweckbestimmung geschlossen wird, auch wenn mit dieser Bauverpflichtung keine ausdrücklichen inhaltlichen Vorgaben verknüpft sind, die über die Einhaltung der bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Vorschriften hinausgehen.

In seinem Beschluss vom 06.02.2008 hat das OLG Düsseldorf allerdings ausgeführt, dass es in bestimmten Fällen an der „wirtschaftlichen Funktion“ eines Bauwerkes fehlen könne, nämlich dann, wenn es sich um ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelvorhaben handelt. So heißt es auf S. 20 des Beschlusses wörtlich:

*„Genauso sind im Prinzip Fallgestaltungen einer Anwendung des Vergaberechts entzogen, in denen der Veräußerung eines Grundstücks und seiner Bebauung keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion zuzuerkennen ist, dies z.B. dann, wenn ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelbauvorhaben errichtet werden soll.“*

Fehlt es an der wirtschaftlichen Funktion, fehlt es an einer Tatbestandsvoraussetzung für einen Bauauftrag i. S. d. § 99 Abs. 3, 1. und 2. Alt. GWB. Werden dann gleichzeitig keine „Erfordernisse“ im Sinne der 3. Variante aufgestellt, liegt in diesen Fällen kein öffentlicher Bauauftrag vor.

Weiter hat das OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 06.02.2008 ausgeführt, dass allein das Vorliegen eines Bebauungsplanes nicht ausreicht, um „Erfordernisse“ i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB anzunehmen. Der Verkauf eines Baugrundstückes ohne ausdrückliche Bauverpflichtung und ohne Rücktritts- und Wiederkaufsrecht im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes kann damit als vergaberechtsfrei betrachtet werden.

Soll allerdings eine nicht qualifizierte Bauverpflichtung vereinbart werden, kommt es nach dem OLG Düsseldorf darauf an, ob das Bauwerk als „Einzelbauvorhaben“ zu einem einzelnen Unternehmenszweck betrachtet werden kann. Nach Auffassung der Verfasser wird man dies in vielen Fällen der Veräußerung von Gewerbegrundstücken annehmen können. Aufgrund der ungeklärten Reichweite der entsprechenden Begriffe ist jedoch mit dem vergabefreien Verkauf von Gewerbegrundstücken ein Risiko verbunden, bis die Rechtsprechung hier zu präziseren Aussagen kommt.

### **3. Verkauf unbebauter Grundstücke mit einer nicht qualifizierten Bauverpflichtung (Wohnbebauung)**

#### BEISPIEL

*Die Gemeinde hat eine ehemals landwirtschaftlich genutzte Fläche gekauft und diese mit einem qualifizierten B-Plan überplant, der ein reines Wohngebiet mit EFH-Bebauung ausweist. Die Gemeinde veräußert die einzelnen erschlossenen Grundstücke an die Erwerber. Im Kaufvertrag verpflichtet sich der Erwerber, das Grundstück zu bebauen.*

#### LÖSUNG

Das Vergaberecht ist nicht anwendbar.

Grundsätzlich gelten hinsichtlich der vergaberechtlichen Einordnung der nicht qualifizierten Bauverpflichtung die Ausführungen zum vorangegangenen Fall entsprechend. Im konkreten Beispielfall dürfte die Vergaberechtpflichtigkeit der einzelnen Grundstücksverkäufe jedoch aus zwei Gründen nicht gegeben sein. Zum Einen dürfte die Bauleistung im Einzelfall nicht den erforderlichen Schwellenwert von 5.150.000 € erreichen (vgl. dazu III.3). Zum Anderen sind die privaten Käufer eines EFH nicht „Unternehmer“ i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB, so dass es bereits an einer Tatbestandsvoraussetzung für einen öffentlichen Auftrag fehlt.

### **4. Verkauf unbebauter Grundstücke mit qualifizierten Bauverpflichtungen**

#### BEISPIEL

*Auf einem gemeindeeigenen Grundstück im Geltungsbereich eines qualifizierten B-Planes will ein Investor eine Seniorenresidenz mit Flächen für gesundheitsrelevante Dienstleistungen errichten. Die Gemeinde will ihm dieses Grundstück verkaufen, möchte aber vertraglich absichern, dass der Investor innerhalb einer bestimmten Frist auch tatsächlich baut und in der Bauausführung bestimmte gestalterische Vorgaben der Gemeinde umsetzt, die nicht im B-Plan vorgegeben sind.*

#### LÖSUNG

Das Vergaberecht ist anwendbar.

In jedem Fall sind Grundstücksverkäufe dem Vergaberecht zu unterwerfen, wenn Bauverpflichtungen vereinbart werden, die inhaltliche Anforderungen über die Festsetzung eines geltenden Bebauungsplanes hinaus vorsehen. Das OLG Düsseldorf hat hierzu in seinem Beschluss vom 12.12.2007 angemerkt, dass es unerheblich sei, ob vom Auftraggeber wesentliche oder nur nebensächliche Erfordernisse gestellt werden.



## 5. Verkauf unbebauter Grundstücke mit faktischem Bauzwang

### BEISPIEL

*Die Gemeinde verkauft ein innerstädtisches Grundstück an einen Investor, der hierauf ein Einkaufszentrum errichten soll. Im Kaufvertrag findet sich ein Recht der Gemeinde vom Kaufvertrag zurückzutreten, wenn der Investor nicht innerhalb von zwei Jahren mit dem Bau begonnen hat.*

### LÖSUNG

Das Vergaberecht ist anwendbar.

Nicht eindeutig entschieden ist bislang die Frage, ob eine Bauverpflichtung mit der Folge der Vergaberechtpflichtigkeit eines Vertrages auch dann angenommen werden kann, wenn vertraglich keine ausdrückliche Bauverpflichtung vereinbart worden ist, sondern lediglich vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten für den Fall vereinbart werden, dass eine Bebauung des Grundstückes nicht erfolgt. Dies können z.B. Rücktritts- oder Rückfallklauseln bzw. Wiederverkaufsrechte für den Fall der Nichtbebauung sein. Das OLG Düsseldorf hat mit Blick auf die zweite Variante von § 99 Abs. 3 GWB offen gelassen, ob ein Bauauftrag in diesem Sinne auf Seiten des Auftragnehmers die Eingehung einer einklagbaren Bau- oder Realisierungsverpflichtung erfordert. Es hat jedoch einen deutlichen Hinweis darauf gegeben, dass die Definition des öffentlichen Bauauftrages in Art. 1 Abs. 2 b VKR keinen Hinweis auf eine derartige Verpflichtung enthalte. Bereits aus diesem Grunde kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Verzicht auf eine ausdrückliche Bauverpflichtung von der Vergaberechtpflichtigkeit des Grundstücksverkaufes befreit, wenn gleichzeitig vertragliche Optionen vereinbart werden, die faktisch zu einem Bauzwang des Auftragnehmers führen.

Darüber hinaus erfordert die dritte Variante des § 99 Abs. 3 GWB ausdrücklich keine Verpflichtung zur Herstellung eines Bauwerkes im Verhältnis des Auftraggebers zum Auftragnehmer. Die Rechtsprechung lässt hier auch Vertragskonstellationen genügen, mittels derer die Kommune gewährleisten will, dass die von ihr genannten Erfordernisse eingehalten und das herzustellende Bauwerk für seinen öffentlichen Zweck zur Verfügung steht. Dies dürfte auch bei einem nur faktisch wirkenden „Druck“ zur Bebauung des Grundstücks der Fall sein. Im **Ergebnis** muss deshalb auch bei einem nur **faktisch wirkenden Bauzwang** von einer **Anwendbarkeit** des **Vergaberechtes** ausgegangen werden.

**Hinweis:** Im Beschluss vom 06.02.2008 (S. 20) findet sich nunmehr der deutliche Hinweis des OLG, dass es auch Rücktritts- und Wiederkaufsrechte für ausreichend erachtet, um zu einer Anwendung des Vergaberechtes zu kommen. Damit dürfte auch die verschiedentlich diskutierte **Alternative** fragwürdig werden, ein **unkonditioniertes Rücktrittsrecht** im Vertrag vorzusehen, welches das Rücktrittsrecht nicht an die Nichtbebauung knüpft. (z. B.: „Die Vertragspartner können innerhalb von drei Jahren von diesem Vertrag zurücktreten.“).

## 6. Verkauf eines unbebauten Grundstückes mit vorhabenbezogenem Bebauungsplan und Durchführungsvertrag gem. § 12 BauGB

### BEISPIEL

*Ein Investor will auf einem gemeindeeigenen Grundstück ein Einkaufszentrum errichten. Das Baurecht soll durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan geschaffen werden.*

### LÖSUNG

Das Vergaberecht ist anwendbar.

Der vorhabenbezogene Bebauungsplan ist ein Instrument zur Planung konkreter Einzelvorhaben. Er unterscheidet sich vom herkömmlichen Angebotsbebauungsplan insbesondere dadurch, dass die Initiative zur Bauleitplanung nicht von der Gemeinde ausgeht, sondern von einem privaten Investor. Er ist damit ein „nachfrageorientiertes“ Instrument der Bauleitplanung. Gem. § 12 Abs. 1 BauGB ist allerdings untrennbar mit dem vorhabenbezogenen Bebauungsplan verbunden, dass sich der Vorhabenträger in einem Durchführungsvertrag dazu verpflichtet, das Vorhaben auch innerhalb einer bestimmten Frist zu verwirklichen. Diese Verpflichtung des Investors führt zwingend zur Anwendung des Vergaberechtes, weil hiermit bezogen auf ein ganz konkretes Vorhaben eine entsprechende Bauverpflichtung des Investors begründet wird. Der **Durchführungsvertrag** kann alle **drei Varianten** des Begriffes des öffentlichen Bauauftrages i.S.d. § 99 Abs. 3 GWB erfüllen.

## 7. Verkauf eines Grundstücks i. V. m. städtebaulichen Verträgen i. S. v § 11 BauGB

Neben einer Verknüpfung von Grundstücksverkäufen mit Durchführungsverträgen i.S.v. § 12 BauGB kommt im Rahmen von Grundstücksverkäufen das gesamte Spektrum von begleitenden Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen gem. § 11 BauGB in Betracht. Eine generelle Bewertung der Vergaberechtsrelevanz der im Rahmen von § 11 BauGB möglichen Vereinbarungen ist nicht möglich. Vielmehr ist es erforderlich, den Vertragsinhalt in jedem Einzelfall zu prüfen. Sobald dem Käufer mittelbar oder unmittelbar die Verpflichtung auferlegt wird, eine konkrete Bebauung tatsächlich durchzuführen, ist der Anwendungsbereich des Vergaberechtes eröffnet. Anders dürften die Fälle zu bewerten sein, in denen keine Bauverpflichtung begründet, sondern lediglich Vorgaben für den Fall gemacht werden, dass der Käufer von seinem Baurecht Gebrauch gemacht, ohne hierzu mittelbar oder unmittelbar verpflichtet zu werden. Solche Vorgaben kommen u. U. in Betracht, wenn etwa Auflagen gemacht werden sollen, die nicht mit Festsetzungen in Bebauungsplänen gemacht werden können. Ein **Beispiel** hierfür wäre die Einhaltung bestimmter energetischer Standards oder die Nutzung von erneuerbaren Energien.

**Hinweis:** Entscheidend ist, dass eine solche Auflage die Ausschreibungspflicht nur dann auslösen kann, wenn gleichzeitig mit dem Grundstücksverkauf eine Baupflicht verbunden ist.

## 8. Vorhabenbezogene Bebauungspläne auf Grundstücken des privaten Investors

### BEISPIEL

*Investor A will auf seinem eigenen Grundstück ein Einkaufszentrum errichten. Die Gemeinde will das erforderliche Baurecht im Wege des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes schaffen.*

### LÖSUNG

Das Vergaberecht ist in diesem Fall nicht anwendbar.

Fraglich ist, ob die Vergaberechtpflichtigkeit auch dann besteht, wenn der Investor bereits Eigentümer des Grundstücks ist. Dafür könnte sprechen, dass der EuGH in der Entscheidung „Teatro Bicocca“ (vgl. II.2.) entschieden hat, dass die Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber den in Rede stehenden Vertrag (Erschließungsvertrag) nur mit dem Grundstückseigentümer schließen konnte, nicht aus der Anwendbarkeit des Vergaberechts hinausführt. Allerdings lagen in dem dort entschiedenen Fall sämtliche Tatbestandsmerkmale eines *klassischen* öffentlichen Bauauftrages, d. h. nicht einer Konzession vor. Insbesondere wurde die „Erschließungsanlage“, ein Theaterbau, *für die Stadt Mailand* errichtet. Sie diente also einem Beschaffungszweck im herkömmlichen Sinn. Die Stadt Mailand hatte dem Auftragnehmer auch ein Entgelt „gezahlt“, indem sie ihm gestattete, seine Baukosten mit einer öffentlich-rechtlichen Gebührenschuld zu verrechnen.

Während der Beschaffungszweck seitens des OLG Düsseldorf nicht mehr vorausgesetzt, bzw. auf ein „mittelbares Interesse“ reduziert wird, ist die Entgeltlichkeit zwingendes Tatbestandsmerkmal eines öffentlichen Bauauftrages i. S. d. § 99 Abs. 1 und 3 GWB. Im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen Gemeinde und Investor bei der Schaffung von Baurecht über einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan wird unstreitig kein Entgelt seitens der Gemeinde gezahlt. Ein öffentlicher Bauauftrag könnte deshalb allenfalls in Form einer Baukonzession vorliegen. Diese setzt aber voraus, dass die Gemeinde dem Investor ein Nutzungsrecht einräumt, welches ihm die Refinanzierung seiner Baukosten ermöglicht. In den drei vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fällen wurde dem Auftragnehmer dieses Nutzungsrecht durch die Übertragung des Eigentums an einem vormals gemeindeeigenen Grundstück verschafft. An dieser Verschaffung eines Nutzungsrechtes – und damit an der Entgeltlichkeit des Vertrages – fehlt es, wenn der Investor sein Eigentum nicht von der Gemeinde ableitet. Seine Nutzungsmöglichkeit, die ihm auch die Refinanzierung seiner Baukosten ermöglicht, beruht in diesem Fall ausschließlich auf seinem Eigentum. Damit fehlt die Entgeltlichkeit i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Ausführungen des OLG Düsseldorf im Beschluss vom 06.02.2008. Dort wird maßgeblich auf die Verknüpfung der Eigentumsübertragung mit der Bauverpflichtung abgestellt, um zur Annahme eines öffentlichen Bauauftrages zu kommen. Dort heißt es wörtlich (S. 15f):

***„Soll, wie im vorliegenden Fall, der Konzessionär Eigentümer werden, kann auch nicht so getan werden, als beruhe seine Befugnis, das Bauwerk zu nutzen und zu verwerten, auf einem von der Erteilung des Bauauftrags völlig unabhängigen Übertragungsakt des öffentlichen Auftraggebers. Die auch von der Beigeladenen vertretene Gegenauffassung verkennt, dass die Eigentümerstellung vom Auftraggeber, hier von der Antragsgegnerin, abgeleitet ist, und sie, die Beigeladene, mit der Eigentumsübertragung auch erst das Recht zur Nutzung des späteren Bauwerks erhält. Der Grundstückskaufvertrag und der Bauauftrag hängen zusammen. Die Verträge sind deshalb auch rechtlich in einer Zusammenschau zu betrachten“***

An diesem für das OLG offensichtlich maßgeblichen Zusammenhang fehlt es, wenn eine Eigentumsübertragung gar nicht erforderlich ist, weil der Investor bereits über Eigentum verfügt.

