

## **Schriftliche Kleine Anfrage**

der Abgeordneten Heike Sudmann (DIE LINKE) vom 04.11.21

### **und Antwort des Senats**

**Betr.: Droht beim Bahnhof Diebsteich ein EU-Vertragsverletzungsverfahren?**

**Einleitung für die Fragen:**

*Am 29. September 2017 hat die Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen mitgeteilt (<https://www.hamburg.de/bsw/presse/9612042/2017-09-29-bsw-fernbahnhof-diebsteich/>), dass als private Investorin für das „repräsentative“ Empfangsgebäude am neuen Fernbahnhof Hamburg-Altona am Diebsteich die ProHa Altona GmbH & Co. KG ausgewählt wurde, ein Joint Venture bestehend aus der Procom Invest GmbH & Co. KG und der Haspa Projektentwicklungs- und Beteiligungsgesellschaft mbH (HASPA PeB).*

*Das Verfahren zur Auswahl der Investorin war vom Landesbetrieb Immobilienmanagement und Grundvermögen (LIG) als gesamtverantwortliche Vergabestelle auch in Vertretung der Deutschen Bahn AG (DB) durchgeführt worden. Zur Unterstützung des Verfahrens waren Drees & Sommer als Projektmanager und die Wirtschaftskanzlei GÖRG engagiert.*

*Baubeginn für das Bahnhofsgebäude soll im Jahr 2024 sein. Das geht aus Angaben der DB Netz AG am 3. September 2021 im Plenum des Dialogforums Schiene Hamburg-Altona hervor ([https://www.dialogforum-schiene-hamburg-altona.de/files/downloads/Pressemitteilungen/2021/20210903\\_DF\\_HH-A\\_Pr%C3%A4sentation\\_%20Plenum2\\_Status.pdf](https://www.dialogforum-schiene-hamburg-altona.de/files/downloads/Pressemitteilungen/2021/20210903_DF_HH-A_Pr%C3%A4sentation_%20Plenum2_Status.pdf)).*

*Nun droht aber womöglich ein EU-Vertragsverletzungsverfahren, weil deutschlandweit beim geplanten Bau von Bahnhofsgebäuden in Zusammenarbeit mit privaten Investor:innen gegen EU-Vergaberecht verstoßen worden sein soll. Betroffen ist nach meinen Informationen neben den geplanten Bahnhofsneubauten in Ingolstadt und Paderborn auch das Diebsteich-Projekt. Dabei geht es nicht nur um die Auswahl der Investorin, sondern auch um den anschließenden Architekturwettbewerb, der nicht öffentlich ausgeschrieben worden ist.*

*Anfang Oktober 2021 hat die Kommission mitgeteilt, dass sie ein sogenanntes Pilotverfahren eingeleitet hat. Das Pilotverfahren wird von der EU-Kommission unter der Nummer EUP(2021)10037 geführt. Dieses Verfahren ist dem eigentlichen Vertragsverletzungsverfahren vorgeschaltet. Im Pilotverfahren teilt die EU-Kommission dem betroffenen Mitgliedstaat mit, dass sie Anhaltspunkte für Verstöße gegen EU-Recht hat, und fordert ihn auf, dazu Stellung zu nehmen, bevor dann weitere Schritte unternommen werden ([https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Monatsbericht/Monatsbericht-Themen/03-2015-vertragsverletzungsverfahren-der-europaeischen-kommission.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Monatsbericht/Monatsbericht-Themen/03-2015-vertragsverletzungsverfahren-der-europaeischen-kommission.pdf?__blob=publicationFile&v=3)). Für die Feststellung der Verstöße wäre in letzter Instanz der Europäische Gerichtshof in Luxemburg zuständig. Bestätigen sich die Vorwürfe, dann sind die für Bauvorhaben geschlossenen Verträge als nichtig zu behandeln. Es drohen dann die Rückabwicklung geschlossener Verträge oder Strafzahlungen.*

*Ich frage den Senat:*

**Frage 1:** *Ist der Senat von der EU-Kommission und/oder der Bundesregierung über das Verfahren EUP(2021)10037 informiert worden?*

*Falls ja: Wurde bereits eine Stellungnahme des Senats abgegeben und wo kann diese gegebenenfalls öffentlich eingesehen werden?*

**Antwort zu Frage 1:**

Nein.

