

VgK BZR Düsseldorf  
10.04.2008  
VK - 05/2008 - B

1. Bei einer geplanten Veräußerung von Grundflächen durch einen öffentlichen Auftraggeber kann eine Umgehung der Ausschreibungspflicht nicht allein in einer vorgenommenen Parzellierung gesehen werden, wenn die Parzellierung und Bauplanung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung entsprechen.
2. Zwei auf gegenüberliegenden Parzellen zu errichtende Gebäude, die für sich betrachtet technisch und wirtschaftlich nutzbar sind, können nicht allein deshalb als ein "Bauwerk" im vergaberechtlichen Sinn angesehen werden, weil der Veräußerer eine architektonisch stimmige Bebauung anstrebt.
3. Bei einer Baukonzession kann sich der Auftraggeber (Veräußerer) bei der Schätzung des Auftragswertes dem Geschäftsvolumen nur annähern, wenn die Parameter der späteren Bebauung (auch) durch die Erwerber bestimmt werden. Er erscheint nicht grundsätzlich fehlerhaft, bei einer Grundstücksveräußerung den Wert durch Addition des Kaufpreises, den nach DIN 276 zu berechnenden Baukosten und einem durchschnittlichen Gewinn zu ermitteln. Die für den Investor erzielbaren Veräußerungserlöse, wie sie sich etwa aus Grundstücksmarktberichten der Gutachterausschüsse ergeben, können als Plausibilitätsfaktor ebenfalls herangezogen werden.
4. Die Umsatzsteuer bleibt im Rahmen der Wertermittlung bei Baukonzessionen jedenfalls dann außer Betracht, wenn zum Zeitpunkt der Schätzung in keiner Weise vorhersehbar ist, ob der Erwerber seinerseits zum Vorsteuerabzug berechtigt sein wird oder nicht.

GWB § 100 Abs. 1  
VgV § 2 Nr. 4  
VgV § 3 Abs. 2  
GWB § 99 Abs. 3

In dem Nachprüfungsverfahren...

wegen Grundstückskaufvertrag Gemarkung xxxx, Flur 45, Flurstücke 341 und 353

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 2. Alternative GWB ohne mündliche Verhandlung am 10.04.2008 durch Frau Regierungsdirektorin Bork-Galle als Vorsitzende, Frau Regierungsrätin Klose als hauptamtliche Beisitzerin, Herrn Kreisoberverwaltungsrat Alfert als ehrenamtlicher 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 Antragstellerin zur Rechtsverfolgung notwendig.
5. Die Gebühren der Vergabekammer werden auf 4.100 (viertausendeinhundert) Euro festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt den Verkauf der im städtischen Eigentum stehenden Grundstücke Gemarkung..., Flur 45, Flurstücke 341 und 353 (Wohngebiet "..."), Verträge sind noch nicht abgeschlossen worden. Die Grundstücke stehen zur Wohnbebauung zur Verfügung und liegen innerhalb eines geplanten Wohngebietes durch eine Straße getrennt einander gegenüber. In dem geplanten Wohngebiet sind kleinere Parzellen für Einfamilienhäuser vorgesehen sowie größere Grundstücke wie die beiden hier gegenständlichen für die Bebauung mit größeren Wohnanlagen durch Investoren. Die Antragstellerin hatte ab September 2006 ihr Interesse am Erwerb dieser Grundstücke und eines weiteren Grundstücks gegenüber der Antragsgegnerin gezeigt. Sie hatte bei der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 11.09.2006 und 16.01.2007 angefragt, ob derzeit städtische Grundstücke zum Verkauf stünden, die sich zum "barrierefreien Wohnungsbau" eignen würden bzw. ihr Interesse am Erwerb aller für Investoren vorgesehenen Grundstücke im Baugebiet "... " bekundet. Aus den von der Antragsgegnerin übergebenen Verwaltungsunterlagen geht hervor, dass es zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin weitere Kontakte gab und die Antragstellerin eine Vor-Entwurfsplanung für die Investorengrundstücke vorlegte.

Die Antragsgegnerin ihrerseits legte in mehreren Beschlüssen fest, die Baugrundstücke zum aktuellen Baulandrichtwert für Wohnbaugrundstücke für den Ortsteil ... in Höhe von 420 Euro pro Quadratmeter zu verkaufen.

Der Bebauungsplan wurde am 19.09.2007 rechtskräftig. Die Antragsgegnerin führte nachfolgend im September 2007 eine öffentliche Grundstücksmesse durch, auf der die derzeit zum Verkauf stehenden städtischen Grundstücke, darunter die hier gegenständlichen Grundstücke, privaten Bauherren und Investoren durch Exposés und Erläuterungen vorgestellt wurden. Diese Inhalte wurden auch im Internet präsentiert. Kaufinteressenten konnten innerhalb einer "Bewerbungsfrist" bis zum 09.11.2007 Angebote abgeben, wobei auch die Planungsgrundlagen ("Darstellung der geplanten Bebauung in geeigneter Weise") sowie Finanzierungszusagen einzureichen waren. In der zur Information der Interessenten dienenden Unterlage ("Grundstücksexposés und Bewerbungsunterlagen") wurden die Flurstücke 341 und 353 gesondert angeboten, zur "baulichen Ausnutzung" wurde jeweils "Wohnblock, allgemeines Wohngebiet" angegeben. Weiter wurde auf die Festsetzungen des Bebauungsplanes- und der Gestaltungssatzung hingewiesen.

