

VgK BZR Düsseldorf
12.03.2008
VK - 03/2008 - B

1. Bei einer Wiederaufnahme der Veräußerungsbemühungen nach etlichen Jahren kein früherer Interessent als "Bieter" angesehen werden, dem Gründe für seine Nichtberücksichtigung mitgeteilt werden könnten.
2. Die Entscheidung des EuGH vom 18.07.2007 - Rs C - 503/04 - kann nicht herangezogen werden, um die nationale Vorschrift aus § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB entgegen ihrem Wortlaut so auszulegen, dass Verträge, die unter Verletzung von Vorschriften der reglementierten Vergabe zustande gekommen sind, von der Vergabekammer aufgehoben werden könnten bzw. als nichtig zu gelten hätten.
3. Der Inhalt eines Kaufvertrages indiziert in der Regel keine Beihilfengewährung, wenn ein "bedingungsfreies Bietverfahren" durchgeführt wurde.

GWB § 114 Abs. 2
VgV § 13 Satz 6
EG Vertrag Art. 88 Abs. 3 Satz 3
BGB § 134

In dem Nachprüfungsverfahren...

wegen Grundstückskaufvertrag xxxx

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 2. Alternative GWB ohne mündliche Verhandlung am 12.03.2008 durch Frau Leitende Regierungsdirektorin Reider als stellvertretende Vorsitzende, Frau Regierungsrätin Klose als hauptamtliche Beisitzerin, Herrn Kreisoberverwaltungsrat Alfert als ehrenamtlichen Beisitzer b e s c h l o s s e n:

1. Die Anträge werden verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer.
3. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragsgegnerin.
4. Die Hinzuziehung von anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Beteiligten zur Rechtsverfolgung notwendig.
5. Die Gebühren der Vergabekammer werden auf 7.900 (siebentausendneuhundert) Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin hat mit notariellem Kaufvertrag vom 19.12.2006 eine in ihrem Eigentum stehende, unbebaute Fläche an Investoren veräußert, eine Auflassungsvormerkung ist eingetragen.

Ab 1999 war auf diesem unbebauten, aufgrund früherer gewerblicher Nutzung (Metallverarbeitung/-schmelzerei)starkschadstoffbelasteten und entsprechend sanierten, zwischenzeitlich als öffentliche Parkfläche genutzten, Grundstück die Errichtung eines Neubaus für

eine Kreispolizeibehörde geplant. Vorausgegangen war eine bereits in den 1980iger Jahren begonnene Suche nach geeigneten Nutzungsmöglichkeiten- und Nutzungswilligen. Nachdem das Bauvorhaben der Kreispolizeibehörde 2004/2005 auf einer anderen Fläche angesiedelt wurde, wurde eine Nutzung durch altengerechte Wohnungen/Wohnungen für junge Familien ins Auge gefasst. Das Grundstück wurde im Internet sowohl durch die Antragsgegnerin selbst wie durch die Gesellschaft xxxx angeboten. In einem 2004 eingeholten Gutachten über die Realisierbarkeit von Einrichtungen der Altenpflege auf diesem Grundstück wurde ein Preis von 100 - 150 Euro pro Quadratmeter empfohlen, um überhaupt geeignete Investoren zu finden (Seite 28 des Gutachtens aus März 2004). Der Wirtschaftsförderungs- und Grundstücksausschuss der Antragsgegnerin billigte am 17.11.2005 hierzu einen Verwaltungsvorschlag, der u.a. für mögliche Verkaufsverhandlungen einen Preisrahmen von 170 - 200 Euro pro Quadratmeter festlegte. Der Haupt- und Finanzausschuss sah mit Beschluss vom 22.11.2005 einen Verkaufspreis von 200 Euro pro Quadratmeter vor. In einem Wertermittlungsgutachten des Gutachterausschusses für Grundstückswerte des Kreises xxxx mit Wertermittlungstichtag 01.10.2006 (in Auftrag gegeben 18.02.2007) heißt es u.a., dass für sanierte Altlastengrundstücke kaum der Verkaufswert eines vergleichbaren unbelasteten Grundstückes erzielbar sei. Dieser merkantile Minderwert könne gutachterlich aber nur geschätzt werden. Im "gewöhnlichen Geschäftsverkehr" würden "Abschläge in der Größenordnung von 20 - 60% und teilweise höher beobachtet". Der Ausschuss ging vorliegend von einem Abschlag von 20% gegenüber einer Lage aus, die in Art und Maß der Bebauung vergleichbar sei und ermittelte einen Bodenwert von rund 195 Euro pro Quadratmeter.

