

24. November 2020

E-Mail: [REDACTED]

Europäische Kommission
Generaldirektion GROW

[REDACTED]
[REDACTED]
B-1049 Brüssel

Nur per E-Mail: [REDACTED] [@ec.europa.eu](mailto:[REDACTED]@ec.europa.eu)

In Kopie: [REDACTED] [@ec.europa.eu](mailto:[REDACTED]@ec.europa.eu)

Betr.: CHAP(2018)03356 – Elbtower: Jüngste Entwicklungen, die für eine Wiederaufnahme der Prüfung des Vergabeverfahrens sprechen

Sehr geehrte [REDACTED],

ich schreibe Ihnen heute, um Sie über neue Entwicklungen im Zusammenhang mit dem in Hamburg geplanten Elbtower zu informieren, die eine Wiederaufnahme des Falles durch die Kommission nötig machen.

Kurz zusammengefasst

Die Freie und Hansestadt Hamburg hat den Grundstückskaufvertrag mit dem erfolgreichen Bieter, der Signa Prime Selection AG (SPS), dahingehend geändert, dass die vereinbarten Konditionen nun nicht mehr nur bei Betrachtung des absoluten Kaufpreises, sondern auch bei Betrachtung des Kaufpreises pro Quadratmeter Bruttogeschossfläche (BGF) für die Stadt weniger vorteilhaft sind als das Angebot eines unterlegenen Bieters. Mit der SPS ist jetzt ein Kaufpreis von 122 Mio. Euro und ein Preis von 938,46 Euro pro qm BGF vereinbart. Der unterlegene Bestbieter hatte einen Kaufpreis von 131,93 Mio. Euro bei einem Preis von 1.060,78 Euro pro qm BGF angeboten.

Indem sie an dem weniger vorteilhaften Angebot der SPS festhält, statt den erzielbaren Marktpreis für das Grundstück zu realisieren, beteiligt sich die FHH finanziell an dem Bauvorhaben. Diese finanzielle Beteiligung liegt mit fast zehn Mio. Euro deutlich über dem Schwellenwert, ab dem die Anwendung des EU-Vergaberechts obligatorisch ist. Gegen EU-Vergaberecht hat die Freie und Hansestadt Hamburg im Lauf des Verfahrens in mehrfacher Weise verstoßen.

Im Einzelnen

Es geht um die Frage, ob die Freie und Hansestadt Hamburg ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an dem Bauvorhaben hat. Das wäre laut Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) die Voraussetzung für eine dann zwingende Anwendung der Vorschriften der EU-Vergaberichtlinie.

Noch vor kurzem hat die Kommission in Beantwortung einer Schriftlichen Anfrage des EU-Abgeordneten Martin Schirdewan (E-004962/2020) ein solches wirtschaftliches Interesse unter Verweis auf die vom EuGH in der Rechtssache C-451/08 definierten Kriterien verneint.

Wie in Randnummer 52 des erwähnten Urteils ausgeführt wird, kann ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse eines öffentlichen Auftraggebers unter anderem auch in seiner finanziellen Beteiligung an der Erstellung eines Bauwerks bestehen.

Nun gibt es neue Entwicklungen, die bestätigen, dass sich die FHH finanziell an der Erstellung des Gebäudes beteiligt.

In meinem Schreiben vom 12. März 2019 hatte ich dazu seinerzeit ausgeführt:

„Das wirtschaftliche Interesse des öffentlichen Auftraggebers kann laut EuGH auch in seiner finanziellen Beteiligung an der Erstellung eines Bauwerks bestehen.

*Nach den Schlussanträgen von Generalanwalt Mengozzi in der Rechtssache C-451/08 verstehe es sich von selbst, „dass unter diese Fallgestaltung auch die Situationen fallen, in denen die eingesetzten öffentlichen Mittel nicht in Geld bestehen: Man denke z. B. an den Fall, dass dem Auftragnehmer oder Konzessionär zur Realisierung der Werke oder Arbeiten **öffentliche Grundstücke kostenlos oder zu einem niedrigeren Preis als dem Marktpreis überlassen werden.**“ (Siehe Randnummer 58, Hervorhebung hinzugefügt).*

Das ist beim Elbtower der Fall, denn die FHH hat auf einen Teil des zu erzielenden Marktpreises verzichtet, um den Vertrag mit der Signa Prime Selection AG abschließen zu können. Laut Grundstückskaufvertrag zahlt die SPS 122 Millionen € (siehe § 2.1.1). Aus der Kleinen Schriftlichen Anfrage zum Kaufpreis¹ (siehe darin die Antwort auf Frage 2) ergibt sich, dass ein nicht zum Zuge gekommener „Bestbieter“ 135 Millionen € angeboten hatte, also 13 Millionen mehr. Insofern lässt sich feststellen, dass die FHH sich mit 13 Millionen € an öffentlichen Mitteln an dem Vorhaben beteiligt.“