Unter Berücksichtigung der neueren Entscheidungen des Vergabesenates des OLG Düsseldorf und der Vergabekammern zu Grundstücksgeschäften führte die Antragsgegnerin zeitgleich eine "Wertermittlung" für die zum Verkauf vorgesehenen Investorengrundstücke sowie eine rechtliche Betrachtung der Veräußerungen durch (e-mail Vermerk vom 24.10.2007, Vermerk des Rechtsamtes vom 11.12.2007, Bl. 14 ff., 24 ff. Ordner IV). Sie kam dabei zu dem Ergebnis, dass der Schwellenwert auch für das größte der angebotenen Grundstücke nicht überschritten würde, wobei die Grundstücke einzeln betrachtet wurden. Für die mögliche Bebauung auf dem Flurstück 341 wurde eine Kostenzusammenstellung nach DIN 276 durchgeführt, die eine Nettosumme von 3.726.182,35 Euro (netto) ergab. Hinzugerechnet wurden die Erwerbskosten für das Grundstück in Höhe von 1.000.860,00 Euro und ein Verkaufsgewinn von 5% (236.352,12 Euro), insgesamt ergab sich eine Summe von 4.963.394,47 Euro. Für das Flurstück 353 ergab sich bei gleicher Berechnungsweise eine Summe von 3.144.135,16 Euro. Während des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin hierzu einen weiteren Vermerk vom 03.03.2008 mit Anlagen vorgelegt. In diesem Vermerk wird niedergelegt, dass die Ermittlung der Errichtungskosten unter Annahme der maximalen Kubatur gemäß Bebauungsplan erfolgt sei. Soweit die Antragstellerin eine Wertberechnung auf der Grundlage von Veräußerungspreisen vorlege, sei der Wert von 2.650 Euro pro Quadratmeter der Höchstwert der HVB Expertise, für den Erstverkauf werde eine Spanne von 2.100 bis 2.650 Euro angegeben. Demgegenüber gebe der Immobilienpreisspiegel für Eigentumswohnungen (IVD Immobilienpreisspiegel 2006/2007) für die Stadt ... beim Erstverkauf von Eigentumswohnungen einen Verkaufspreis von 1.500 (guter Wohnwert) bis 2.350 Euro (sehr guter Wohnwert) an, daraus ergebe sich ein Mittelwert von 1.925 Euro. Der Grundstücksmarktbericht des Gutachterausschusses weise für ... für das Jahr 2006 keine Werte für Erstverkäufe aus, da derartige Verkäufe

nicht vorgelegen hätten. Für Wiederverkäufe würden 1.990 Euro angegeben. Tiefgaragenplätze würden im Durchschnitt für das Kreisgebiet mit 10.500 Euro angegeben. Nach Rücksprache mit der Geschäftsstelle des Gutachterausschusses könnten für Erstverkäufe die Werte von ... herangezogen werden, die mit 2.180 bis 2.280 Euro verzeichnet seien. Die Lage der Grundstücke sei aufgrund der Zentrumsnähe als gut zu bezeichnen. Wegen der unmittelbaren Lage zur Einflugroute des ... Flughafens könne die Lage aber nicht als "sehr gut" bezeichnet werden. Ein Verkaufspreis könne somit auf 2.230 Euro für Wohnfläche und 10.500 Euro für einen Tiefgaragenstellplatz zutreffend geschätzt werden. Eine erneute Berechnung ergebe dann einen Wert von 4.816.910 Euro.

Die Antragstellerin gab im Rahmen der Grundstücksmesse eine Bewerbung ab. Mit Schreiben vom 31.10.2007 erklärte die Antragstellerin "Offerten" für den Ankauf der Grundstücke, in dem Schreiben hieß es weiter:

"Aus Gründen der einheitlichen optischen Gestaltung des Eingangs zum neuen Wohngebiet und der konsequenten Umsetzung des architektonischen, sozialen und energetischen Gesamtkonzepts ... ist es in Bezug auf die Bebauung der beiden Grundstücke für die barrierefreien Mehrfamilienhäuser (Flurstücke 341 und 353) aus unserer Sicht sinnvoll diese gemeinsam umzusetzen."

