

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Bismarckstraße 11-13 | D-50672 Köln

Stadt Köln - Gebäudewirtschaft
Herrn Karsten Wickert
Willy-Brandt-Platz 2
50679 Köln

per E-Mail: karsten.wickert@stadt-koeln.de

Registernummer	Telefon	Telefax	E-Mail
09/900038 9 69/sl	+49.221.95190-89	+49.221.95190-99	s.hertwig@cbh.de

Köln, den 17.04.2009

Beratung Vergabe Neubau Historisches Stadtarchiv hier: weiteres Vorgehen

Sehr geehrter Herr Wickert,

Sie haben uns gebeten, ausgehend von unserem Termin am 8. April 2009 zum gebotenen weiteren Vorgehen für den Neubau des Historischen Stadtarchivs Stellung zu nehmen.

1. Allgemein zum Vorgang „Neubau Historisches Stadtarchiv“

Wir sind mit der Vorbereitung der europaweiten Ausschreibung für den Neubau des Historischen Stadtarchivs beauftragt. Parallel laufen aber derzeit noch Bemühungen, geeignete Grundstücke der Stadt für den Neubau des Stadtarchivs als tauglich zu testen und gleichzeitig auch den historischen Standort im Gerling-Gebäude als weitere mögliche

Dr. Gert Cornelius ^{bis 1999}
Prof. Dr. Kurt Bartenbach ^{1 4}
Manfred Haesemann ²
Werner M. Mues ¹
Dr. Manfred Hecker ⁵
Dr. Joachim Strieder
Ernst Eisenbeis ¹
Dieter Maier-Peveling
Dr. Stefan Hertwig ^{2 3}
Dieter Korten M.A.
Carl-Peter Forschbach
Arnd Holzapfel ³
Stefan Rappen ²
Dr. Jörg Laber ¹
Paul H. Assies ⁷
Paul M. Kiss
Dr. Ingo Jung ⁴
Johannes Ristelhuber
Jens Kunzmann ⁴
Falk Newi ⁶
Volker Werxhausen ¹
Markus Vogelheim ³
Andrea Heuser ⁸
Doris Deucker
Stefan Koch ²
André Ueckert ¹
Nadja Siebertz ⁴
Franziska Anneken
Dr. Martin Quodbach, LL.M. ⁴
Dr. Markus Ruttig ⁴
Dr. Eike N. Najork, LL.M.
Dr. Soenke Fock, LL.M. ⁴
Dr. Tassilo Schiffer
Dr. Markus J. Goetzmann, LL.M.
Dr. Klaus Olbertz ¹
Christian Schmitt
Christine Püschmann
Nils Mrazek
Torsten Bork ³
Dr. Anja Bartenbach-Fock, LL.M.
Dr. Marcus Geschwandtner
Dr. Marcus Steinberg
Heidi Förster
Christopher Küas
Dr. Jochen Hentschel
Regina Lamm
Dr. Falk Müller, LL.M.
Tobias Gabriel
Dr. Oliver Reinartz
Marie Teworte-Vey

Prof. Dr. Max Dietlein ^{bis 2005}
Verwaltungs- und Verfassungsrecht
Dr. Gabriele Wurzel
Staatssekretärin a.D.
Verwaltungs- und Verfassungsrecht
Prof. Dr. Winfried Pinger
Unternehmensnachfolge und Erbrecht

1 Fachanwalt für Arbeitsrecht
2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
3 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
4 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
5 Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
6 Fachanwalt für Versicherungsrecht
7 Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
8 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht



IUROPE www.iurope.eu
European Economic Interest Grouping

Alternative zu verfolgen. Ferner wurden ergänzend zu diesen Bemühungen eine Maklerabfrage und eine Anzeige in der Zeitung (Kölner Stadt-Anzeiger) geschaltet, um Überblick über weitere interessante Standorte zu gewinnen. In diesen Fällen würde die Stadt den Bau u.U. auch selbst realisieren.

2. Europaweite Ausschreibung

Die europaweite Ausschreibung hat zum Ziel, Investoren zu suchen, die der Stadt Köln im Rahmen der europaweiten Ausschreibung Grundstücke anbieten, welche sie nach Vorgaben der Stadt Köln mit dem Stadtarchiv bebauen und der Stadt verkaufen.

