

VII-Verg 9/10



Herrn/Frau  
Rechtsanwalt/en

Düsseldorf, 11. JUN. 2010  
Fax:

## OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF BESCHLUSS

Verkündet am 09. Juni 2010

Giesen, Justizbeschäftigte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Lenz und Johlen Rechtsanwälte Partnerschaft in Köln –

g e g e n

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte:

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht

den Richter am Oberlandesgericht

und die Richterin am Oberlandesgericht

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 28. Januar 2010 (VK 37/2009-B) aufgehoben.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird verworfen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter war für die Antragsgegnerin notwendig.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... festgelegt.

### Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit EU-Bekanntmachung vom 22. Juli 2008 eine Baukonzession im Verhandlungsverfahren nach vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus. In der Bekanntmachung war u.a. angegeben:

Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Vergabe einer Baukonzession für die Planung und Verwirklichung eines überwiegend durch Einzelhandelsnutzungen geprägten Bauvorhabens auf zu erwerbenden Grundstücken in der Innenstadt v ... Das vorgesehene Baugrundstück ist insgesamt ca. 14.000 qm groß und liegt ... Es ist zum Teil bebaut und gehört der Auftraggeberin, der Stadtwerke ... GmbH und privaten Dritten (vgl. den Plan zum Baugrundstück – Anlage 1 der Informationsunterlagen). Der Auftragnehmer muss die Grundstücke der Auftraggeberin und der Stadtwerke ... zu einem Festpreis und die erforderlichen privaten Grundstücke in eigener Verantwortung erwerben. Im Rahmen des Vergabeverfahrens wird von den Bietern die Entwicklung eines Bebauungs- und Nutzungskonzeptes verlangt. Der Auftragnehmer muss mit der Auftraggeberin einen städtebaulichen Vertrag über sein Bebauungs- und Nutzungskonzept schließen und sich u.a. auch zu dessen fristgemäßer Verwirklichung verpflichten. ... Das Bebauungs- und

Nutzungskonzept muss die Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. ... und hinsichtlich der vorgesehenen Nutzungen darüber hinausgehend die Empfehlungen des berücksichtigten ... Das Bebauungskonzept muss das direkte Stadtfeld und die umgebenden Stadt- und Funktionsräume berücksichtigen ... . Gleiches gilt für die verkehrstechnische Anbindung und die erforderlichen Stellplätze.

Der Zuschlag war für das Jahr 2008 vorgesehen.

In den Informationsunterlagen sind die betroffenen Grundstücke aufgezählt, wobei für die Grundstücke der Antragsgegnerin ein Kaufpreis von € und für die der Stadtwerke ein solcher von € vorgesehen war. Des Weiteren hieß es dort:

Der zukünftige Vertragspartner wird diese privaten Grundstücke in sein Bebauungskonzept einbeziehen müssen und muss sich die verbindliche Verfügungsbefugnis (notarielle Verträge) über diese privaten Grundstücke in eigener Verantwortung beschaffen.

Die „Informationsunterlagen für Bewerber und Bieter“ (zukünftig: Informationsunterlagen) wiesen darauf hin, dass das Baugrundstück (bis auf einen Teil der Grundstücke) von einem Umlegungsverfahren betroffen sei und ein Bebauungsplan vorliege. In das Bebauungskonzept mussten die nach § 51 BauO NRW erforderlichen Stellplätze, mindestens jedoch 500, integriert werden. Die Informationsunterlagen beschrieben des Weiteren das vorgesehene Verfahren, die städtebauliche Konzeption und die Zuschlagskriterien. Unter „4.2 Letztverbindliche Angebote“ wurde u.a. mitgeteilt:

#### 4.2.3 Realisierung

Im Hinblick auf die Realisierung des Vorhabens müssen folgende Pflichten übernommen werden:

