



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

VII-Verg 30/07

Verkündet am 12. Dezember 2007
R., Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht D., die Richterin am Oberlandesgericht D.-B. und die Richterin am Oberlandesgericht F.

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 2. August 2007, VK-23/2007-B, wird unter teilweiser Aufhebung dieses Beschlusses zurückgewiesen.

Der Antragsgegnerin wird untersagt, auf der Grundlage des bisherigen Verfahrens zur Veräußerung und Neubebauung der

Grundstücke Gemarkung ..., ...straße 5, 7 und 11 sowie ...straße 23, 23 a, einen Zuschlag zu erteilen oder einen Veräußerungsvertrag abzuschließen.

Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsteller im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig war.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 300.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I. Die Antragsgegnerin, eine Kommune, versucht seit Jahren, mehrere zusammenhängende Grundstücke mit einer Fläche von gut 2.600 m² an der ...straße und an der ...straße in W... zu veräußern und diese zur Verbesserung der städtischen Infrastruktur einer ihren Vorstellungen entsprechenden Bebauung und Nutzung zuzuführen. Die Grundstücke unterliegen einem im Jahr 2003 erlassenen Bebauungsplan. Im Jahr 2005 veröffentlichte die Antragsgegnerin ohne ein nennenswertes Ergebnis eine Verkaufsanzeige. Im März 2006 versandte sie an ausgesuchte Projektentwicklungsunternehmen ein Verkaufsexposé, wonach die Grundstücke gegen ein „Höchstgebot mit Bauverpflichtung“ veräußert werden sollten. Im Exposé waren bestimmte Erwartungen an eine Bebauung und Abstimmungsverpflichtungen mit Stellen der Gemeinde genannt. Die Vermarktung sollte dem Grundstückserwerber obliegen. Der Antragsteller, der gewerbsmäßig auf dem Gebiet der Stadtentwicklung tätig ist, bekundete sein Interesse am Auftrag und reichte neben der Beigeladenen ein Planungskonzept für eine Bebau-

ung und künftige Nutzung der Grundstücke ein. Für die Beigeladene verlängerte die Antragsgegnerin einseitig die Abgabefrist.

Nach Verhandlungen legte die Antragsgegnerin fest, die Entscheidung über den Verkauf solle nach den Kriterien Kaufpreis, Erscheinungsbild und Nutzung getroffen werden. Ohne diese bekannt zu geben, entwickelte sie eine Wertungsmatrix, wonach anhand bestimmter Unterkriterien und prozentualer Gewichtungen die zu erzielenden Erlöse, eine städtebauliche Bewertung, die Realisierung und das Nutzungskonzept den Ausschlag geben sollten. In der Folgezeit brachte die von der Antragsgegnerin eingeschaltete Bezirksvertretung weitere Anforderungen an die bauliche Nutzung an.

Mit Schreiben vom 16.3.2007 gab die Antragsgegnerin dem Antragsteller die Entscheidung bekannt, die Grundstücke an die Beigeladene zu veräußern. Dafür sollten unter anderem eine raschere Fertigstellung des Projekts und eine höhere Entwurfsqualität ausschlaggebend sein.

Im Juni 2007 übersandte die Antragsgegnerin der Beigeladenen den Entwurf eines notariellen Kaufvertrages, wonach unter anderem vereinbart werden soll:

- ein Abriss vorhandener Gebäude,
- eine den Festsetzungen des Bebauungsplans und dem vorgestellten Baukonzept entsprechende Neubebauung innerhalb von zwei Jahren sowie eine Fristsetzung für die Bauantragstellung,
- eine Abstimmung bei der Fassaden- und Farbgestaltung sowie bei der Materialauswahl sowie
- eine bestimmte Nutzung und
- die Einrichtung eines gastronomischen Betriebs.

Durch Rechtsanwaltsschreiben vom 2.7.2007 rügte der Antragsteller die Entscheidung der Antragsgegnerin. Er forderte sie zu einer europaweiten Ausschreibung auf und beanstandete Rechtsverstöße gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot.

Auf den Nachprüfungsantrag des Antragstellers untersagte die Vergabekammer der Antragsgegnerin, einen Zuschlag zu erteilen. Sie gab der Antragsgegnerin für den Fall fortbestehenden Beschaffungsvorhabens die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens auf. Die Vergabekammer nahm einen öffentlichen Bauauftrag in der Form einer Baukonzession an.

Dagegen hat die Antragsgegnerin sofortige Beschwerde eingelegt.