**Hinweis 1:** Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Kommune diese Situation nicht durch eine zeitliche Staffelung der Verträge „herbeiführen“ kann. Wenn der Investor das Grundstück zu einem bestimmten Zeitpunkt von der Kommune erworben hat, besteht immer die Möglichkeit, dass der Grundstücksverkauf mit dem späteren Durchführungsvertrag vergaberechtlich als Einheit betrachtet wird. Dies gilt umso eher, je enger der zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen beiden Vorgängen ist.

**Hinweis 2:** Eine ausdrückliche Klärung der Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Eigentum des Investors steht noch aus. In der Diskussion wird verschiedentlich erörtert, ob auch die Schaffung von Baurecht (durch Bebauungsplan oder Baugenehmigung) als Gegenleistung der Kommune in Frage kommt. Dies wird aber mit Recht überwiegend bestritten. Sollte aber die künftige Rechtsprechung dieser Auffassung nicht folgen und auch in diesen Fällen von einer Anwendbarkeit des Vergaberechtes ausgehen, empfiehlt sich die folgende Lösung:  
Das Vergaberecht sieht in § 3a Nr. 6 lit. c) VOB/A die Möglichkeit vor, im Falle des Vorliegens sogenannter „Ausschließlichkeitsrechte“ ein Verhandlungsverfahren ohne vorgeschalteten öffentlichen Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Diese Verfahrensvariante steht im Beispielsfall zur Verfügung, weil aus rechtlichen Gründen (Eigentum am Grundstück) nur der Investor A in der Lage ist, dort ein Bauwerk nach den Anforderungen der Gemeinde zu errichten. Die Gemeinde kann also in diesen Fällen auf die EU-weite öffentliche Bekanntmachung verzichten und gezielt Vertragsverhandlungen mit dem Investor A führen.

## **9. Einbeziehung privater Teilgrundstücke**

### **BEISPIEL**

*Investor A möchte ein Einkaufszentrum errichten. Ein Teil der dafür erforderlichen Flächen steht im Eigentum der Gemeinde. Einen anderen Teil hat der Investor bereits von privaten Dritten erworben. Beide Teilflächen sind für das von der Gemeinde städtebaulich favorisierte Projekt erforderlich. Neben dem Investor A hätte auch Investor B Interesse an einer Realisierung des Projektes.*

## LÖSUNG

Das Vergaberecht ist in diesem Fall grundsätzlich anwendbar.

Wenn für die Realisierung des Gesamtprojektes neben den gemeindeeigenen Grundstücken auch die Einbeziehung privater Grundstücke erforderlich ist, existieren verschiedene Möglichkeiten mit Blick auf die vergaberechtliche Handhabung. Wie bereits in der Fallvariante 8. dargestellt, erkennt der EuGH in der Tatsache, dass die Gemeinde faktisch nur einen Vertragspartner auswählen kann, nicht notwendig einen Umstand, der zur Vergaberechtsfreiheit des Grundstücksgeschäftes führt. Sofern die Realisierung des Projektes zwingend von der Einbeziehung der privaten Teilfläche abhängt, könnte auch in diesem Fall geprüft werden, ob die Eigentümerposition des Investors A als ein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne des § 3a Nr. 6 lit. c) VOB/A darstellt. Dann stünde der Gemeinde die Möglichkeit offen, den Verkauf im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung vorzunehmen, also faktisch im Wege einer freihändigen Vergabe. Diese Vorgehensweise ist jedoch nicht unumstritten. In jedem Fall muss zunächst sorgfältig geprüft werden, ob das Projekt tatsächlich zwingend die Einbeziehung der Fläche des Investors voraussetzt, oder ob Alternativen möglich sind, die dem städtebaulichen Ziel ebenso gerecht werden können. Darüber hinaus darf das Ausschließlichkeitsrecht auch nicht zur Umgehung des Vergaberechts von der Kommune herbeigeführt werden. Und schließlich steht der Kommune u. U. auch das Instrumentarium der §85 ff BauGB (Enteignung) zur Verfügung, um die Fläche insgesamt verfügbar zu machen.

Generell könnte geprüft werden, ob die Gemeinde sich das Eigentum an den privaten Grundstücken im Wege des Zwischenerwerbes verschaffen sollte, um dann den Gesamtkomplex einheitlich vergeben zu können. Der gemeindliche Zwischenerwerb hat sich in vielen Fällen zur Steuerung komplexer städtebaulicher Maßnahmen als Instrument bewährt.

Denkbar wäre auch eine Einbeziehung der privaten Grundstücke dergestalt, dass sich der private Eigentümer gegenüber der Gemeinde verpflichtet, an den erfolgreichen Bieter das Grundstück zu verkaufen. Dieser Möglichkeit ist natürlich begrenzt, wenn der Eigentümer selbst das Projekt realisieren will.

Eine weitere Lösung in diesem Fall wäre die Ausschreibung des Verkaufs nur des gemeindeeigenen Grundstückes mit der beabsichtigten Bauverpflichtung bzw. dem städtebaulichen Vertrag oder Durchführungsvertrag. Von den Bietern/Teilnehmern am Wettbewerb müsste dann als Mindestanforderung ein Nachweis der Verfügungsbefugnis über die privaten Grundstücke eingefordert werden. Im Beispielsfall wird das faktisch darauf hinauslaufen, dass sich lediglich Investor A am Wettbewerb beteiligen kann.

## 10. Projektrealisierung auf Grundstücken privater Dritter

### BEISPIEL

*Die Gemeinde plant die Errichtung eines innerstädtischen Einkaufszentrums. Mehrere Projektentwickler haben bereits ihr Interesse an der Realisierung dieses Projektes bekundet. Es stehen verschiedene Flächen zur Verfügung die jeweils im Eigentum privater Dritter stehen. Deren Bereitschaft, ihre Grundstücke zur Verfügung zu stellen, ist ungewiss.*

### LÖSUNG

Das Vergaberecht ist in diesem Fall nicht anwendbar.

In dieser Konstellation gelten die zu Fall 8 gemachten Ausführungen. Auch in diesen Fällen verschafft die Gemeinde dem Projektentwickler kein Nutzungsrecht, so dass es an einer Entgeltlichkeit des Geschäftes fehlt.

Sollte sich die hier vertretene Rechtsauffassung nicht durchsetzen, steht in diesen Fall allerdings keinem möglichen Vertragspartner ein Ausschließlichkeitsrecht zu, das zu einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb berechtigen könnte. In dieser Konstellation bliebe der Gemeinde nur die Ausschreibung eines Projektes, dessen Realisierbarkeit aufgrund der fehlenden Verfügungsbefugnis über die Flächen im Zeitpunkt der Bekanntmachung noch nicht abschließend gewährleisten kann. Sofern auch hier nicht ein kommunaler Zwischenerwerb möglich und gewollt ist, könnte die Gemeinde in diesen Fällen versuchen, im Vorfeld der Vergabebekanntmachung vertragliche Absprachen mit den Grundeigentümern dahingehend zu erzielen, dass diese sich verpflichten, an den erfolgreichen Bieter zu verkaufen oder der Kommune eine abtretbare Ankaufsoption einräumen.

Alternativ kann die Verhandlung mit den Eigentümern auch vollständig auf die private Seite verlagert werden, indem von den Bewerbern/Bietern verlangt wird, zu einem bestimmten Zeitpunkt im Verhandlungsverfahren die Verfügungsbefugnis über die zur Projektrealisierung erforderlichen Grundstücke nachzuweisen.

## 11. Besonderheiten bei Miete, Pacht und Erbbaurecht

### BEISPIEL

*Die Gemeinde will dem Investor A ein Grundstück verkaufen, auf dem dieser ein Herstellerdirektverkaufszentrum (FOC) errichten soll. Nachdem die Gemeinde erfahren hat, dass das OLG Düsseldorf Grundstücksverkäufe dieser Art dem Vergaberecht unterwirft, schlägt sie dem Investor vor, statt eines Kaufvertrages einen Erbbaurechtsvertrag zu schließen.*

### LÖSUNG

Auch Miet-, Pacht- oder Erbbaurechtsverträge können mit Bauverpflichtungen verknüpft werden. Die vergaberechtliche Beurteilung stellt sich jedoch bei Pacht- oder Erbbaurechtsverträgen nicht anders dar als bei Grundstücksverkäufen.

Verschiedentlich ist diskutiert worden, ob Erbbaurechtsverträge in diesen Konstellationen von der Ausnahme nach § 100 Abs. 2 h GWB erfasst sein könnten. Danach gilt der 4. Teil des GWB nicht für Aufträge,

**„über Erwerb oder Mietverhältnisse über oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung.“**

Es ist jedoch zum einen zu beachten, dass bei einer richtlinienkonformen Auslegung dieser Vorschrift die Ausnahme nur für öffentliche Dienstleistungsaufträge Anwendung findet und nicht für Bauaufträge. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 16 a VKR lediglich die Dienstleistungsaufträge im Sinne dieser Ausnahmenvorschrift erfasst. Zum Anderen könnte sich die Ausnahme auch lediglich auf den isoliert betrachteten Vertragsteil über die Einräumung eines Rechtes an unbeweglichem Vermögen beziehen. Auch der Grundstücksverkauf ist – isoliert betrachtet – vergaberechtsfrei. Erst in der Kombination mit den Elementen des öffentlichen Bauauftrages wird er vergaberechtsrelevant. Gleiches gilt für Miet-, Pacht- oder Erbbaurechtsverträge.

**Hinweis:** Bereits vor der aktuellen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf wurden solche Vertragsgestaltungen als öffentliche Bauaufträge eingestuft, in denen die Gemeinde auf fremden Grundstücken Bauwerke errichten ließ, um diese später zurückzumieten, sofern diese Bauwerke nach ihren Anforderungen errichtet werden sollten.

## 12. Verkauf bebauter Grundstücke mit Umnutzungsverpflichtung

### BEISPIEL

*Die Gemeinde verkauft ein Grundstück, auf dem sich eine Kurklinik befindet. Der Käufer soll sich im Kaufvertrag verpflichten, diese Nutzung fortzuführen und innerhalb des bestehenden Gebäudekomplexes weitere Dienstleistungsnutzungen zu ermöglichen.*

### LÖSUNG

Der schlichte Verkauf bebauter Grundstücke ist grundsätzlich vergaberechtsfrei. Werden aber mit dem Verkauf konkrete Vorgaben zur Umnutzung des Kaufgegenstandes verbunden, kommt die Einordnung des Vertragswerkes als öffentlicher Bauauftrag in Betracht. Entscheidend für eine derartige Einordnung und die damit verbundene Vergaberechtspflichtigkeit ist die Frage, ob mit der Pflicht zur Umnutzung bauliche Veränderungen erforderlich werden, deren Wert den Schwellenwert für die Anwendung des europäischen Vergaberechtes auslösen würde.

## 13. Probleme bei Erschließungsverträgen

Die Frage der Vergaberechtspflichtigkeit von Erschließungsverträgen wurde bislang uneinheitlich beantwortet. Die herrschende Meinung differenzierte zwischen **echten** und **unechten Erschließungsverträgen**. Nur **letztenannte** Verträge unterfielen nach **bislang herrschender Meinung** dem **Vergaberecht**. Im Lichte der neuen Rechtsprechung wird einerseits diese Differenzierung zu überprüfen sein und andererseits wird neuerlich zu differenzieren sein zwischen Erschließungspflichten im

Zusammenhang mit einem Grundstücksverkauf der Gemeinde (dazu 13.1.) und isolierten Erschließungsverträgen (dazu 13.2.)

### 13.1 Verkauf mit Erschließungspflichten

#### BEISPIEL

**13.1.1** Die Gemeinde verkauft eine ehemals landwirtschaftlich genutzte, jetzt als Baugebiet ausgewiesene Fläche an einen Bauträger, der sich u. a. dazu verpflichtet, die erforderlichen Erschließungsanlagen zu errichten und die Erschließungsflächen anschließend unentgeltlich an die Gemeinde zurück zu übertragen. Im Übrigen soll er seinen Aufwand für die Erschließung über den Abverkauf der parzellierten Baugrundstücke refinanzieren.

**13.1.2** Die Gemeinde verkauft ein Grundstück an den Unternehmer A und beauftragt ihn, dieses Grundstück und weitere Privatgrundstücke zu erschließen. Nach der Errichtung der Erschließungsanlagen und deren Rückübertragung auf die Gemeinde zahlt die Gemeinde dem Unternehmer die hierfür vereinbarte Vergütung und erhebt von den Anliegern Erschließungsbeiträge.

#### LÖSUNG

Ein **echter** Erschließungsvertrag i.S.d. § 124 BauGB liegt vor, wenn die **Durchführung** einer **Erschließung auf einen Dritten übertragen wird**, der die Erschließungsanlagen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zur Erschließung der Grundstücksflächen durchführt. Nach Herstellung der Erschließungsanlagen und deren (Rück-)übertragung auf die Kommune veräußert der Erschließungsträger die bebauten oder unbebauten, erschlossenen Grundstücke und wälzt beim Verkauf die ihm für die Herstellung der Erschließungsanlagen entstehenden Kosten auf die Erwerber ab (*Fall 13.1.1*). Wegen dieser Art der Finanzierung der Erschließungsanlagen entstehen der Gemeinde in der Regel keine Kosten, die sie durch die Erhebung von Erschließungsbeiträgen von den Anliegern erheben könnte.

Die herrschende Meinung ging bisher davon aus, dass derartige Verträge nicht unter den Anwendungsbereich des Vergaberechtes fallen, weil die Gemeinde dem Erschließungsträger kein Entgelt für die Erschließungsarbeiten zahlt. Diese Auffassung ist nach der neuen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf überholt. Bei Erschließungsanlagen handelt es sich regelmäßig um Bauwerke i.S.d. § 99 Abs. 3 GWB. Mit diesen Bauwerken ist auch eine öffentliche Zweckbestimmung verbunden, nämlich die Herbeiführung der Baureife der jeweiligen Grundstücke. Die **vertragliche Verpflichtung**, diese Anlagen zu errichten, ist damit eine **Bauverpflichtung**, die unter den Begriff des öffentlichen Bauauftrages fällt.

**Hinweis:** Die Tatsache, dass der Erschließungsträger von der Gemeinde keine Vergütung erhält, sondern sich beim Weiterverkauf der Grundstücke auch hinsichtlich seines Erschließungsaufwandes refinanziert, führt lediglich dazu, dass der öffentliche Bauauftrag als eine Baukonzession anzusehen ist, die aber ebenfalls dem Vergaberecht unterliegt. Das OLG Düsseldorf hat bereits im Beschluss vom 13.06.2007 deutlich gemacht, dass auch die Zahlungen eines Dritten an den Auftragnehmer als Entgelt i. S. v. § 99 GWB angesehen werden müssen.



