



Unterlage zur Sitzung im öffentlichen Teil

Gremium	am	TOP
Liegenschaftsausschuss	06.12.2007	
Stadtentwicklungsausschuss	11.12.2007	
Betriebsausschuss Gebäudewirtschaft	14.01.2008	
Wirtschaftsausschuss	22.01.2008	

Anlass:

Mitteilung der Verwaltung

Beantwortung von Anfragen
aus früheren Sitzungen

Beantwortung einer Anfrage
nach § 4 der Geschäftsordnung

Stellungnahme zu einem
Antrag nach § 3 der Geschäftsordnung

Europaweite Ausschreibungsverpflichtung für den Verkauf städtischer Grundstücke

Die Verwaltung hatte zum Thema der Ausschreibungspflicht bereits den Liegenschaftsausschuss zu dessen Sitzung am 21.08.2007, den Wirtschaftsausschuss zu dessen Sitzung am 03.09.2007 und den Stadtentwicklungsausschuss zu dessen Sitzung am 06.09.2007 kurz unterrichtet.

Der Europäische Gerichtshof, und ihm folgend u. a. das Oberlandesgericht Düsseldorf, sehen in deren aktuellen Entscheidungen (EuGH Beschluss vom 18.01.2007 Az: C-220/05, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2007, Az: Verg. 2/07) bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Verpflichtung der Kommunen zur europaweiten Ausschreibung von Grundstücksverkäufen und die Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften vor. Aufgrund dieser neuen Rechtsentwicklung hat die Verwaltung ein umfassendes externes Rechtsgutachten bei der Kölner Anwaltskanzlei C/B/H, Herrn Rechtsanwalt Dr. Stefan Hertwig und Frau Rechtsanwältin Regina Öynhausen, in Auftrag gegeben, welches die sich aus der Rechtsprechung abzuleitenden Konsequenzen städtischer Grundstücksentwicklung aufzeigen soll. Dieses Gutachten liegt der Verwaltung nunmehr vor.

a) Zur Rechtslage:

Die zitierten Entscheidungen markieren den Beginn einer neuen Rechtsentwicklung, die den Bereich der städtischen Grundstücksverkäufe grundsätzlich einem Vergaberechtsregime unterwirft, dem dieser nach der bislang in Rechtsprechung und juristischer Literatur vertretenen herrschenden Meinung nicht unterlag. Die bisherige Argumentation, so das Gutachten, wonach das Vergaberecht bei Grundstücksverkäufen nicht anwendbar sei, wenn hierin nicht gleichzeitig ein entgeltlicher Beschaffungsvorgang der Gemeinde bezüglich noch zu errichtender Baukörper verbunden ist, kann nicht mehr aufrecht erhalten werden. Die Regelungen der §§ 97 ff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der damit zusammenhängenden vergaberechtlichen

Rechtsnormen des öffentlichen Bauauftragswesens sind zukünftig entsprechend bei einem Verkauf städtischer Grundstücke zu beachten. Verstöße der Gemeinden gegen diese Bestimmungen können u. a. zur Nichtigkeit der vergaberechtswidrig geschlossenen Grundstückskaufverträge führen, mit Bußgeldern durch die EU-Kommission geahndet werden und Schadensersatzansprüche der übrigen Investoren in nicht unerheblicher Höhe auslösen.

Maßgeblich für die Einordnung des europaweit ausschreibungspflichtigen Grundstücksverkaufs als „öffentlicher Bauauftrag“ in der Variante einer sog. „Baukonzession“ i. S. des § 99 Abs. 3 GWB sind im Wesentlichen folgende Merkmale:

- Überschreitung des Schwellenwertes i. H. von 5.278.000,00 € netto (§ 2 Nr. 4 Vergabeverordnung, VgV) und
- die vertragliche Vereinbarung von Erfordernissen (z.B. Bauverpflichtung) im Sinne der neuen Rechtsprechung.

Bei Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand ist für die Berechnung einer möglichen Überschreitung des Schwellenwertes i. H. von 5.278.000,00 € netto nicht der Kaufpreis für das Grundstück maßgeblich, sondern der Wert der auf dem Grundstück zu erbringenden Bauleistungen. Hierbei sind die gesamten (realistisch und nachvollziehbar) geschätzten Baukosten des Investors anzusetzen, wobei auch mögliche Zahlungen Dritter Grundstücksnutzer zu berücksichtigen sind, mit denen sich der Investor nach Durchführung der Bauleistungen refinanziert.