- Pflicht zur Einreichung eines Bauantrages innerhalb ...
- Realisierungspflicht bezogen auf das städtebauliche und freiraumplanerische Konzept sowie das Nutzungskonzept ...
- Realisierungspflicht bezogen auf die verkehrstechnische Anbindung und die Erschließung des Vorhabens und Übernahme von vertraglichen Pflichten, welche die Auftraggeberin zur Verwirklichung des Vorhabens gegenüber dem Landesbetrieb Straßen NRW übernommen hat bzw. übernehmen wird

#### 4.2.5 Grundstückserwerb

Im Hinblick auf den Erwerb des Baugrundstücks ist erforderlich

- notariell beurkundete Grundstückskaufangebote für den Erwerb der Grundstücke der Auftraggeberin und den Erwerb der Grundstücke der Stadtwerke , bei denen die Grundstückskaufpreise nicht unter den unter 2.1.1 und 2.1.2 genannten Festpreisen liegen dürfen
- verbindliche vertragliche, notariell beurkundete Regelungen, aus denen sich die Verfügbarkeit der in das Bebauungskonzept einbezogenen privaten Grundstücke ergibt.

Die Antragstellerin überreichte die Bewerbungsunterlagen und rügte mit Schreiben vom 04. September 2008 das Erfordernis des Erwerbs der privaten Grundstücke in Eigenverantwortung des Bieters und die Dauer der Bindungsfrist für das letztverbindliche Angebot. Diese Rügen wies die Antragsgegnerin zurück und teilte mit, die Antragstellerin sei als einzige Bieterin im Verfahren verblieben, weil die anderen Bewerbungen aus formalen Gründen auszuschneiden hätten. Die Antragsgegnerin forderte die Antragstellerin zur Abgabe eines ersten indikativen Angebots auf, welches letztere einreichte. Der Bebauungsplan ist durch Urteil des OVG NRW vom . für unwirksam erklärt, inzwischen aber erneut aufgestellt worden. Nach einem Verhandlungsgespräch und der Einreichung weiterer Unterlagen durch die Antragstellerin, wonach sie auf die Möglichkeit der Einbeziehung privater Grundstücke ab 2010 hinwies (bis 2009 bestanden Optionen zugunsten eines Wettbewerbers), hob die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren mit Schreiben vom 02. Juli 2009 auf, weil die Antragstellerin im Hinblick auf die privaten Grundstücke keine konkrete Perspektive habe aufzeigen können; auch seien die vorgeschlagenen Lösungen städtebaulich unbefriedigend. Die Antragsgegnerin kündigte in entsprechender Anwendung des § 3a Nr. 6a) VOB/A an, in Verhandlungen mit allen Bewerbern des beendeten Verfahrens eintreten zu wollen. Dies rügte die Antragstellerin als vergaberechtswidrig.

Die Antragsgegnerin trat sodann ohne eine vorherige Bekanntmachung in neue Verhandlungen zur Vergabe der Baukonzession ein. In diese Verhandlungen hat sie neben der Antragstellerin auch Mitbewerber einbezogen.

Die Antragstellerin hat einen Nachprüfungsantrag eingereicht und die Auffassung vertreten, die Antragsgegnerin habe das ursprüngliche Vergabeverfahren nicht beenden und dementsprechend auch kein erneutes Vergabeverfahren einleiten dürfen. Gründe für eine Aufhebung seien nicht vorhanden gewesen. Die Antragsgegnerin habe während des gesamten Verfahrens einen Wettbewerber unzulässig bevorzugt. Die ursprünglichen Vergabeunterlagen seien – wie sie bereits von Anfang an gerügt habe –

rechtswidrig. Diese von der Antragsgegnerin verursachten Fehler rechtfertigten jedoch nicht eine Aufhebung des Verfahrens mit der Folge, dass sich zu ihren, der Antragstellerin, Lasten wiederum Dritte an dem Vergabeverfahren beteiligen könnten. Die Antragstellerin hat beantragt,

1.

die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Aufhebung des Verfahrens zur Vergabe der Baukonzession für den Innenstadtbereich aufzuheben und das Vergabeverfahren mit ihr, der Antragstellerin, fortzusetzen,

2.

der Antragsgegnerin zu untersagen, das mit Mitteilung vom 15.09.2009 eingeleitete neue Verhandlungsverfahren fortzuführen und den Zuschlag in diesem Verfahren zu erteilen,

hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, das mit Mitteilung vom 15.09.2009 eingeleitete neue Verhandlungsverfahren nur unter Beachtung der Maßgaben der Vergabekammer fortzusetzen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie ist dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen getreten.