Die **sog. unechten** Erschließungsverträge stellen grundsätzlich **keine Erschließungsverträge** i. S. d. § 124 Abs. 1 BauGB dar. Es handelt sich vielmehr um Vertragskonstellationen, bei denen die Gemeinde dem Unternehmer zwar die Erstellung der Erschließungsanlagen überträgt. Der Unternehmer erhält die Erschließungskosten jedoch von der Gemeinde erstattet (*Fall 13.1.2*). Bei diesen Verträgen handelt es sich zivilrechtlich betrachtet regelmäßig um schlichte Werkverträge i. S. d. § 631 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), die letztlich nur eine Vorfinanzierung durch den Unternehmer bewirken. Diese Verträge unterfielen auch bislang bereits dem Anwendungsbereich des Vergaberechtes, soweit sie den maßgeblichen Schwellenwert überschritten. Unterhalb des Schwellenwertes wären diese Verträge als öffentlich-rechtliche Verträge nach § 54 VwVfG NW nicht ausschreibungspflichtig.

### 13.2 Erschließungsverträge ohne verbundene Grundstücksverkäufe

Erschließungsverträge können auch mit privaten Eigentümern geschlossen werden, die ihr Eigentum nicht zuvor von der Gemeinde erworben haben. Auch in diesen Fällen muss zwischen echten und unechten Erschließungsverträgen differenziert werden.

#### BEISPIEL

*13.2.1 Die Gemeinde schließt mit Unternehmer A einen Vertrag in dem dieser sich verpflichtet, seine eigene Fläche und die Flächen weiterer privater Eigentümer zu erschließen. Seinen Erschließungsaufwand stellt der Unternehmer der Gemeinde in Rechnung, die wiederum Erschließungsbeiträge erhebt. Die Beitragsschuld des A wird mit seinem Vergütungsanspruch verrechnet.*

#### LÖSUNG

Die vergaberechtliche Relevanz dieses Falles ist nicht anders zu bewerten als im Fall 13.1.2. Auch hier schließen die Gemeinde und der Unternehmer im Kern einen Werkvertrag mit einer Verrechnungsabrede.

#### BEISPIEL

*13.2.2 Unternehmer A verpflichtet sich gegenüber der Gemeinde zur inneren Erschließung eines ihm gehörenden Grundstücks. Nach Erstellung der Erschließungsanlagen erteilt die Gemeinde dem A eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Nahversorgungszentrums.*

#### LÖSUNG

In dieser Konstellation eines **echten** Erschließungsvertrages erhält der Unternehmer von der Gemeinde kein Entgelt. Auch eine Verrechnung findet nicht statt, denn die Gemeinde hat keinen Aufwand der ihrerseits eine Erschließungsbeitragsforderung begründen könnte. Die Gemeinde räumt dem Unternehmer auch kein Nutzungsrecht i. S. d. Baukonzessionsbegriffes gem. § 6 Abs. 1 Satz 2 VgV ein. Das Nutzungsrecht an der Erschließungsanlage hat der Unternehmer in diesem Fall kraft seines Eigentums am Grundstück. Er räumt vielmehr der Gemeinde ein Nutzungsrecht ein, indem er nach Erstellung der Erschließungsanlage diese auf die Gemeinde überträgt.

Eine **Vergaberechtspflichtigkeit** dieser Vertragskonstellation ist daher **nicht gegeben**. Wollte man den Anwendungsbereich des Vergaberechts als eröffnet ansehen, stünde der Gemeinde jedenfalls die Möglichkeit offen, gem. §3a Nr. 6 lit.c VOB/A) im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb direkt mit dem Unternehmer A zu verhandeln.

# V. Verfahrensfragen bei der Vergabe einer Baukonzession

## 1. Regelung des § 32a VOB/A

Sofern es sich bei kommunalen Grundstücksgeschäften um einen Bauauftrag i. S. d. § 99 Abs.3 GWB in Form einer Baukonzession handelt, stellt sich die Frage nach dem richtigen Verfahren. Die Vergabe einer Baukonzession ist in § 32a VOB/A geregelt<sup>3</sup>. Dieser sieht den Grundsatz vor, dass bei der Vergabe von Konzessionen mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von mind. 5 150 000 € (seit 01.01.2008) die „a-Paragrafen“ der VOB/A keine Anwendung finden. Ausnahmen sind in den Absätzen 2 – 4 des § 32a geregelt. Dieses würde bedeuten, dass die Begrifflichkeiten des europaweiten Vergabeverfahrens keine Anwendung finden. Gleichwohl sollten, da bei einer Vergabe von Baukonzessionen die Schwellenwerte des europäischen Vergaberechtes in der Regel überschritten sind, die Begrifflichkeiten des europäischen Vergaberechtes Anwendung finden. Dieses kann aus § 6 VgV hergeleitet werden.

## 2. Herstellung der sog. Vergabereife i. S. d. §16 VOB/A

Grundsätzlich soll der öffentliche Auftraggeber erst dann ausschreiben, wenn alle Verdingungsunterlagen fertig gestellt sind und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Das heißt: es ist die „**Vergabereife**“ nach § 16 VOB/A herzustellen. Dieses würde bedeuten, der kommunale Grundstücksverkäufer hätte bereits im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung dafür Sorge zu tragen, dass der Käufer des Grundstücks dieses frei von Rechten Dritter erwerben kann und alle Voraussetzungen vorliegen, um für das auf dem Grundstück geplante Vorhaben die entsprechenden Genehmigungen zu erhalten. Dieses würde auch die rechtzeitige Erteilung der Baugenehmigung beinhalten sowie konkrete Vorstellungen des Verkäufers über das Bauwerk.

Die **Erfüllung** dieser **Voraussetzung** ist allerdings im Fall der kommunalen Grundstücksverkäufe **nicht möglich**. Es ist gerade Sinn und Zweck derartiger Verfahren, in Verhandlungen mit dem Investor zu einer einvernehmlichen Gestaltung zu gelangen. Insofern kann von der Kommune nicht verlangt werden, dass sie bereits eine detaillierte Ausschreibung vornimmt und abschließend das Baurecht geschaffen hat.

In tatsächlicher Hinsicht muss der Käufer über alle kalkulationsrelevanten Informationen verfügen und anhand der Planung und Ausführungsunterlagen ein Angebot erstellen und kalkulieren können. Eine Ausschreibung „ins Blaue hinein“ ist unzulässig. Dieses bedeutet: Der Rat muss alle kalkulationsrelevanten Eckpunkte zuvor verbindlich beschlossen haben.

Es muss darüber hinaus der Wille bestehen, das Baurecht zu schaffen und dem Investor das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen. Sofern das abschließende Baurecht erst im laufenden Verfahren geschaffen werden kann, ist den Bewerbern bzw. Bietern dieser Umstand in der Bekanntmachung mitzuteilen. Gleichzeitig sind die Grundzüge des angestrebten Baurechts so weit wie möglich darzustellen. Dabei kann die Kommune auch durchaus zu erkennen geben, dass eine Anpassung des

---

<sup>3</sup> Da es sich um eine europaweite Ausschreibung handelt, ist der 2. Abschnitt der VOB Teil A anzuwenden, der neben den nationalen Vorschriften in den „a-Paragrafen“ auch die europaweit zu beachtenden Vorschriften enthält.

bestehenden Planungsrechts im Rahmen der bekanntgemachten Eckpunkte in Frage kommen kann, um das Konzept des Investors zu ermöglichen.

**Hinweis:** Werden die Grundsätze des § 16 VOB/A vom öffentlichen Auftraggeber nicht beachtet, kann dieses in einem nationalen Verfahren zu Schadenersatzansprüchen wegen schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Pflichten nach § 311 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 241 Abs. 2, 280 BGB führen (Schadenersatz aus c.i.c.). Bei europaweiten Vergaben kann dies Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens nach §§ 102 ff. GWB sein. Aus diesem Grunde ist besonderes Augenmerk auf diesen Grundsatz zu legen.

### **3. Vergabearten**

Die Bestimmung der Vergabeart hängt in der Regel davon ab, ob es sich um eine nationale oder europaweite Vergabe handelt. Wie bereits unter 1. erwähnt, wären nach der Vorschrift des § 32a VOB/A die Begriffe des nationalen Vergaberechts anzuwenden. Allerdings erscheint es, da die Schwellenwerte –und damit der Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien – in der Regel erreicht sind, angebracht, den Begriff der europaweiten Vergaben zu verwenden.

Danach ist von den in § 101 Abs.1 GWB geregelten Verfahren auszugehen. Dabei handelt es sich um das Offene Verfahren, das Nichtoffene Verfahren, sowie das Verhandlungsverfahren. Diese stehen grundsätzlich in einem Verhältnis des Vorrangs des Offenen Verfahrens vor den beiden anderen Verfahrensarten, § 101 Abs. 5 GWB. Daneben wurde der Wettbewerbliche Dialog eingeführt, der in § 6a VgV, § 3a Nr. 4 VOB/A geregelt ist.

#### **3.1 Offenes Verfahren**

Dabei handelt es sich um die strengste Verfahrensart, die allerdings auch ein Maximum an Wettbewerb und Transparenz bietet. Hier können sich alle interessierten Unternehmen um Teilnahme am Verfahren bewerben. Die Voraussetzungen sind in §§ 101 Abs.2 GWB, 3a Nr.2 VOB/A geregelt.

#### **3.2 Nichtoffenes Verfahren**

Dieses Verfahren trägt seinen Namen, da sich hier zwar alle Unternehmen um eine Teilnahme an der Ausschreibung bewerben dürfen. Gleichwohl wird aber vom öffentlichen Auftraggeber nur eine begrenzte Anzahl von Bietern nach erfolgter Eignungsprüfung zur Angebotsabgabe aufgefordert. Das Verfahren ist in §§ 101 Abs. 3 GWB, 3a Nr.3 VOB/A geregelt. Auf die weiteren Einzelheiten des Ablaufs soll deshalb an dieser Stelle verzichtet werden.

#### **3.3 Verhandlungsverfahren**

Das Verhandlungsverfahren nach § 101 Abs.4 GWB, das nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen, die in § 3a Nr.5 und Nr.6 VOB/A geregelt sind, zur Anwendung gelangt, ermöglicht – da es erheblich weniger formstreng als die beiden o.g. Verfahren ist – ein flexibleres Vorgehen. Wie bereits erwähnt, darf es nur in engen Ausnahmefällen angewandt werden.

Dem Verhandlungsverfahren ist ein Öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorzuschalten, bei dem die Eignungsprüfung der Bewerber vorgezogen wird.

Das Verhandlungsverfahren ist durch umfangreiche Verhandlungen mit **mindestens 3 Bietern** gekennzeichnet. Nach den Verhandlungen ist eine Vergleichbarkeit der Angebote herbeizuführen. Damit bedeutet das Verhandlungsverfahren zwar einen größeren Zeitaufwand als alle anderen Verfahren. Es wird allerdings zu dem Ergebnis kommen, dass Konzepte gemeinsam mit möglichen Auftragnehmern erarbeitet werden können.

In der Praxis haben sich sog. „**strukturierte**“ **Verhandlungsverfahren** durchgesetzt, in denen der öffentliche Auftraggeber vorsieht, dass das Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Die Absicht, ein derartiges Verfahren durchzuführen, ist in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen anzuzeigen.

Erfahrungen haben gezeigt, dass mindestens zwei Verhandlungsrunden vorgesehen werden sollten. In der ersten Runde werden die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bewerber aufgefordert, auf Grundlage einer detaillierten Beschreibung des Projekts ihre Angebote abzugeben. Diese Angebote werden geprüft und gewertet. Im Anschluss daran werden Angebote ausgeschieden und die Bieter mit den besten Angeboten zur Abgabe von „verbindlichen“ Angeboten aufgefordert. Nach Wertung dieser Angebote werden weitere Verhandlungsgespräche geführt.

**Hinweis:** Angesichts der neuen Regelung in § 3a Nr. 7 VOB/A erscheint es empfehlenswert, Verhandlungen bis zum Ende mit mindestens 2 Bietern parallel zu führen.

### **3.4 Wettbewerblicher Dialog**

Das neu geschaffene Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs, das gemäß 6a VgV auch für die Vergabe von Baukonzessionen oberhalb der Schwellenwerte Anwendung findet, könnte ebenfalls eine geeignete Vergabeart sein. Dieses Verfahren ist allerdings erheblich strengeren Anwendungsvoraussetzungen unterworfen als das Verhandlungsverfahren. Denn hierbei handelt es sich um ein in besonderer Weise strukturiertes Verhandlungsverfahren.

Bei diesem Verfahren können sich alle Unternehmen um die Teilnahme bewerben. Der öffentliche Auftraggeber kann aber die Zahl der Teilnehmer begrenzen und anhand von transparenter (bekanntgemachten), objektiven und nicht-diskriminierenden Kriterien aus den Bewerbern eine Auswahl treffen. Mit den so zugelassenen Teilnehmern führt der öffentliche Auftraggeber dann einen Dialog. Mit Hilfe dieser neuen Vergabeart soll die Vergabe besonders komplexer öffentlicher Aufträge erleichtert werden.

Diese Voraussetzungen liegen dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können, und/oder die rechtlichen und/ oder finanziellen Konditionen eines Vorhabens anzugeben. Es ist beim Verkauf kommunaler Grundstücke im Einzelfall zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des Wettbewerblichen Dialogs eröffnet ist.

### 3.5 Zusammenfassende Bewertung

Die Wahl des richtigen Verfahrens hängt davon ab, inwiefern die Inhalte des Projekts bereits festgelegt werden können.

#### 3.5.1 Offenes Verfahren

Das Offene Verfahren kommt in Betracht, wenn die städtebaulichen Vorgaben bereits im Vorfeld festgelegt werden können. In diesem Fall haben die Kommunen die inhaltlichen Anforderungen sowie die Vertragstexte mit der Bekanntmachung den Investoren vorzulegen. Es ist allerdings zu beachten, dass bei diesem Verfahren das Risiko besteht, dass innovative Vorschläge keine Berücksichtigung finden, da eine Nachverhandlung über Inhalte unzulässig ist. Aus den o. g. Gründen wird dieses Verfahren deshalb in der Regel nicht oder eher selten zur Anwendung gelangen.

Sollten allerdings die Inhalte des Projektes feststehen und dem Bieter bereits ein konkreter Vertrag nebst Planung vorgelegt werden können, wäre diese Verfahrensart dem Verhandlungsverfahren vorzuziehen (siehe auch unter VI., Ziff. 4.2).

#### 3.5.2 Nichtoffenes Verfahren

Das Gleiche hat für das Nichtoffene Verfahren zu gelten, das ebenfalls das Vorliegen konkreter Pläne und Vertragsentwürfe voraussetzt. Dies könnte z. B. der Fall sein, wenn es bereits einen Wettbewerb über die Bebauung der Fläche gegeben hat und der Siegerentwurf Grundlage für das Verfahren ist. In diesem Fall müsste aber auch ein Grundstückskaufvertrag bereits feststehen, für dessen Abschluss ein notarielles Angebot abgegeben wird, das von der Kommune nur noch angenommen werden muss.

#### 3.5.3 Verhandlungsverfahren

Da es sich bei Grundstückstransaktionen regelmäßig um komplexe Aufträge handelt, deren Inhalte nicht bereits zu Beginn eines Verfahrens feststehen, bietet sich das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Öffentlichem Teilnahmewettbewerb an, § 3a Nr.5c VOB/A.