In Ihrem Schreiben vom 19. Juni 2020 (Ares(2020)3207275 - 19/06/2020) hatten Sie diese Argumentation zurückgewiesen und ausgeführt:

„Die Argumentation, dass der Preis des Grundstücks unter dem Marktwert gelegen habe, da andere Bieter mehr geboten hätten, ist nicht nachvollziehbar, da nach Aussage des Hamburger Senats der Bieter den höchsten Preis pro Quadratmeter Bruttogeschossfläche geboten hat. Höhere Kaufpreisgebote pro Quadratmeter Bruttogeschossfläche habe es nicht gegeben. Im Rahmen eines städtebaulichen Projekts ist es zulässig, auf den Preis pro Quadratmeter

¹ https://www.buergerschaft-hh.de/parldok/dokument/63685/elbtower_v_die_menschen_sollen_sagen_das_hat_olaf_scholz_gut_gemacht_welcher_kaufpreis_wurde_verhandelt.pdf

Bruttogeschoßfläche abzustellen, um nicht einer Maximierung der Grundstücksausnutzung mit der Gefahr einer mangelhaften städtebaulichen Qualität Vorschub zu leisten.

Damit ist auch das Argument, die Stadt habe einen geringeren Preis als den Marktwert des Grundstücks erzielt und deshalb ein wirtschaftliches Interesse an dem Bauwerk, nicht überzeugend.

Folglich gehen wir weiterhin davon aus, dass es sich bei dem vorgetragenen Fall nicht um einen Bauvertrag oder eine Baukonzession handelt.“

Mit diesen Ausführungen haben Sie sich die Argumentation der Freien und Hansestadt Hamburg zu eigen gemacht, die in der Antwort auf die Kleine Schriftliche Anfrage zum Kaufpreis folgendermaßen argumentiert hatte:

„In Hamburg ist es üblich, Schichtwerte (vereinfacht: Kaufpreis dividiert durch oberirdische Bruttogeschoßfläche (BGF)) als Kenngröße zugrunde zu legen, um nicht einer Maximierung der Grundstücksausnutzung und einer mangelhaften städtebaulichen Qualität Vorschub zu leisten. Danach belief sich der durchschnittliche Schichtwert für den Bieter Signa auf 1.171,51 Euro/qm BGF, für die beiden anderen Bestbieter auf 1.060,78 Euro/qm BGF und 805,01 Euro/qm BGF. Aufgrund der deutlich höheren Gesamt-BGF lagen die absoluten Kaufpreise der nicht zum Zuge gekommenen Bestbieter bei 131.930.000 Euro und 135.000.000 Euro. Höhere Kaufpreisgebote pro Quadratmeter BGF oberirdisch und absolute Kaufpreise als die angegebenen gab es nicht.“

Aus den verfügbaren Angaben (122 Mio. Euro/1171,51 Euro pro qm) lässt sich errechnen, dass die vom Bieter SPS vorgesehene BGF zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung 104 140 qm betrug.

Zwischenzeitlich ist der SPS in einem Nachtrag zum Kaufvertrag eine erheblich größere BGF zugestanden worden. Das geht aus einer Antwort der Bürgerschaftsabgeordneten Heike Sudmann hervor:

<https://www.abgeordnetenwatch.de/profile/heike-sudmann/fragen-antworten/557570>

Demnach erhöht sich die BGF um rund 25 000 qm. Die BGF insgesamt wird nunmehr also fast 130 000 qm betragen, eine Steigerung um 25 Prozent im Vergleich zum ursprünglichen Angebot.

Diese Angabe wurde auch von [REDACTED], dem Chef der Hamburger Hafencity GmbH bestätigt. Die Hafencity GmbH ist in Vertretung der FHH Vertragspartnerin der SPS. In einem Interview mit der Immobilien-Zeitung vom 26. Oktober 2020 machte Bruns-Berentelg Flächenangaben für den Elbtower, die sich auf 131 000 qm summieren.

<https://www.immobilien-zeitung.de/1000074655/elbtower-vorstellung-investitionsruine-ist-unfug>

Geht man also von einer BGF von rund 130 000 qm aus, dann ergibt sich bei einem Kaufpreis von 122 Millionen Euro nunmehr nur noch ein Preis von 938,46 Euro pro qm BGF, der von der SPS gezahlt wird.

Dies ist nach den Kriterien der Presstext-Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache C-454/06, siehe die Randnummern 34-37) eine wesentliche Änderung, weil sie das wirtschaftliche

Gleichgewicht des Vertrags in einer ursprünglich nicht vorgesehenen Weise zugunsten der SPS ändert. Die Änderung hätte die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.

Demnach war das Angebot eines anderen Bieters deutlich günstiger, der 1.060,78 Euro pro qm BGF und einen absoluten Kaufpreis von 131,93 Millionen Euro geboten hatte.