Die Vorsitzende der Vergabekammer hat die zunächst bis zum 03. November 2009 laufende Entscheidungsfrist mit Verfügung vom selben Tage (die Zustellung an die Bevollmächtigten der Antragsgegnerin erfolgte am 04. November 2009) bis zum 03. Dezember 2009, sodann mit Verfügung vom 03. Dezember 2009 (die Zustellung an die Bevollmächtigten der Antragsgegnerin erfolgte am 04.12.2009) bis zum 23. Dezember 2009 und mit Verfügung vom 23. Dezember 2009 bis zum 22. Januar 2010 verlängert. Die Antragsgegnerin hat daraufhin die Auffassung vertreten, dass die Verlängerungen nicht wirksam seien und der Nachprüfungsantrag als zurückgewiesen gelte.

Letztere Argumentation hat die Vergabekammer zurückgewiesen und gemeint, die Unterzeichnung der Verfügung zur Fristverlängerung durch den Vorsitzenden der Vergabekammer reiche zu ihrer Wirksamkeit aus. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung des Senats für zulässig erachtet. Sie hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass eine Tiefgarage ersetzt werden sollte und der Kaufpreis für die Grundstücke der Antragsgegnerin und der nicht den Marktwert von etwa €/m<sup>2</sup> reichten. In der Sache hat sie es für unzulässig gehalten, das Risiko des Erwerbs privater Grundstücke dem Bieter aufzuerlegen. Die Aufhebung des Verfahrens sei nicht rechtfertigt gewesen, weil ein Unvermögen der Antragstellerin zum Erwerb der privaten Grundstücke nicht feststellbar gewesen sei, auch die städtebaulichen Bedenken seien nicht schwerwiegend gewesen. Sie hat folgende Anordnung getroffen:

Die Antragsgegnerin wird angewiesen, die Aufhebung des reglementierten Vergabeverfahrens wieder aufzuheben und bei Fortführung des reglementierten Vergabeverfahrens dieses in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen, die Antragstellerin auf der Grundlage geänderter Vergabeunterlagen erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern und dabei die in diesem Beschluss zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.

Dagegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde. Sie meint weiterhin, der Nachprüfungsantrag sei bereits fiktiv mangels wirksamer Verlängerung der Entscheidungsfrist abgelehnt gewesen. Sie hält vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH vom 25. März 2010 (C-451/08) den Nachprüfungsantrag für unzulässig, weil es sich danach nicht um einen öffentlichen Bauauftrag handle. Die Feststellungen der Vergabekammer zum Marktwert der Grundstücke seien im Hinblick auf deren Festsetzung durch den Umlegungsausschuss im Frühjahr 2007 unrichtig. Was die Ersetzung der Tiefgarage betreffe, reiche dies für die Annahme eines Bauauftrages nicht aus. In der Sache sei die Anordnung der Vergabekammer unzutreffend: Das Risiko des Bieters, private Grundstücke einzubeziehen, stelle kein unzumutbares Wagnis dar. Wäre dies aber doch der Fall gewesen, wäre dies gerade ein Grund für eine Verfahrensaufhebung gewesen. Die Antragsgegnerin beantragt,

den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und die Anträge der Antragstellerin abzulehnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und ist auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH vom 25.03.2010 der Auffassung, es handele sich um einen öffentlichen Auftrag. Sie hat sich dabei insbesondere auf die Verpflichtung des Käufers und Investors zur Errichtung von Parkplätzen sowie auf einen den Marktpreis nicht erreichenden Kaufpreis bezogen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten sowie auf die Vergabeakten verwiesen.