**Verfügt** der **Investor** dagegen bereits über das **Grundstück**, wird das **Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung** in Betracht kommen, § 3a Nr.6c VOB/A, sofern man überhaupt das Vergaberecht für anwendbar halten will (siehe dazu auch unter IV. Fallbeispiel 8).

**Hinweis:** Zu beachten ist, dass dem Investor eine Entschädigung zu zahlen ist für die Erarbeitung des Angebots sowie für die Ausarbeitung von Unterlagen, wenn diese den regelmäßig zu erwartenden ordnungsgemäßen Umfang übersteigen, § 20 Nr.2 Abs.1 Satz 2 VOB/A. Hierfür kommen nur solche Entwürfe, Pläne oder ähnliches in Betracht, die sowohl arbeitsmäßig als auch sonst eine wirklich eigenständige und in sich geschlossene Leistung darstellen, wovon bei derartigen Angeboten im Zuge von Grundstücksverkäufen an Investoren auszugehen ist. Allerdings kann in der Aufforderung zur Angebotsabgabe aufgeführt werden, dass keine Kostenerstattung stattfindet. Wer dies als einen Vergaberechtsverstoß erachtet, müsste dies rügen, um sich in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren darauf berufen zu können. Bei besonders komplexen Verfahren könnte auch der Hinweis aufgenommen werden, dass eine Entschädigung gezahlt wird, deren Höhe noch im Laufe des Verfahrens festgelegt und den Bietern mitgeteilt wird.

### **3.5.4 Wettbewerblicher Dialog**

Zu diskutieren ist schließlich auch die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs. Allerdings ist dieser erheblich formalisierter und strukturierter als das Verhandlungsverfahren. Deshalb kann er es im Einzelfall an der notwendigen Flexibilität fehlen lassen. Zudem kommt dieser nur für komplexe Vorhaben in Betracht, bei denen individuelle Verhandlungen über Einzellösungen erforderlich sind. Bei Grundstücksverkäufen steht jedoch die Ermittlung gleichwertiger Rahmenbedingungen im Vordergrund, um die städtebaulichen Interessen bestmöglich umzusetzen. Dieses kann im Regelfall besser im Wege des Verhandlungsverfahrens, welches das gleichzeitige Verhandeln der Vorschläge mit allen Bietern und damit eine Bündelung von know-how vorsieht, als im Wege des Wettbewerblichen Dialogs erreicht werden. Dieser sieht getrennte Verhandlungen mit jedem einzelnen Bieter vor.

Für den Wettbewerblichen Dialog ist ebenfalls eine **angemessene Kostenerstattung** in § 6a Abs. 7 VgV geregelt. Allen am Dialog teilnehmenden Unternehmen, die zur Entwicklung von Lösungen Entwürfe, Pläne und ähnliches angefertigt haben, steht dieser Kostenanspruch- wie beim Verhandlungsverfahren- zu, auch wenn ihre Lösungen nicht weiter verwendet werden.

**Hinweis:** Die Gründe für die Wahl des jeweiligen Verfahrens sind im Vergabevermerk, § 30a lit.i VOB/A darzulegen.

## **4. Bekanntmachung**

Gemäß § 32a VOB/A iVm § 17a Nr. 2 VOB/A ist eine Baukonzession europaweit bekannt zu machen. Dieses hat zwingend mit dem Standardformular 10 zu erfolgen, welches unter der Adresse: <http://simap.europa.eu>. abrufbar ist. Parallel dazu – aber nicht vorher (!) - können nationale Bekanntmachungen im Bundesanzeiger, im Amtsblatt der jeweiligen Kommunen sowie im Internet veröffentlicht werden. Durch die europaweite Bekanntmachung und den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb wird bereits eine vorgezogene Eignungsprüfung vorgenommen. Aus diesem Grunde muss der öffentliche Auftraggeber bereits hier die betreffenden Eignungsnachweise definieren, die ihm gegenüber von den Bietern zu erbringen sind. In dem Zusammenhang ist anzumerken, dass eine vorherige Festlegung auf bestimmte Vorgaben auch beim Verhandlungsverfahren unumgänglich und notwendig ist und nicht ohne Weiteres die Berechtigung besteht, im Laufe des Verhandlungsverfahrens kalkulationsrelevante Tatsachen und Umstände zu ändern.

### **4.1 Zuschlagskriterien**

Weiterhin sind in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien zu nennen, die für die Vergabe eine Rolle spielen. Denn diese Kriterien dürfen im Nachhinein im Verlauf des Verfahrens nicht mehr geändert werden – auch nicht im Falle der Wahl des Verhandlungsverfahrens -. Anders als bei sonstigen Verfahren oberhalb der Schwellenwerte ist es bei der Vergabe der Baukonzessionen nicht geregelt, zu welchem Zeitpunkt die Gewichtung der Zuschlagskriterien für die Vergabe der Baukonzessionen anzugeben ist.

Anhang VII, Teil C der Richtlinie 2004/18/EG bestimmt, dass die Kriterien für die Erteilung des Auftrages bereits in der Bekanntmachung für Baukonzessionen angegeben werden müssen. Da sich eine Aussage zur Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht findet, wird man davon ausgehen können, dass diese Gewichtung auch im weiteren Verlauf des Verfahrens erfolgen kann.

Als Zuschlagskriterien kommen unterschiedliche in Betracht: ein möglichst hoher Kaufpreis (Erlöse), die Qualität der geplanten Bebauung (städtebauliche Bewertung), die Schaffung von Arbeitsplätzen, die Einbindung in den städtebaulichen Gesamteindruck, die Ansiedlung von Gewerbeflächen, Realisierung und Umsetzung sowie das Nutzungskonzept.

#### **4.2 Wertungskriterien**

Bei der Wertung der Angebote dürfen nur Kriterien berücksichtigt werden, die in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen benannt sind. Hierbei ist zu beachten, dass den Bietern auch sog. Unterkriterien bekannt gegeben werden müssen, wenn diese zur Wertung der Angebote heran gezogen werden sollen. Der EuGH hat zuletzt mit Urteil vom 24.01.2008 (EuGH, Rs. C 532/06) entschieden, dass Unterkriterien nicht nachträglich verwendet oder gebildet werden dürfen. Hierdurch würde die Wertung insgesamt fehlerhaft und angreifbar, weil alle Wertungskriterien und das ihnen jeweils zugemessene Gewicht den Bietern von Anfang an bekannt gegeben werden müssen.

Falls mehrere Wertungskriterien einbezogen werden sollen, wird sich die Aufstellung einer einzelfallbezogenen Wertungsmatrix anbieten, mit der im Einzelfall das wirtschaftlichste Angebot ermittelt werden kann. In dieser ist auch die Gewichtung darzustellen.

### **5. Vergabeunterlagen**

Zu den Vergabeunterlagen gehört die Leistungsbeschreibung. Sie hat nach § 9 Nr. 1 S.1 VOB/A die Leistung klar und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können. Im Falle der diskutierten Grundstücksverkäufe bedeutet dieses, dass eine funktionale Leistungsbeschreibung zu erfolgen hat, nach der den Bietern eine einwandfreie Kalkulation der Baukosten möglich ist.

### **6. Bewerbungsfrist**

Die Bewerbungsfrist für den Antrag auf Teilnahme muss mindestens 52 Kalendertage betragen, da die in § 18 a Nr. 1 Abs. 2 oder § 18a Nr. VOB/A vorgesehenen Fristenkürzungen nicht gelten.

### **7. Angebotsfrist**

Die Angebotsfrist darf nicht unter 10 Kalendertagen liegen, muss allerdings nicht einer 52-Tage-Frist wie der Bewerbungsfrist entsprechen. Dieses ergibt sich aus § 18 Nr. 1 VOB/A.

### **8. Zuschlag**

Grundsätzlich braucht die Zuschlagserteilung nach § 28 VOB/A nicht schriftlich zu erfolgen. Allerdings kann nach zwingenden gesetzlichen Vorschriften Schriftform gemäß § 126 BGB erforderlich sein. Diese ergibt sich in Nordrhein-Westfalen aus der Gemeindeordnung (GO) – hier §§ 63,64 GO. Denn in den zugrunde liegenden Fällen bedarf der mit dem Grundstückserwerb im Zusammenhang stehende Bauvertrag zu seiner Wirksamkeit nach § 311b BGB der notariellen Beurkundung.



## 9. Aufhebung der Ausschreibung

Der öffentliche Auftraggeber ist natürlich nicht verpflichtet, auch tatsächlich mit dem Bieter den ausgeschriebenen Vertrag zu schließen. Vielmehr geht das Vergaberecht von dem Grundsatz aus, dass dieses regelmäßig mit der Erteilung des Zuschlages nach § 28 VOB/A endet. Gleichwohl ist der öffentliche Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen des § 26 VOB/A berechtigt, das Ausschreibungsverfahren aufzuheben. Ein derartiger Fall kann nach § 26 Nr.1a VOB/A dann vorliegen, wenn **kein** den **Ausschreibungsbedingungen** **entsprechendes Konzept** eingereicht wurde.

Im Falle der diskutierten Grundstücksverkäufe kann regelmäßig das Problem des Mindestverkaufspreises eine Rolle spielen, was zu einer möglichen Aufhebung der Ausschreibung führen kann. Um einer Auseinandersetzung über das Vorliegen von Aufhebungsgründen aus dem Weg zu gehen, sollte in diesem Fall in die Verdingungsunterlagen ein Mindestkaufpreis aufgenommen werden, bei dessen Unterschreitung sich der öffentliche Auftraggeber vorbehält, die Ausschreibung aufzuheben.

**Hinweis:** Allerdings ist dabei zu beachten, dass der öffentliche Auftraggeber sorgfältig zu prüfen hat, ob einer der Sachverhalte des § 26 VOB/A vorliegt. Tut er dieses nicht, kann er sich schadenersatzpflichtig machen.

## 10. Konsequenzen von Verstößen gegen das Vergaberecht

Verstöße gegen das Vergaberecht haben erhebliche Konsequenzen. Diese sind im nationalen Vergaberecht anders als bei der europaweiten Ausschreibung. Da in der Regel davon ausgegangen werden kann, dass der Verkauf von Baugrundstücken mit Bauverpflichtung den Schwellenwert für europaweite Vergaben überschreitet, sollen ausschließlich kurz die Konsequenzen bei Verstößen bei europaweiten Ausschreibungen dargestellt werden.

Die Verstöße können darin liegen,

- dass von einem europaweiten Vergabeverfahren – obgleich die rechtlichen Voraussetzungen vorlagen – abgesehen wurde (s. 10.1),
- dass bei der Durchführung Vergabefehler aufgetreten sind (s. 10.2).

### 10.1 Kein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt

Für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber – trotz entsprechender Verpflichtung – eine Baukonzession ohne vorherige europaweite Bekanntmachung und Durchführung eines Vergabeverfahrens vergibt, ist von einer grundsätzlichen Nichtigkeit der Verträge nach EU-Recht auszugehen. Dieses gilt für den Neuabschluss von Verträgen.

Anders dagegen sieht die **Rechtslage** bei den **bestehenden Verträgen** aus. Hier ist von einer Vergaberechtswidrigkeit dieser Verträge auszugehen, was allerdings nicht die Pflicht der sofortigen Auflösung der Verträge nach sich zieht. Allerdings können Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission eingeleitet werden, die zur Auflösung der bestehenden Verträge zwingen. Damit sind die Verträge im Falle der Einleitung derartiger Verfahren gleichwohl mit dem Risiko der Nichtigkeit oder Rückabwicklung der entsprechenden Verträge behaftet. Denn nach einem aktuellen Urteil des EuGH vom 18.07.2007 (Rs C-503/04) gilt der Grundsatz „pacta sunt

servanda“ des deutschen Rechts nicht.

Nach nationalem Recht ist davon auszugehen, dass unter gewissen Voraussetzungen ein abgeschlossener Vertrag in analoger Anwendung des § 13 Satz 6 VgV als nichtig erachtet würde.

**§ 13 VgV** regelt die **Pflicht** des öffentlichen Auftraggebers, die **Bieter** schriftlich **zu informieren, die den Zuschlag nicht erhalten** sollen. Diese Vorschrift soll dem Rechtsschutzbedürfnis des Bieters dienen. Denn mit der Erteilung des Zuschlags kann der Anspruch der an öffentlichen Aufträgen interessierten Unternehmen auf Einhaltung der Vergabevorschriften gemäß § 97 Abs. 7 GWB nicht mehr durchgesetzt werden. Mit dem Zuschlag ist das Vergabeverfahren beendet und ein einmal geschlossener Vertrag kann nicht mehr aufgehoben werden. Der sich in seinen Rechten verletzt fühlende Unternehmer kann dann nicht mehr die Vergabekammer zur Nachprüfung anrufen, sondern nur noch Schadensersatz vor den ordentlichen Gerichten erlangen.

Diese Information hat spätestens 14 Kalendertage vor Zuschlagserteilung schriftlich zu erfolgen. Sie hat mindestens den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll sowie den Grund für die Ablehnung des Angebots zu enthalten.

**Hinweis:** Diese Informationspflicht ist strikt zu beachten. An ihre Nichtbeachtung sind erhebliche rechtliche Konsequenzen geknüpft. Ein Vertrag darf vor Ablauf der Frist, ohne dass die Information erteilt worden und die Frist abgelaufen ist, nicht geschlossen werden. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig, § 13 Satz 6 VgV.

Der Bundesgerichtshof (BGH) ist der Auffassung, dass sich der **Gedanke des § 13 VgV** – die Gewährung effektiven Rechtsschutzes- auch **auf vergleichbare Sachverhalte übertragen** lasse. Als ein solcher werden die sog. **de-facto-Vergaben** angesehen, wie sie den Entscheidungen des OLG Düsseldorf zugrunde liegen. Dabei handelt es sich um Sachverhalte, in denen überhaupt kein Vergabeverfahren durchgeführt wurde, obwohl das Europäische Recht ein solches im konkreten Fall fordert.

Mit dieser Frage hatte sich der BGH in seinem Beschluss vom 01.02.2005 ( Az: X ZB 27/04 ) zu beschäftigen. Dabei ist er zu der Auffassung gelangt, dass die Nichtigkeitsfolge zumindest die Verträge treffen muss, die zwar ohne die Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens geschlossen worden sind, bei denen aber gleichwohl der öffentliche Auftraggeber mit mehreren Unternehmen Kontakt aufgenommen, diese zur Angebotsabgabe aufgefordert und unter diesen eine Auswahl getroffen hatte.

Mit dieser Argumentation hat auch das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 06.02.2008 – VII Verg 37/07 die Nichtigkeit begründet.

Die **Nichtigkeit** eines vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrags kann darüber hinaus nach nationalen Vorschriften nach **§ 138 Abs. 1 BGB** in Betracht kommen. Dieses ist allerdings nur dann anzunehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts handelt und er überdies kollusiv (in Kenntnis der Rechtslage im Einvernehmen mit dem Auftragnehmer) mit dem Auftragnehmer zusammenwirkt.

## **10.2 Verstöße im Vergabeverfahren gegen das Vergaberecht**

Des Weiteren sind sonstige Verstöße gegen das Vergaberecht im Wege eines Nachprüfungsverfahrens von den Vergabekammern sowie den Oberlandesgerichten gem. §§ 107 ff. GWB nachprüfbar.