Als die Investoren ihr Interesse an einer Bebauung mit Einrichtungen der Altenpflege/Arztpraxen etc. konkretisierten, wurde die Bauplanung geändert. Die Änderungen des Bebauungsplanes und des Flächennutzungsplanes wurden im Juni 2006 ausgelegt und gemäß Verwaltungserläuterung im Rahmen der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nicht durchgreifend beanstandet, so dass der Bebauungsplan durch den Rat am 17.10.2006 beschlossen wurde. Aus den textlichen Erläuterungen ergibt sich, dass eine Erschließung durch Kanalisation und Stromversorgung bereits gegeben ist. Auch eine Erschließung durch Straßen ist, zum Teil noch durch die frühere gewerbliche Nutzung, vorhanden.

In dem mit den Investoren geschlossenen Kaufvertrag wurde ein Verkaufspreis von 188 Euro pro Quadratmeter vereinbart. Der Verkaufspreis sollte uneingeschränkt zu einem festgesetzten Fälligkeitstermin (spätestens 01.10.2007) zahlbar sein. Bezüglich der Nutzung enthält der Kaufvertrag (III.2) die Formulierung:

"Der Käufer beabsichtigt, auf der Kauffläche eine Seniorenresidenz zu errichten. Die planerische Konzeption ist im Grundsatz zwischen den Beteiligten abgestimmt. Beide Parteien verpflichten sich, alles zu tun, um das Projekt schnellstmöglich zu realisieren.

Dem Verkäufer ist bekannt, dass hierzu der maßgebliche Bebauungsplan geändert werden muss. Die Stadt xxxx hat das ... Änderungsverfahren bereits eingeleitet."

Weiter enthält der Vertrag die Aussage, dass mit altlastenbedingten Mehraufwendungen in Höhe von 75.000 bis 130.000 Euro zu rechnen sei. Wenn altlastenbedingte Mehraufwendungen tatsächlich anfielen, sind diese den Erwerbenden bis zu einer Gesamthöhe von 250.000 Euro zu erstatten, wobei der Vertrag weitere Bestimmungen zu Prüfrechten der Antragsgegnerin bezüglich des Entstehens und der Angemessenheit der Mehraufwendungen enthält. Ein Rücktrittsrecht für den Käufer besteht ab einem Mehraufwand von 250.000 Euro. Sonstige, eine Bauverpflichtung des Käufers oder einen Rückfall an den Verkäufer regelnden Vereinbarungen enthält der Vertrag nicht.

In den von der Antragsgegnerin übergebenen Unterlagen, die den Zeitraum ab 1999 (Bauplanung) bzw. 2005 (Grundstücksveräußerung) umfassen, lassen sich Kontakte mit karitativen Organisa-

tionen erkennen, es ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass auch der Antragsteller sein Interesse bekundet hätte.

Der Antragsteller wandte sich mit Schreiben vom 31.01.2008 an die Antragsgegnerin und beanstandete die Nichtvornahme eines reglementierten Vergabeverfahrens. Er, der Antragsteller, sei "in der Vergangenheit bereits einmal an einem Erwerb interessiert" gewesen, "damals" hätte jedoch "die Stadt ... die Grundstücke des ...geländes aufgrund vorrangiger Rechte" erworben. Mit Schriftsatz vom 12.02.2008 erhob der Antragsteller den Antrag auf Nachprüfung, der der Antragsgegnerin zugestellt wurde.

Der Antragsteller trägt vor,

er beschäftige sich mit seiner Unternehmensgruppe langjährig mit der Entwicklung von (u.a.) Wohn- und Geschäftshäusern, darunter auch die Projektierung von Einrichtungen für Senioren. Er habe sich in der Vergangenheit auch einmal um den Erwerb des gegenständlichen Grundstückes bemüht. Er bestreite, dass er Kenntnis der Verkaufsbemühungen der Antragsgegnerin gehabt habe. Es könne ihm deshalb nicht vorgehalten werden, dass er sein Interesse am Erwerb hätte zeigen müssen.