Da sich für die Investorengrundstücke jeweils mehrere Interessenten beworben hatten, führte die Antragsgegnerin eine Auswertung der Bewerbungen durch. Dabei wurden die Kriterien "Beurteilung nach Planungsrecht", "Architektur", "Anzahl der Wohneinheiten", "Geeignetheit für altersgerechtes Wohnen/Mehrgenerationen", "Stellplatznachweis", "Energetische Maßnahmen", "Finanzierungszusage" angewandt (Bl. 74/80 Ordner I). Die Vorlagen der Verwaltung, denen der Rat folgte, richteten sich bezüglich der beiden gegenständlichen Grundstücke auf eine Veräußerung an ein anderes Unternehmen (Bl. 78 ff., 93 ff. Ordner I). In den Ratsbeschlüssen wurde u.a. niedergelegt, dass "der Planentwurf und die Materialbeschreibung" Bestandteile des Kaufvertrages würden und für die "Bauausführung verbindlich" seien. Alle Geschosse seien barrierefrei auszuführen (zu Flurstück 353, Bl. 95 Ordner I, zu Flurstück 341, Bl. 92 Ordner I). Weiter hieß es: "... Durch die Vergabe beider Grundstücke an einen Bewerber wird eine signifikante städtebauliche Eingangssituation ins Wohngebiet geschaffen. ..." (Bl. 96 Ordner I). Die Antragstellerin wurde von den Beschlüssen fernmündlich am 06.12.2007 und mit Schreiben vom 21.12.2007 unterrichtet. Sie wandte sich daraufhin mit Schreiben vom 17.12.2007 an die Antragsgegnerin und wies auf die bestehende Pflicht zur europaweiten Ausschreibung hin. Sie, die Antragstellerin, beabsichtige, sich an dieser Ausschreibung zu beteiligen. Sie erklärte nochmals mit anwaltlichem Schreiben vom 11.01.2008, dass der Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung für das größere der beiden Grundstücke überschritten sei. Es bestehe weiter ein funktionaler Zusammenhang zwischen den Gebäuden, auch wenn die Grundstücke einzeln veräußert werden sollten. Mit Antwortschreiben vom 02. und 21.01.2008 wies die Antragsgegnerin auf ihre Wertermittlung hin. Sie erklärte weiter, dass zwischen den Gebäuden kein funktionaler Zusammenhang bestehe, was auch daran erkannt werden könnte, dass sich für eine weitere Bewerbung nur auf eines der beiden Grundstücke richte.

Mit Schriftsatz vom 22.02.2008 erhob die Antragstellerin den Antrag auf Nachprüfung, der der Antragsgegnerin zugestellt wurde.

Die Antragstellerin trägt vor,

die beabsichtigten Grundstücksverkäufe seien als vergaberechtspflichtige Baukonzessionen anzusehen. Der Verkauf erfolge zur Umsetzung der von der Antragsgegnerin beabsichtigten Wohnbebauung (barrierefreies Wohnen), wobei der Erwerber für die Planung, Errichtung und Veräußerung gemäß den Vorstellungen der Antragsgegnerin zu sorgen habe. Ein mittelbares Eigeninteresse des Auftraggebers sei ausreichend und bestehe vorliegend darin, dass die Antragsgegnerin ein ganz bestimmtes städtebauliches Projekt gemäß ihrem Willen durchführen lassen wolle. Sie, die Antragstellerin selbst, habe vor der Durchführung der Grundstücksmesse mit der Antragsgegnerin

zusammen intensiv diese Vorstellungen entwickelt. Für die Annahme der Entgeltlichkeit reiche es aus, dass die Grundstücke veräußert würden und der Erwerber sich aus der Weiterveräußerung refinanzieren würde.

Der Schwellenwert werde überschritten. Die Antragsgegnerin habe das vorherige Gesamtgrundstück in Kenntnis der bestehenden Ausschreibungspflicht in eine Vielzahl von kleinen Grundstücken aufgeteilt, um das Erreichen des Schwellenwertes zu vermeiden. Sie habe aber Wert auf eine einheitliche Bebauung gelegt, wie sich dies aus den Verhandlungen mit ihr, der Antragstellerin, ergebe. Es solle ein einheitliches "Tor" in das Neubauwohngebiet geschaffen werden. Der Verkaufspreis sei mit mindestens 2.650 Euro pro Quadratmeter Wohnfläche anzusetzen, dies ergebe sich aus der HVB-Expertise 8/2006. Ausgehend von der erreichbaren Wohnfläche und einem Verkaufswert für 41 Stellplätze in Höhe von 12.500 Euro ergebe sich insgesamt ein Wert von 8.977.150,00 Euro bzw. für das größere Grundstück ein Wert von 5.984.750,00 Euro. In der unmittelbaren Umgebung zur Lage der gegenständlichen Grundstücke würden sei Anfang 2007 Neubauwohnungen beworben und verkauft, die Verkaufspreise betrügen 2.398 - 2.537 Euro. Es sei auch der Antragsgegnerin bekannt, dass Neubauwohnungen im Stadtgebiet äußerst gesucht seien und beste Verkaufserlöse erzielten. Die Antragsgegnerin habe die Problematik der Schwellenwertberechnung durchaus erkannt, sie habe aber nicht, wie es geboten gewesen wäre, ein Sachverständigengutachten eingeholt. Die Antragsgegnerin habe bei ihrer Kostenaufstellung keine Vertriebskosten berücksichtigt, weiterhin sei eine Gewinnspanne von 10-12% anzusetzen. Die Umsatzsteuer sei entgegen der sonstigen Berechnung des Schwellenwertes einzurechnen.

Die Antragsgegnerin legt weiterhin Auszüge aus Immobilienangeboten vor, aus denen sich Werte zwischen 2.026 und 3.352 Euro pro Quadratmeter ergeben.