Die Antragsgegnerin ist der Meinung, es werde kein Bauauftrag vergeben. Die beabsichtigte Grundstücksveräußerung beschränke sich darauf, die Festsetzungen eines bereits bestehenden Bebauungsplans, mithin die im Gemeindegebiet herrschende kommunale Planungshoheit, umzusetzen. Sie, die Antragsgegnerin, habe nicht vor, Bauleistungen im Wettbewerb zu beschaffen. Mit dem Kaufvertrag würden nur flankierend städtebauliche Komponenten verfolgt. Mithin unterliege die Grundstücksveräußerung nicht dem Vergaberecht.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag abzulehnen.

Der Antragsteller beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsteller verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen, auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses sowie auf die zu Informationszwecken beigezogenen Vergabeakten und die Verfahrensakte der Vergabekammer Bezug genommen.

II. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat keinen Erfolg.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, da der notarielle Kaufvertrag, den die Antragsgegnerin über die im Beschlusstenor genannten Grundstücke mit der Beigeladenen abschließen will, Bauleistungen i.S. der zweiten und dritten Variante des § 99 Abs. 3 GWB erfordert. Beabsichtigt ist die Erteilung eines öffentlichen Bauauftrags in der Form einer Baukonzession (§§ 32, 32 a VOB/A).

aa) Nach der zweiten Variante von § 99 Abs. 3 GWB ist ein Bauauftrag ein Vertrag (Auftrag) über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Ob der Begriff des Bauauftrags unter dem Gebot der autonomen und einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts (vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2003 - C-283/00, Tz. 79, NZBau 2004, 223 - Siepsa; Urt. v. 27.2.2003 - C-373/00, Tz. 35, NZBau 2003, 287 - Adolf Truley) sowie einer mit der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 konformen Auslegung auf Seiten des Auftragnehmers die Eingehung einer einklagbaren Bau- oder Realisierungsverpflichtung erfordert, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Der Senat weist in diesem Zusammenhang lediglich darauf hin, dass der deutschsprachige Wortlaut der Begriffsbestimmung eines öffentlichen Bauauftrags in Art. 1 Abs. 2 b der Vergabekoordinierungsrichtlinie keinen Hinweis auf eine derartige (einklagbare) Verpflichtung enthält. Auch die englische und die französische Fassung der Richtlinie sprechen nicht von einer solchen Verpflichtung des Auftragnehmers, sondern nur davon, dass öffentliche Bauaufträge Bauleistungen zum Gegenstand haben ('Public works contracts' are public contracts having as their object ...; Les 'marchés publics de travaux' sont des marchés publics ayant pour objet ...). Keinesfalls kann in dieser Frage allein das nationale Rechtsverständnis zugrunde gelegt werden, wonach der Abschluss eines Werkvertrages i.S. des § 631 BGB selbstverständlich die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Herstellung des versprochenen Werks voraussetzt (vgl. EuGH, Urt. v. 18.1.2007 - C-220/05, Tz. 40, NZBau 2007, 185 = VergabeR 2007, 183 - Commune de Roanne). Die aufgeworfene Frage kann im Streitfall freilich dahingestellt bleiben, da die Beigeladene mit einem käuflichen Erwerb der genannten Grundstücke zweifellos eine einklagbare Bauverpflichtung eingehen soll.