Darüber hinaus können die Bieter vor den Zivilgerichten unter folgenden Voraussetzungen Schadensersatz verlangen:

### **10.2.1 Anspruch auf Ersatz nutzloser Aufwendungen (sog. negatives Interesse)**

Danach können Bieter gemäß § 126 GWB die Kosten für die Angebotserstellung oder die Teilnahme am Vergabeverfahren ersetzt verlangen, wenn

- sie ohne den begangenen Fehler eine „echte Chance“ gehabt hätten, den Zuschlag zu erhalten,
- die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde.

Von einer „echten“ Chance ist regelmäßig dann auszugehen, wenn der Bieter in der Angelegenheit in die engere Wahl gekommen ist.

### **10.2.2 Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns (sog. positives Interesse)**

Für den Fall, dass Bieter ohne Vergabefehler den Zuschlag hätten erhalten müssen und der Auftrag tatsächlich an einen Dritten vergeben worden ist, können diese den ihnen entgangenen Gewinn verlangen. Danach wäre der Bieter so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er den Zuschlag erhalten hätte. Der Bieter kann damit also zum Beispiel Ersatz des Gewinns verlangen, den er beim Abschluss des anderen, nicht eingegangenen Geschäfts erzielt hätte.

# VI. Beispielsfall für ein Investorenauswahlverfahren

## 1. Sachverhalt

Die Kommune X möchte ein Grundstück in innenstadtnaher Lage verkaufen. Für das Grundstück gibt es einen qualifizierten Bebauungsplan, der das Gebiet als Mischgebiet nach § 6 BauNVO ausweist.

In der ersten Ratssitzung, in der der Verkauf des Grundstücks auf der Tagesordnung steht, wird schnell klar, dass die einzelnen Fraktionen sehr unterschiedliche Vorstellungen darüber haben, was in dieser attraktiven Lage ihrer Kommune richtigerweise realisiert werden sollte, um diesen Bereich der Kommune X städtebaulich aufzuwerten.

### Folgende Ideen stehen danach im Raum:

- Hotel mit Wellness-Bereich;
- Bürogebäude;
- Einkaufspassage;
- betreutes Wohnen für Senioren;
- Wohnanlage;
- Konzerthalle.

Die Kommune hat also im Ergebnis keine festen Vorstellungen darüber, welche Art der Bebauung an dem Standort empfehlenswert wäre. Sie entscheidet sich daher, mit diesem Grundstück auf den Markt zu gehen und dieses nicht nur verkaufen, sondern neben dem Verkauf die Bebauung nach einem vom Investor selbst vorgeschlagenen Konzept sicherstellen zu wollen. Dieser soll also neben dem Kauf verpflichtet werden, auf dem Grundstück einen von ihm zu planenden Gebäudekomplex/Gebäudekomplexe zu errichten. Da nach den Festsetzungen des Bebauungsplanes z.B. auch Tankstellen, Gartenbaubetrieben und Vergnügungsstätten erlaubt wären, soll sichergestellt werden, dass diese in dem Gebiet nicht gewünscht sind und Konzepte, die diese Art der Nutzung beinhalten, ausgeschlossen werden.

Die Investoren selbst sollen also die aus ihrer Sicht bestmöglichen Nutzungskonzepte für die Grundstücke vorschlagen.

Die Vergabestelle wird daraufhin in Abstimmung mit dem Liegenschaftsamt damit betraut, alle erforderlichen rechtlichen Vorkehrungen für die Ausschreibung zu treffen. Über das Ergebnis soll in der nächsten Ratssitzung entschieden und damit der Ausschreibungsinhalt beschlossen werden.

Die **wesentlichen Schritte** von der **Vorbereitung der Ausschreibung** bis zu deren **Durchführung** werden nachfolgend **beispielhaft** aufgeführt. Dabei ist natürlich anzumerken, dass es sich nur um einen **Beispielfall** handelt und für jedes Projekt einzelfallbezogen geprüft werden muss, wie die notwendigen Schritte genau durchgeführt werden können.

## 2. Verfahrensablauf

### 2.1 Interne Vorbereitung der Ausschreibung (Bekanntmachungsphase)

#### 2.1.1 Herstellung der „Vergabereife“

Vergaberechtlich ist es wichtig, im Vorfeld die kalkulationsrelevanten Faktoren - wie z.B. die Grundstücksgröße, den Ausschluss bestimmter Nutzungsarten, etc. – festzulegen und die Kriterien festzulegen, nach denen der zum Zuge kommende Bieter ausgewählt werden soll. Diese relevanten Eckpunkte dürfen nach der Bekanntmachung auch nicht mehr geändert werden. Dies bedeutet sicherlich einen höheren Abstimmungsbedarf im Vorfeld einer Ausschreibung, als dies bisher - bei den informellen Investorenauswahlverfahren - der Fall war. Aber die hier aufgewendete Zeit wird am Ende eines solchen Verfahrens eingespart. Die bisherige Erfahrung hat gezeigt, dass oftmals gerade in der Endphase eines Projektes Abstimmungsschwierigkeiten bezüglich der auszuwählenden Projekte aufgetreten sind. Diese „Schwierigkeit“ verlagert sich in dem Sinne nun auf das Vorfeld einer Ausschreibung, kostet aber nicht - wie vielfach vermutet wird – im Ergebnis mehr Zeit.

Oftmals ist die Kommune für die Entwicklung eines Gebietes nicht nur auf ihre eigenen, sondern auch auf fremde Grundstücke angewiesen. In diesen Fällen muss sie mit den Eigentümern Regelungen finden. Wenn das Grundstück als solches benötigt wird, muss die Kommune erreichen, dass sich die privaten Eigentümer zum Verkauf des Grundstückes verpflichten (notarielles Verkaufsangebot), wobei Käufer dann derjenige wäre, der im Vergabeverfahren der Kommune den Zuschlag erhält. Ferner müssen die Grundlagen für die Projektrealisierung soweit ermittelt sein, dass z.B. die Verkaufsflächen ausgewiesen werden können, aufgeführt werden kann, dass bestimmte Nutzungen ausgeschlossen sind und umfassende Informationen zu dem Grundstück (z.B. Bodengutachten, Denkmalschutzbericht, etc.) gegeben werden können.

Auch wenn **Baurecht noch nicht existiert**, wird eine **Ausschreibung zulässig** sein. Hierbei muss aber berücksichtigt werden, dass das Risiko der Bebaubarkeit und mögliche Verzögerungen bei der Schaffung von Baurecht sich stets auf den Bestand des Kaufvertrages und den Zeitpunkt der Fälligkeit des Kaufpreises auswirken werden. Die **Kommune** darf sich **nicht verpflichten**, einen **Bebauungsplan** zu erlassen. Der Erwerber wird sich aber andererseits ein Rücktrittsrecht ausbedingen für den Fall, dass das Baurecht nicht in überschaubarer Frist kommt.

**Hinweis:** Insofern ist es ratsam, erst auszuschreiben, wenn der Rat sich eine grundsätzliche Meinung zu den aus seiner Sicht wünschenswerten Nutzungsarten der zu verkaufenden Fläche gebildet hat. Das kann auch bereits in der Form eines Aufstellungsbeschlusses zu einem Bebauungsplan geschehen.

#### 2.1.2 Wahl der Vergabeart

Bevor die Kommune die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlichen kann, muss sie eine Entscheidung über die zu wählende Vergabeart treffen.

Die VOB/A bietet **vier** verschiedene Verfahrensarten:

1. Offenes Verfahren;
2. Nichtoffenes Verfahren;        }
3. Verhandlungsverfahren;        } jeweils mit vorgeschaltetem  
    Teilnahmewettbewerb
4. Wettbewerblicher Dialog.     }

Da die Kommune X noch nicht weiß, was sie am Standort verwirklicht wissen will, empfiehlt es sich und ist es vergaberechtlich zulässig, das Verhandlungsverfahren zu wählen. Dieses kann in mehrere Verhandlungsrunden gegliedert werden und bietet sich daher besonders an, um einem komplexen Vorhaben Rechnung zu tragen.

### **2.1.3 Festlegung der Eignungskriterien**

Während des Verhandlungsverfahrens wird die Eignungsprüfung im Rahmen des vorge-schalteten Teilnahmewettbewerbs zeitlich vorgezogen. Wichtig ist daher, bei der Bekanntmachung die Eignungskriterien anzugeben, und auszufüllen, welche Unterlagen für den Nachweis der Eignung vorgelegt werden müssen. Hier bietet es sich an, möglichst keine zu hohen Anforderungen aufzustellen, wenn zu befürchten ist, dass der Standort ggf. nicht so attraktiv ist und sich mögliche Investoren ggf. bereits von den einzureichenden Eignungsnachweisen abschrecken lassen.

Andererseits muss die Kommune X aber auch sicherstellen, Bewerber zu erhalten, die sowohl im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und im Hinblick auf ihre Erfahrung in der Lage sind, ihr Projekt umzusetzen. Man will schließlich nicht am Ende vor einer Bauruine stehen. Es müssen deshalb Referenzen über vergleichbare Projekte vorlangt werden. Empfehlenswert ist auch eine

**Vertragserfüllungsbürgschaft** während der Bauphase. Die Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Bewerbers und noch nicht auf ein konkretes Angebot.

Die Kommune X muss sich zu diesem Zeitpunkt auch entscheiden, ob sie alle **geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe auffordern oder** aus den geeigneten Bewerbern **nur eine bestimmte Anzahl**, z.B. **5** Bewerber, auswählen will. Eine Einschränkung des Bewerberkreises bietet sich zumindest in komplexen Verfahren an, damit die Zahl der Bieter, mit denen nach Eingang der Angebote verhandelt werden muss, nicht zu groß ist und die Verhandlungen nicht unnötig erschwert werden. Diese benötigen nämlich regelmäßig einen hohen Aufwand, da verschiedene Vertreter der Kommune, ggf. juristischer Beistand und die Teilnehmer der Unternehmen zeitlich auf einheitliche Termine koordiniert werden müssen. Es ist daher normalerweise sinnvoll, die **Anzahl der Bieter auf 3 bis höchstens 5** zu begrenzen.

Die Kommune X kann sich im Vorfeld auch entscheiden, ob sie den Bieterkreis bei den späteren Verhandlungen ebenfalls schrittweise verkleinern möchte. Eine sukzessive Verringerung des Bieterkreises ist in der Weise zulässig, dass am Ende nur noch mit mindestens zwei sog. bevorzugten Bietern verhandelt wird. Dies sieht zwar die Richtlinie 2004/18/EG (dort Art. 44) nicht ausdrücklich für die Vergabe einer Baukonzession vor. Das Erfordernis, diese Vorgehensweise den Bietern gegenüber bekanntzumachen, ist aber Ausdruck des allgemeinen Transparenzgrundsatzes, der im Verhandlungsverfahren und bei der Vergabe einer Baukonzession zu beachten ist. Die Bieter müssen von vornherein wissen, dass eine Abschichtung vorgesehen ist, sie also ggf. nur einmal Gelegenheit erhalten, ein Angebot abzugeben. Diese Vorgehensweise muss zwar nicht zwingend schon in der europa-weiten Bekanntmachung angegeben, aber spätestens mit der Aufforderung zur

Angebotsabgabe kommuniziert werden. Daher sollte intern auch diese Entscheidung im Vorfeld getroffen werden.

#### **2.1.4 Festlegung der Wertungskriterien**

Bei der Vergabe der Baukonzession ist es ferner notwendig, die Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung festzulegen. Dies sieht das auszufüllende Bekanntmachungsformular vor. Angaben zur Gewichtung der Zuschlagskriterien sind allerdings weder im Rahmen der Bekanntmachung noch in der Richtlinie vorgesehen. Dass eine Gewichtung erforderlich ist, ergibt sich aber aus den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen. Ausreichend ist insoweit jedoch, wenn man die Gewichtung mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekannt gibt.

**Hinweis:** Der Festlegung der Zuschlagskriterien ist ein erhebliches Gewicht beizumessen, da die Gemeinde an diese bis zur Beendigung des Verfahrens gebunden ist. Der Rat darf seine Entscheidung für einen Investor nur anhand der den Bietern mitgeteilten Wertungskriterien und anhand ihrer ebenfalls mitzuteilenden Gewichtung im Verhältnis zu dem gebotenen Kaufpreis treffen. Die Auswahl des erfolgreichen Bieters ist damit nur so gut wie die Vorarbeit an der gewichteten Wertungsmatrix.

Da bei der Kommune X noch keine Vorstellungen darüber bestehen, welches Konzept an dem Standort realisiert werden soll, bietet es sich an, nicht allein auf den höchsten Kaufpreis als Zuschlagskriterium abzustellen, sondern weitere für die Zuschlagsentscheidung maßgebliche Kriterien aufzunehmen. Neben dem Preis bieten sich hier z.B. folgende Kriterien an:

- architektonische und städtebauliche Qualität;
- Einfügen in das bauliche Umfeld;
- Schaffung von Arbeitsplätzen;
- Finanzierungskonzept und Besicherung;
- Bauzeit.

Diese Aufstellung ist sicherlich nicht abschließend. Wenn es z.B. schwerpunktmäßig darum gehen soll, besonders viele Arbeitsplätze zu schaffen und neues Gewerbe anzusiedeln, könnte auch das Kriterium „Ansiedlung von Gewerbefläche“ tauglich sein. Dies sind die Aspekte eines Ausschreibungsverfahrens, die für jedes Verfahren individuell festgelegt werden müssen. Eine Muster-Bewertungsmatrix kann dabei nicht zur Verfügung gestellt werden. **Beispielhaft** findet sich aber später eine Auswertung der im Fall der Kommune X eingegangenen Angebote.

In der Praxis wird es auch nicht ausreichen, nur mit einer Ebene von Wertungskriterien (Oberkriterien) zu arbeiten. Um ein vorgestelltes Projekt etwa unter dem Gesichtspunkt der „architektonischen Qualität“ beurteilen zu können, werden sicherlich Unterkriterien erforderlich werden, etwa zur „Fassadengestaltung“, zur „Gebäudeform“ oder zu „verwendeten Materialien“.

Unterkriterien dürfen nicht nachträglich verwendet oder gebildet werden. Hierdurch würde die Wertung insgesamt fehlerhaft und angreifbar, weil alle Wertungskriterien und das ihnen jeweils zugemessene Gewicht den Bietern von Anfang an bekannt gegeben werden müssen (zuletzt: EuGH v. 24.01.2008, Rs C-532/06).

### 2.1.5 **Bekanntmachung**

Wenn die Kommune X die Vorarbeiten abgeschlossen und insbesondere die Kriterien für die Wertung ihrer Angebote festgelegt hat, sollte das Standardformular für „Baukonzessionen beim Verkauf städtischer Grundstücke, Entwicklung und Bebauung“ ausgefüllt werden. Hierzu sind die Online-Formulare zu verwenden. Die unter [www.simap.europa.eu](http://www.simap.europa.eu) abrufbaren „**Standardformulare für das öffentliche Auftragswesen**“ enthalten die nach der Richtlinie 2004/18/EG und § 32a VOB/A geforderten Angaben für die europaweite Bekanntmachung der Vergabe einer Baukonzession. Wie bereits unter Ziff. 1.3 dargelegt, sind hier Angaben zu den notwendigen Eignungsnachweisen aufzunehmen, die es der Kommune X ermöglichen, zu prüfen, ob ein Bewerber geeignet ist. Wenn sie sich entscheidet, nicht alle geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe auffordern zu wollen, kann sie weitere Auswahlkriterien aufnehmen, nach denen sie entscheidet, welche geeigneten Bewerber für die Angebotsphase zugelassen werden.