Die Antragsgegnerin habe entgegen ihrer Verpflichtung aus § 13 VgV weder den Namen des ausgewählten Bieters noch Gründe für die Nichtberücksichtigung des eigenen Angebotes angegeben. Etwa geschlossene Verträge seien auch gem. §§ 134, 138 BGB nichtig. Die Umgehungsbemühungen der Antragsgegnerin zeigten sich besonders bei den Flurstücken 341 und 353. Die formale Aufteilung sei durch die Paketvergabe an einen Bieter im Gegensatz zu der über Monate von der Antragsgegnerin und ihr selbst entwickelten Planung habe die Antragsgegnerin auch die Vorstellung der maximalen Ausnutzungsmöglichkeit nach Bebauungsplan aufgegeben und sei dem Vorschlag des weiteren Anbieters mit einer geringeren Ausnutzung des Grundstücks gefolgt. Auch dies lege den Anschein einer Umgehung des Vergaberechts nahe. Der ausgewählte Bieter müsse aufgrund seiner Erfahrung ebenfalls erkannt haben, dass der Schwellenwert überschritten sei.

Sie, die Antragstellerin, habe mit ihren "Bewerbungen" für die Flurstücke ihr Interesse gezeigt, zudem habe sie über Monate im Vorfeld der Antragsgegnerin gegenüber ihre Vorstellungen entwickelt.

Sie habe ungeachtet der vorliegend fehlenden Obliegenheit eine unverzügliche Rüge ausgesprochen.

Ihr Antrag sei begründet. Die Antragsgegnerin habe die Vergabevorschriften nicht eingehalten. Sie habe keine europaweite Veröffentlichung vorgenommen. Weiter werde gegen §§ 8 und 9 VOB/A verstoßen. Es sei jegliche Beschreibung der Leistung unterblieben. Die Antragsgegnerin habe weiter gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, indem sie ihr gegenüber im Vorfeld eine bestimmte Art der Bebauung als die gewollte dargestellt und in dem jetzigen Auswahlverfahren davon abgerückt sei, ohne dass die Bewerber auf diese veränderte Leistungsanforderung hätten reagieren können. Es seien weiter keine Eignungsnachweise gefordert und keine Wertungskriterien benannt worden. Es fehle auch die gem. § 30 VOB/A erforderliche Dokumentation des Vergabevorganges.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Vergabe sowie die ggf. zwischenzeitlich geschlossenen Verträge über den Verkauf der städtischen Grundstücke Gemarkung ..., Flur 45, Flurstück 341 und 353 (...) zwischen der Antragsgegnerin und ... nichtig sind,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, soweit das Beschaffungsinteresse in der vorliegenden Form weiter besteht, den Verkauf der Grundstücke nach § 32a VOB/A auszuschreiben und dabei das Vergabeverfahren unter Beachtung der VOB/A durchzuführen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge aus dem Schriftsatz vom 22.02.2008 abzulehnen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, der Schwellenwert für eine reglementierte Vergabe werde nicht erreicht. Die Verkaufswerte der beiden Grundstücke seien nicht zu addieren. Es sei allein die Antragstellerin gewesen, die ein Junktim zwischen den Kaufverträgen formuliert habe, weil sich der Kauf eines Grundstückes für sie nicht rechne. Eine gegenseitige Abhängigkeit der Verträge sei von ihr, der Antragsgegnerin, aber nie aufgestellt worden. Es gebe keine zwingenden funktionalen oder sonstigen Zusammenhang zwischen den Grundstücken. Dies belege der Bebauungsplan und der Gestaltungsplan. Sie, die Antragsgegnerin, habe weiterhin keinen besonderen Wert auf eine einheitliche Bebauung der beiden Grundstücke gelegt.

Sie, die Antragsgegnerin, habe teilweise den Anregungen der Antragstellerin im Bebauungsplan Rechnung getragen. Die Bebauungsplanung sei aber nicht, wie die Antragstellerin vortrage, gemäß ihrer Anforderung aufgestellt worden. Es seien mit der Antragstellerin auch keine monatelangen Verhandlungen, sondern Gespräche darüber geführt worden, ob ihre Vorstellungen überhaupt mit der Bebauungsplanung konform seien. Es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass die Grundstücke auf einer Grundstücksmesse präsentiert werden sollte. Zu dieser 5. Grundstücksmesse der Antragsgegnerin sei am 21.09.2007 eingeladen worden, es habe am 26.09. auch eine Pressekonferenz mit den ortsansässigen Zeitungen gegeben. Ab dem 13.10.2007 seien die Inhalte der Grundstücksmesse im Internet eingestellt worden. Die Grundstücke seien anlässlich dieser Grundstücksmesse getrennt zum Verkauf angeboten worden, dementsprechend seien Angebote von Dritten eingegangen, die sich auf einzelne Flurstücke bezogen hätten. Mitarbeiter der Antragsgegnerin hätten auch mündlich keine einheitliche Bebauung verlangt. Die Ratsvorlagen und -beschlüsse hätten die Grundstücke ebenfalls immer separat behandelt.