Unter Berücksichtigung der einschlägigen vergaberechtlichen Entscheidungen sei die Veräußerung als vergabepflichtige Baukonzession anzusehen. Dabei zeige der Kaufvertrag, dass Abstimmungen über die Art und Weise der Bebauung geschlossen getroffen worden seien. Bereits die bloße Billigung einer Planung reiche aus, um die Errichtung nach den Erfordernissen der Antragsgegnerin anzunehmen. Der Käufer verpflichte sich weiter vertraglich, Flächen der Antragsgegnerin gestalterisch an ihre eigenen Außenanlagen anzupassen und auch hierzu eine Abstimmung mit der Antragsgegnerin zu treffen. Die Antragsgegnerin verfolge mit dem Verkauf städteplanerische Ziele, wie sich aus der Begründung zur Änderung des Bebauungsplanes ergebe. Die vorherige Anpassung der Bauplanung an das in Aussicht genommene Bauprojekt erweise ebenfalls, dass eine Baukonzession vorliege. Die Antragsgegnerin führe in der Begründung zur Bebauungsplanänderung selbst aus, dass die Ausweisung im Hinblick auf die künftige Nutzung habe geändert werden müssen. Es werde auf "die vom Investor geplante Bebauung und Nutzung" hingewiesen.

Der Vertragsschluss sei als nichtig gemäß §§ 13 VgV, 134 BGB, 101 Abs. 1 GWB anzusehen.

Ebenfalls sei der Vertrag gemäß § 134 BGB, Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG Vertrag nichtig. Die Antragsgegnerin habe die Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken nicht beachtet. Es habe vor der Veräußerung weder ein uneingeschränktes Bieterverfahren noch eine unabhängige sachverständige Einschätzung gegeben. Der Grundstücksausschuss der Antragsgegnerin sei in diesem Sinne nicht als sachverständig und unabhängig zu bezeichnen. Die unzulässige Beihilfegewährung liege bereits in der mit öffentlichen Mitteln geförderten Sanierung des Grundstückes, die jetzt den Erwerbern zugute komme. Die Veräußerung sei ebenfalls nicht zu marktgerechten Konditionen erfolgt. Der vereinbarte Kaufpreis liege jedenfalls 7 Euro unter dem Marktwert, den der Grundstücksausschuss ermittelt habe. Die gutachterliche Stellungnahme sei innerhalb eines Tages erstellt worden und könne nicht als umfassendes Verkehrswertermittlungsgutachten gelten. Das Gutachten berücksichtige nicht, dass auf dem veräußerten Grundstück eine planungsrechtlich- und vertraglich abgesicherte Ausnutzbarkeit bestehe, die über den Bodenrichtwert der umliegenden Grundstücke hinausgehe. Er, der Antragsteller, wäre bereit, angesichts der zulässigen Bruttogeschossfläche von 20.000 qm einen doppelt so hohen Kaufpreis anzubieten. Der Kaufpreis könne auch nicht unter Berücksichtigung der Altlasten als marktgerecht bezeichnet werden. Die Erwerber würden durch den Vertrag von altlastenbedingten Mehraufwendungen weitgehend freigestellt. Die Antragsgegnerin übernehme mindestens 250.000 Euro altlastenbedingter Mehraufwendungen, ohne dass dies bei der Kaufpreisfindung berücksichtigt worden sei. Es sei anzunehmen, dass die Verkäufer durch die Fälligkeitsregelung ebenfalls begünstigt würden, da sie bislang nicht als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden seien. Somit würde ihnen der Kaufpreis zinslos gestundet und die ersparte Finanzierung stelle einen wirtschaftlichen Vorteil dar.

Es werde um eine erweiterte Einsicht in die gesamten übergebenen Unterlagen der Antragsgegnerin gebeten.

Der Antragsteller beantragt,

1. festzustellen, dass der notarielle Kaufvertrag zwischen der Antragsgegnerin und den Herren xxxx vom 19.12.2006 über den Erwerb der Liegenschaften Gemarkung xxxx, Flur xx, Flurstück xxx, xxx und xxx nicht ist,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, soweit das Beschaffungsinteresse in der vorliegenden Form weiter besteht, den Verkauf der Grundstücke nach § 32 a VOB/A auszuschreiben und dabei das Vergabeverfahren unter Beachtung der §§ 1- 31 VOB/A durchzuführen,
3. durch geeignete vorläufige Maßnahmen sicherzustellen, dass der Grundstückskaufvertrag nicht (weiter) vollzogen wird, insbesondere durch Untersagung, Auflassungserklärungen abzugeben und die Zustimmung zur Eintragung der Grundstückskäufer als Eigentümer im Grundbuch zu erklären und durch Anordnung gegenüber der Antragsgegnerin, jegliche Bautätigkeit auf den unter 1. genannten Grundstücken durch die Käufer oder von diesen beauftragten Dritten zu untersagen bzw. insoweit bereits erteilte Zustimmungen rückgängig zu machen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor,

