

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 47 vom 27.11.2008

## Vergaberecht

Ein Hafenprojekt auf der Basis von Pachtverträgen ist europaweit auszuschreiben, wenn die Konzeption, z.B. die Errichtung einer Marina, festgeschrieben wird und der Bauanteil 40% des Projektvolumens übersteigt. Die Änderung des Konzepts innerhalb des Verfahrens erfordert die Aufhebung und Neuausschreibung des Projekts.

VK Lüneburg, Az. VgK-30/2008

Rechtsanwalt  
Dr. Martin  
Schellenberg von  
Heuking Kühn Lüer  
Wojtek, Hamburg



### Der Fall

Auf der Nordseeinsel Borkum tobte ein Kampf um die Kontrolle über den kommunalen Hafen. Die Kommune Borkum schrieb ihre Absicht, den Hafen zu verpachten, in zwei Fachzeitschriften aus. Ziel war der Ausbau der alten Anlagen zu einer modernen Marina. Auf die Ausschreibung bewarb sich zum einen der Betreiber der lokalen Fähren und Bahnen. Zum anderen gab die Borkumer Hafenge-

sellschaft eine Bewerbung ab, die Mehrheitlich aus Borkumer Bürgern besteht. Das Konzept der Borkumer Hafengesellschaft beinhaltete jedoch keine Marina, sondern die Realisierung eines multifunktionalen Hafens u.a. mit Off-Shore-Windanlagen. Als der Zuschlag an die Borkumer Hafengesellschaft gehen sollte, stellte der Konkurrent einen Nachprüfungsantrag und erhielt Recht.

### Die Folgen

Das Vorhaben muss erneut und diesmal europaweit ausgeschrieben werden. Rechtswidrig ist das durchgeführte Verfahren zum einen, weil die Vergabestelle nach der Veröffentlichung in den Fachzeitschriften das Konzept änderte. Ein Sport- und Freizeithafen sei etwas grundlegend anderes als ein Multifunktionshafen. Zum anderen muss das Vorhaben deshalb europaweit ausgeschrieben werden, weil es sich nicht um die vergaberechtsfreie Verpachtung eines Areals handelt. Vielmehr ist das vorgeschlagene Kon-

zept zum Ausbau umzusetzen, und damit liegt eine ausschreibungspflichtige Baukonzession im vergaberechtlichen Sinne vor. Die Kammer bewegt sich dabei auf der Linie der verschiedenen Entscheidungen der OLG Düsseldorf, Bremen und Karlsruhe zu ausschreibungspflichtigen Investorenvorhaben. Die Vergabekammer qualifizierte das Projekt als vergabepflichtige Baukonzession und nicht als Dienstleistungskonzession, weil der Bauanteil am Gesamtvolumen voraussichtlich mehr als 40% beträgt.

### Was ist zu tun?

Bei Investorenvorhaben ist darauf zu achten, dass sich das Projekt nicht innerhalb des Verfahrens zu weit von seinem veröffentlichten Ursprung entfernt. Allerdings zeigt das Borkumer Beispiel, dass kreative neue Konzepte häufig erst im Dialog mit Investoren entstehen. Diesen Dialog können und sollten die Beteiligten bereits im Vorfeld einer Ausschreibung führen. Der Investor muss dabei nicht befürchten, von einer späteren Vergabe als „Projektant“

ausgeschlossen zu werden, wenn der Informationsvorteil gegenüber den übrigen Bietern durch Bereitstellung entsprechender Unterlagen ausgeglichen wird. Als Alternative zu diesem Vorgehen kann die Vergabestelle auch einen so genannten wettbewerblichen Dialog initiieren. Dabei wird das Vorhaben erst entsprechend veröffentlicht und anschließend die Lösung innerhalb des Vergabeverfahrens entwickelt. (bre)