

Expertenbeitrag:
Mietverträge

Ohne Ausschreibung in die Immobilie der Wahl



Jan Bernd Seeger,
Rechtsanwalt und Partner,
Lutz/Abel, Hamburg

Will ein öffentlicher Auftraggeber einen Mietvertrag abschließen, dann unterliegt er dabei nicht dem Vergaberecht. Ist das anzumietende Gebäude noch gar nicht errichtet, muss er darauf achten, keine Sonderwünsche zu äußern, damit er nicht versehentlich einen Bauvertrag abschließt. Denn dieser wäre ausschreibungspflichtig.

STUTTGART. Kommunal- und Landesverwaltungen stehen häufig vor folgendem Dilemma: In vielen Verwaltungsgebäuden herrscht Platzmangel. Explodierende Baukosten sorgen dafür, dass Neubauten politisch nicht durchsetzbar sind. Gleichzeitig ist für Projektentwickler die öffentliche Hand als krisenfester Schuldner ein attraktiver Mieter. Der Abschluss langfristiger Mietverträge über noch zu errichtende Gebäude sieht für beide Seiten wie eine ideale Lösung aus.

Auf den zweiten Blick scheint das Vergaberecht diesem Weg allerdings entgegenzustehen. Mietverträge über noch nicht errichtete Gebäude werden teils als „verkapselfte“, ausschreibungspflichtige Bauaufträge oder -konzessionen qualifiziert. Mit seinem Urteil vom 22. April 2021 (Rs. C-537/19) hat der Europäische Gerichtshof, EuGH in dieser Frage entschieden.

Nach den gesetzlichen Regelungen unterliegen öffentliche Bauaufträge und -konzessionen grundsätz-



Öffentliche Verwaltungen können unter Umständen auch in noch nicht errichteten Bauten Flächen mieten, ohne dass das Vergaberecht gilt. FOTO: DPA/REPORT OBERHÄUSER

lich dem Vergaberecht. Dies gilt jedoch nicht für Mietverträge über bereits vorhandene Gebäude. Bei diesen wird das Vergaberecht nicht angewendet (siehe Infokasten).

Einfluss auf die architektonische Struktur ist entscheidend

Bereits in früheren Urteilen hatte der EuGH entschieden, dass sich diese Ausnahmevorschrift auch auf Mietverträge über noch zu errichtende Gebäude erstreckt. Jedoch liegt wiederum ein öffentlicher Bauauftrag vor, wenn der öffentliche Auftraggeber vor Vertragsschluss Maßnahmen ergreift, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder entscheidenden Einfluss auf deren Planung zu nehmen.

Ein entscheidender Einfluss liegt vor, wenn dieser die architektonische Struktur des Gebäudes wie Größe, Außenwände und tragende Wände betrifft. Weitere Anforderungen gelten als entscheidender Einfluss, wenn sie über die marktüblichen Vorgaben eines Mieters einer vergleichbaren Immobilie hinausgehen. Dies ist bei Mietverträgen über Spezialbauten, etwa Poli-

zeigebäuden, regelmäßig der Fall. Dass der Maßstab der Marktüblichkeit auch für das Anmieten neuer Büroimmobilien gilt, hat der EuGH jetzt mit seinem Urteil festgelegt. Im vorliegenden Fall musste das Gericht darüber entscheiden, ob ein auf unbestimmte Dauer angelegter Mietvertrag des öffentlichen Auftraggebers über einen Bürokomplex ohne Vergabeverfahren und -bekanntmachung geschlossen werden durfte.

Der Bürokomplex war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder errichtet, noch lag eine Baugenehmigung vor. Obwohl die wesentliche Projektplanung vor Vertragsunterzeichnung bereits abgeschlossen war, konnte der öffentliche Auftraggeber noch spezifische Anforderungen in das Projekt einbringen. Er mietete den Großteil der zu errichtenden Büroflächen und hatte ein einseitiges Optionsrecht für zusätzliche Mietflächen.

Der EuGH urteilte, dass dieser Mietvertrag kein öffentlicher Bauauftrag ist. Der öffentliche Auftraggeber habe vor Vertragsunterzeichnung keinen entscheidenden Einfluss auf die Planung des Bauherrn

Was das Vergaberecht zu Mietverträgen regelt

Übt der öffentliche Auftraggeber als Mieter vor Vertragsschluss entscheidenden Einfluss auf ein Bauvorhaben aus und wird dies in seinem Mietvertrag fixiert, dann muss das Vergaberecht angewendet werden.

Ansonsten ist der Abschluss von Immobilien-Mietverträgen vom Vergaberecht ausgeschlossen, Paragraph 107 Abs-

satz 1 Nummer 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: „(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen [...] 2. für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen sowie Rechten daran, ungeachtet ihrer Finanzierung.“

ausgeübt. Die spezifischen Anforderungen des Einzelfalls entsprechen den marktüblichen Anforderungen eines vergleichbaren privaten Mieters. Außerdem sei die Immobilie nicht auf bestimmte Mieterkategorien beschränkt, sondern könne nach Vertragsende auch von – privaten – Dritten gemietet werden.