auf dem Grundstück hätten während 15 Jahren Sanierungsmaßnahmen stattfinden müssen, die mit etwa 2,2 Mio. Euro aus Landesmitteln gefördert worden seien. Gleichzeitig habe die Antragsgegnerin bereits versucht, das Grundstück auf Immobilienmessen, im Internet, über die Gesellschaft für xxxx sowie durch einen Makler zu vermarkten. Der Antragsteller habe in den Jahren 1997/1998 kurzzeitig Interesse an einer gewerblichen Entwicklung des Grundstücks gezeigt, zu diesem Zeitpunkt sei jedoch noch der Neubau für die Kreispolizeibehörde geplant gewesen. Über die bloße Interessenbekundung hinausgehende Gespräche habe es nicht gegeben. Sie, die Antragsgegnerin, habe ab 2002 wieder verstärkt nach einem Investor gesucht. Mit den jetzigen Käufern hätten die Kontakte 2004 begonnen, was danach auch von Presseberichterstattung begleitet worden sei.

Die geplante Investition der Käufer habe ein Volumen von etwa 17 Mio. Euro.

Die Fälligkeit des Kaufpreises sei zwischenzeitlich eingetreten und sie, die Antragsgegnerin, mache Verzugszinsen geltend. Die Erwerber beriefen sich auf die durch das Nachprüfungsverfahren hervorgerufene Rechtsunsicherheit.

Der Antrag sei unzulässig.

Der Antragsteller habe sein Interesse am eigenen Erwerb nicht dargelegt. Auf sein unter anderen planerischen Rahmenbedingungen bekundetes Interesse in den Jahren 1997/98 könne er nicht verweisen. Der gesamte Prozess des Grundstücksverkaufes sei durch die Presse in zahlreichen Artikeln über die Jahre hinweg begleitet worden. Der Antragsteller könne deshalb nicht behaupten, erst durch Berichte in 2008 von dem Verkauf erfahren zu haben.

Der geschlossene Vertrag sei wirksam. Die Bestimmung aus § 101 GWB sei kein Verbotsgesetz im Sinne § 134 BGB. Dem widerspreche die Bestimmung aus § 114 Abs. 2 Satz 1 und 115 Abs. 1 GWB. Der Vertrag sei ebenfalls nicht aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 88 EG Vertrag nichtig. Das Grundstück sei nicht unterhalb des Marktwertes veräußert und die Käufer nicht im Sinne dieser Vorschrift begünstigt worden. Dies belege das Wertermittlungsgutachten. Der Kaufpreis bewege sich auch innerhalb des Rahmens, den der Wirtschaftsförderung und Grundstücksausschuss festgelegt habe. Die im Kaufvertrag gewählte Fälligkeitsregelung sei üblich und begünstige die Käufer nicht wettbewerbsbeschränkend. Es gebe keinerlei Nebenabreden, die die Höhe der Kaufpreiszahlung der Erwerber wieder relativieren würden. Eine Unwirksamkeit gemäß § 13 Satz 6 VgV sei nicht gegeben. Der Antragstellerin habe nicht einmal in den Jahren 1997/98 sein Interesse an dem Grundstück dargelegt. Die Käufer und die Antragsgegnerin hätten ebenfalls nicht zum Nachteil Anderer sittenwidrig zusammengewirkt.

Der Antragsgegner könne sich bezüglich der Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages nicht auf die Entscheidung EuGH vom 18.07.2007 berufen. Danach seien nur solche Verträge zwingend zu beenden, die eine fortdauernde Nichtbeachtung des Vergaberechts beinhalten. Eine solche sei nicht gegeben, da kein öffentlicher Bauauftrag anzunehmen sei. Die Antragsgegnerin habe keinen Einfluss auf das Bauvorhaben der Käufer genommen. Der Vertrag begründe keine Bauverpflichtung. Auch eine andere Bebauung außer mit einer Seniorenresidenz / Arztpraxen sei möglich. Die Käufer müssten ihr Bauvorhaben nicht an Erfordernissen der Antragsgegnerin ausrichten.

Die Unterlagen der Antragsgegnerin zum Grundstückskaufvertrag und zur Bauplanung haben der Vergabekammer vorgelegen. Die Antragstellerin hatte bereits vor Antragstellung der Antragstellerin aufgrund ihrer Beanstandung den Kaufvertrag überwiegend zur Kenntnis gegeben. Während des Nachprüfungsverfahrens erhielt die Antragstellerin nur begrenzte Einsicht in die Unterlagen, die Aufschluss über die Preisbildung geben. Ergänzend wird auf den Inhalt der Unterlagen der Antragsgegnerin sowie die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, da vor Antragstellung ein wirksamer Vertrag über das gegenständliche Grundstück geschlossen worden ist.