In diesem Fall sollte die Kommune X auf dem **als Beispiel unter Ziff. V.2 dargestellte Bekanntmachungsformular „Sonstige Informationen“**, aufführen, nach welchen Gesichtspunkten aus den geeigneten Bewerbern, die kleinere Gruppe derjenigen Bewerber zusammengestellt wird, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Kommune X gibt hier an, wonach sie unter den geeigneten Bewerbern eine Auswahl treffen möchte. Sie könnte hier z.B. auf den jeweiligen Gesamtumsatz des Unternehmens in absteigender Reihenfolge abstellen oder aber maßgeblich auf die vorzulegenden Referenzen abstellen. Ggf. können die geeigneten Bewerber, die aufgefordert werden sollen, auch durch Los ausgewählt werden.

**Hinweis:** Für die Kommune X findet sich im Anhang beispielhaft ein ausgefülltes Musterformular.

Die **Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge** muss ab Absendung der europaweiten Bekanntmachung **52 Tage** betragen. Während dieser Zeit können die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die sonstigen Ausschreibungsunterlagen fertig gestellt werden.

Nicht ausgeschlossen ist, dass auch schon während der Bewerbungsphase Rückfragen von Interessenten kommen. Da die Kommune zu diesem Zeitpunkt nicht weiß, wer sonst noch Interesse an dem Projekt hat, darf sie nur solche Anfragen von potentiellen Interessenten beantworten, die nicht die inhaltliche Seite des Projektes berühren, also nur Anfragen z. B. betreffend Unklarheiten zu den Eignungsnachweisen, der Abgabefrist, der vergebenden Stelle o.ä. Dies gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn die Vergabestelle weiß ja naturgemäß nicht, wem sie die einem potentiellen Interessenten gegenüber bekannt gemachten Informationen noch bekannt geben muss.

**Beispielhaft** sei hier eine im Rahmen der Bekanntmachungsphase gestellte **Bewerberfrage** nebst Antwort aufgeführt. In der Bekanntmachung waren seinerzeit Angaben zu der ungefähren Grundstücksgröße, deren Lage und der realisierbaren Bruttogeschossfläche aufgeführt. Ferner war angegeben worden, welche Art der Nutzung beabsichtigt ist. Ein Informationsmemorandum o.ä. gab es nicht.



## BEISPIEL

Frage eines Bewerbers:

*„Sehr geehrte Damen und Herren,*

*könnten Sie uns bitte mitteilen, welche Anforderungen an die Teilnahme gestellt werden? Gern würden wir teilnehmen, allerdings haben wir bisher keine Möglichkeit gesehen, uns über den Ausschreibungsgegenstand ein genaues Bild zu machen. Gibt es denn keine Hinweise/Informationen, die Sie zur Konkretisierung des Ausschreibungsgegenstandes den interessierten Teilnehmern zur Verfügung stellen? Welches Verfahren ist denn für die Teilnehmer vorgesehen, wenn sich diese von dem Ausschreibungsgegenstand ein Bild machen wollen?*

*Für Rückfragen und Terminabsprachen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*Unternehmen Mustermann“*

## BEISPIEL

Antwort an den Bewerber:

*„Sehr geehrter Herr Mustermann,*

*ich komme zurück auf Ihre Anfrage vom 8. November 2007.*

*Wir vergeben eine Baukonzession im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Mit der Bekanntmachung werden die Bewerber zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert. Damit findet eine vorgezogene Eignungsprüfung der Bewerber statt, die noch keine inhaltlichen Angaben zu dem Projekt erfordert, sondern nur verlangt, dass die unter Ziff. 3 genannten Nachweise vorgelegt werden.*

*Die geeigneten Bewerber werden dann zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Hierzu werden den geeigneten Bewerbern selbstverständlich alle erforderlichen Unterlagen für die Abgabe eines Angebots zur Verfügung gestellt. Wegen des Ablaufs des Verfahrens verweisen wir auch noch einmal auf unsere Bekanntmachung und die dortige Ziff. VI.2. Die Teilnahmebedingungen und die mit dem Teilnahmeantrag einzureichenden Unterlagen finden Sie unter Ziff. III.1.*

*Es gibt kein Informationsmemorandum o.Ä., welches den interessierten Teilnehmern während des laufenden Teilnahmewettbewerbs zur Verfügung gestellt wird. Aus Gründen der Gleichbehandlung dürfen wir Ihnen daher keine weitergehenden Informationen geben, da allen Interessenten nur die in der europaweiten Bekanntmachung aufgeführten Informationen zur Verfügung stehen.*

*Wir hoffen, Ihnen mit diesen Informationen gedient zu haben und würden uns sehr freuen, wenn Sie sich an unserem Teilnahmewettbewerb beteiligen und in der genannten Frist (vgl. Ziff. VI.2.2) die von uns geforderten Unterlagen (Ziff. III) einreichen.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*Kommune X“*

Diesen **Bewerberfragen** kann **vorgegriffen werden**, in dem in der **Bekanntmachung** darauf hingewiesen wird, dass ein **Informationsmemorandum / Exposé** o.ä. bei der **Vergabestelle angefordert werden kann**. Es könnten z.B. auch der Bebauungsplan und ggf. Luftaufnahmen der Grundstücke, Eigentumsverhältnisse an den Grundstücken, Bestehen von etwaigen Belastungen, Angaben zur Erschließung, Hinweise zum Stellplatzbedarf u.ä. zur Verfügung gestellt werden, um dem Interessenten bereits in diesem Stadium des Verfahrens ein umfassendes Bild über den Ausschreibungsgegenstand zu ermöglichen.

In einem solchen Memorandum könnten auch schon Angaben zum Verfahrensablauf, zur Gewichtung der Zuschlagskriterien, u.ä. aufgenommen werden. Ausreichend ist es aber auch, diese Unterlagen und Informationen erst mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe den ausgewählten Bewerbern zur Verfügung zu stellen.

Während der 52-tägigen Bewerbungsfrist kann dann der letzte „Feinschliff“ an den Vergabeunterlagen erfolgen, die nach § 16 VOB/A grds. zwar schon mit dem Beginn des Verfahrens vorliegen sollen. Es ist aber nicht schädlich, wenn in diesem Zeitraum noch letzte Unterlagen spezifiziert oder zusammengestellt werden.

### **3. Angebotsphase**

Die Angebotsphase beginnt mit der Auswahl der geeigneten Bewerber aus dem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb.

#### **3.1 Auswahl der Teilnahmeanträge**

Nachdem die 52-tägige Teilnahmefrist abgelaufen ist, gehen bei der Kommune X sechs Teilnahmeanträge ein.

Es handelt sich dabei um die Teilnahmeanträge der Unternehmen A, B, C, D, E, F.

Folgende **Feststellungen** sind **zu den eingegangenen Teilnahmeanträgen** zu treffen:

- |                    |  |
|--------------------|--|
| Unternehmen A:     | Das Angebot ging erst nach dem 01.04.2008 ein. |
| Unternehmen B:     | Der Teilnahmeantrag ging nur per E-Mail ein.   |
| Unternehmen C:     | Der Handelsregisterauszug fehlte.              |
| Unternehmen D - F: | Formale Fehler liegen nicht vor.               |

Die zuständigen Mitarbeiter der Kommune X haben die Teilnahmeanträge geöffnet und prüfen nun, wie sie mit den Teilnahmeanträgen der Bewerber A, B, C und D - F verfahren müssen.

Sie kommen zu folgendem **Ergebnis**:

- Unternehmen A: Da der Teilnahmeantrag von Unternehmen A nicht fristgerecht, d.h. nach Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist, 01.04.2008, 12.00 Uhr, bei der Kommune X eingegangen ist, bleibt dieser nur übrig, den Bieter auszuschließen.
- Unternehmen B: Auch dieser Teilnahmeantrag ist auszuschließen, da gefordert war, dass die Teilnahmeanträge schriftlich - d.h. nicht per Mail - bei der Kommune X eingehen. Ein nur elektronisch eingereichter Teilnahmeantrag genügt dem nicht. Auch Bieter B muss daher ausgeschlossen werden.
- Unternehmen C: Der fehlende Handelsregisterauszug führt dazu, dass auch der Teilnahmeantrag von Unternehmen C unvollständig ist und dieses Unternehmen ausgeschlossen werden muss.
- Unternehmen D - F: Die Teilnahmeanträge der Unternehmen D, E und F hingegen sind formal zulässig.

Die Kommune X muss nun anhand der vorgelegten Unterlagen prüfen, ob die Unternehmen **D, E und F** auch geeignet sind.

Hierzu liegen keine näheren Angaben vor. Letztlich ergeben sich auch hier bei der Vergabe einer Baukonzession keine Unterschiede zu den bisher durchgeführten Vergabeverfahren. Je nach Spezialisierungsgrad eines Projektes, z.B. Errichtung einer Sportarena oder Errichtung und Betrieb eines Ferienparks, ist es sicherlich sinnvoll, Referenzen abzufragen, die belegen, dass das Unternehmen bereits über Erfahrung in diesem Bereich verfügt. In diesem Fall können Eignungsnachweise von Unternehmen, die bisher nur Turnhallen gebaut haben, z.B. dazu führen, dass ein Unternehmen als nicht geeignet erscheint und daher auszuschließen ist.

Da nicht mehr als **fünf** Teilnahmeanträge geeigneter Bieter vorliegen, darf die Kommune X - ohne nähere Auswahl - alle **drei** Teilnehmer zur Angebotsabgabe auffordern. Hierzu muss sie die von ihr erstellten Vergabeunterlagen, insbesondere auch die Aufforderung zur Angebotsabgabe, allen Unternehmen zeitgleich und im selben Umfang zur Verfügung stellen.

### **3.2 Aufforderung zur Angebotsabgabe**

Kernstück der Ausschreibungsunterlagen ist die Aufforderung zur Angebotsabgabe. Darin legt die Kommune die „Spielregeln“ für die Ausschreibung fest. Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen sind der Grundstückskaufvertrag und ein Entwurf des städtebaulichen Vertrages. Vergaberechtlich ist es ohne Bedeutung, ob die Bauverpflichtung in dem zivilrechtlichen oder in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag, z.B. in einem Durchführungsvertrag zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan, geregelt wird. Wichtig ist nur, dass beide Verträge aufeinander bezogen sind und miteinander „stehen und fallen“.

**Hinweis:** In den Ausschreibungsunterlagen ist auch anzugeben, ob vorgesehen ist, die Ausschreibung aufzuheben, wenn ein bestimmter Mindestkaufpreis für das Grundstück nicht erzielt wird oder ein bestimmter Zuschuss überschritten wird, den die Kommune zu zahlen bereit wäre (negativer Kaufpreis). Dies ist im Hinblick darauf relevant, Schadensersatzansprüche teilnehmender Bieter im Falle einer Aufhebung des Verfahrens zu vermeiden.

**Beispielhaft** sei hier die Grobgliederung einer solchen Aufforderung zur Angebotsabgabe mitgeteilt:

## BEISPIEL

### 1. Einleitung

### 2. Auftraggeber

Die das Vergabeverfahren durchführende Stelle ist die Kommune X, im Folgenden als „Auftraggeber“ bezeichnet.

Ansprechpartner beim Auftraggeber für die Dauer des Vergabeverfahrens ist Herr Müller, zu erreichen wie folgt:

E-Mail:

Telefon:

Telefax:

### 3. Hinweise zum Vergabeverfahren

- Verfahrensart, anwendbare Vorschriften;
- Ablauf des Verfahrens, z.B. Abschichten der Bieter nach der 1. Verhandlungsrunde;
- Hinweis, dass Änderungen der Bieter an den Ausschreibungsunterlagen unzulässig sind;
- Vorbehalt zur Aufhebung der Ausschreibung bei Nichterreichen eines Mindestkaufpreises;
- Zuschlags- und Bindefrist.

### 4. Bieterfragen/Unklarheiten in den Vergabeunterlagen

- Wie können Fragen und Hinweise der Bieter eingereicht werden, z.B. schriftlich per Mail oder Fax;
- Hinweispflicht auf Unklarheiten in den Unterlagen / Risiko bei Bieter;
- Bis zu welchem Zeitpunkt werden Rückfragen noch beantwortet;
- Stelle, an die sich der Bieter zur Nachprüfung behaupteter Vergabeverstöße wenden kann (= zuständige Vergabekammer).

## 5. Inhaltliche Anforderungen

- Hinweis zu den inhaltlichen Anforderungen des Auftraggebers; Verweis auf anliegende Unterlagen (Grundstückskaufvertrag, städtebaulicher Vertrag, Gutachten etc)..

## 6. Angebote

- Form und Inhalt der Angebote: In welcher Form und wo ist das Angebot einzureichen; ggf. Forderung von Kopien.
- **Hinweis:** Wenn es der Kommune X darauf ankommt, dass der Bieter mit seinem Angebot auch zivilrechtlich wirksam gebunden ist, muss die Abgabe notariell beurkundeter Angebote gefordert werden. Dies macht auch Sinn, um Nachverhandlungsversuche des ausgewählten Bieters nach Erteilung der Vorinformation auszuschließen.
- Angebotsfrist; Hinweis, dass der Eingang des Angebotes entscheidend ist.
- **Hinweis:** Die Angebotsfrist ist entsprechend den im Handlungsleitfaden genannten Fristen zu bemessen. Letztlich muss hierbei immer berücksichtigt werden, wie viel Aufwand die Unternehmen betreiben müssen, um ihr Angebot abgeben zu können.
- Hinweis, dass der Bieter Teile des Angebotes, welche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthalten, kennzeichnen soll;
- Ausschluss elektronischer Angebotsübermittlung;

## 7. Vergütung der Angebote

Hinweis, dass die Angebotserstellung **nicht** vergütet wird. (siehe dazu auch V., Ziff. 3.5.3)

## 8. Bietergemeinschaften

- Hinweis, dass eine nachträgliche Bildung von Bietergemeinschaften unzulässig ist;
- Gesamtschuldnerische Haftung von Bietergemeinschaften (ggf. Bietergemeinschaftserklärung beifügen).

## 9. Vertraulichkeit hinsichtlich der überreichten Unterlagen

## 10. Zuschlagskriterien (spätestens zu diesem Zeitpunkt mit **Gewichtung**)

**Beispiel:**

„Der Zuschlag ergeht auf das wirtschaftlichste Angebot nach den folgenden Kriterien:

Kriterium	Gewichtung
Preis	40 %
Städtebauliche Qualität	40 %
Schaffung von Arbeitsplätzen	15 %
Bauzeit	5 %

1. Dabei wird der Auftraggeber auf einer Skala von 1 bis 5 Punkten die Kriterien Städtebauliche Qualität, Schaffung von Arbeitsplätzen und Bauzeit bewerten.

1 Punkt:	ungenügend
2 Punkte:	ausreichend
3 Punkte:	zufriedenstellend
4 Punkte:	überdurchschnittlich
5 Punkte:	besonders gut

2. Den so ermittelten Wert wird er mit 40 bzw. 15 bzw. 5 multiplizieren und aus der Addition der jeweiligen Punktzahlen die Summe der Leistung ermitteln.