## II.

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat nicht bereits deshalb Erfolg, weil der angefochtene Beschluss erst nach Ablauf der Entscheidungsfrist ergangen ist, der Nachprüfungsantrag gemäß § 116 Abs. 2 GWB damit als abgelehnt galt und eine Beschlussfassung durch die Vergabekammer nicht mehr zulässig war (zur Anfechtung eines derartigen Beschlusses s. Stickler, in Reidt/Stickler/Glahs, GWB, 2. Aufl., § 116 Rdnr. 9 m.w.N.). Die Vorsitzende der Vergabekammer hat die Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 GWB jeweils rechtzeitig dadurch verlängert, dass sie die Verfügungen über die Verlängerung der Entscheidungsfrist unterzeichnete und in den Geschäftsverkehr gab. Dass die Verlängerungsmitteilung innerhalb der Zeit nicht sämtlichen Verfahrensbeteiligten zugestellt worden oder auch nur zugegangen ist, ist unerheblich (Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 113 Rdnr. 8 m.w.N.; s. auch Kuhlig, in Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, § 117 GWB Rdnr. 7; KG Beschluss vom 20.08.2009, 2 Verg 4/09; aA Maier, in Kulartz/Kus/Portz, GWB, 2. Aufl., § 113 Rdnr. 20; Reidt, a.a.O., § 113 Rdnr. 13; Stickler, a.a.O., § 116 Rdnr. 9).

Die gegenteilige Auffassung führte zu unzumutbaren Rechtsunsicherheiten. Auf die Dauer der Zustellung – verlangt man mit der Antragsgegnerin eine solche – hat die Vergabekammer keinen Einfluss. Das gilt nicht nur für die Dauer des Postverkehrs, sondern auch dafür, wann der Zustellungsempfänger die Verfügung mit Zustellungswillen entgegen nimmt. Zwar ist eine förmliche Zustellung entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 GWB (wonach eine bloße „Mitteilung“ ausreicht) nicht notwendig (vgl. Maier, a.a.O., § 113 Rdnr. 16). Darauf kommt es aber nicht.

an. Entscheidend ist, dass unter Zugrundelegung der gegenteiligen Auffassung ein Verfahrensbeteiligter – und zwar auch ohne eine Notwendigkeit einer förmlichen Zustellung der Verlängerungsverfügung - nicht kontrollieren könnte, ob ein Nachprüfungsantrag als zurückgewiesen gilt, weil er das Datum der Zustellung oder auch nur des Zugangs an andere Verfahrensbeteiligte nicht ohne Weiteres in Erfahrung bringen kann. Demgegenüber ist ohne Probleme durch eine Anfrage bei der Vergabekammer möglich zu erfahren, ob und wann eine Verlängerungsmitteilung (bzw. ein Beschluss) ergangen ist.

### III.

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat aber deshalb Erfolg, weil es sich bei dem ausgeschriebenen Vertrag nicht um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 99 GWB, Art. 1 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2004/18/EG (VKR), gegebenenfalls in Form einer Baukonzession, handelt und damit der Weg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet ist.

#### 1.

Jedenfalls was das ursprüngliche Vergabeverfahren betrifft, ist gemäß § 131 Abs. 8 GWB noch das GWB in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts geltenden Fassung anzuwenden. Allenfalls auf das erneute Vergabeverfahren könnte das GWB in der jetzigen Fassung Anwendung finden. Das ist aber letztlich unerheblich, da sowohl § 99 GWB a.F. als auch n.F. vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 1 Abs. 2 VKR auszulegen ist. § 99 GWB a.F. gab lediglich die Definitionen des Art. 1 Abs. 2 VKR wider; dass das nationale Recht insoweit über die Richtlinie hinausgehen wollte, ist danach nicht ersichtlich. § 99 GWB n.F. wäre gegebenenfalls, soweit möglich, richtlinienkonform auszulegen.