1 Öffentlicher Auftraggeber / Schwellenwert

Die Antragsgegnerin ist ein öffentlicher Auftraggeber, der seinen Sitz im Zuständigkeitsbereich der Kammer hat (§ 98 Nr. 1 GWB).

Der Schwellenwert gemäß § 100 Abs. 1 GWB, § 2 Nr. 4 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) in Höhe von 5, 278 Millionen Euro wird aufgrund der Schätzung des Investitionsvolumens in Höhe von 17 Millionen Euro hier überschritten.

2 Wirksamer Vertragsschluss

Ein Nachprüfungsverfahren kann jedoch nicht durchgeführt werden, da das gegenständliche Grundstück bereits wirksam veräußert wurde, § 114 Abs. 2 GWB. Es ist deshalb nicht zu entscheiden, ob ein reguliertes Vergabeverfahren durchzuführen gewesen wäre oder nicht. Im Einzelnen:

2.1 Nichtigkeit gemäß § 13 Satz 6 VgV

Eine Nichtigkeit gemäß § 13 Satz 6 VgV liegt nicht vor. Der Antragsteller hat, wie er selbst vorträgt, sein Interesse am Erwerb nicht geäußert, seitdem die Antragsgegnerin nach Aufgabe der Planung für die Errichtung eines Dienstgebäudes für eine Kreispolizeibehörde auf dem gegenständlichen Grundstück dieses veräußern wollte. Der Antragsteller ist nicht deswegen zum Kreis der durch § 13 VgV geschützten Interessenten zu zählen, weil er vor diesen Verkaufsbemühungen "in der Vergangenheit" einmal sein Interesse bekundet hätte. Zum einen hat der Antragsteller nicht hinrei-

chend konkret vorgetragen, wann, wem gegenüber und in welcher Form dies erfolgt ist. Die Äußerungen in dem vom Antragsteller vorgelegten Beanstandungsschreiben vom 31.01.2008 lassen vielmehr darauf schließen, dass eine Kaufabsicht überhaupt nicht gegenüber der Antragsgegnerin geltend gemacht wurde, sondern gegenüber einem früheren Eigentümer. In dem Schreiben heißt es wörtlich, dass "damals" die Antragsgegnerin die Grundstücke aufgrund vorrangiger Rechte erworben hätten. Dies lässt keine andere Auslegung zu, als dass die Kaufabsicht nicht gegenüber der Antragsgegnerin geltend gemacht worden sein kann, sondern der Antragsteller und die Antragsgegnerin Kaufinteressenten waren.

Zum anderen stellt die geplante Nutzung durch die Kreispolizeibehörde eine zeitliche Zäsur von etwa 5 Jahren dar. Erst nach Aufgabe dieser Planung fasste die Antragsgegnerin wieder eine Veräußerungsabsicht. Aufgrund dieses Zeitablaufes bestand gegenüber Interessenten, die vor 1999 aufgetreten sein mochten, keine Verpflichtung zur Information über eine 2007 geplante Veräußerung. § 13 VgV ist entsprechend anzuwenden, wenn zwar ein förmliches Vergabeverfahren nicht stattgefunden hat, die Beschaffung jedoch immerhin zur Beteiligung mehrerer Unternehmen, zu verschiedenen Angeboten und schließlich zur Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber geführt hat. Denn dann gibt es neben dem in Aussicht genommenen Unternehmen bestimmte andere "Bieter" sowie Gründe für ihre Nichtberücksichtigung. Diese Gegebenheiten kann der öffentliche Auftraggeber wie bei einem geregelten Vergabeverfahren zu einer sachgerechten Information der Unternehmen nutzen, deren Angebote nicht zum Zuge kommen sollen. Dabei reicht es aus, dass der öffentliche Auftraggeber von dem Interesse des Unternehmens an dem Auftrag Kenntnis erlangt hat, und dass er dem Unternehmen die Vorabinformation über die beabsichtigte Vergabe erteilen kann (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005 - X ZB 27/04). Wenn jedoch überhaupt keine Auswahl unter mehreren Interessenten stattgefunden hat, weil die Veräußerungsabsicht aufgegeben wurde, kann bei einer Wiederaufnahme der Veräußerungsbemühungen nach etlichen Jahren kein früherer Interessent als "Bieter" angesehen werden, dem Gründe für seine Nichtberücksichtigung mitgeteilt werden könnten. Während der festgesetzten Nutzung für den Neubau eines Dienstgebäudes für die Kreispolizeibehörde bestand seitens der Antragsgegnerin keine Verkaufsabsicht, so dass ebenfalls nicht die Situation einer de-facto-Vergabe mit Auftreten mehrerer Interessenten vorlag. Die damalige Planungssituation war auch in keinster Weise vorgeschoben, um Interessenbekundungen von Kaufinteressenten abzuwehren. Ebenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller sein Interesse zu einem Zeitpunkt bekundet hätte, nach dem unmittelbar die Veräußerungsbemühungen der Antragsgegnerin wieder begonnen hätten (s.o.). Der Antragsteller kann somit nicht in entsprechender Anwendung der Vorschrift aus § 13 VgV geltend machen, dass er über den geplanten Vertragsabschluss mit anderen Interessenten hätte informiert werden müssen. Es kann deshalb dahinstehen, ob die Vorschrift aus § 13 VgV überhaupt eingreift, weil die Veräußerung als reglementierte Vergabe hätte stattfinden müssen.

