

Von: Herrmann, Christoph (KPMG Law) [christophherrmann@kpmg-law.com]

Gesendet: Freitag, 11. November 2011 12:17

An: Röhrer Stefan

Cc: "Bühner, Arnd (KPMG Law)"

Betreff: Einkaufsschwerpunkt Fürth - Stellungnahme Architektenwettbewerb

Sehr geehrter Herr Röhrer,

im Rahmen der Abstimmungsgespräche zum geplanten Einkaufsschwerpunkt an der Rudolf-Breitscheid-Straße wurde von der Verwaltung gemeinsam mit der MIB AG die Ansicht entwickelt, dass es aus verschiedenen Gründen für das Gesamtprojekt von Vorteil ist, auf die Durchführung des ursprünglich vorgesehenen Architektenwettbewerbs zu verzichten. Statt eines Architektenwettbewerbs nach § 3 Abs. 2 RPW 2008 soll nunmehr entweder ein „Kooperatives Dialogverfahren“ oder ein „Gutachterverfahren“ durchgeführt werden (vgl. eMail der MIB AG vom 08.11.2011, 11:58 Uhr).

Da beide Verfahren eine Abweichung zu den Vorgaben der „Aufgabenbeschreibung zum Investorenauswahlverfahren für den Einkaufsschwerpunkt an der Rudolf-Breitscheid-Straße“ darstellen haben Sie uns kurzfristig um eine Aussage dazu gebeten, welche rechtlichen Risiken ggf. mit einem solchen Vorgehen verbunden sind.

- (1) Im Ergebnis halten wir es für gut vertretbar, wie vorgesehen von den ursprünglichen Vorgaben der Aufgabenbeschreibung abzuweichen. Ursprüngliche Intention des Architektenwettbewerbs war es, ein optimales planerisches Konzept für den Einkaufsschwerpunkt an der Rudolf-Breitscheid-Straße zu finden. Nach übereinstimmender Auffassung der Verwaltung und des zur Beurteilung der Qualität der Planung eingesetzten Projektbeirats stellen die planerischen Lösungsvorschläge des Architekturbüros DunnettCraven in der vorliegenden Form das für die Gestaltung des Einkaufsschwerpunkts optimale Konzept dar. Vor diesem Hintergrund bleibt für die Durchführung eines formalisierten Wettbewerbs nach der RPW kein Raum mehr. Ein solcher Wettbewerb müsste die bisherige planerische Konzeption von DunnettCraven vollständig in Frage stellen. Dies widerspräche der oben genannten Bewertung des bereits vorliegenden Lösungsvorschlags. Vor diesem Hintergrund kommt es entscheidend darauf an ob es rechtlich zulässig ist, von den Vorgaben gemäß Aufgabenbeschreibung abzuweichen und statt eines Architektenwettbewerbs nach RPW die bisherige Konzeption von DunnettCraven in einem „kooperativen Dialogverfahren“ oder einem „Gutachterverfahren“ weiterzuentwickeln.
- (2) Ein solches Vorgehen birgt das Risiko, dass ein Dritter geltend macht, durch den nachträglichen Verzicht auf die Durchführung eines Architektenwettbewerbs nach § 3 Abs. 2 RPW in seinen Rechten verletzt zu sein. Bei dem Investorenauswahlverfahren handelt es sich um ein allgemeines und bedingungsfreies Bietverfahren nach der „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (97/C 209/03)“. Auch bei der Durchführung eines solchen Verfahrens muss die öffentliche Hand die Regeln und Grundsätze des Unionsrechts beachten, speziell das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot. Ein Dritter könnte in diesem Zusammenhang insbesondere geltend machen, der Verzicht auf die Durchführung eines formalisierten Architektenwettbewerbs stelle eine Verletzung des europarechtlich gebotenen Gleichbehandlungsgrundsatzes dar, weil dieser ausschließlich der MIB AG zugutekommt.
- (3) Nach unserer Auffassung ist in der beabsichtigten Vorgehensweise jedoch im Ergebnis keine Verletzung von Rechten Dritter zu sehen. Hierfür sprechen insbesondere zwei Argumente:
 - Erstens hat die Stadt Fürth im Rahmen der Aufgabenbeschreibung zum Investorenauswahlverfahren explizit darauf hingewiesen, dass sich im Laufe des Verfahrens, auch nach Abschluss der Dialogphase, noch Änderungen an Inhalt und Umfang der Leistung ergeben können. Hierzu gehört auch die Vorgabe, dass nach Abschluss des Bietverfahrens vom Investor ein Architektenwettbewerb nach § 3 Abs. 2 RPW 2008 durchzuführen ist.
 - Zweitens wurde die für den beabsichtigten Vertragsschluss maßgebliche Auswahlentscheidung zugunsten der MIB AG im Juli 2011 einheitlich auf Basis der ursprünglich bekannt gemachten Kriterien getroffen. Bei der Auswahl des von der Stadt bevorzugten Vertragspartners wurden alle Verfahrensteilnehmer gleich behandelt. Auch die MIB AG hatte in ihrem endgültigen Angebot noch die Durchführung eines formalisierten Architektenwettbewerbs vorgesehen. Im Falle einer nachträglichen Abweichung von der