#### 2.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (zuletzt Urteil vom 25.03.2010, C-451/08) setzt ein öffentlicher Bauauftrag des öffentlichen Auftraggebers – neben der Erreichung des Schwellenwerts - voraus,

- dass ein schriftlicher Vertrag geschlossen wird,

- durch den der Auftragnehmer zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet wird,
- die Leistung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeutet,
- der Vertrag entgeltlich oder in Form einer Baukonzession geschlossen ist.

Während ausweislich der Bekanntmachung und der Informationsunterlagen eine vertragliche Verpflichtung zur Errichtung der Gebäude entsprechend des einzureichenden Konzeptes erfolgen sollte und damit das Tatbestandsmerkmal einer durchsetzbaren Bauverpflichtung (EuGH, a.a.O., Rdnr. 62) unzweifelhaft erfüllt ist, fehlt es an dem weiteren Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils für die Antragsgegnerin.

a) Nach dem Urteil des EuGH vom 25.03.2010 liegt ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers in folgenden fünf Fallgruppen vor:

- der öffentliche Auftraggeber erwirbt Eigentum an dem Bauwerk (a.a.O., Rdnr. 50),
- der öffentliche Auftraggeber soll über einen Rechtstitel verfügen, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt (a.a.O., Rdnr. 51),
- der öffentliche Auftraggeber soll wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen können (a.a.O., Rdnr. 52),
- der öffentliche Auftraggeber beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks (a.a.O., Rdnr. 52),
- der öffentliche Auftraggeber übernimmt Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks (a.a.O., Rdnr. 52).

Die in dem abzuschließenden städtebaulichen Vertrag einzugehenden Bauverpflichtungen als solche stellen demgegenüber als Ausdruck städtebaulicher Regelungszuständigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung des allgemeinen Interesses keinen unmittel-

telbaren wirtschaftlichen Vorteil des Auftraggebers dar (a.a.O., Rdnr. 57, s. auch Rdnr. 68) und führen unter diesem Gesichtspunkt – anders als vom Senat in seiner früheren Rechtsprechung angenommen (vgl. VergabeR 2008, 933 = NZBau 2008, 727) – nicht zur Annahme eines öffentlichen Bauauftrages.

b) Vor diesem Hintergrund vermag der Senat ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin durch die Errichtung von Bauwerken nicht festzustellen.

aa) Nach 2.2.4. der Informationsunterlagen waren „in das Bebauungskonzept ... die nach § 51 BauO NRW erforderlichen Stellplätze, mindestens jedoch 500, [zu] integrier[en].“

An diesen Parkplätzen sollte die Antragsgegnerin nicht Eigentum (oder ein anderes dingliches Recht) erhalten, noch sollte sie die Parkplätze nutzen oder auf sie zugreifen können. Sie waren nicht für die Allgemeinheit bestimmt, sondern dienten allein den Nutzern und Besuchern des geplanten Einkaufszentrums. Dabei ist der Streit darüber, in welchem Umfang die verlangte Parkplatzanzahl durch § 51 LBauO NRW gerechtfertigt war, unerheblich. Denn in jedem Falle ist nichts dafür ersichtlich, dass die Parkplätze der Antragsgegnerin zur Verfügung stehen sollten; das gilt auch für die möglicherweise über die nach § 51 LBauO NRW geforderte Anzahl hinausgehenden Parkplätze. Parkplätze bieten einem öffentlichen Auftraggeber nur dann einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil, wenn sie von ihm selbst (etwa als Behördenparkplatz) oder auf Grund eines Rechtstitels von der Öffentlichkeit genutzt werden sollen. Der EuGH (a.a.O., Rdnr. 51) stellt unter Hinweis auf seine Entscheidung vom 12.07.2001 (C-399/98) auf die Verfügbarkeit für die öffentliche Zweckbestimmung ab. Eine öffentliche Zweckbestimmung erhalten die Parkplätze im Falle einer vorgesehenen allein privaten Nutzung durch die Nutzer und Besucher des zu errichtenden privaten Bauwerks nicht.