2.2 Nichtigkeit gemäß 134 BGB, 101 Abs. 1 GWB

Die Nichtigkeit des Kaufvertrages lässt sich nicht durch - unterstellte - Vergaberechtsverstöße vor seinem Abschluss begründen. Die Vergabekammer kann zulässig nicht mehr angerufen werden, wenn zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem ausgewählten Bieter ein wirksamer Beschaffungsvertrag zustande gekommen ist, an dessen Abschluss (auch) der Antragsteller ein Interesse behauptet. Denn ab dem Zeitpunkt eines wirksamen Vertragsschlusses können Vergaberechtsverstöße nicht mehr beseitigt werden, auch wenn der Antragstellerbeanstandet, der öffentliche Auftraggeber habe das nach dem Vierten Teil des GWB und den daraus abzuleitenden Rechtsvorschriften gebotene Vergabeverfahren nicht beschränkt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2005- VII Verg 93/04-). Diese möglichen Vergaberechtsverstöße können Schadenersatzansprüche des übergangenen Interessenten begründen, der (wirksame) Vertragsschluss beendet jedoch die Möglichkeit, Primärrechtsschutz einzufordern.

An dieser Einschätzung ändert auch die Entscheidung des EuGH vom 18.07.2007 - Rs C - 503/04 - nichts. Der Europäische Gerichtshof hatte darüber zu entscheiden, ob der beklagte Mitgliedsstaat bis zum Ablauf der Frist zur Stellungnahme Maßnahmen ergriffen hatte, um eine Vertragsverletzung - den Abschluss eines Beschaffungsvertrages ohne vorangegangenes europaweites

Vergabeverfahren - zu beenden. Die war nicht geschehen; die Kündigung des Vertrages erfolgte erst nach Ablauf der Frist (Erwägung Nr. 19/20). Der EuGH hat zum einen ausgesprochen, dass zur Beseitigung der Vertragsverletzung die Zusicherung, künftige Verträge nur unter Beachtung der reglementierten Vergabe abzuschließen, nicht ausreicht. Zum anderen hat er ausgeführt, dass im Hinblick auf das Vorliegen einer Vertragsverletzung der Mitgliedstaat sich nicht darauf berufen könne, dass nach seiner Rechtsordnung die Beschaffung im Rahmen eines zivilrechtlichen Vertrages erfolge und dieser Bestandsschutz genieße (Erwägung 33). Diese Erwägung hat jedoch nicht zu der Aussage geführt, dass der Vertrag nichtig sei, sondern dass es dem Mitgliedstaat obliege, innerhalb der ihm gesetzten Frist den Vertrag zu kündigen oder eine andere geeignete Maßnahme zu ergreifen, um das Fortdauern der Vertragsverletzung zu beenden. Die Entscheidung betrifft somit die einem Mitgliedstaat möglichen bzw. nicht möglichen Einwände gegenüber der Pflicht, Vertragsverletzungen abzustellen. Die Entscheidung enthält jedoch keine Aussagen zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung von Vorschriften des nationalen Vergabe und/oder Zivilrechts. Sie kann deshalb nicht herangezogen werden, um die nationale Vorschrift aus § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB entgegen ihrem Wortlaut so auszulegen, dass Verträge, die unter Verletzung von Vorschriften der reglementierten Vergabe zustande gekommen seien, von der Vergabekammer aufgehoben werden könnten bzw. als nichtig zu gelten haben. Es besteht ein Unterschied zwischen dem rechtlichen Verhältnis eines Mitgliedstaates zur Gemeinschaft und der Rechtsstellung eines Bürgers/Unternehmens innerhalb der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaates. Zu den Rechten eines Konkurrenten bzw. dessen Rechtsschutzmöglichkeiten verhält sich die Entscheidung des EuGH nicht.