ursprünglichen Vorgabe wäre hierin unseres Erachtens keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes zu sehen.

- (4) Selbst wenn man, entgegen der vorgenannten Argumentation, vom Vorliegen einer Rechtsverletzung ausginge, bestehen unseres Erachtens keine erfolgversprechenden Rechtsschutzmöglichkeiten für Dritte. Zwar bestünde in diesem Fall grundsätzlich die Möglichkeit für am Verfahren beteiligte Dritte, einen auf die Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses („culpa in contrahendo“) gestützten Schadensersatzanspruch gegenüber der Stadt Fürth geltend zu machen. Jedoch müsste der Kläger in diesem Fall einen durch die Abweichung von den Vorgaben der Aufgabenbeschreibung entstandenen Vermögensschaden nachweisen können. Hierfür sind unseres Erachtens keine Anhaltspunkte ersichtlich. Ein Primärrechtsschutz entsprechend dem Vergaberecht ist für ein Bietverfahren nicht eröffnet.

Wir hoffen, Ihnen mit unseren Ausführungen weitergeholfen zu haben und stehen Ihnen für Rückfragen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

Arnd Bühner

Rechtsanwalt

Christoph Herrmann

Rechtsanwalt

KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Maxtorgraben 13
90409 Nürnberg

Telefon +49 (0) 911 8009299-0
Telefax +49 (0) 911 8009299-15

abuehner@kpmg-law.com
christophherrmann@kpmg-law.com

www.kpmg-law.com

Registered Office: Stuttgart
Local Court of Stuttgart: HR B 721235
Managing Director: Dr. Manfred Kessler

Sitz der Gesellschaft: Stuttgart
Amtsgericht Stuttgart: HR B 721235
Geschäftsführer: Dr. Manfred Kessler

--

KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Sitz/Registergericht: Stuttgart/Amtsgericht Stuttgart, HRB 721235
Geschäftsführer: RA StB Dr. Manfred Kessler

Die Information in dieser E-Mail ist vertraulich und kann dem Berufsgeheimnis unterliegen. Sie ist ausschließlich für den Adressaten bestimmt. Jeglicher Zugriff auf diese E-Mail durch andere Personen als den Adressaten ist untersagt. Sollten Sie nicht der für diese E-Mail bestimmte Adressat sein, ist Ihnen jede Veröffentlichung, Vervielfältigung oder Weitergabe wie auch das Ergreifen oder Unterlassen von Maßnahmen im Vertrauen auf erlangte Information untersagt. In dieser E-Mail enthaltene Meinungen oder Empfehlungen unterliegen den Bedingungen des jeweiligen Mandatsverhältnisses mit dem Adressaten.

The information in this e-mail is confidential and may be legally privileged. It is intended solely for the addressee. Access to this e-mail by anyone else is unauthorized. If you are not the intended recipient, any disclosure, copying, distribution or any action taken or omitted to be taken in reliance on it, is prohibited and may be unlawful. Any opinions or advice contained in this e-mail are subject to the terms and conditions expressed in the governing client