Die Notwendigkeit einer seriösen Schätzung der „Baukosten“ durch die Verwaltung verdeutlicht das Erfordernis einer frühzeitigen konzeptionellen und planerischen Vorbereitung des Vorhabens in seiner Gesamtheit. Da eine Ausschreibung erst bei der erforderlichen „Vergabereife“ zulässig ist, muss die Schätzung des Auftragswertes möglich sein.

Baukonzessionen, die insgesamt den Schwellenwert nicht erreichen, sind nicht ausschreibungspflichtig. Hinsichtlich des gewählten Verfahrens muss jedoch die Gemeinde dem Transparenzgebot, dem Gebot der Gleichbehandlung und dem Diskriminierungsverbot entsprechen.

Der auflagenfreie Verkauf eines Grundstückes, unabhängig davon, ob im Rahmen oder außerhalb eines gültigen Bebauungsplanes, begründet für sich betrachtet keinen ausschreibungspflichtigen Tatbestand. Sobald jedoch die Gemeinde, wovon im innerstädtischen Bereich der Stadt Köln regelmäßig auszugehen ist, z.B. aus Gründen einer geordneten städtebaulichen Entwicklung, weitere Erfordernisse an das/die Bauvorhaben knüpft und den Grundstückskäufer zu einer entsprechenden Bauausführung verpflichtet, führt dies zur Annahme einer sog. „Baukonzession“ als einem Unterfall des Öffentlichen Bauauftrages. In welcher Form dies erfolgt, ist unmaßgeblich. Sie kann erfolgen durch einen städtebaulichen Vertrag, einen Erschließungsvertrag (dieser begründet regelmäßig „Erfordernisse“ i. S. der Rechtsprechung) oder mittels entsprechender Regelungen im Grundstückskaufvertrag. Sie kann sich jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf auch aus der Wertung der Gesamtumstände der Rechtsbeziehungen der Vertragspartner ergeben, etwa wenn diese bewusst dahingehend zusammenwirken, eine Ausschreibungsverpflichtung umgehen zu wollen.

b) Verfahrensfragen:

Die genannte Rechtsprechung führt zur Notwendigkeit einer grundlegenden Änderung der städtischerseits bis dato praktizierten Verfahren zur Entwicklung größerer Grundstücksprojekte. Insbesondere kommt der Phase der Projektierung einer Grundstücksentwicklung, d.h. der dem Vergabeverfahren vorgeschalteten Festlegung der städtebaulich und bauobjektbezogenen gewünschten Erfordernisse eine entscheidende Bedeutung zu, da die für das Grundstücksgeschäft im Rechtsinne notwendige Vergabereife nur durch eine „Planungsdichte“ erreicht werden kann, die den Investoren eine sichere Kalkulation für deren Angebotsabgabe ermöglicht. Die Festlegung der kalkulationsrelevanten Erfordernisse bedarf zudem im Vorfeld der Ausschreibung der Absicherung durch eine entsprechende politische Beschlussfassung, da deren nachträgliche Änderung vergaberechtlich nicht zulässig ist bzw. das Risiko von Vergabebeschwerden und von Schadensersatzansprüchen der Investoren erhöht.