Trotzdem hält die FHH an dem Vertrag mit der SPS fest und hat offenbar auch keine Nachverhandlungen zum mit der SPS vereinbarten Kaufpreis von 122 Millionen Euro geführt. Hätte man den ursprünglichen Angebotspreis der SPS von 1171,51 Euro pro qm beibehalten, dann müsste die SPS jetzt angesichts der deutlich erhöhten BGF einen absoluten Kaufpreis von rund 152 Millionen Euro zahlen. Legt man den Angebotspreis von 1060,78 Euro pro qm des erwähnten Mitbewerbers zugrunde, dann wäre immer noch ein Kaufpreis von rund 138 Millionen Euro fällig.

Wenn man das beste Angebot pro Quadratmeter Bruttogeschossfläche zum Maßstab nimmt, was Sie es ja in Ihrem weiter oben zitierten Schreiben vom 19. Juni 2020 getan haben, dann liegt der Kaufpreis von 122 Millionen Euro um 9,93 Millionen Euro unter dem zu erzielenden Marktpreis. Dies ergibt sich aus dem Vergleich mit dem Bieter, der den besten Preis pro qm (1060,78 Euro) und einen absoluten Kaufpreis von 131,93 Millionen Euro geboten hat.

Insofern lässt sich feststellen, dass die FHH sich durch den Preisnachlass mit 9,93 Millionen Euro an öffentlichen Mitteln an dem Vorhaben beteiligt. Dieser Betrag von 9,93 Millionen Euro überschreitet den einschlägigen Schwellenwert für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts.

Ich bitte Sie daher zu überprüfen, ob bei dem Auswahlverfahren die Regeln des EU-Vergaberechts eingehalten worden sind.

Es scheint zu folgenden Verstößen gegen EU-Vergaberecht gekommen zu sein:

1. Es gab keine ordnungsgemäße Auftragsbekanntmachung im EU-Amtsblatt. Am 15. März 2017 erfolgte lediglich eine sogenannte freiwillige Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung. Dieses Bekanntmachungs-Formular² wird verwendet, wenn ein Vergabeverfahren bereits gelaufen ist. Und zwar speziell in solchen Fällen, in denen ein Vertrag unterschrieben werden soll, der bereits ausgehandelt worden ist. Wer die Überschrift „Ex-ante-Transparenz“ liest, wird daher normalerweise nicht mehr hinschauen, wenn er nach noch zu vergebenden Aufträgen sucht. Zudem ist dies ein selten benutztes Verfahren, und die meisten Follower des EU-Amtsblatts haben es wahrscheinlich überhaupt nicht in ihrem Suchprofil, d. h. die Bekanntmachung verschwand in den Tausenden von anderen Bekanntmachungen, die Monat für Monat veröffentlicht werden, ohne zur Kenntnis genommen zu werden.
2. Gemäß Artikel 18 der Vergaberichtlinie behandeln öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise und handeln transparent und verhältnismäßig. Das Vergabeverfahren darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs gilt als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte

² http://simap.ted.europa.eu/de_DE/web/simap/standard-forms-for-public-procurement

Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Eine solche künstliche Einschränkung des Wettbewerbs ist wohl dadurch erfolgt, dass besonders hohe und in ihrer Wirkung daher abschreckende Anforderungen für Bewerbungsgemeinschaften aufgestellt wurden. Laut „Grundstücksangebot“ der FHH vom 31. Mai 2017 waren Bewerbungsgemeinschaften nur zulässig, falls sie garantieren konnten, „die Leistungsfähigkeit eines individuellen, sehr guten Bauherrn in Bezug auf Planungs- und Realisierungsmanagement **zu übertreffen**“ (Punkt 2.1.3 des Grundstücksangebots, Hervorhebung hinzugefügt). Statthaft gewesen wäre wohl nur die Forderung nach einer gleichwertigen Leistungsfähigkeit.

3. Im Lauf der Verhandlungen wurde zumindest eine wesentliche Kondition des abzuschließenden Vertrages geändert, die im Grundstücksangebot noch als zwingender Bestandteil eines Vertrages angekündigt war. Offenbar wurde die Bedingung aufgegeben, dass das zu errichtende Gebäude samt Grundstück nach 80 Jahren entschädigungslos an die Stadt fällt. Stattdessen wurde eine Andienungspflicht vereinbart, die aber nicht unentgeltlich ist, also vermutlich im Ergebnis für die FHH weniger günstig sein wird. Der öffentliche Auftraggeber kann zwar Verhandlungen mit den Bewerbern und Bietern führen. Die Mindestanforderungen durften aber während der Verhandlungen nicht geändert werden (siehe Artikel 29 (3) der EU-Richtlinie). Die geänderten Bedingungen hätten eine Neuausschreibung erforderlich gemacht, denn zu für die FHH weniger vorteilhaften Konditionen wären womöglich auch noch andere Investoren bereit gewesen, sich an dem Verfahren zu beteiligen.

Ich danke im Voraus für Ihr Interesse, bitte um baldige Rückmeldung und verbleibe

mit freundlichen Grüßen