Darauf deutet bereits der Inhalt des Verkaufsexposés vom März 2006 hin, das über eine Veräußerungsabsicht der Antragsgegnerin gegen „Höchstgebot mit Bauverpflichtung“ informierte. Die dadurch eingeschlagene Linie ist von der Antragsgegnerin bis zu dem der Beigeladenen unter dem 28.6.2007 übermittelten Entwurf eines notariellen Kaufvertrags durchweg beibehalten und auch im Nachprüfungsverfahren nicht in Frage gestellt worden. Nach dem Vertragsentwurf wird die Antragsgegnerin den Grundbesitz „zur Durchführung einer Neubaumaßnahme“ verkaufen (Nr. 1. des Entwurfs). Der Erwerber „führt den Abbruch der (Zusatz: vorhandenen) Gebäude ... durch“ (Nr. 5. Abs. 4 des Entwurfs). Er ist „verpflichtet, auf dem Grundbesitz einen Neubau entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplanes ... zu errichten, der dem ... vorgestellten Baukonzept entspricht“ (Nr. 7. Abs. 1 des Vertragsentwurfs). Danach soll ein Einzelhandels- und Dienstleistungszentrum entstehen, das als Ergebnis einer Gesamtheit von Bauarbeiten einem von der Antragsgegnerin auf dem zu veräußernden Grundbesitz erkannten städtebaulichen Entwicklungsbedarf Rechnung tragen und i.S. einer öffentlichen Zweckbestimmung die wirtschaftliche Funktion erfüllen soll, das betreffende Gebiet im Stadtteil V... städtebaulich aufzuwerten. Die Bebauung ist nach dem Vertragsentwurf innerhalb einer Frist von zwei Jahren fertigzustellen, anderenfalls die Antragsgegnerin die Rückübertragung des Grundbesitzes verlangen kann (Nr. 7. Abs. 7 des Entwurfs). Der Rückübertragungsanspruch soll durch eine Rückauflassungsvormerkung gesichert werden (Nr. 7. Abs. 12 des Vertragsentwurfs). Die vorstehend wiedergegebenen Regelungen des Vertragsentwurfs offenbaren, dass es den Beteiligten nach Wortlaut und Sinn der zu treffenden Abreden auf die Begründung und Übernahme einer - nach nationalem Recht - klassischen Verpflichtung zur Herstellung eines Bauwerks angekommen ist. Die Primärverpflichtung ist selbstverständlich und bedarf keiner besonderen Hervorhebung im Vertrag. Danach beinhaltet der im Entwurf vorliegende notarielle Kaufvertrag einen öffentlichen Bauauftrag. Allerdings handelt es sich um keinen städtebaulichen Vertrag i.S. von § 11 BauGB. Eine derartige Vertragsgestaltung ist für einen öffentlichen Bauauftrag auch nicht voraussetzen. Auf die von den Vertragsparteien gewählte Bezeichnung oder die Vertragsnatur kommt es für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags nicht an.

Maßgebend ist, dass der Vertrag - wie im vorliegenden Fall – seinem Inhalt nach die Erbringung von Bauleistungen zum Gegenstand hat.

Die von der Antragsgegnerin gegen das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags vorgebrachten Einwendungen greifen nicht durch: Die teilweise Unbestimmtheit der Vereinbarungen steht einer Qualifizierung als Bauauftrag nicht entgegen, da die Beteiligten sich darüber einig sind, am Ende eine hinreichend genaue Beschreibung der auszuführenden Bauleistungen zu erreichen (vgl. Senat, Beschl. v. 13.6.2007 - VII-Verg /07, VergabeR 2007, 634, 638). Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin sich bei der städtebaulichen Ordnung des Gemeindegebiets öffentlich-rechtlich betätigt und ihre kommunale Planungshoheit ausübt, ist vergaberechtlich ohne Bedeutung. Der als öffentlich-rechtlich einzuordnende städtebauliche Regelungszusammenhang führt den Vertrag nicht aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts hinaus (EuGH, Urt. v. 12.7.2001 - C-399/98, Tz. 65, 66, NZBau 2001, 512 = Vergaberecht 2001, 380 - Teatro alla Bicocca). Die Annahme eines öffentlichen Auftrags hängt ebenso wenig vom Verwendungszweck des zu errichtenden Bauwerks, insbesondere davon ab, ob der öffentliche Auftraggeber dieses für eigene Zwecke, d.h. für Zwecke seiner öffentlichen Aufgabenerfüllung, beschaffen oder errichten will. Die von der Antragsgegnerin angestrebte teleologische Reduktion des Auftragsbegriffs auf einen körperlichen Beschaffungsakt des öffentlichen Auftraggebers für eigene (öffentliche) Zwecke ist bei europarechtskonformem Verständnis des § 99 Abs. 3 GWB weder veranlasst noch gerechtfertigt. Denn der öffentliche Auftrag muss nicht der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben dienen (EuGH, Urt. v. 18.11.2004 - C-126/03, Tz. 18, NZBau 2005, 49 = VergabeR 2005, 57 = EuZW 2005, 26; Urt. v. 11.1.2005 - C-26/03, Tz. 26, Slg. 2005, I-1 - Stadt Halle). So wenig wie darauf abzustellen ist, ob der öffentliche Auftraggeber im Fall eines öffentlichen Bauauftrags Eigentümer des Bauwerks oder eines Teils davon werden soll (EuGH Roanne, a.a.O. Tz. 47), so unbeachtlich ist, ob der Auftraggeber das Bauwerk selbst nutzen oder es der Allgemeinheit oder lediglich einzelnen Dritten zur Verfügung stellen will (vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin v. 15.6.2006 in der Rechtssache Commune de Roanne, C-220/05, Tz. 42). Genauso wenig ist nach dem Gesetz ein Eigeninteresse des