Ein Vergabeverfahren ist unter strenger Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz durchzuführen. Hinsichtlich ihrer Wahl zur vergaberechtlich „richtigen“ Verfahrensart bietet sich der Kommune die Wahl zwischen dem sog. „Offenen Verfahren“ oder dem „Verhandlungsverfahren“ an, wobei rechtlich zunächst dem „Offenen Verfahren“ der Vorrang gebührt. Das „Offene Verfahren“ bietet sich in den Fällen an, in denen die Kommune über ein umfassendes und kalkulationssicheres Planungskonzept, insbesondere einen Bebauungsplan, verfügt und der Zuschlag auf die vorliegenden Ankaufsangebote der Investoren anhand feststehender Kriterien erfolgen kann. Im „Offenen Verfahren“ gilt das Nachverhandlungsverbot. Das Verhandlungsverfahren bietet sich insbesondere bei den Grundstücksflächen an, deren zukünftige Entwicklung die Kommune zum Zeitpunkt der Ausschreibung lediglich „funktional“ beschreiben kann. Hierbei ist jedoch von Bedeutung, dass das Verhandlungsverfahren nicht dazu dient, durch nachgezogene Planungsvertiefung, etwa durch „offene“ Planungswettbewerbe, die ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen abändern zu können. Die dadurch bewirkte Änderung der ursprünglich kommunizierten Kalkulationsgrundlagen könnte den nicht zum Zug gekommenen Interessenten Anlass bieten, eine Vergabebeschwerde einzureichen. Auch im Verhandlungsverfahren besteht daher die Notwendigkeit der vorherigen Festlegung der kalkulationsrelevanten Grundlagen.

Hinsichtlich der Kriterien zur Wertung der Angebote dürfte zunächst vom objektiv wertbaren gebotenen Kaufpreis für das Grundstück auszugehen sein. Daneben dürften auch „subjektive“ Kriterien zur Wertung der Angebote zulässig sein (Gestaltungsfragen). In welchem Ausmaß die zukünftige Rechtsprechung den Kommunen diesbezüglich einen angemessenen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der städtebaulichen und gestalterischen Konzepte der Investoren anerkennen dürfte, kann jedoch gegenwärtig nicht abschließend beurteilt werden. Da aber auf der anderen Seite die Investoren dahingehend Vertrauensschutz genießen, nicht willkürlich behandelt zu werden, gilt auch hier, dass Rechtssicherheit nur dadurch zu erreichen ist, dass die Kommune im Vorfeld der Ausschreibung ihre stadtplanerischen und gestalterischen Vorgaben definiert und die Gewichtung ihrer Entscheidungskriterien diesbezüglich im Vergabeverfahren den Interessenten mitteilt. Eine sämtliche Grundstücke der Stadt erfassende allgemeine „Wertungsmatrix“ kann es jedoch nicht geben. Der Wertungskatalog muss jeweils neu, und zwar grundstücksbezogen formuliert werden. Hierbei ist selbstverständlich darauf zu achten, dass keine vergabefremden und somit diskriminierenden Gesichtspunkte in die Entscheidungsfindung einbezogen werden.

Der bereits zur Festlegung der Ausschreibungsbedingungen durch Beschlüsse herzustellende politische Konsens sollte auch im Nachhinein von dem Bewusstsein getragen sein, dass eine (zwar rechtlich zulässige) abweichende Beschlussfassung über den Bebauungsplan sich vergaberechtlich als Änderung der Kalkulationsgrundlagen darstellt, die mittels Vergabebeschwerden angegriffen und gegenüber den Grundstücksinteressenten zu Schadensersatzzahlungen (insbesondere z. B. Planungsaufwendungen und gegebenenfalls entgangener Gewinn) in nicht unbeträchtlicher Höhe führen kann.

Die Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Regeln des öffentlichen Bauauftragswesens lässt einen erheblichen Aufgabenzuwachs bei allen zu beteiligten Fachämtern erwarten. Zuvorderst betroffen ist das Zentrale Vergabeamt, dessen zukünftig notwendige organisatorische und personelle Konsequenzen es noch auszuloten gilt. Dies gilt gleichermaßen hinsichtlich des Aufgabenzuwachses beim Stadtplanungsamt im Vorfeld der jeweiligen Ausschreibung des Grundstücksgeschäftes. Zur zeitnahen Abwicklung der bereits in Entwicklung stehenden städtischen Projekte muss davon ausgegangen werden, dass eine erhöhte Anzahl externer Planungsaufträge erforderlich werden dürfte. Auswirkungen des Vergabeverfahrens ergeben sich ferner für die Liegenschaftsverwaltung, da diese zukünftig in stärkerem Maße auf die vorgeschalteten Leistungen des Stadtplanungsamtes zur Festlegung der die Entwicklungsflächen prägenden ausschreibungsrelevanten Erfordernisse angewiesen ist und erst nach Abwicklung dieses Aufgabefeldes seine Einnahmen aus dem Grundstücksgeschäft realisieren können.