2.3 Nichtigkeit gemäß § 134 BGB, Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG Vertrag

Der Antragsteller kann sich schließlich nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB, Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG Vertrag berufen.

Zwar hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 04.04.2003 - V ZR 314/02 - im Ergebnis ausgesprochen, dass der unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG Vertrag geschlossene Vertrag nichtig sei, wobei nach Auffassung des Gerichtshofes diese Rechtsfolge wohl nicht nur im Rahmen einer eingeleiteten Notifizierung, sondern auch ohne Einleitung eintreten soll.

Eine unvereinbare Beihilfe im Sinne Art. 87 EG Vertrag wird den Erwerbern vorliegend jedoch nicht gewährt:

2.3.1 Förderung der Altlastensanierung

Die vom Antragsteller geltend gemachte öffentliche Förderung der Altlastensanierung kann nicht als eine den Erwerbern zufließende Beihilfe angesehen werden. Diese Sanierung erfolgte nicht, um ein an sich nutzbares Grundstück einer höherwertigen Nutzung unter Begünstigung des Nutzungswilligen zuzuführen, sondern um Gesundheitsgefährdungen abzustellen und damit überhaupt irgendeine Nutzung zu ermöglichen. Auf einen bestimmten Gewerbebezweig oder Erwerber stellte diese Sanierung nicht ab. Allenfalls könnte darin eine nachträgliche Beihilfe zum Betrieb der ehemaligen Metallschmelzerei gesehen werden, die jedoch den jetzigen Erwerbern nicht zu gute gekommen ist. Ebenfalls kommt den Erwerbern die im Vertrag enthaltene Regelung zur Freistellung von Mehraufwendungen für Altlasten nicht im Sinne einer Beihilfe zu gute, da sie das von den Erwerbern aufzubringende Investitionsvolumen nicht verringert, sondern lediglich bewirkt, dass Mängel des Grundstücks dieses Volumen nicht erhöhen.

2.3.2 Höhe des Kaufpreises

Der Kaufpreis erscheint zunächst nicht als so offensichtlich "symbolisch", dass eine Beihilfe naheliegen würde.

Das Zustandekommen des Kaufvertrages indiziert ebenfalls keine Beihilfengewährung. Nach der "Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufern von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand" (97/C 209/03) ist als wichtiges Element das "bedingungsfreie Bietverfahren" anzusehen, welches vorliegend von der Antragsgegnerin durchgeführt wurde. Die Antragsgegnerin hat auf zwei Foren des Internet das Grundstück bedingungsfrei angeboten. Sie hat es, wie sie unwiderlegt vorträgt, weiterhin auf Grundstücksmessen angeboten und durch einen Makler vermarkten lassen. Damit konnte die Verkaufsabsicht allen potentiellen Käufern zur Kenntnis gelangen. Aus dem gesamten Inhalt der übergebenen Unterlagen und der sonstigen erkennbaren Umstände ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Vermarktungsbemühungen weitere und/oder wirtschaftlich bessere Angebote überhaupt erhalten bzw. ausgeschlagen hätte, um dann die Veräußerung selektiv und wettbewerbsverzerrend an die jetzigen Erwerber vorzunehmen. Sie hat vielmehr die Nutzung durch eine Einrichtung, die auch Altenpflege betreiben will, durchaus kritisch gesehen im Hinblick auf mögliche Wohnsitznahme von älteren Menschen, zu deren späterer Pflege ein Zuschuss zu leisten wäre.