Die Antragstellerin setze überhöhte Veräußerungserlöse für etwaige Wohnflächen an. Völlig eindeutig könne in Fällen wie dem vorliegenden eine Schwellenwertbetrachtung nur dann sein, wenn bereits die (abgeschätzten) Kosten der Bauwerkserstellung den Schwellenwert überschritten. Dies war hier offensichtlich nicht der Fall. Sie, die Antragsgegnerin, habe nach bestem Wissen und Gewissen eine Abschätzung nach DIN unter zusätzlicher Berücksichtigung des Grundstückspreises und eines Verkaufsgewinns aufgestellt.

Sie, die Antragsgegnerin, habe keine Aufteilungen von Grundstücken in der Absicht vorgenommen, diese einem europaweiten Ausschreibungsverfahren zu entziehen. Als die ersten Pläne über die Grundstücksaufteilungen gefasst worden seien, habe niemand die Veräußerung von städtischen Grundstücken mit dem Vergaberecht in Verbindung gebracht und deshalb seien auch keine Überlegungen zu Schwellenwerten angestellt worden. Die Schaffung von Bauflächen habe in ihrem Ermessen gelegen und entspreche eine sachgerechten Planung. Es seien zahlreiche Baugrundstücke geschaffen worden, die an Einzelerwerber veräußert werden sollten.

Der Antrag wäre auch unbegründet. Sie, die Antragsgegnerin, habe alle Bewerber gleich behandelt und ein transparentes Verfahren durchgeführt.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist im Ergebnis unzulässig, da der Schwellenwert von 5.278.000 Euro nicht erreicht wird.

### 1 Öffentlicher Auftraggeber

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

### 2 Schwellenwert

Der zum Zeitpunkt der geplanten Veräußerung maßgebliche 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 nicht erreicht.

#### 2.1 Aufteilung der Gesamtfläche

Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Aufteilung der vormalig für Sportanlagen genutzten Fläche kann, auch wenn das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages unterstellt würde, nicht als Umgehung der Pflicht zur europaweiten Ausschreibung angesehen werden. Die von der Antragsgegnerin übergebenen Unterlagen oder sonstige Umstände geben nichts dafür her, dass die Parzellierung der Grundstücke deshalb wie geschehen vorgenommen wurde, um eine europaweite Ausschreibung zu umgehen (§ 3 Abs. 2 VgV). Die Antragsgegnerin hätte ihre Absicht, einen Teil der Baufläche für ortsansässige Familien zur Verfügung zu stellen, nicht erreicht, wenn sie die ungeteilte Gesamtfläche veräußert hätte. Das Konzept, eine Mischung aus kleineren selbstgenutzten Parzellen für Eigenheime und aus größeren Wohnanlagen / Reihenhäusern zu bilden, wird städtebaulich oftmals gewählt. Die Zuschnitte der Grundstücke erklären sich dabei vorliegend durch diese vorgesehenen Nutzungen und die weiteren Parameter wie Zuwegung und äußere Umgrenzung des Neubaugebietes. Auch bezüglich der gegenständlichen Grundstücke Flurstücke 341 und 353 kann eine bloß scheinbare Teilung zum Zweck der Wertminderung nicht erkannt werden. Die Problematik einer eventuell notwendigen Veräußerung unter Anwendung der Vorschriften des Vergaberechts hat die Antragsgegnerin aktenkundig erst zu einem Zeitpunkt aufgegriffen, als die Parzellierung und Bauplanung bereits erfolgt waren. Es sind keine Anzeichen dafür erkennbar, dass derartige Überlegungen bereits bei der Parzellierung eine Rolle gespielt hätten. Die Antragsgegnerin hat auch ihren Verkaufswillen nicht ausschließlich auf nur einen Käufer für beide Grundstücke gerichtet. Die Behandlung der Flurstücke im Rat und im Rahmen der Grundstücksmesse erfolgte formal getrennt. Inhaltlich wurden den potentiellen Erwerbern ebenfalls keine Vorgaben gemacht, dass die Flurstücke nur einheitlich veräußert werden würden. Es ist durchaus erkennbar, dass die Entscheidungsträger bei der Antragsgegnerin, eventuell sogar aufgrund der Befassung mit den an sie herangetragenen Planungen der Antragstellerin, die Überlegung gefasst hatten, dass die beiden später einander gegenüber liegenden Gebäude eine äußere Stimmigkeit aufweisen müssten und dass sie deshalb einen Verkauf an denselben Interessenten befürworteten. Es sind jedoch keine Anzeichen dafür erkennbar, dass die Antragsgegnerin eher von einem Verkauf abgesehen hätte, als eine Veräußerung an zwei unterschiedliche Erwerber zuzulassen oder dass sie auf alle Bewerber in dieser Hinsicht eingewirkt hätte. Allein der Umstand, dass Bewerber, wie die Antragstellerin selbst, von sich aus das Interesse am gleichzeitigen Erwerb beider Flurstücke hatten, macht die vorgenommene Parzellierung nicht zur Scheinaufteilung.