Nach den Ausführungen des OVG Münster in der Entscheidung vom \_\_\_\_\_ soll zwar damit zu rechnen sein, dass die Parkfläche auch für Bewohner der umliegenden Wohngebäude genutzt werden. Doch führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Durch eine tatsächliche Nutzung durch private Dritte oder durch Vermietung an Private erhalten die Parkplätze keine öffentliche Zweckbestimmung.

bb) Nach 2.3 der Informationsunterlagen mussten infolge des erwarteten Verkehrs zum Einkaufszentrum bestimmte kleinere Anpassungsmaßnahmen an vorhandenen Straßen (u.a. Bau einer Abbiegespur) erfolgen. Auch das führt nicht zu einem unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil der Antragsgegnerin. Die Maßnahmen sollten lediglich durch das Projekt verursachten Störungen auf den vorhandenen öffentlichen Straßen vorbeugen.

cc) Im Bebauungsplan ist schließlich von einem Gehrecht zugunsten der Öffentlichkeit zwischen ... und ... die Rede (Bl. 82 Vergabeakte). Dass dies die Errichtung eines Bauwerks erfordert, ist nicht ersichtlich.

dd) Der Senat vermag schließlich nicht festzustellen, dass sich die Antragsgegnerin an der Errichtung des Bauwerks finanziell beteiligt. Allerdings kann diese Beteiligung auch in einem Kaufpreinsnachlass, insbesondere in einem Verkauf des Grundstücks unter Marktwert (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 17.11.2009 – C-451/08, Rdnr. 58) liegen.

(1) Der Senat orientiert sich bei der Bestimmung des Marktwerts an der „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“ (ABl. EG C 209/1997 S. 3, zukünftig: Mitteilung). Diese Mitteilung bezieht sich zwar nicht auf die angesprochene vergaberechtliche Frage, sondern auf die Fragestellung, ob und in welchem Umfang eine Beihilfe im Sinne des – jetzigen – Art. 108 AEUV vorliegt. Die Mitteilung ist jedoch insoweit hilfreich, als sie Regelungen über die Bestimmung des Marktwertes von Grundstücken betrifft, die gleichermaßen für die vergaberechtliche als auch die beihilfenrechtliche Problematik gelten können.

(2) Die Antragsgegnerin hat sich nicht für ein „bedingungsfreies Bietverfahren“ im Sinne von II.1. der Mitteilung entschieden. Ausweislich der Vergabebekanntmachung und 2.1.1 und 2.1.2 der Informationsunterlagen waren vielmehr Festpreise vorgesehen. Dass nach 4.2.5 der Informationsunterlagen die im letztverbindlichen Angebot genannten Kaufpreise nicht unterhalb der Festpreise liegen durften, ändert daran nichts. Die Antragsgegnerin ging aufgrund der nur beiläufigen Bemerkung der Möglichkeit eines höheren Kaufpreisangebots erkennbar nicht von einem solchen aus, zumal die Kaufpreishöhe für den Zuschlag keine Rolle spielte.

(3) Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht unmittelbar darauf berufen, sie habe mit der Wertfestsetzung durch den Umlegungsausschuss ein unabhängiges Sachverständigengutachten eingeholt.

Allerdings sieht die Mitteilung unter II.2.a) vor, dass die Wertermittlung auch durch einen unabhängigen Sachverständigen erfolgen kann. Es mag sein, dass es sich bei dem Umlegungsausschuss im Hinblick auf die in der Verordnung zur Durchführung des Baugesetzbuchs (GVBl. NRW 1987, 220) aufgestellten Regeln über die Zusammensetzung und Verfahrensweise des Umlegungsausschusses um ein sachkundiges und unabhängiges „Staatliches Bewertungsbüro“ im Sinne von II.2.a) Abs. 3 der Mitteilung handelt.