Die von uns im Folgenden dargelegten Varianten beziehen sich sämtlich auf den Fall der europaweiten Ausschreibung.

Dabei wird für alle drei nachfolgend skizzierten Varianten davon ausgegangen, dass der Neubau des Historischen Stadtarchivs nebst Grundstück im Rahmen eines Nichtoffenen Verfahrens nach § 3a Nr. 3 VOB/A vergeben wird. Dies lässt sich aufgrund der besonderen technischen Vorgaben an ein Archiv mit guten Gründen vertreten, da die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann. Man kann sich deshalb auf den Standpunkt stellen, dass eine besondere Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers erforderlich ist, so dass nach § 3a Nr. 3 VOB/A i.V.m. § 3 Nr. 3 Abs. 2 lit. a) VOB/A das Nichtoffene Verfahren gerechtfertigt ist und in Abweichung von der grundsätzlich geltenden Hierarchie der Vergabearten gewählt werden darf. Anders als in unserer Stellungnahme vom 16.03.2009 haben wir nunmehr weitergehende Informationen an die Eigenart des Gebäudes, die einen Rückgriff auf das nichtoffene Verfahren rechtfertigen. Hinzu kommt: wenn ein Bieter mit der Verfahrensart nicht einverstanden ist, müsste er diese im Rahmen der Bewerbungsfrist rügen, um sich hier auf einen Verstoß berufen zu dürfen. Da keine Zuschussmittel in Rede stehen, kann man auch „vergabestrategisch“ so vorgehen. Hierbei handelt es sich aber ohnehin nur noch um Hilferwägungen, denn wir meinen, dass die besondere Fachkunde nach den uns vorliegenden Informationen gegeben sein muss. Dies wäre in der Vergabeakte entsprechend zu begründen.

Für die europaweite Ausschreibung wird ferner zugrunde gelegt, dass die Architektur des Neubaus kein Wertungskriterium im Rahmen der Ausschreibung ist, sondern über eine sich an das Vergabeverfahren nach Abschluss anschließende Mehrfachbeauftragung von etwa fünf Architekten gesichert wird. Hierbei kann auch vereinbart werden, dass die Stadt Köln z. B. zwei Architekten benennt, die vom Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, beauftragt werden müssen.

Im Einzelnen zu den Varianten:

2.1. Variante 1:

In der ersten möglichen Variante wird bereits im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb von den Bewerbern verlangt, anzugeben, welches Grundstück sie besitzen oder sich gesichert haben und nach den Vorgaben der Stadt Köln bebauen und verkaufen würden. Die Eignung des Bewerbers wird daher nicht nur nach den Kriterien Zuverlässigkeit und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie technische Leistungsfähigkeit im eigentlichen Sinne beurteilt, sondern - gerechtfertigt durch den Auftragsgegenstand - ergänzt um besondere Anforderungen an das Grundstück, welche dieses für das historische Stadtarchiv qualifizieren. Bei mehr als 5 geeigneten Bewerbern wäre die Entscheidung danach zu treffen, wer die 5 am Besten geeigneten Grundstücke einbringt.

Vorteil:

- Wertung der späteren Angebote nur anhand des eindeutigen Kriteriums Preis: Die Wertung ist daher nahezu unangreifbar, wenn ein Bieter alle Anforderungen erfüllt und den niedrigsten Kaufpreis angeboten hat.
- Die Stadt Köln weiß frühzeitig, ob im Rahmen einer solchen europaweiten Ausschreibung überhaupt geeignete Grundstücke angeboten werden und sich die Fortsetzung des Verfahrens lohnt.

Nachteil:

- Kein weiterer Wettbewerb über den Standort, d.h. alle Standorte der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bieter werden als gleichwertig akzeptiert.

2.2. Variante 2:

In der zweiten in die Betrachtung einzubeziehenden Variante wird mit dem Teilnahmeantrag noch kein Grundstück benannt, sondern die Bewerber bewerben sich allgemein um den Auftrag, der seinem Grunde nach in der Bekanntmachung beschrieben sein muss. Auswahlkriterium für diejenigen Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, ist allein deren wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit.