3. Diese wird wiederum mit dem angebotenen Kaufpreis und dem Multiplikator 40 multipliziert. Die sich daraus ergebende Zahl ist maßgeblich für die Wertungsentscheidung: Das Angebot mit dem **höchsten Wert** obsiegt. Zur besseren Darstellung der Zahl wird diese noch einmal durch eine Million geteilt.

Die Wertungsmatrix stellt sich wie folgt dar“:

Bieter	Preis in €	Kriterium	Wertung (1-5)	Multiplikator	Punktzahl	Summe Leistung	Endzahl (höchster Wert obsiegt)
A		Arbeitsplätze		15	0	0	
		Städtebaul. Qual.		40	0		
		Bauzeit		5	0		
		Preis	-----	40	0		
B		Arbeitsplätze		15	0	0	
		Städtebaul. Qual.		40	0		
		Bauzeit		5	0		
		Preis	-----	40	0		
C		Arbeitsplätze		15	0	0	
		Städtebaul. Qual.		40	0		
		Bauzeit		5	0		
		Preis	-----	40	0		

Nur hier dürfen Zahlen eingetragen werden!

Nur hier dürfen Zahlen eingetragen werden und die Werte stehen von Anfang an fest!

Hinzuweisen sei darauf, dass diese Wertungsmatrix nur sehr grob umrissene Kriterien beispielhaft aufführt. Regelmäßig wird es sinnvoll sein, die Hauptkriterien durch sog. Unterkriterien zu ergänzen. Hier soll nur das System einer solchen Matrix aufgezeigt sein. Wenn eine Kommune Unterkriterien für die Bewertung heranziehen möchte, so darf sie dies nur, wenn sie diese zuvor bekannt macht.

**11. Ggf. Hinweis auf einzureichende Unterlagen**

**12. Nennung eines Ansprechpartner durch den Bieter**

**13. Angaben dazu, ob Nebenangebote zugelassen sind**

**14. Keine Lose**

**15. Zuschlags- und Bindefrist**

### 3.3 Behandlung von Rügen und Rückfragen

Wie mit Rückfragen in der Bewerbungsphase umzugehen ist, wurde bereits unter Ziff. 1.5 behandelt.

Während der Angebotsabgabe kann es außerdem vorkommen, dass Bieter (vermeintliche) **Vergabeverstöße** rügen. Hierzu sind sie nach **§ 107 Abs. 3 GWB** verpflichtet. Sollte ihnen ein Verstoß auffallen und verschweigen sie diesen, um ihn erst später – z.B. wenn sie den Zuschlag nicht erhalten – geltend zu machen, wären sie mit ihrem Einwand in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen. Die Kommune muss im Falle einer Rüge stets prüfen, ob ein vergaberechtlicher Verstoß vorliegt, dem sie abhelfen muss, oder ob sie die Rüge zurückweisen kann. Führt eine Bieterfüge zu Klarstellungen oder gar zu Änderungen an den Vergabeunterlagen, dann sind diese Klarstellungen oder Änderungen allen Bietern gegenüber bekannt zu geben.

### 3.4 Vorläufige Wertung der indikativen Angebote

Da sich die Kommune X entschieden hatte, den Bieterkreis sukzessive zu verkleinern, sind bei ihr zunächst einmal indikative Angebote eingegangen. Diese sind nicht verbindlich, stellen aber die Basis dafür da, mit wem die Kommune X danach in weitere Verhandlungen tritt.

BEISPIEL					
Bieter	Nutzungskonzept	Kaufpreis	Städtebauliche Qualität	Schaffung von Arbeitsplätzen	Bauzeit
D	Luxushotel mit Wellnessbereich	4.5 00.000 €	Hochwertig; Architektonisch besonders wertvoll; optimale Eingliederung in bauliches Umfeld.	50	4 Jahre
E	Einkaufspassage mit angegliedertem Hotel, Restaurants, Wohnnutzung	5.4 00.000 €	Gute Qualität; mittlerer architektonischer Anspruch; fügt sich in Umfeld ein.	110	3 Jahre
F	Einkaufspassage mit angegliederter Wohnnutzung, Einzelhandel	7.200.000 €	Schlechte Qualität; nicht repräsentativ; kein Einfügen in die bauliche Umgebung.	80	2 Jahre

Zu diesen **indikativen Angeboten** werden auch jeweils **Verhandlungen mit mit den Bietern** geführt und Fragen zu den Nutzungskonzepten, der beabsichtigten Finanzierung, wie diese gesichert wird, usw. besprochen. Die Bieter erhalten Gelegenheit, den Kaufpreis noch einmal nachzubessern.



Danach bewertet die Kommune X den Preis und die Kriterien in der Bewertungsmatrix wie folgt:

BEISPIEL							
Bieter	Preis in €	Kriterium	Wertung	Multiplikator	Punktzahl	Summe Leistung	Endzahl höchster Wert obsiegt
D	4.500.000,00 €	Arbeitsplätze	3	15	45	255	45.900,00
		Städtebau	5	40	200		
		Bauzeit	2	5	10		
		Preis	-----	40			
E	5.400.000,00 €	Arbeitsplätze	5	15	75	215	46.440,00
		Städtebau	3	40	120		
		Bauzeit	4	5	20		
		Preis	-----	40			
F	7.200.000,00 €	Arbeitsplätze	4	15	60	125	36.000,00
		Städtebau	1	40	40		
		Bauzeit	5	5	25		
		Preis	-----	40			

Nur hier dürfen Zahlen eingetragen werden!

Nur hier dürfen Zahlen eingetragen werden und die Werte stehen von Anfang an fest!

Die Kommune X entscheidet sich daher, nur noch mit den Bietern D und E in weitere Verhandlungen zu treten, da die beiden Angebote mit Abstand zu Bieter F am wirtschaftlichsten sind.

**Hinweis:** Die vorstehende Bewertungsmatrix zeigt, dass der hohe Kaufpreis, den F angeboten hat, durch die weiteren Wertungskriterien stark marginalisiert wird. Bei Erstellung der Wertungsmatrix ist immer zu prüfen, ob und in welchem Umfang dieser Effekt gewollt ist.

Die Kommune X teilt daher dem Bieter F mit, dass sie beabsichtige, derzeit keine weiteren Verhandlungen mit ihm zu führen, er aber jederzeit wieder ins Verfahren einbezogen werden könne, wenn sich herausstelle, dass die Angebote der anderen Bieter doch nicht wirtschaftlicher sind.

### 3.5 Schlussverhandlungen und letztverbindliche Angebote

Nach weiteren Verhandlungen mit Bieter D und Bieter E ergibt sich, dass beide ein nachhaltiges Nutzungskonzept für die Fläche verfolgen und die Vorgaben der Kommune X eingehalten werden. Mit den Bietern wird jeweils ein Grundstückskaufvertrag verhandelt, der eine Investitionsverpflichtung nach dem jeweiligen Konzept vorsieht. Dabei sind die wesentlichen Eckpunkte des Vertrages, wie Sicherheiten, Fälligkeiten u.ä. identisch geregelt. Der Vertrag wird als Angebot zum Abschluss eines solchen Grundstückskaufvertrages mit Investitionsverpflichtung ausgestaltet, welches der Bieter in notariell beurkundeter Form als letztverbindliches Angebot abgeben muss. Ein nicht notariell beurkundetes Angebot wäre nach

§§ 311b, 125 BGB wegen Formmangels unwirksam. Dieser Mangel kann zwar geheilt werden. Dies setzt aber nach § 311b BGB voraus, dass die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Während dieses Schwebezustandes kann aber z.B. der Investor wieder abspringen oder sein Kaufpreisangebot noch ändern. Rechtssicherheit für die Kommune besteht daher nur dann, wenn sie sich ein notariell beurkundetes Angebot abgeben lässt. Der Zuschlag nach § 28 VOB/A ist nämlich nichts anderes als ein zivilrechtlicher Vertragsschluss, der sich daher in seiner Wirkung auch nach den zivilrechtlichen Grundsätzen richtet.

## 4. Wertungsphase

### 4.1 Vergabevorschlag der Verwaltung

Nach Eingang der letztverbindlichen Angebote prüft die Kommune X auf Basis der Wertungsmatrix erneut, wessen Angebot am wirtschaftlichsten ist. Bieter E, der den Kaufpreis nach den Verhandlungen noch etwas erhöht hat, sollte danach den Zuschlag erhalten. Die Projektgruppe der Verwaltung schlägt dem Rat daher vor, den Zuschlag an den Bieter E zu erteilen. Sie bereitet die entsprechende Beschlussvorlage vor.

### 4.2 Entscheidung des Rates

Regelmäßig wird erst der Rat über die Zuschlagsentscheidung beschließen. Dabei ist der Rat aber an die von der Kommune X veröffentlichten Wertungskriterien gebunden. Allerdings bejaht die Rechtsprechung einen Beurteilungsspielraum der vergebenden Stelle, der rechtlich nur eingeschränkt überprüft werden kann.

### 4.3 Vorinformation

Nachdem der Rat seine Entscheidung getroffen hat, müssen die unterlegenen Bieter, auch der nach Angebotsabgabe in die „Warteschleife“ zurück gestellte Bieter F, gemäß § 13 VgV darüber informiert werden, dass und warum sie nicht zum Zuge kommen. Außerdem haben sie Anspruch darauf, den Namen des erfolgreichen Bieters genannt zu erhalten. Sie haben dann faktisch 14 Tage Zeit, um einen Nachprüfungsantrag an die zuständige Vergabekammer zu richten. Dabei ist die **Frist des § 13 VgV strengstens zu beachten**, da andernfalls die **Nichtigkeit** des Vertrages **nach § 13 S. 6 VgV** droht.

### 4.4 Zuschlag

Der Zuschlag nach § 28 VOB/A erfolgt im Fall eines notariell beurkundeten Angebotes vor dem Notar als zivilrechtliche Annahmeerklärung. Damit ist der Grundstückskaufvertrag geschlossen. Gleichzeitig kann – wenn dies im Vertrag geregelt ist – die Auflassung stattfinden, indem zuvor der Bieter in seinem notariell beurkundeten Angebot erklärt, dass die Kommune X ihn unter Befreiung von § 181 BGB vertreten darf.

Das Vergabeverfahren endet damit durch Abschluss eines Grundstückskaufvertrages mit Investitionsverpflichtung mit dem Bieter B. Gleichzeitig muss sichergestellt sein, dass ein ebenfalls gewünschter städtebaulicher Vertrag zustande kommt.

## 5. Alternative Verfahrensabläufe

Nachfolgend sei noch auf mögliche **Verfahrensvarianten** hingewiesen:

### 5.1 Aufhebung

Neben dem vorstehend beschriebenen „Idealfall“ kann es durchaus passieren, dass keine oder keine geeigneten Angebote von Bietern eingehen.

In diesem Fall lässt **§ 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A** die Aufhebung des Verfahrens zu. § 26 Nr. 2 VOB/A sieht vor, dass dabei auch die Bewerber und Bieter im Rahmen des ursprünglichen Verfahrens über die Absicht, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten zu wollen, unterrichtet werden müssen.

**Konsequenz einer Aufhebung** der Ausschreibung aus diesem Grund ist nach § 3a Nr. 6 lit. a) VOB/A, dass ein **erneutes Verhandlungsverfahren** nunmehr auch **ohne öffentliche Vergabebekanntmachung** zulässig ist. Dies sieht auch Art. 31 Nr. 1 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG vor. Die dortige Regelung lautet wie folgt:

**„Öffentliche Auftraggeber können in folgenden Fällen Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben: bei öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen: wenn im Rahmen eines offenen oder nicht-offenen Verfahrens keine oder keine geeigneten Angebote oder keine Bewerbungen abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden; der Kommission muss in diesem Fall ein Bericht vorgelegt werden, wenn sie dies wünscht; [...]“**

Nach § 32a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sind zwar bei der Vergabe von Baukonzessionen die sog. a-Paragrafen nicht anzuwenden, und auch Art. 31 findet gemäß Art. 56 (Regelung zur Vergabe von Baukonzessionen nach der Richtlinie 2004/18/EG) keine unmittelbare Anwendung. Die im nationalen Recht existierende Parallelvorschrift in § 3 Nr. 4 lit. e) lautet:

**„Freihändige Vergabe ist zulässig, wenn die öffentliche Ausschreibung oder beschränkte Ausschreibung unzumutbar ist, besonders [...] weil nach Aufhebung einer öffentlichen Ausschreibung oder beschränkten Ausschreibung eine erneute Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis verspricht, [...]“**

Wenn man aber nach den europarechtlichen Begriffen davon ausgeht, dass es sich auch bei der Baukonzession letztlich um eine besondere Form des Bauauftrages nach § 99 Abs. 3 GWB handelt und ein Verfahren oberhalb der Schwellenwerte stattfindet, muss auch auf § 3a Nr. 6 lit. a) bzw. Art. 31 der Richtlinie 2004/18/EG zurückgegriffen werden dürfen. Außerdem wäre wegen der fehlenden Resonanz auf die europaweite Ausschreibung auch im Sinne von § 3 Nr. 4 lit. e) VOB/A davon auszugehen, dass eine **erneute Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis** im o.g. Sinne verspricht.

Weitere Voraussetzung ist, dass die Verdingungsunterlagen nicht grundlegend geändert werden. Dies gilt auch bei § 3 Nr. 4 lit. e) VOB/A, auch wenn dies in der Vorschrift selbst nicht ausdrücklich erwähnt wird.

Im Fall fehlender Angebote dürfte also die Kommune X wieder „frei“ an den Markt herantreten, sobald sie das erste Vergabeverfahren förmlich aufgehoben hat. Hierzu hat sie alle Bewerber und Bieter des ursprünglichen Verfahrens darüber zu informieren und auch darüber zu unterrichten, wenn sie beabsichtigt, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten.

Das **Verfahren**, welches die Kommune X nunmehr durchführen darf, entspricht im nationalen Vergaberecht der **Freihändigen Vergabe**. Zulässig ist danach jede Form von Verhandlungen mit den Bietern. Grenzen findet diese Freiheit nur in den Grundsätzen des Wettbewerbes, der Gleichbehandlung und der Transparenz. Dabei müssen auch weiterhin die Angebote nach transparenten Wertungskriterien gewertet und der Zuschlag auf das danach wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Die Kommune X ist daher nicht - wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer - vollständig in ihrer Entscheidung frei. Anders als zuvor, darf sie aber ohne europaweite Bekanntmachung an verschiedene Interessenten herantreten, diese zur Angebotsabgabe auffordern und den Auftrag bei Wahrung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebotes vergeben.

## 5.2 Nichtoffenes Verfahren

Das Nichtoffene Verfahren wäre dem Verhandlungsverfahren vorzuziehen, wenn bereits feststeht, was auf der kommunalen Fläche errichtet werden soll und dem Bieter bereits ein konkreter Vertrag nebst vorhandener Planung vorgelegt werden können. Dies ist z.B. möglich, wenn es bereits einen Wettbewerb über die Bebauung der Fläche gegeben hat und der Siegerentwurf Grundlage für das Verfahren ist. In diesem Fall müsste aber auch ein Grundstückskaufvertrag bereits feststehen, für dessen Abschluss ein notarielles Angebot abgegeben wird, das von der Kommune nur noch angenommen werden muss.