Die Bewertung durch den Umlegungsausschuss ist aber zum Einen bereits im Frühjahr 2007 erfolgt und bezieht sich auf Grund umlegungsrechtlicher Vorschriften (vgl. nachfolgend unter (4)) auf einen derart frühen Zeitpunkt, dass sie als solche (s. aber nachfolgend unter (4)) den Marktpreis zu Beginn des Vergabeverfahrens oder zum mutmaßlichen Verkaufszeitpunkt nicht mehr hinreichend genau widerspiegelt.

(4) Der Senat kann aber dennoch die vom Umlegungsausschuss festgelegten Grundstückswerte der Bewertung als Marktpreis zugrunde legen.

Der weitaus größte Teil der von der Antragsgegnerin (bzw. der Stadtwerke ) zum Verkauf angebotenen Grundstücke (zu den übrigen Grundstücken s. nachfolgend unter (5)) lagen innerhalb eines förmlich festgesetzten Umlegungsgebiets. Das führte – neben einer Verfügungs- und Veränderungssperre nach § 51 BauGB - zu einer von den gewöhnlichen Verhältnissen abweichenden Grundstücksbewertung. Bei der Bewertung der in das Umlegungsverfahren eingebrachten Grundstücke (sog. Einwurfgrundstücke - hier mithin der von der Antragsgegnerin und der Stadtwerke

zum Kauf angebotenen Grundstücke) ist auf die frühere Nutzbarkeit – und damit auf die Nutzbarkeit vor Umlegung und Erlass eines Bebauungsplans – abzustellen. Bei der späteren Zuteilung von Grundstücken aus der Verteilungsmasse ist die umlegungsbedingte Wertsteigerung in der Form zu berücksichtigen, dass dem bisherigen Eigentümer Grundstücke (bewertet einschließlich der umlegungsbedingten Vorteile) lediglich im Wert der sog. Einwurfgrundstücke (also ausschließlich der umlegungsbedingten Vorteile) zugeteilt werden oder der umlegungsbedingte Vorteil in Geld abzuführen ist; § 57

S. 4, 5 BauGB (vgl. zu den Einzelheiten Otte, in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, 92. Lfg. 2009, § 57 RdNr. 30 ff.; Stang, in Schrödter, BauGB, 7. Aufl., § 57 RdNr. 13 ff.). Das führt dazu, dass die Einwurfgrundstücke – wie auch hier – in der Regel als Bauland zu bewerten sind.

Das bedeutet bei einer – wie hier geplanten – Veräußerung von Grundstücken während laufenden Umlegungsverfahrens (der Erwerber des Grundstücks tritt während des laufenden Umlegungsverfahrens in die Rechtsposition des Veräußerers ein, vgl. § 49 BauGB), dass der Käufer eines derartigen Grundstücks als Marktpreis lediglich den vom Umlegungsausschuss angesetzten Wert einsetzen kann. Zwischenzeitlich erfolgte Wertsteigerungen werden später auf öffentlich-rechtlicher Grundlage im Rahmen des Umlegungsplans vom Käufer und Erwerber abgeschöpft. Berücksichtigte der Käufer die zwischenzeitliche Wertsteigerung kaufpreiserhöhend, liefe er Gefahr, diese Wertsteigerung zweimal bezahlen zu müssen, nämlich einmal auf privatrechtlicher Grundlage im Rahmen der Kaufpreiszahlung und ein zweites Mal auf öffentlich-rechtlicher Grundlage im Rahmen des Umlegungsplans an die Gemeinde (§ 64 BauGB). Marktwert ist deswegen der vom Umlegungsausschuss festgelegte Wert.

Anders wäre es nur dann, wenn entweder der Käufer zeitlich erst nach dem Umlegungsplan Eigentümer werden oder wenn das Umlegungsverfahren – etwa wegen Bedeutungslosigkeit – ohne einen Umlegungsplan aufgehoben werden sollte. In beiden Fällen wäre dann der Käufer zu einer Ausgleichung der Wertsteigerung nicht verpflichtet. Dafür ist jedoch nichts ersichtlich. In den Informationsunterlagen wird auf das zu beachtende Umlegungsverfahren hingewiesen, es findet sich kein Hinweis darauf, dass das Verfahren gegebenenfalls aufgehoben werden sollte. Ausweislich der Vergabebekanntmachung sollte der Vertrag noch im Jahre 2008 geschlossen werden.