öffentlichen Auftraggebers an der Erstellung des Bauwerks vorauszusetzen (vgl. Senat, Beschl. v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, NZBau 2007, 530 = VergabeR 2007, 634, 637). Entscheidend ist vielmehr, dass sich der öffentliche Auftraggeber kraft einer mit dem künftigen Bauauftrag zu vereinbarenden Verpflichtung des Auftragnehmers die rechtliche Befugnis sichert, die Verfügbarkeit des Bauwerks für die von ihm angestrebte öffentliche Zweckbestimmung, im Streitfall für eine bestimmte wirtschaftliche, d.h. städtebauliche Funktion, zu gewährleisten (vgl. EuGH Teatro alla Bicocca, a.a.O. Tz. 71). Wenn man demnach überhaupt auf einen Beschaffungszweck abstellen wollte, dann ist dieser allenfalls so zu verstehen, dass der Auftraggeber die Erfüllung einer bestimmten wirtschaftlichen, z.B. städtebaulichen oder raumordnenden, Funktion durch den Abschluss des Bauauftrags rechtlich sichert. Im Sinn einer Kontrollüberlegung stimmt diese Auslegung mit dem Zweck der Vergabekoordinierungsrichtlinie, das öffentliche Auftragswesen dem Wettbewerb zu öffnen, überein. Aufgrund dessen gebietet die den Mitgliedstaaten und ihren Gerichten obliegende Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie die Anwendung des Vergaberechtsregimes, wenn sich der (künftige) Auftragnehmer auf einem Markt betätigt (und dort einen Auftrag erhalten soll), auf dem er mit anderen Unternehmen im Wettbewerb steht (vgl. EuGH, Urt. v. 11.5.2006 - C-340/04, EuZW 2006, 375 - Carbotermo). Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu, wie sich an der Konkurrenz des Antragstellers und der Beigeladenen um den Zuschlag erweist. Ausnahmen von der Geltung des Vergaberechts sind dem Richtlinienzweck zufolge nur zurückhaltend anzunehmen.

bb) Der geplante Kaufvertrag erfüllt - sofern man im Streitfall eine von der Beigeladenen einzugehende Bauverpflichtung verneinen wollte - ebenfalls die dritte Variante eines öffentlichen Bauauftrags nach § 99 Abs. 3 GWB. Als öffentliche Bauaufträge sind bei richtlinienkonformer Auslegung danach auch Verträge (oder Aufträge) über die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen anzusehen. Das Vorliegen dieser Variante ist nicht davon abhängig, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer kraft Auftrags zu Bauleistungen verpflichtet. Als Tatbestand, der vor allem die praktische Wirksamkeit (effet utile) der

Vergabekoordinierungsrichtlinie in möglichen Umgehungsfällen sicherstellen soll, regelt die dritte Variante solche öffentlichen Aufträge, bei denen der Auftraggeber ein auf seine (öffentliche) Zweckbestimmung zugeschnittenes Bauwerk erstellen lässt, dabei jedoch nicht selbst als Bauherr auftritt, sondern das Vorhaben durch einen - vom Auftragnehmer verschiedenen - Dritten abwickeln lassen will (vgl. Boesen, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 136, 137 m.w.N.). Als dieser Variante unterfallend werden im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer insbesondere Kauf-, Miet- oder Leasingverträge sowie Bauträgermodelle genannt (vgl. Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 175; Hailbronner in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 GWB Rn. 485 m.w.N.). Daraus geht hervor, dass die Auftragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer im Fall der dritten Variante nicht als Bauauftrag ausgestaltet sein und erst recht keine Verpflichtung zur Herstellung eines Bauwerks aufweisen muss. Die genannten Beispielfälle sind gemäß dem auf eine Förderung des Wettbewerbs gerichteten Zweck der Vergabekoordinierungsrichtlinie auch in keinem abschließenden Sinn zu verstehen. Der dritten Variante des § 99 Abs. 3 GWB unterfallen danach auch Aufträge, die - ohne Bauaufträge i.S. der ersten oder zweiten Variante der Norm zu sein - mittels der vom Auftraggeber genannten Erfordernisse gewährleisten sollen, dass das herzustellende Bauwerk für einen bestimmten öffentlichen Zweck zur Verfügung steht, und die dem Auftraggeber kraft einer vertraglichen Vereinbarung zugleich die rechtliche Befugnis vermitteln, die Verfügbarkeit im Interesse der öffentlichen und durch die wirtschaftliche oder technische Funktion des Bauvorhabens beschriebenen Zweckbestimmung sicherzustellen und einen Einfluss darauf auszuüben (vgl. EuGH Teatro alla Bicocca, a.a.O. Tz. 71).