Der in Verhandlungen erzielte Kaufpreis und weitere Vertragsinhalt (Fälligkeitsregelung) ist deshalb als marktgerecht anzusehen, so dass es nach den Mitteilungen der Kommission nicht erforderlich gewesen wäre, zusätzlich eine sachverständige Bewertung des Grundstückes durchzuführen. Die Antragsgegnerin hat eine solche Bewertung durch den Gutachterausschuss für Grundstückswerte vornehmen lassen. Auch dieses Gutachten weist den erzielten Kaufpreis als marktgerecht aus, wobei es nachvollziehbar erscheint, dass bei schadstoffbelasteten Grundstücken selbst nach einer Sanierung keine genaue gutachterliche Aussage getroffen werden kann, welcher Kaufpreis erzielbar sein wird. Es entspricht der Lebenswahrscheinlichkeit, dass jeder Kaufinteressent diese Risikobehaftung eines Grundstückes anführen wird, insbesondere, wenn eine derart langwierige Sanierung und "Brachliegen" stattgefunden haben. Der Gutachterausschuss hat dabei nicht, wie der Antragsteller vorträgt, unter Außerachtlassung der besonderen Planungssituation und Nutzbarkeit des Grundstückes unrichtigerweise den Bodenrichtwert der umliegenden Grundstücke als Ausgangsbasis herangezogen, sondern eine "nach Art und Maß der Bebauung" ähnliche Lage in der xxxx-Straße in xxxx. Selbst wenn es vorliegend an mehreren Angeboten gefehlt hat, erweist somit das Gutachten, dass ein Verkauf erkennbar unter dem erzielbaren Marktwert nicht stattgefunden hat.

Es liegen weiter keine Anzeichen dafür vor, dass zwischen der Antragsgegnerin und den Erwerbern Abreden bestünden, wonach diese im Ergebnis den Kaufpreis nicht zahlen müssten oder die Kaufpreisforderung, gegebenenfalls einschließlich Verzugszinsen, durch die Antragsgegnerin nicht eingefordert werden würde. Die Antragsgegnerin hat dazu vorgetragen, dass sie entsprechende Forderungen erhoben habe. Eine Niederschlagung erschiene auch aus haushaltsrechtlichen Gründen fernliegend.

III.

Maßnahme gem. § 115 Abs. 3 GWB

Vorläufige Maßnahmen zum Schutz der Rechte des Antragstellers waren aus den unter oben II. ausgeführten Gründen nicht anzuordnen.

IV.

Weitere Akteneinsicht

Eine weitere Akteneinsicht war dem Antragsteller nicht zu gewähren. Die mit der Beurteilung der Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages im Zusammenhang stehenden Unterlagen der Antragsgegnerin konnte hat der Antragsteller einsehen. Die weiterhin übergebenen Unterlagen zur Bauplanung einerseits sowie die mehrfach vorhandenen notariellen Vertragsentwürfe betreffen nicht die Wirksamkeit des tatsächlich abgeschlossenen Vertrages.

V.

Die Entscheidung zu den Verfahrenskosten beruht auf § 128 Absatz 3 GWB.

Die Entscheidung zur Erstattung der entstandenen Kosten beruht auf § 128 Absatz 4 Satz 2 GWB i.V.m. § 80 Verwaltungsverfahrensgesetz NRW. Da der Antragsteller im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragsgegnerin zu tragen.

Nach § 128 Abs. 2 GWB bestimmt sich die Höhe der Gebühren im Nachprüfungsverfahren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes der Nachprüfung. Der Gebührenrahmen wurde vom Gesetzgeber auf eine Mindestgebühr von 2.500,- € und eine Höchstgebühr von 25.000,- € festgesetzt, wobei im Einzelfall aus Billigkeitsgründen eine Ermäßigung bis auf 250,- € und - bei außergewöhnlich hohem Aufwand oder entsprechend hoher wirtschaftlicher Bedeutung - eine Erhöhung auf 50.000,- € möglich ist. Nach der von der Kammer ständig angewandten Staffeltabelle wird im vorliegenden Fall eine Basisgebühr von 7.900,- € (Auftragswert 17 - 17,5 Mio. Euro) festgesetzt. Ein Auftragswert üblicher Art liegt nicht vor, so dass als Anhaltspunkt das von den Erwerbern geplante Investitionsvolumen heranzuziehen war. Der Antragsteller macht geltend, an dem Erwerb des Grundstückes ebenfalls zum Zweck der Errichtung einer Einrichtung zur Altenpflege o.ä. interessiert zu sein, so dass sein wirtschaftliches Interesse ebenfalls in dieser Höhe zu veranschlagen ist. Besondere Umstände, die eine Erhöhung oder Absenkung der Basisgebühr gebieten, liegen nicht vor.

Die Feststellung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Bevollmächtigten im Verfahren beruht auf § 128 Absatz 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Absatz 2 VwVfG NW. Die Hinzuziehung von anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Beteiligten notwendig, da die Behandlung der sogenannten Investorenwettbewerbe innerhalb des Vergaberechts aufgrund neuester Rechtsprechung besondere Probleme aufweist. Weiterhin erscheint die Hinzuziehung aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Grundstücksgeschäftes notwendig.

VI.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von 2 (zwei) Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Sie muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

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