#### 2.2 Einheitliches Bauwerk

Die geplante Bebauung auf den gegenständlichen Flurstücken 341 und 353 ist nicht als einheitliches Bauwerk anzusehen mit der Folge, dass die Werte zusammen betrachtet werden müssten. Der Bauauftrag definiert sich nach § 99 Abs. 3 GWB als Vertrag, der auf die Ausführung eines Bauwerks gerichtet sind, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche- oder technische Funktion erfüllen soll. In der Frage, was danach zu einer Bauleistung gehört, ist grundsätzlich eine weite Auslegung geboten. Wesentlich ist auf die funktionale Einheit abzustellen, die durch die Bautätig-

keit entstehen soll. Alles, was zur Herstellung eines funktionsfähigen Bauwerks notwendig ist, wird vom Begriff des Bauauftrags erfasst, wobei ausschlaggebend für die Bestimmung dieser Funktion der Nutzungszweck ist, den der Auftraggeber mit diesem Bauwerk verwirklichen will (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg - Vergabesenat, Beschluss vom 28.04.2006, 1 Verg 3 / 06). Die Antragsgegnerin hatte in diesem Sinne jedoch keine Planung entwickelt, aufgrund derer die technische Infrastruktur der Bauwerke und/oder ihre wirtschaftliche Nutzung sich so aufeinander beziehen sollten, dass von einem Bauwerk auszugehen wäre. Jedes der beiden Gebäude könnte nach den Maßgaben der Bebauungsplanung technisch eigenständig errichtet werden und würde ebenfalls wirtschaftlich eine eigenständige, nutzbare Einheit bilden. Selbst wenn im Nachhinein, wenn tatsächlich ein Investor beide Grundstücke erwirbt, er seine Planung aus wirtschaftlichen Gründen so verändern würde, dass zwischen den Gebäuden dann doch eine wie auch immer geartete Abhängigkeit/Verbindung geschaffen wird, könnte dies eine Ausschreibungspflicht der Antragsgegnerin (unter dem Gesichtspunkteiner wesentlichen Veränderung des Auftragsgegenstandes) nicht zum Entstehen bringen, solange die Antragsgegnerin diese Planung sich nicht selbst zu eigen machen und zur Voraussetzung jeder künftig von ihr gewünschten Bebauung erklären würde. Auch für eine derartige Entwicklung liegen aber keine Anzeichen vor.

Somit könnte allein der Wunsch nach einer aufeinander abgestimmten Gestaltung beider Gebäude als funktionale Verklammerung zu einem Bauwerk im vergaberechtlichen Sinne führen. Es erscheint jedoch zumindest in dem hier vorliegenden Einzelfall nicht möglich, die städtebauliche Stimmigkeit zweier (oder mehrerer) Gebäude als deren einheitlichen Nutzungszweck zu definieren, der vom Veräußerer verfolgt würde. Dies könnte allenfalls in Extremfällen denkbar sein, wenn aus Gründen des Denkmalschutzes, der Städtearchitektur o.ä. von Anfang an ansonsten nicht durch Funktion oder Technik verbundene Gebäude gestalterisch in besonderer Weise abgestimmt geplant werden, dass sie (etwa durch Verschachtelung) nur zusammen "ein Bauwerk" bilden und damit eine eigenständig verfolgte architektonische Funktion gewinnen. Ein derartiger Extremfall liegt hier aber nicht vor. Die zu errichtenden Gebäude sollen zwar aufeinander abgestimmt sein ("Eingang in das Wohngebiet"), sie müssen sich aber räumlich und gestalterisch nicht derart aufeinander beziehen, dass sie erst gemeinsam als ein Bauwerk zu bezeichnen wären. Die bloße Verwendung gleicher Materialien und gleicher architektonischer Formsprache verbindet zwei durch eine Straße getrennte Gebäude nicht zu einem Bauwerk. Weiterhin steht der Nutzungszweck als Wohnhäuser für die Antragsgegnerin vorliegend eindeutig im Vordergrund, nicht die Schaffung eines außergewöhnlichen Bauensembles. Die Schaffung von Wohnraum war der Anlass ihrer Planung und Grundstücksveräußerung, nicht die Errichtung einer architektonischen Besonderheit.

2.3 Wertermittlung Demnach ist die ordnungsgemäße Schätzung des Auftragswertes bezogen auf das größere der beiden Grundstücke entscheidend für die Überschreitung des Schwellenwertes. Dabei kommt es wiederum nicht darauf an, ob ein Wert plausibel ist, der oberhalb des Schwellenwertes liegt, sondern ob jede andere Schätzung, die die Antragsgegnerin vorgenommen hat bzw. hätte vornehmen müssen, als rechtsfehlerhaft zu bezeichnen wäre. Auch bei entgeltlichen Geschäften muss der Auftraggeber die Schätzung nicht an den höchsten Marktpreisen orientieren, sondern an Mittelpreisen, u.U. kann er sich sogar rechtsfehlerfrei an besonders günstigen Angeboten orientieren, wenn einer solche Angebotsstruktur sicher erwartet werden darf.