Die Erfordernisse (Vorgaben), die die Antragsgegnerin im Kaufvertragsentwurf aufgestellt hat, erfüllen die Anforderungen nach der Variante drei des § 99 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin richtet gemäß dem Vertragsentwurf Vorgaben an die Bebauung, die nach ihren Vorstellungen einen öffentlichen Zweck erfüllen, nämlich im Interesse einer Aufwertung des Stadtteils V... die städtebauliche Situation auf den betreffenden Grundstücken verbessern sollen. So sollen zur Sicherstellung „einer der Lage im Zentrum V...s entsprechenden gestalterischen

Qualität“ die Fassaden- und die Farbgestaltung des Bauwerks, die Materialauswahl und Änderungen im öffentlichen Verkehrsraum mit den zuständigen Ressorts der Antragsgegnerin vor einer Ausführung abgestimmt werden (Nr. 7. Abs. 3 des Kaufvertragsentwurfs). Empfehlungen des mitspracheberechtigten Gestaltungsbeirats der Antragsgegnerin sollen beachtet werden (Nr. 7. Abs. 4 des Entwurfs). Zugleich sollen eine bestimmte Einzelhandelsnutzung und ein gastronomischer Betrieb verwirklicht werden (Nr. 7. Abs. 5 des Entwurfs). Zur Sicherstellung der vorgenannten Erfordernisse soll eine Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden. Ferner soll eine öffentlich zugängliche Toilettenanlage installiert werden (Nr. 7. Abs. 6 des Vertragsentwurfs). Die Vereinbarung eines Rückübertragungsanspruchs nebst Rückauflassungsvormerkung (Nr. 7. Abs. 7 und 12 des Entwurfs) soll die vorgenannten Vorgaben absichern. Schließlich soll auf einer bestimmten Grundfläche ein Durchgangsrecht für die Allgemeinheit begründet, und soll dieses dinglich durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090 ff. BGB) sowie auf Verlangen außerdem durch eine entsprechende Baulast gesichert werden (Nr. 8. des Vertragsentwurfs). Die genannten Erfordernisse erfüllen den Begriff des Bauauftrags nach der dritten Variante des § 99 Abs. 3 GWB.

Auch die dagegen gerichteten Gegenvorstellungen der Antragsgegnerin sind nicht stichhaltig: Von dem vom Senat entschiedenen Fall (vgl. Beschl. v. 13.6.2007 - VII-Verg 2/07, a.a.O.) unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt zwar dadurch, dass ein Bebauungsplan bereits besteht. Dies rechtfertigt indes keine andere rechtliche Beurteilung, da die von der Antragsgegnerin projektbezogen aufgestellten Erfordernisse über die Festlegungen im Bebauungsplan hinausgehen, so dass nicht entschieden zu werden braucht, ob allein in den Festsetzungen eines Bebauungsplans ein Aufstellen von Erfordernissen i.S. von § 99 Abs. 3 GWB gesehen werden muss. Die Antragsgegnerin selbst räumt den genannten Erfordernissen (über den vorhandenen Bebauungsplan hinaus) eine „städtebauliche Komponente“ ein. Nach dem Grundsatz, wonach die Herstellung des Bauwerks kein wesentlicher oder gar der Hauptzweck des Auftrags sein muss (BGH, Beschl. v. 1.2.2005 – X ZB 27/04, BA 17; VergabeR 2005, 328), ist im Übrigen unerheblich, ob vom Auftraggeber wesentliche oder nur nebensächli-

che Erfordernisse gestellt werden. Davon abgesehen übt die Antragsgegnerin durch von ihr aufgestellte Erfordernisse tatsächlich einen maßgebenden Einfluss auf die Ausführung der Bauleistung aus. Dafür ist nicht entscheidend, ob die Baumaßnahme nach von ihr aufgestellten Plänen verwirklicht werden soll. Es genügt eine Herstellung nach den vom Auftraggeber gebilligten Plänen (ebenso Boesen, § 99 GWB Rn. 141 m.w.N.). Dies trifft auf den Streitfall zu. Die Antragsgegnerin hat die Ausgestaltung der Baupläne tatsächlich beeinflusst. Sie hat das Planungskonzept der Beigeladenen gutgeheißen.