**Vorbemerkung:** *In der am 6. Januar 2017 im EU-Amtsblatt veröffentlichten Auftragsbekanntmachung für das Diebsteich-Projekt hieß es unter Punkt VI.3) 14: „Die Bekanntmachung erfolgt freiwillig in Anlehnung an die VOB/A-EU, da der Hauptteil ein Investorenauswahlverfahren ist.“ (<https://ted.europa.eu/TED/notice/udl?uri=TED:NOTICE:004457-2017:TEXT:DE:HTML>) Mit der VOB/A-EU wird EU-Vergaberecht in deutsches Recht umgesetzt.*

**Frage 2:** *Bleibt der Senat bei der Einschätzung, wonach EU-Vergaberecht nur freiwillig und damit eigentlich nicht anwendbar gewesen sein soll, und falls ja, wie wird dies begründet?*

**Antwort zu Frage 2:**

Ja. Hintergrund war und ist, dass Grundstücksverkäufe nur unter sehr engen – hier aus Sicht des Senats nicht vorliegenden – Gründen dem Vergaberecht unterfallen, sodass vorliegend kein EU-Vergaberecht angewendet werden musste. Um höchste Rechtssicherheit zu erreichen, erfolgte die Ausschreibung freiwillig unter Beachtung der Vorgaben des EU-Vergaberechts. Der europaweite Wettbewerb wurde durchgeführt, um ein bestmögliches Wettbewerbsergebnis zu erzielen.

**Vorbemerkung:** *Der Diebsteich-Vertrag (der als „Grundstückskaufvertrag“ titulierte Vertrag ist im Transparenzportal zu finden: <https://suche.transparenz.hamburg.de/dataset/projekt-verlegung-fernbahnhof-hamburg-altona-kaufvertrag-fhh-investor-grosse-bahnstrasse-isebek2?force-Web=true>) wurde in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb vergeben. In diesem zweistufigen Verfahren werden zunächst interessierte Unternehmen aufgefordert, sich um eine Teilnahme zu bewerben. Wenn sie zur Teilnahme qualifiziert sind, können die Bewerber dann in der zweiten Stufe des Verfahrens Angebote einreichen. § 51 Absatz 3 der Vergabeverordnung untersagt ausdrücklich, Unternehmen, die sich nicht um die Teilnahme beworben haben, zu dem Verfahren zuzulassen. Aus dem erst seit Kurzem öffentlich zugänglichen Vergabemerk ([https://fragen-staat.de/anfrage/vergabevermerk-zum-projekt-diebsteich/640004/attach/vergabevermerk\\_stand\\_05092017.pdf](https://fragen-staat.de/anfrage/vergabevermerk-zum-projekt-diebsteich/640004/attach/vergabevermerk_stand_05092017.pdf)) geht hervor, dass sich die Procom um die Teilnahme beworben hatte, nicht aber die HASPA PeB. Trotzdem wurde der HASPA PeB erlaubt, in das laufende Verfahren einzusteigen und gemeinsam mit der Procom am 21. August 2017 das Angebot einzureichen, das dann am Ende den Zuschlag bekam. Als Anlage 1 zum Grundstückskaufvertrag (ab Seite 74) findet sich das „Endangebot“ vom 21. August 2017, das den Zuschlag erhalten hat. Wie aus dem Begleitschreiben ersichtlich ist, wurde das Angebot gemeinsam von den Geschäftsführern der Procom Invest GmbH & Co. KG und der Haspa Projektentwicklungs- und Beteiligungsgesellschaft mbH (HASPA PeB) eingereicht, und zwar mit Verweis auf eine gemeinsam zu gründende Projektgesellschaft, die ProHa Altona GmbH & Co. KG.*

**Frage 3:** *Haben die vom LIG engagierten Beraterfirmen auf das erwähnte Verbot in der Vergabeverordnung hingewiesen und warum hat man sich darüber hinweggesetzt?*