Erleichterungen für die Praxis geschaffen

Das Urteil schafft Klarheit für die Praxis. Soweit langfristige Verträge auch von privaten Mietern vergleichbarer Immobilien geschlossen werden, kann dies die Quali-

zierung als Mietvertrag rechtfertigen. Gleiches gilt, wenn eine Baugenehmigung in vergleichbaren Projekten erst nach Unterzeichnung des Ankermietvertrags beantragt wird.

Entscheidend bleibt die Bewertung des Einzelfalls. So können ungewöhnliche Mieterwünsche für eine Einordnung als Bauauftrag beziehungsweise -konzession sprechen. Wie unterschiedlich der Einzelfall selbst beim EuGH bewertet wird, zeigen die Schlussanträge des befassten Generalanwalts. Dieser hatte den Mietvertrag eindeutig als ausschreibungspflichtigen Bauauftrag qualifiziert.

Vergabe-Handbuch für Straßenbau ist aktualisiert

BERLIN. Das Bundesinnenministerium hat das Handbuch für die Vergabe und Ausführung von freiberuflichen Leistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA F-StB) aktualisiert. Die Änderungen beziehen sich auf das in diesem Jahr in Kraft getretene geänderte Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen sowie auf die Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI).

Die obersten Straßenbaubehörden der Länder und die Autobahn GmbH des Bundes werden in einem Rundschreiben des Ministeriums darauf hingewiesen, dass sie die Honorare für die von der HOAI erfassten Architekten- und Ingenieurleistungen nun frei vereinbaren können. Diese richteten sich nach der Honorarvereinbarung der Vertragsparteien. Es genüge nun die Textform. „Die Honorarberechnungssystematik der HOAI ist weiterhin anzuwenden“, heißt es in dem Schreiben. (raab)

MEHR ZUM THEMA
Das Handbuch zur Vergabe und Ausführung von freiberuflichen Leistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA F-StB) finden Sie unter:
<https://kurzelinks.de/HVA>

Vergabestellen müssen mündliche Angaben von Biestern und ihre Bewertung dokumentieren

OLG Düsseldorf sieht in intransparentem Vergabevermerk einen Verstoß gegen die Dokumentationspflicht

STUTTGART. Äußern sich Bieter im Verhandlungs- oder Bietergespräch, dann darf dies bei der Angebotsbewertung berücksichtigt werden. Allerdings: Diese Äußerungen müssen vom öffentlichen Auftraggeber nachvollziehbar dokumentiert werden. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf mit Beschluss vom 24. März 2021 (Verg 34/20) entschieden.

Projektteam-Antworten sollten bewertet werden

Die OLG-Richter hatten in einem Fall zu entscheiden, bei dem das von den Biestern mit dem Angebot einzureichende Leistungskonzept von dem Projektteam in einer Präsentation vorgestellt werden sollte. „So wollte sich der Auftraggeber einen Gesamteindruck von dem Planungsbüro und dessen Angebot verschaffen“, erläutert der Vergaberechtsexperte Oliver Hattig von Hattig und Dr. Leupolt Rechtsanwälte, Köln, in seiner Besprechung im Newsletter des Bundesanzeiger Verlags.

Es sollte insbesondere bewertet werden, inwieweit das Projektteam in der Lage sei, auf Fragen des Auftraggebers zu reagieren, erklärt Hattig. Das Wertungsgre-

mium sollte dies nach Punkten in den Stufen 0, 2, 5 oder 10 bewerten. Nach dem jeweiligen Bietergespräch notierten die Mitglieder des Bewertungsgremiums ihre Punktezahl in einen Bewertungsbogen, anschließend errechneten sie daraus einen Mittelwert.

„Eine weitere Dokumentation fand nicht statt. Auch die bewerteten Antworten der Bieter wurden nicht protokolliert“, so Hattig. Ein bei der Vergabe unterlegener Bieter

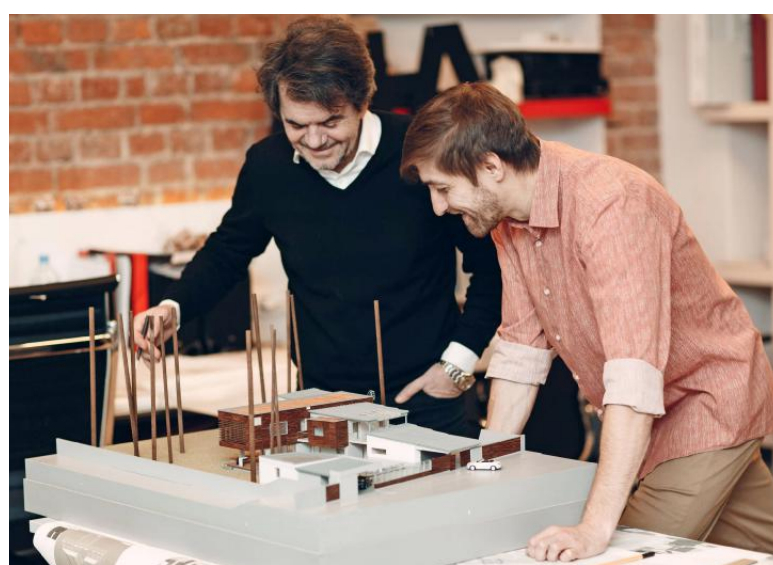
erachtete dieses Vorgehen als nicht transparent. Die von ihm angerufene Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück. Dagegen wandte sich der unterlegene Bieter mit einer sofortigen Beschwerde.