Zuschlagskriterien im nächsten Verfahrensschritt wären in diesem Fall der Preis und die Anforderungen an den Standort. Diese müssten in einem bestimmten Verhältnis zueinander gewichtet werden.

Vorteil:

- Wettbewerb auch über den Standort

Nachteil:

- Es droht „fauler Kompromiss“: Bieter mit mittelmäßigem Preis und mittelmäßigem Grundstück erhält den Zuschlag.

2.3. Variante 3:

Variante 3 ist mit Variante 2 vergleichbar, allerdings ist hierbei Zuschlagskriterium nur der Standort. Der Preis würde gedeckelt werden. Hier stellt sich das Problem, dass laut Aussagen von Obermeyer der hier notwendige Deckel für den Kaufpreis nicht mit hinreichend genauer Eindeutigkeit berechnet werden kann. Man geht hier von Schwankungen bis zu 30 % aus.

Vorteil:

- Wettbewerb über den Standort

Nachteil:

- Oben genanntes Problem der Ungenauigkeit des „Preisdeckels“

2.4. Empfehlung zum Vorgehen

Bei einer eindeutig möglichen Formulierung der Anforderungen an den Standort empfehlen wir bei Abwägung vorstehender Vor- und Nachteile die Variante 1. Hierfür spricht insbesondere, dass bereits nach Ablauf des Teilnahmewettbewerbs feststeht, ob überhaupt geeignete Grundstück eingebracht werden. Ferner ist wegen des eindeutigen Kriteriums Preis eine Wertungsentscheidung kaum angreifbar.

Variante 2 ist abzulehnen, da diese vermutlich zu einem für die Stadt Köln unattraktiven Ergebnis im Sinne eines „faulen Kompromisses“ zwischen Preis und Standort führen wird. Gegen Variante 3 spricht, dass der Preis für das Archivgebäude vor Durchführung der Ausschreibung nicht mit der gebotenen Genauigkeit ermittelt werden kann.

3. Weiteres Vorgehen

Ferner hatten Sie uns gebeten, zum zeitlichen Ablauf bei einer europaweiten Ausschreibung kurz Stellung zu nehmen. Ferner soll in diesem Zusammenhang behandelt werden, ob bereits bei Aufhebung der Ausschreibung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs Kosten entstehen.

3.1. Zeitplan

Die europaweite Ausschreibung würde mit dem einzuleitenden Teilnahmewettbewerb beginnen, der im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekannt zu machen wäre. Hierfür sind die unter www.simap.europa.eu abrufbaren Formulare zu verwenden. Aufgrund der Mitteilung der Kommission aus Dezember 2008 und der Geltung auch in Nordrhein-Westfalen im Erlass vom 03.02.2009 (Az.: 121-80-20/02) dürfen wegen der allgemeinen wirtschaftlichen Lage im nichtoffenen Verfahren die Fristen grundsätzlich verkürzt werden. Es gelten in dem Fall die Fristen des § 18a Nr. 2 (vgl. Ziff. 2 des o. g. Erlasses – Verkürzung). Die Frist kann nach § 18a Nr. 2 Abs. 4 lit. a) VOBA auf 10 Kalendertage bei elektronischer Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbes verkürzt werden. Hierbei wäre jedoch zu überlegen, ob nicht eine etwas längere Zeit zu bewilligen ist, um dem Markt ausreichend Gelegenheit zur Bewerbung zu geben.

Im Anschluss daran würden die Teilnahmeanträge sowohl formal geprüft als auch inhaltlich ausgewertet, d. h. die Eignung der sich bewerbenden Unternehmen anhand der geforderten Eignungsnachweise untersucht.

Im Anschluss daran würden die ausgewählten geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert. Hierbei ist wiederum eine verkürzte Frist nach o. g. Regelungen zulässig. Diese betrüge nach § 18a Nr. 2 Abs. 4 lit. b) VOB/A wenigstens 10 Kalendertage. Auch hier muss aber berücksichtigt werden, dass es den Bietern möglich sein muss, auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen ein wirtschaftlich attraktives und inhaltlich überzeugendes Angebot zu erstellen. Aus unserer Sicht kann der Stadt hier nicht dazu geraten werden, die Fristverkürzungsmöglichkeiten auszuschöpfen, wenn darunter im Anschluss die Qualität der Angebote und damit auch die Qualität des Historischen Stadtarchivs leiden. Hier wäre fachlich zu beurteilen, wie viel Zeit für die Erstellung des Angebotes angemessen ist.