**Antwort zu Frage 3:**

§ 51 Vergabeverordnung ist nicht einschlägig, da weder eine Dienst- noch Lieferleistung Gegenstand war, sondern ein Grundstückskaufvertrag nebst Bauvertrag der Bahn (vergleiche § 2 Vergabeverordnung). Dessen unbeschadet ist anerkannt, dass im Verhandlungsverfahren auch über die Person der Bieterin beziehungsweise des Bieters verhandelt werden darf, wenn die ursprünglich festgestellte Eignung erhalten bleibt. Dies war hier der Fall, weil der bereits für geeignet befundene Investor Procom Invest GmbH & Co. KG erhalten geblieben ist. Dessen unbeschadet ist eine solche Grundstückstransaktion nicht ohne (spätere) Projektgesellschaften denkbar.

**Frage 4:** *Warum wurde in der im EU-Amtsblatt veröffentlichten Vergabebekanntmachung (<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:460848-2017:TEXT:DE:HTML>) in Ziffer V.2.2 erklärt, der Auftrag sei nicht an einen Zusammenschluss aus Wirtschaftsteilnehmern vergeben worden, obwohl HASPA PeB und Procom sich zusammengeschlossen und ein gemeinsames Angebot unterbreitet hatten?*

**Antwort zu Frage 4:**

Der Zuschlag ist am Ende der Projektgesellschaft ProHa Altona GmbH & Co. KG (also einem einzelnen Rechtsträger) und nicht den beiden Konsortialpartnern erteilt worden und damit formal keinem Zusammenschluss von Wirtschaftsteilnehmern als Bietergemeinschaft.

**Vorbemerkung:** *Gemäß Artikel 49 in Verbindung mit Anhang V Teil C Punkt 8 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024>) muss die geschätzte Gesamtgrößenordnung eines Auftrags in der Auftragsbekanntmachung im EU-Amtsblatt angegeben werden. Dies ist nicht geschehen. Wesentliche Bestandteile des Auftrags wurden in der Auftragsbekanntmachung nicht beziffert beziehungsweise überhaupt nicht erwähnt. So wurde insbesondere nicht erwähnt, dass für den Bau einer der Öffentlichkeit zugänglichen Fahrradstation seitens der Stadt eine „Miete“ von 2,2 Millionen Euro netto für 30 Jahre garantiert wird, die auf einen Schlag im Voraus zu zahlen ist. Mietverträge über noch zu errichtende Gebäude(-teile) sind vom Europäischen Gerichtshof durch das am 29. Oktober 2009 ergangene Urteil in der Rechtssache C-536/07 als ausschreibungspflichtige Vorgänge eingestuft worden („Kölner Messehallen“, siehe Rn. 56) (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=91E1836AC85ADD607353CE71CC6E54D1?text=&docid=73374&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=29403685>). Dieses Urteil ist in Fachkreisen allgemein bekannt und kann daher einer auf Wirtschaftsrecht spezialisierten Kanzlei eigentlich nicht entgangen sein.*

**Frage 5:** *Haben die vom LIG engagierten Berater:innen auf diese Rechtsprechung hingewiesen und warum wurde die geplante Fahrradstation trotzdem in der Auftragsbekanntmachung nicht erwähnt?*

**Antwort zu Frage 5:**

Die zitierte Rechtsprechung ist nicht einschlägig, weil eine Überschreitung der EU-Schwellenwerte nicht vorlag. Im Übrigen enthält eine Auftragsbekanntmachung nur die wesentlichen Eckpfeiler eines Projektes. Die Einzelheiten werden dann in den Ausschreibungsunterlagen (zum Beispiel Informationsmemorandum) an die Bewerberinnen und Bewerber und Bieterinnen und Bieter spezifiziert. Diese Vorgehensweise ist üblich und rechtlich zulässig.