(5) Allerdings befinden sich zwei der zum Kauf angebotenen Grundstücke nicht im Umlegungsverfahren. Das ist jedoch unerheblich. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass diese Grundstücke einen höheren Marktwert aufweisen. Bei dem Flurstück handelt es sich um ein ersichtlich nicht zur Bebauung vorgesehenes Splittergrundstück. Der zu verkaufende Teil des Flurstücks ist ein „gefangenes“ unbebautes Grundstück ohne unmittelbaren Zugang zu öffentlichen Straßen im „Hinterhof“. Bereits von daher können die von der Vergabekammer angesetzten Werte, die auf vollständig erschlossene, von

öffentlichen Straßen her zugängliche und problemlos bebaubare Grundstücke an der  
beruhen, nicht übertragen werden.

(6) Es kann damit offen bleiben, wie der Wert bei einem kraft finanzieller Beteiligung als öffentlichem Bauauftrag einzustufenden Auftrag zu berechnen ist, ob lediglich in Höhe der finanziellen Beteiligung der Gemeinde (die auch nach der Berechnung der Vergabekammer erheblich unter dem Schwellenwert läge) oder nach dem Wert der Gesamtbauarbeiten, zu deren Durchführung der Auftragnehmer verpflichtet ist und zu denen die Gemeinde einen Zuschuss leistet.

c) Dass für das im Juli 2009 begonnene Verfahren der Antragsgegnerin anderes gilt, ist nicht anzunehmen.

Der Senat weist allerdings darauf hin, dass bei einer Änderung der Rahmenbedingungen anderes gelten kann (vgl. b)dd) (4) letzter Absatz).

#### IV.

Angesichts der Unzulässigkeit des Rechtsweges zu den Vergabenachprüfungsinstanzen kommt es nicht darauf an, ob die Rügen der Antragstellerin in der Sache berechtigt waren. Der Senat weist lediglich darauf hin, dass es entgegen der Auffassung der Vergabekammer kein unzumutbares Wagnis für den Bewerber und Bieter darstellen dürfte, sich für die Durchführung des Vorhabens notwendige Grundstücke privater Eigentümer durch Eigenbemühungen zu sichern. Die Beschaffung der für ein vergleichbares Vorhaben notwendigen Grundstücke stellt ein typisches Geschäft in einem Investitionsvorhaben dar.

#### V.

Die Kostenentscheidung zum Verfahren vor der Vergabekammer beruht auf § 128 GWB. Da die Antragstellerin unterliegt, hat sie sowohl die Kosten der Vergabekammer (§ 128 Abs. 3 GWB) als auch die zur notwendigen Rechtsverteidigung aufgewendeten Kosten der Antragsgegnerin (§ 128 Abs. 4 GWB) zu tragen. Insoweit ist auch die Not

wendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin festzustellen, § 128 Abs. 4 S. 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG NRW.

Die das Beschwerdeverfahren betreffende Kostenentscheidung beruht auf den §§ 78, 120 Abs. 2 GWB.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Dabei hat der Senat die mutmaßlichen Baukosten der Gesamtanlage zuzüglich einer Gewinnspanne zugrunde gelegt (vgl. Senatsbeschluss vom 10.03.2009, VII-Verg 35/08). Mangels anderer Angaben geht er dabei von dem von der Antragstellerin genannten Gesamtbauvolumen abzüglich des Grundstückskaufpreises aus. Dass die Bauverpflichtungen nicht Gegenstand eines – allein vergaberechtpflichtigen – öffentlichen Bauauftrages sind, ist unerheblich, da die Antragstellerin geltend gemacht hat, dies sei der Fall.