Je nach Bewilligung der Fristen ist mit einer Verfahrensdauer ab Versand der Bekanntmachung von nur ca. drei bis sechs Monaten zu rechnen, abhängig davon, wie lange die Angebotsfrist bewilligt wird. Hinzu käme unter Umständen der Zeitraum eines Nachprüfungsverfahrens, welches auch bei noch so exakter Durchführung des Verfahrens nicht sicher vermieden werden kann.

Die noch notwendigen Vorarbeiten lassen derzeit jedoch keine Aussage darüber zu, wie schnell mit der Ausschreibung tatsächlich begonnen werden kann. Beabsichtigt ist jedoch, vor der Sommerpause über die Notwendigkeit der europaweiten Ausschreibung zu entscheiden und auch den Bekanntmachungstext zu beschließen. Insgesamt sollten daher inkl. Vorarbeiten 9-12 Monate einkalkuliert werden.

3.2. Aufhebung der Ausschreibung

Wir haben im Termin ferner angesprochen, ob man die europaweite Bekanntmachung ggf. schon ins Amtsblatt stellen soll, wenn die unter Nr. 1 ebenfalls noch von der Stadt geprüften eigenen Ausführungsvarianten noch nicht abschließend entschieden sind. Grundsätzlich ist es so, dass der Auftraggeber durch die Bekanntmachung einer Ausschreibung nicht verpflichtet wird, einen Auftrag auch tatsächlich zu vergeben. Er macht sich aber unter Umständen schadenersatzpflichtig, wenn er un-

berechtigt eine Ausschreibung aufhebt. Falls die Stadt Köln den Auftrag ausschreibt, wohl wissend, dass ggf. noch andere Alternativen bestehen, wäre dies kein die Aufhebung rechtfertigender Grund. In diesem Fall bestünden grundsätzlich Schadensersatzansprüche von Bewerbern. Diese können sich grds. auf das positive Interesse (entgangenen Gewinn) oder nur auf das negative Interesse (so gestellt zu werden, als habe der Bieter an der Ausschreibung nicht teilgenommen) beziehen.

Entgangener Gewinn (Ersatz des positiven Interesses) kann in diesem Fall nicht geltend gemacht werden, da bei einer Grundsatzentscheidung gegen die Ausschreibung eines Grundstückskaufes mit Errichtungsverpflichtung niemals eine „echte Chance“ auf den Zuschlag bestanden hätte, diese aber Voraussetzung für den Ersatz des positiven Interesses ist.

Anders verhält es sich aber mit Vorlaufkosten für den Teilnahmewettbewerb, d.h. dem sog. negativen Interesse. Diese können unter Umständen in Variante 1 bereits erheblich sein, wenn der Bewerber für den Teilnahmewettbewerb ein Grundstück durch eine Ankaufoption sichern musste. Die dadurch entstandenen Kosten wären bei Aufhebung zu ersetzen. Man könnte hierzu zwar einen Vorbehalt in die Ausschreibung aufnehmen, dass im Fall der Aufhebung keine Kostenerstattung stattfindet. Dann könnte man argumentieren, dass kein schutzwürdiges Vertrauen der Bewerber entstehen konnte, weil die Bewerber ihre Teilnahmeanträge in Kenntnis dieses Vorbehalts abgegeben haben und aus diesem Grund ein Anspruch auf Schadensersatz ausscheidet. Ob ein derartiger Vorbehalt jedoch zulässig ist, ist aber – soweit ersichtlich – noch nicht höchstrichterlich entschieden.

Aus unserer Sicht macht es daher Sinn, zunächst die Vorentscheidungen abzuwarten und erst dann den Auftrag im Amtsblatt bekannt zu machen.

Sollten Sie noch Fragen zum weiteren Vorgehen haben, stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

(Dr. Stefan Hertwig)
Rechtsanwalt

(Regina Lamm)
Rechtsanwältin