Das OLG Düsseldorf gab ihm Recht: Beim Bewerten der mündlichen Ausführungen der Bieter müsse nachvollziehbar sein, aus welchem Grund welche Note dafür vergeben worden ist. Da dies je-

doch nicht ausreichend dokumentiert sei, verstoße der Auftraggeber gegen Paragraph 8 der Vergabeverordnung (VgV). Darin heißt es: Zur Dokumentationspflicht des Auftraggebers „gehört zum Beispiel die Dokumentation der Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen [...] der Verhandlungen und der Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag, da ansonsten die Bewertung nicht nachvollzogen werden kann. Bei der Bewertung von mündlichen Ausführungen der Bieter muss zudem nachvollziehbar sein, aus welchem Grund welche Note vergeben worden ist.“

Konkrete Antworten waren nicht aufgeführt

Weder aus dem Wertungsbogen, noch aus den handschriftlichen Aufzeichnungen ergebe sich jedoch, so Hattig, aus welchem Grund die einzelnen Gremiumsmitglieder welche Punkte vergeben hätten. Darüber hinaus sei auch nicht dokumentiert, welche konkreten Antworten die Bieter auf die im Fachgespräch gestellten Fragen gegeben hätten. (raab)



Gespräche und Verhandlungen mit Biestern können nur dann korrekt in die Angebotsbewertung einfließen, wenn sie umfassend aufgeschrieben sind. FOTO: DPA/ZOOM/ARMAX

Allgemeine Umsatzabfrage kein Ausschlussgrund

DRESDEN. Interessierte Unternehmen müssen ihrem Angebot eine Eigenerklärung beilegen, indem sie ihre Eignung erklären und Referenzen nennen, die dies nachweisen. Dafür gibt es das Formblatt VHB 124. Das Oberlandesgericht (OLG) Dresden hatte nun zu klären, ob die in VHB 124 enthaltene Abfrage des Umsatzes der letzten drei Geschäftsjahre junge Unternehmen, die noch gar keine drei Jahre existieren, benachteilige.

Die OLG-Richter sahen keinen Ausschlussgrund und keine Benachteiligung. Denn der Bieter erkläre lediglich, dass er ähnliche Leistungen ausgeführt hat, wie sie in der Auftragsbekanntmachung beschrieben sind. Dafür lege er Referenzen vor, wenn er in die engere Wahl komme. Das Formblatt VHB 124 enthalte nicht bereits – aufgrund der Tatsache, dass es eine bestimmte Anzahl an Feldern aufweist – die Forderung nach dem Eignungskriterium der Geschäftstätigkeit für eine bestimmte Dauer auf dem einschlägigen Gebiet, so das OLG Dresden (Beschluss vom 5. Februar 2021 (Aktenzenzeichen: Verg 4/20). (raab)

Kurz notiert

Bahn-Konkurrent zieht sich vielleicht in Berlin zurück

BERLIN. Alstom, der französische Konkurrent der Deutschen Bahn beim derzeit laufenden Vergabeverfahren der Berliner S-Bahn, zieht sich nach Angaben des Tagesspiegels eventuell aus dem Bieterverfahren zurück. Als möglichen Grund nennt der Tagesspiegel, dass die Bahn im Verfahren bevorteilt werde. Die Verkehrsverwaltung in Berlin habe nun die Sorge, dass es den Preis in die Höhe treiben könne, wenn die Bahn als Bieter übrig bliebe. Bei der Ausschreibung geht es um rund elf Milliarden Euro. (sta)



Die Berliner S-Bahn soll neue Züge bekommen. FOTO: DPA/CHRISTOPHE GATEAU

Bayreuth hebt Ausschreibung auf

BAYREUTH. Die Stadt Bayreuth möchte ein wirtschaftlicheres Ergebnis für die Lieferung und die Montage einer neuen Toilettenanlage im Jean-Paul-Museum erzielen. Nach Berichten des Neuen Wiesenboten hat der Stadtrat deshalb die Ausschreibung aufgehoben. Nun soll die Leistung neu ausgeschrieben werden. (sta)

Carsharing-System vor der Ausschreibung

BAD OEYNHAUSEN. Nach Angaben des Westfalen-Blatts hat die Stadtverwaltung von Bad Oeynhausen einen Vorschlag für die Ausschreibung einer Konzession für ein Carsharing-System vorgelegt. Das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, hat demnach kostenlos Stellplätze zur Verfügung zu stellen, die die Stadt als Sondernutzungen ausweisen will. Die Konzession soll außerdem für insgesamt fünf Jahre erteilt werden – mit einer Verlängerungsoption auf acht Jahre. (sta)