Der Auftragswert bestimmt sich bei - hier zunächst unterstellter - Baukonzession nach dem wirtschaftlichen Interesse des Erwerbers, wobei von Dritten gezahlte Entgelte zu berücksichtigen sind (vgl. Urteil des EuGH vom 18.01.2007, Rs. C 220/05, Erwägungsgründe 53-56). Somit kann der Auftragswert nicht an dem für den Erwerb des Grundstücks zu zahlenden Entgelt festgemacht werden, da diese Zahlung nicht das wirtschaftliche Interesse des Erwerbers darstellt. Vorliegend richtet sich das wirtschaftliche Interesse darauf, auf dem erworbenen Grundstück Wohnbebauung zu errichten und diese, aufgeteilt in Eigentumswohnungen, zu veräußern. Das Geschäftsvolumen für den Erwerber bemisst sich also nach den von ihm zu tätigen Aufwendungen und dem erwarteten Ertrag. Andererseits ist es auch nicht allein der erwartete Gewinn, der den Auftragswert ausmacht. Auch im Normalfall der öffentlichen Auftragsvergabe, bei der der öffentliche Auftraggeber dem Vertragspartnerein Entgelt für eine Lieferung oder Leistung / Bauleistung zahlt, berechnet sich der Auftragswert nach diesem Entgelt, obwohl es nicht gleichzusetzen ist mit dem Gewinn,

den der Vertragspartner aus diesem Geschäft erzielt, sondern zum größten Teil seine eigenen Kosten abdeckt. Es kann deshalb auch im Falle einer Baukonzession nicht allein auf den erwarteten Gewinn abgestellt werden.

Zur Ermittlung des Geschäftsvolumens erscheint sowohl die Herangehensweise der Antragsgegnerin wie die der Antragstellerin vertretbar, da sie sich im wirtschaftlichen Ergebnis nicht widersprechen. Jeder Investor wird im Rahmen der Veräußerung der Wohnungen die ihm entstandenen Errichtungskosten hereinholen wollen und möglichst auch einen Unternehmensgewinn realisieren wollen. Diese Faktoren sind - im Normalfall - gleichermaßen in den erzielbaren Veräußerungspreisen beinhaltet.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Wertermittlung vom 24.10.2007 die wesentlichen, das Geschäftsvolumen darstellenden, Faktoren eingestellt. Gegen das Ergebnis der Berechnung der Kosten nach DIN 276 hat die Antragstellerin auch keine Einwände erhoben, sondern geltend gemacht, dass der Unternehmensgewinn höher angesetzt werden müsse und Finanzierungs- sowie Vermarktungskosten zu berücksichtigen seien. Weiter müsse die Umsatzsteuer eingerechnet werden. Dieses Vorbringen lässt die Abschätzung der Antragsgegnerin jedoch nicht als unrichtig in dem Sinne erscheinen, dass zwangsläufig ein Betrag oberhalb des Schwellenwertes hätte ermittelt werden müssen:

Ob die Umsatzsteuer bei Baukonzessionen in Einzelfällen bei der Wertermittlung einfließen kann, begegnet bereits grundsätzlichen Bedenken. Die Umsatzsteuer bleibt vorliegend jedenfalls außer Betracht, da zum Zeitpunkt der Schätzung in keiner Weise vorhersehbar war, ob der Erwerber seinerseits zum Vorsteuerabzug berechtigt sein würde oder nicht. Weder die Bewerbungsbedingungen im Rahmen der Grundstücksmesse noch die weiteren in den Unterlagen der Antragsgegnerin zu den Grundstücksverkäufen niedergelegten Äußerungen (Musterkaufvertrag, Ratsprotokolle) lassen erkennen, dass die Erwerber der "Investorengrundstücke" zu einer unternehmerischen Vorgehensweise verpflichtet werden sollten, die bei ihnen zwangsläufig zu einem Umsatzsteuerverlust führen würde (direkte Veräußerung an lediglich grunderwerbsteuerpflichtige Private). Dagegen spricht auch die ausdrückliche Unterscheidung zwischen "Investoren" und "Bauträgern" als angesprochene Unternehmen. Wie der Erwerber unternehmerisch mit dem Grundstück umging, sollte ihm überlassen bleiben, solange die vorgestellte Wohnbebauung innerhalb der vorgegebenen Frist (abgesichert durch eine Rückfallklausel im Kaufvertrag) in Angriff genommen würde.

Als Unternehmensgewinn kann richtigerweise nur ein durchschnittlicher, sich an der Kapitalverzinsung orientierender Wert angesetzt werden, da der Auftraggeber nicht die bei allen Unternehmen unterschiedlichen, den Gewinn bestimmenden Faktoren kennen und berücksichtigen kann. Insoweit erscheint der Ansatz von 5% nicht fehlerhaft.

Die Antragsgegnerin brauchte, um eine ordnungsgemäße Schätzung vorzunehmen, auch keine weiteren Faktoren einzurechnen. Es besteht kein Anlass, bei einer - unterstellten - Baukonzession die Errichtungskosten für ein Bauwerk anders zu berechnen als bei einem entgeltlichen Bauauftrag, nämlich nach DIN 276. Auch bei einem entgeltlichen Bauauftrag muss der Bauunternehmer ggf. Aufwendungen vorfinanzieren, bevor Abschlagszahlungen geleistet werden; andererseits erhält ein Bauträger von den Erwerbern u.U. ebenfalls Abschlagszahlungen nach Baufortschritt, ebenfalls fallen bei jedem Unternehmen Kosten für Vermarktung an. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Kosten vorliegend derart abweichen, dass sie nicht von der üblichen Berechnungsweise nach DIN 276 (Kostengruppe 700, Baunebenkosten, beinhaltend Planung / Finanzierung / allgemeine Durchführungskosten, vorliegend angesetzt mit 500.000 Euro) korrekt erfasst werden würden.