Ein **derartiges Vorgehen** setzt also ein **feststehendes Projekt** voraus. Dann ergeben sich jedoch erhebliche Beschleunigungseffekte, weil alle Bieter nur einmal ein Angebot abgeben dürfen und keine Verhandlungsrunden stattfinden.

## 5.3 Wettbewerblicher Dialog

Der Vollständigkeit halber soll hier auch noch der Wettbewerbliche Dialog als mögliche Vergabeart Erwähnung finden. Alternativ zum Verhandlungsverfahren könnte auch diese Verfahrensart gewählt werden, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse oder Ziele erreicht werden können oder er die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens nicht angeben kann.

Mit dem Wettbewerblichen Dialog wurde den öffentlichen Auftraggebern eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet, unter bestimmten Voraussetzungen von dem förmlichen Offenen oder Nichtoffenen Verfahren absehen und über die Lösung verhandeln zu dürfen. Da in Fällen wie dem vorliegenden ohnehin die Wahl des **Verhandlungsverfahrens zulässig** ist, besteht **keine Notwendigkeit**, von der Vergabeart des **Wettbewerblichen Dialogs** Gebrauch zu machen.

Nachteilig ist an diesem Verfahren, dass Preisverhandlungen nicht zulässig sind, wenn die Lösung einmal feststeht. Vorzugswürdig ist daher das **Verhandlungsverfahren**, das ebenfalls in verschiedenen Phasen abgewickelt werden kann und bis zuletzt dem Auftraggeber die größtmögliche Flexibilität eröffnet.

## VII. Anhang

### Fundstellennachweis zur aktuellen Rechtsprechung

1. EuGH, Urt. v. 12.07.2001, Rs. C-399/98 – „Teatro alla Biccoca“  
NZBau 2001, 512  
VergabeR 2001, 380
2. EuGH, Urt. v. 18.11.2004, Rs. C-126/03 - „Heizkraftwerk München“  
NZBau 2005, 49  
VergabeR 2005, 57
3. EuGH, Urt.v. 18.01.2007, Rs. C-220/05 – „Roanne“  
NZBau 2007, 185  
VergabeR 2007, 183
4. VK Bund, 04.01.2007, VK 3 – 147/06 - „Flugplatz Ahlhorn“
5. OLG Düsseldorf, 13.06.2007, VII-Verg 2/07 - „Flugplatz Ahlhorn“  
NZBau 2007, 530  
VergabeR 2007, 634
6. OLG Düsseldorf, 12.12.2007, VII-Verg 30/07 - „Wuppertal“
7. OLG Düsseldorf, 06.02.2007, VII-Verg 37/07 - „Oer Erkenschwick“

Sämtliche Urteile und Beschlüsse stehen auch im Intranet des Städte- und Gemeindebundes NRW in der Rubrik „Fachinfo und Service“ im Fachgebiet „Bauen und Vergabe“ im Volltext zur Verfügung. ([www.kommunen-in-nrw.de](http://www.kommunen-in-nrw.de))

Mitglieder des Städtetags NRW finden Informationen unter dem Dezernat „Wirtschaft und Umwelt“ im Extranet.



EUROPÄISCHE UNION

Veröffentlichung des Supplements zum Amtsblatt der Europäischen Union

2, rue Mercier, L-2985 Luxemburg

Fax: (352) 29 29 42 670

E-Mail: ojs@publications.europa.eu

Infos & Online-Formulare: <http://simap.europa.eu>

## BAUKONZESSION

### ABSCHNITT I: ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER

#### I.1) NAME, ADRESSEN UND KONTAKTSTELLE(N)

**Offizielle Bezeichnung:** Stadt X

**Postanschrift:** X-Straße

**Ort:** Stadt X **Postleitzahl:** XXXXX

**Land:** Deutschland

**Kontaktstelle(n):** **Telefon:**

**Bearbeiter:** Herr Müller

**E-Mail:** H.Mueller@x-stadt.de **Fax:**

#### **Internet-Adresse(n)** *(falls zutreffend)*

Hauptadresse des Auftraggebers (*URL*):

Adresse des Beschafferprofils (*URL*):

#### **Weitere Auskünfte erteilen:**

- die oben genannten Kontaktstellen
- andere Stellen: bitte Anhang A.I ausfüllen

#### **Spezifische Unterlagen sind erhältlich bei:**

- die oben genannten Kontaktstellen
- andere Stellen: bitte Anhang A.II ausfüllen

#### **Anträge sind zu richten an:**

- die oben genannten Kontaktstellen
- andere Stellen: bitte Anhang A.III ausfüllen

## I.2) ART DES ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERS UND HAUPTTÄTIGKEIT(EN)

- |  |   |
|--|---|
| <input type="radio"/> Ministerium oder sonstige zentral- oder bundesstaatliche Behörde einschließlich regionaler oder lokaler Unterabteilungen | <input checked="" type="checkbox"/> Allgemeine öffentliche Verwaltung |
| <input type="radio"/> Agentur/Amt auf zentral- oder bundesstaatlicher Ebene  | <input type="checkbox"/> Verteidigung                                 |
| <input type="radio"/> Regional- oder Lokalbehörde  | <input type="checkbox"/> Öffentliche Sicherheit und Ordnung           |
| <input type="radio"/> Agentur/Amt auf regionaler oder lokaler Ebene  | <input type="checkbox"/> Umwelt                                       |
| <input type="radio"/> Einrichtung des öffentlichen Rechts Europäische Institution/Agentur oder internationale Organisation                     | <input type="checkbox"/> Wirtschaft und Finanzen                      |
| <input checked="" type="radio"/> Sonstiges   | <input type="checkbox"/> Gesundheit                                   |
|  | <input type="checkbox"/> Wohnungswesen und kommunale Einrichtungen    |
|  | <input type="checkbox"/> Sozialschutz                                 |
|  | <input type="checkbox"/> Freizeit, Kultur und Religion                |
|  | <input type="checkbox"/> Bildung                                      |
|  | <input type="checkbox"/> Sonstiges                                    |

(bitte angeben):

(bitte angeben):

## ABSCHNITT II: AUFTRAGSGEGENSTAND

### II.1) BESCHREIBUNG DER BAUKONZESSION

#### II.1.1) Bezeichnung des Auftrags durch den öffentlichen Auftraggeber

Verkauf städtischer Grundstücke, Entwicklung und Bebauung

#### II.1.2) Art des Auftrags und Ort der Ausführung

- |   |                     |
|---|---------------------|
| <input type="radio"/> Ausführung  | Hauptausführungsort |
| <input type="radio"/> Planung und Ausführung  | X-Stadt             |
| <input checked="" type="radio"/> Erbringung der Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen | NUTS-Code           |

#### II.1.3) Kurze Beschreibung des Auftrags

Die Stadt X beabsichtigt, städtische Grundstücke (Lage: ..., Größe: ... m<sup>2</sup>) zu verkaufen. Auf der Fläche sind verschiedene Nutzungen denkbar, mit Ausnahme von: Tankstelle, reiner Parkraum, großflächiger Handelsbetriebe, Vergnügungsstätten [beliebig ergänzbar; zur Orientierung kann die BauNVO dienen).

#### II.1.4) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)

	Hauptteil	Zusatzteil (falls zutreffend)
Hauptgegenstand	70122100	
Ergänzende Gegenstände	45200000	
	45210000	

## II.2) MENGE ODER UMFANG DES AUFTRAGS

### II.2.1) Gesamtmenge bzw. -umfang (einschließlich aller Lose und Optionen, falls zutreffend)

Falls bekannt: geschätzter Wert ohne MwSt. (falls zutreffend; in Zahlen):

Währung:

oder Spanne von

bis

Währung:

### II.2.2) Mindestprozentsatz der Arbeiten, die an Dritte vergeben werden (falls zutreffend)

## ABSCHNITT III: RECHTLICHE, WIRTSCHAFTLICHE, FINANZIELLE UND TECHNISCHE INFORMATIONEN

### III.1) TEILNAHMEBEDINGUNGEN

#### III.1.1) Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

1. Eigenerklärung, dass die in § 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A genannten Ausschließungsgründe nicht vorliegen
2. Handels- bzw. Berufsregisterauszug, soweit die Eintragung nach Maßgabe der jeweiligen Rechtsvorschriften erforderlich ist ( bei ausländischen Bewerbern gleichwertige Bescheinigung). Der Nachweis darf nicht älter als 9 Monate sein (Stichtag: Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge);

#### III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen(falls zutreffend)

Angaben zu den Gesamtumsätzen der letzten 3 Geschäftsjahre.

#### III.1.3) Technische Leistungsfähigkeit

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen(falls zutreffend)

Nennung und Darstellung von Referenzen der wesentlichen in den 3 letzten Jahren erbrachten Leistungen, die mit den hier zu erbringenden strukturell vergleichbar sind (z.B. Entwicklung von Wohn- und Gewerbeflächen in vergleichbarer Größenordnung).

## ABSCHNITT IV: VERFAHREN

### IV.1) ZUSCHLAGSKRITERIEN

Der Zuschlag ergeht auf das wirtschaftlichste Angebot gemäß den nachfolgenden Kriterien:

1. Höhe des angebotenen Kaufpreises;
2. Architektonische und städtebauliche Qualität;
3. Schaffung von Arbeitsplätzen;
4. Bauzeit

Eine Gewichtung der Kriterien folgt mit den Vergabeunterlagen.

### IV.2) VERWALTUNGSINFORMATIONEN

#### IV.2.1) Aktenzeichen beim öffentlichen Auftraggeber (falls zutreffend)

X/2008

#### IV.2.2) Schlusstermin für die Einreichung der Bewerbungen

Tag: 01/04/2008 (tt/mm/jjjj)

Uhrzeit:



### IV.2.3) Sprache(n), in der (denen) die Anträge abgefasst sein können

ES  CS  DA  DE  ET  EL  EN  FR  IT  LV  LT  HU  MT  NL  PL  PT  SK  SL  FI  SV

andere Stellen:

## ABSCHNITT VI: ZUSÄTZLICHE INFORMATIONEN

### VI.1) AUFTRAG IN VERBINDUNG MIT EINEM VORHABEN UND/ODER PROGRAMM, DAS AUS GEMEINSCHAFTSMITTELN FINANZIERT WIRD

- Ja  
 Nein

Wenn ja, geben Sie an, um welche Vorhaben und/oder Programme es sich handelt

### VI.2) SONSTIGE INFORMATIONEN (falls zutreffend)

1. Der Auftraggeber vergibt die Konzession in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Der Auftraggeber wird 6 geeignete Teilnehmer aus den formal zulässigen Teilnahmeanträgen auswählen, die er zur Angebotsabgabe auffordert. Die Auswahl wird er nach der Höhe der Gesamtumsätze der letzten 3 Geschäftsjahre treffen. Dabei gehen die Umsätze von Mitgliedern einer Bewerbergemeinschaft zu 100 % in die Wertung ein.
2. Bewerbergemeinschaften müssen die unter Ziff. III.1 geforderten Nachweise für jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft vorlegen.
3. Wenn sich einer Bewerber zum Nachweis seiner technischen und/oder finanziellen Leistungsfähigkeit auf Drittunternehmen (z.B. Finanzierungspartner) stützen will, muss er nachweisen, dass ihm die technische bzw. wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit des Drittunternehmens für die Auftragsausführung auch tatsächlich in geeigneter Weise zur Verfügung steht.
4. Die Teilnahmeanträge sind in einem verschlossenen Umschlag mit der Aufschrift "NICHT ÖFFNEN - Teilnahmeantrag Kauf und Entwicklung X-Grundstück" bei der unter Ziff. I.1. genannten Stelle einzureichen. Für die Fristwahrung kommt es auf den Eingang beim Auftraggeber an. E-Mails oder Faxe sind nicht zulässig.
5. Die weiteren Informationen zu dem Projekt erhalten die Bewerber mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe.
6. Der Auftraggeber weist bereits jetzt darauf hin, dass er sich vorbehält, das Verfahren aufzuheben, wenn ein bestimmter Mindestkaufpreis für die Grundstücke nicht angeboten wird. Dieser Preis wird in der Aufforderung zur Angebotsabgabe beziffert.
6. Rechtsform der Bietergemeinschaft, an die der Auftrag vergeben wird: Gemeinschaftlich haftend mit bevollmächtigten Vertreter.

### VI.3) RECHTSBEHELFSVERFAHREN/NACHPRÜFUNGSVERFAHREN

#### VI.3.1) Zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren

Offizielle Bezeichnung: Vergabekammer Köln  
Postanschrift: Blumenthalstr. 33  
Ort: Köln Postleitzahl:  
Land: Deutschland  
E-Mail: Telefon:  
Fax:  
Internet-Adresse  
(URL):

#### Zuständige Stelle für Schlichtungsverfahren (falls zutreffend)

Offizielle Bezeichnung:  
Postanschrift:  
Ort: Postleitzahl:

Land:

E-Mail:

Telefon:

Fax:

Internet-Adresse  
(URL):

**VI.3.2) Einlegung von Rechtsbehelfen** *(bitte Abschnitt VI.3.2 ODER ggf. Abschnitt VI.3.3 ausfüllen)*

Genauere Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen:

### VI.3.3) Stelle, bei der Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind

Offizielle Bezeichnung:

Postanschrift:

Ort:

Postleitzahl:

Land:

E-Mail:

Telefon:

Fax:

Internet-Adresse  
(URL):

### VI.4) TAG DER ABSENDUNG DIESER BEKANNTMACHUNG:

*Das Datum der Absendung wird automatisch aktualisiert, sobald die Bekanntmachung zur Veröffentlichung eingereicht wird*

**ANHANG A**

*SONSTIGE ADRESSEN UND KONTAKTSTELLEN*

## Kontakt Daten der Autorinnen und Autoren:

**Barbara Meißner**  
Hauptreferentin  
Städtetag NRW  
Lindenallee 13 – 17  
50968 Köln  
Tel.: 0221- 3771- 276  
Fax: 0221- 3771- 127  
[barbara.meissner@staedtetag.de](mailto:barbara.meissner@staedtetag.de)  
[www.staedtetag.de](http://www.staedtetag.de)

**Stephan Keller**  
Beigeordneter  
Städte- und Gemeindebund NRW  
Kaiserswerther Str. 199-201  
40474 Düsseldorf  
Tel.: 0211 4587 – 239  
Fax: 0211 4587 – 291  
[stephan.keller@kommunen-in-nrw.de](mailto:stephan.keller@kommunen-in-nrw.de)  
[www.kommunen-in-nrw.de](http://www.kommunen-in-nrw.de)

**Dr. Stefan Hertwig**  
Rechtsanwalt  
Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner, Köln  
Bismarckstraße 11-13  
50672 Köln  
Tel.: 0221 9 51 90 89  
Fax: 0221 9 51 90 99  
[s.hertwig@cbh.de](mailto:s.hertwig@cbh.de)  
[www.cbh.de](http://www.cbh.de)

**Regina Öynhausen**  
Rechtsanwältin  
Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner, Köln  
Bismarckstraße 11-13  
50672 Köln  
Tel.: 0221 9 51 90 89  
Fax: 0221 9 51 90 99  
[r.oeynhausen@cbh.de](mailto:r.oeynhausen@cbh.de)  
[www.cbh.de](http://www.cbh.de)