**Vorbemerkung:** *In der Auftragsbekanntmachung wurde ebenfalls nicht angegeben, dass das Recht zum Betrieb einer Tiefgarage Teil des zu vergebenden Pakets an Aufträgen war. Für diese Tiefgarage sollen Grundstücke unterbaut werden, die im Besitz der DB und der Freien und Hansestadt Hamburg bleiben. Wenn öffentliche Güter privaten Investor:innen zur Nutzung überlassen werden, muss man davon ausgehen, dass eine Konzession im Sinne der EU-Richtlinie 2014/23/EU (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023>) vorliegt.*

**Frage 6:** *Wurde der Wert dieser Konzession zum Bau und Betrieb der Tiefgarage berechnet?  
Wenn nein, warum nicht?  
Wenn ja, mit welchem Ergebnis?*

**Vorbemerkung:** *Gemäß Artikel 18 der Konzessionsrichtlinie darf die Laufzeit der Konzession nicht länger sein als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerks zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaften kann.*

**Frage 7:** *Trifft es zu, dass die Konzession in einem „Sondernutzungsvertrag“ für die Dauer von 100 Jahren vergeben wurde, und wie wäre dies mit den Bestimmungen für die Vergabe von Konzessionen vereinbar?*

**Antwort zu Fragen 6 und 7:**

Eine Konzession im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU liegt mangels Leistungsbeschaffung für die Freie und Hansestadt Hamburg nicht vor. Im Übrigen ist die Tiefgarage Teil des Gesamtprojektes und wurde daher nebst Sondernutzungsvertrag mit ausgeschrieben.

**Vorbemerkung:** *Gemäß Artikel 79 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU muss ein öffentlicher Auftraggeber, der die Durchführung eines Planungswettbewerbs beabsichtigt, eine Wettbewerbsbekanntmachung im EU-Amtsblatt veröffentlichen, damit sich Interessent:innen um eine Teilnahme bewerben können. Dies ist im Fall des Diebsteich-Projekts nicht geschehen. Stattdessen wurde lediglich gezielt eine Reihe von Architekturbüros eingeladen. Dies wird damit gerechtfertigt, dass die Ausrichtung des Wettbewerbs zwar auf Verlangen der Freien und Hansestadt Hamburg und DB erfolgte und diese auch detaillierte Vorgaben für den Wettbewerb gemacht haben, aber das Verfahren selbst dann von der ProHa Altona GmbH & Co. KG durchgeführt wurde, die nicht als öffentlicher Auftraggeber zu betrachten sei; so die Erste Baudirektorin in einem Schreiben vom 27. Juni 2018 an den Sprecher der Bürgerinitiative Prellbock Altona e.V., die seinerzeit schon während des noch laufenden Verfahrens auf die Problematik der fehlenden öffentlichen Ausschreibung aufmerksam gemacht hatte.*

*Es trifft zwar zu, dass die ProHa Altona in eigenem Namen agierte, aber de facto handelte sie im Interesse und für Rechnung eines Dritten, denn die DB als öffentlicher Auftraggeber soll die Architekturleistungen über einen separaten Architekten-/Ingenieurvertrag mitfinanzieren. Dies ging aus dem vom LIG erstellten Informationsmemorandum für an der Ausschreibung des Grundstücks interessierte Investor:innen hervor.*

**Frage 8:** *Wurde geprüft, ob damit im Sinne der Rechtsprechung des Bundeskartellamts (insbesondere Vergabekammer Bund vom 08.06.2006, Az.: VK 2-114/05) ein Fall mittelbarer Stellvertretung vorlag, der die Anwendung von Vergaberecht notwendig macht?*

*Falls nein, warum nicht?*

*Falls ja, warum wurde der Planungswettbewerb nicht im EU-Amtsblatt ausgeschrieben?*

**Antwort zu Frage 8:**

Der Senat sieht in ständiger Praxis davon ab, zu rechtlichen Belangen Dritter, hier der Deutschen Bahn AG als öffentlichem Auftraggeber, Stellung zu nehmen.

**Frage 9:** *Hat der Rechnungshof die Vergabeverfahren im Zusammenhang mit dem Diebsteich-Projekt geprüft?*

*Falls ja: mit welchem Ergebnis?*

**Antwort zu Frage 9:**

Nein.