Die Vertretbarkeit der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Abschätzung entfällt nicht dadurch, dass sie sich in Ansehung der örtlichen Immobilien-Verkaufspreise als unplausibel darstellen würde. Bezüglich der Verkaufserlöse muss nicht von einer besten Wohnlage und bester Wohnausstattung ausgegangen werden, da Fluglärmbeeinträchtigungen bestehen und den An-



bietern keine bestimmte Kategorie der Bebauung vorgeschrieben war. Die durchschnittlichen örtlichen Preise für Verkäufe von Wohneigentum lagen ausweislich der von den Beteiligten vorgelegten Quellen zwischen 1.925 Euro und 2.375 Euro; bezüglich der Tiefgaragenstellplätze wäre die Bezugnahme auf einen Durchschnittspreis von 10.500 Euro (gemäß Grundstücksmarktbericht des Gutachterausschusses) nicht rechtsfehlerhaft gewesen. Abzüglich des Erlöses für Tiefgaragenplätze (41 x 10.500 Euro) wäre bei einer Wohnfläche von 2.065 Quadratmetern eine Schätzung erst dann als fehlerhaft zu bezeichnen, wenn zum Zeitpunkt der Marktansprache durch die Immobilienmesse ausschließlich ein (abgeschätzter) Veräußerungserlös oberhalb von 2.347 Euro pro Quadratmeter als vertretbar anzusehen wäre. Davon ist nach den vorliegenden Erkenntnisquellen nicht auszugehen, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, dass dem Gutachterausschuss keine aussagefähigen Zahlen für Erstverkäufe in ... vorlagen und somit der Antragsgegnerin diese objektive Informationsquelle nicht zur Verfügung stand bzw. gestanden hätte. Es erscheint kaum begründbar, aus einer anderen Quelle, deren Ausgangsdaten und deren "Tendenz" nicht genau abgeschätzt werden können, eine zwingende Abschätzung abzuleiten. Dies ergibt sich auch nicht aus den von der Antragstellerin vorgelegten Verkaufsangeboten, da sie nichts über die tatsächlich erzielten Preise aussagen und zum Teil einen heute aktuellen Stand haben. Aus dem Grundstücksmarktbericht sind objektiv greifbar vergleichbare Erstverkaufspreise für die Stadt Kaarst, deren Höchstwert (2.280 Euro) unter Zugrundelegung der von der Antragstellerin beabsichtigten Bebauung noch überschritten werden könnte, bevor ein Wert oberhalb 5,278 Mio. Euro zu errechnen wäre. Aus der Betrachtung der möglichen Verkaufserlöse, wie sie sich der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Marktansprache dargestellt hätten, kann deshalb nicht gefolgert werden, dass jede noch vertretbare Abschätzung ein Geschäftsvolumen oberhalb des Schwellenwertes hätte ergeben müssen, zumal die Parameter der tatsächlichen baulichen Nutzung und baulichen Qualität nicht von der Antragsgegnerin, sondern von dem künftigen Erwerber gesetzt würden. Um eine vorherige Abschätzung als nicht mehr vertretbar bezeichnen zu können, müssten Umstände vorliegen, unter denen jeder umsichtige und sachkundige Sachwalter zu einem anderen (höheren) Ergebnis gelangt wäre. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Marktbericht ausschließlich örtliche Erstverkaufserlöse ausgewiesen hätte, die bei einer zu unterstellenden wirtschaftlichen baulichen Nutzung klar den Schwellenwert überschreiten würden. Es wäre dann zu folgern, dass ein Investor die örtlich möglichen Erlöse auch ausschöpfen würde und deshalb die Abschätzung, die die Antragsgegnerin vorgenommen hat, zwangsläufig nach oben zu korrigieren wäre. Eine solche Datenbasis liegt aber nicht vor. Die Abschätzung der Antragsgegnerin steht nicht derartig im Widerspruch zu anderen objektiven Daten, dass sie unter Berücksichtigung der hier allein möglichen Annäherung an ein künftiges Geschäftsvolumen als unrichtig zu bezeichnen wäre.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Nachprüfungsverfahren liegen somit nicht vor, so dass es dahinstehen kann, ob die beabsichtigten Grundstücksverkäufe als Baukonzession im vergaberechtlichen Sinne anzusehen wären.

## 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 die Antragstellerin im Verfahren unterliegt, hat sie 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 4.100,- € (Auftragswert 5 -5,4 Mio. Euro) festgesetzt. Ein Auftragswert üblicher Art liegt nicht vor, so dass als Anhaltspunkt das geschätzte

sowie das von Antragsteller geltend gemachte Geschäftsvolumen heranzuziehen waren. 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 Antragstellerin notwendig, da die Behandlung der sogenannten Investorenwettbewerbe innerhalb des Vergaberechts aufgrund neuester Rechtsprechung besondere Probleme aufweist.

## **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, Cecilienallee3, 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.