Wegen der Divergenz zur Entscheidung des BayObLG vom 19.10.2000 (Verg 9/00, NZBau 2002, 108) ist eine Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof nach § 124 Abs. 2 GWB nicht angezeigt. Die Entscheidung des BayObLG ist aufgrund der Urteile des EuGH vom 12.7.2001 (C-399/98, NZBau 2001, 512 = VergabeR 2001, 380 - Heizkraftwerk München), vom 18.11.2004 (C-126/03, NZBau 2005, 49 = VergabeR 2005, 57 - Teatro alla Biccoca) und vom 18.1.2007 (C-220/05, NZBau 2007, 185 = VergabeR 2007, 183 – Stadt Roanne) überholt, so dass es zur Behebung einer Abweichung keiner Entscheidung des Bundesgerichtshofs bedarf.

b) Beim vorliegenden Auftrag handelt es sich um eine Baukonzession, bei der die Gegenleistung für die Bauleistungen statt in einer Vergütung in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht (§ 32 Nr. 1 VOB/A). Der Erwerber soll das Bauwerk durch Selbstnutzung, Vermietung, Verpachtung oder Veräußerung refinanzieren. Er trägt das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts. Dies erfüllt den Begriff der Baukonzession (vgl. Senat, Beschl. v. 13.6.2007 - VII-Verg 2/07, VergabeR 2007, 634, 636).

c) Die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ist vom Antragsteller beachtet worden. Wie die Vergabekammer mit Recht ausgeführt hat, ist ihm nicht zu widerlegen, durch anwaltliche Beratung zeitlich erst unmittelbar vor Abfassung des Rügeschreibens vom 2.7.2007 von den beanstandeten Vergaberechtsverstößen erfahren zu haben.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Antragsgegnerin hat ein vollkommen unregelmäßiges Vergabeverfahren durchgeführt. Sie hat infolgedessen in vielfacher Hinsicht gegen Vergabevorschriften verstoßen. So ist schon zu Beginn die Verfahrensart nicht festgelegt worden. Die Frist für die Einreichung von Angeboten ist nicht gegenüber allen am Auftrag interessierten Unternehmen einheitlich gehandhabt worden. Die Antragsgegnerin hat eine Verlängerung der Angebotsfrist ausschließlich der Beigeladenen sowie einem weiteren Unternehmen bekannt gegeben. Die Auswahlkriterien (Kaufpreis, Erscheinungsbild und Nutzung) sind den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht mitgeteilt worden, dies erst recht nicht zu einem Zeitpunkt, in dem sie die Vorbereitung der Angebote darauf einstellen konnten (vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.2005 - C-331/04, VergabeR 2006, 202; Senat, Beschl. v. 14.11.2007 - VII-Verg 23/07). Während des Verfahrens hat die Antragsgegnerin darüber hinaus die Zuschlagskriterien in Form einer Wertungsmatrix gewichtet und Unterkriterien festgelegt. Weder die Bewertungsmatrix noch die Unterkriterien sind den Unternehmen bekannt gegeben worden. Eine Eignungsprüfung hat genauso wenig stattgefunden wie überhaupt Eignungskriterien aufgestellt worden sind. Nicht zuletzt deswegen ist die Person eines von der Antragsgegnerin bevorzugten Grundstückserwerbers und zu Bauleistungen Verpflichteten bislang vollkommen unklar. Bei der Beigeladenen handelt es sich lediglich um eine Projektentwicklungsgesellschaft, die das Vorhaben nicht auf eigene Rechnung durchführen will. Die von ihr ins Spiel gebrachte A...AG ist ein Consultingunternehmen, das den gesuchten Investor erst ausfindig machen muss. Bei dieser Sachlage bietet das bisherige Verfahren weder eine Gewähr dafür, dass vergleichbare Angebote eingehen konnten, noch dass diese nach einem einheitlichen Maßstab willkürfrei gewertet werden. Grundlegende Gebote der Gleichbehandlung, der Transparenz und des Wettbewerbs sind nicht gebührend beachtet worden. Das Verfahren ist daher insgesamt untauglich, einen beanstandungsfreien Zuschlag herbeizuführen. Da die Antragsgegnerin nach ihrem Ermessen über das Schicksal des Vergabeverfahrens zu entscheiden hat, hat der Senat den Beschlussausspruch auf die Untersagung eines Zuschlags im bisherigen Verfahren beschränkt.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung der §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO. Die Beigeladene hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt.

D.

D.-B.

F.