

OLG Düsseldorf schafft neue Optionen für Kommunen

KONZESSIONSVERGABE Neue Möglichkeiten, aber auch schärferer Rechtsrahmen

Von **DR. UTE JASPER** und **JENS BIEMANN**,
Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Kommunen müssen den strategischen Partner für eine gemeinsame Netzgesellschaft selbst dann im europaweiten Vergabeverfahren suchen, wenn der Partner das Stromnetz später pachten will. Auch Pachtmodelle, die in der Praxis oft ohne Vergabeverfahren umgesetzt werden, sind in der Regel europaweit auszuschreiben. Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf eröffnet Kommunen mit dieser Vorgabe neue Optionen für Kooperationen mit privaten Energieversorgern (Az.: VII-Verg 26/12). Gleichzeitig schärft das Gericht den Rechtsrahmen – sowohl für die öffentliche Hand als auch für Bieter. Erstmals stellt der Vergabesenat seine Sicht zu Rekommunalisierungsverfahren und Energiekonzessionsvergaben dar.

Schwellenwert wird überschritten | Ausgangspunkt der Entscheidung ist eine Netzgesellschaft mehrerer Städte und Gemeinden im Münsterland, die in einem europaweiten Vergabeverfahren einen strategischen Partner als Minderheitsgesellschafter sucht. Später soll die Netzgesellschaft die Strom- und Gaskonzessionen der Kommunen übernehmen. Für die Suche nach einem

Partner nimmt das OLG zutreffend an, dass ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen ist. Der Partner soll im Fall der erfolgreichen Konzessionsvergaben an das Gemeinschaftsunternehmen Dienstleistungen wie die kaufmännische und technische Betriebsführung der Netze übernehmen. Wenn diese Aufträge oberhalb des einschlägigen EU-Schwellenwertes von 400 000 € für Sektorenaufträge liegen, muss der Auftraggeber den Partner in einem förmlichen Vergabeverfahren auswählen. Dieser Schwellenwert wird regelmäßig überschritten, da selbst kleine Kommunen erhebliche Auftragsvolumina aufgrund langer Vertragslaufzeiten und hoher Investitionen erreichen.

Das OLG nimmt somit an, dass ausschreibungspflichtige Dienstleistungen den Gesamtauftrag infizieren, soweit sie allein oberhalb des EU-Schwellenwerts liegen. Allenfalls wenn die Pflicht zur ausschreibungspflichtigen Dienstleistung völlig untergeordneter Art ist, darf ein Auftraggeber ein Unternehmen außerhalb des Vergaberechts beauftragen. Dies wird nur in seltenen Fällen vorliegen. Insbesondere die gängigen Pachtmodelle, bei denen das Gemeinschaftsunternehmen das Energienetz kauft und an den Partner verpachtet, unterfallen regelmäßig der Ausschreibungspflicht.

Für die grundsätzliche Konzeption von Auswahlverfahren für eine gemeinsame Gesellschaft und anschließenden Konzessionsvergaben akzeptiert das OLG zwei Modelle: Zum einen dürfen Kommunen die in der Praxis häufige Getrenntvergabe wählen, bei der die Kommune zunächst den Partner auswählt und anschließend die Konzessionen vergibt. Zum anderen dürfen sie die beiden Auftragsgegenstände zusammen vergeben. Wie eine solche Paketvergabe praktisch ablaufen soll, lässt das Gericht offen. Wegen der besonderen Vorgaben des § 46 Energiewirtschaftsgesetz und der Konzessionsabgabenverordnung wird eine einheitliche Vergabe mit identischen Wertungskriterien ausscheiden.

Zwei getrennte Verfahren | Letztendlich kann eine Gesamtvergabe nur so ablaufen, dass innerhalb einer übergeordneten Paketvergabe zwei getrennte Verfahren mit unabhängigen Wertungsentscheidungen ablaufen. Zu diesem Ergebnis kommt das Gericht auch, indem es klarstellt: Wettbewerbsfreie Inhouse-Vergaben der Energiekonzessionen an Eigengesellschaften oder Gemeinschaftsunternehmen scheiden aus. Eigene Stadtwerke einer Kommune müssen sich somit stets im Wettbewerb beweisen.



Auch Pachtmodelle sind europaweit auszuschreiben.

Bild: Gator-GFX - Fotolia

Wenn die Kommune zunächst einen Partner für das Gemeinschaftsunternehmen im Wettbewerb auswählt, welches sich dann an den Konzessionsvergaben beteiligen soll, kann ein konkurrierender Bieter der Kommune keine Voreingenommenheit für die späteren Konzessionsverfahren unterstellen. Das OLG trennt die Verfahren deutlich voneinander. Etwaige Mängel der Konzessionsvergaben muss ein Bieter in diesen Verfahren vorbringen und nicht bereits bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens.

Verschärfung für Bieter | Für reine Strom- und Gaskonzessionsvergaben verschärft das Gericht zudem die Anforderungen an Bieter. Die Beteiligung an Wettbewerbsverfahren

verlangt von Bietern, dass sie die Kommune auf Rechtsverstöße im Verfahren hinweisen. Andernfalls können sich Bieter später nicht mehr auf erkennbare Rechtsverstöße berufen. Diese an die vergaberechtliche Rückpflicht angelehnte Rechtsprechung hilft der öffentlichen Hand, Rechtssicherheit für Konzessionsvergaben zu schaffen. In verschiedenen Fällen sind Gerichte bisher davon ausgegangen, dass ein unterlegener Bieter auch nach der eigentlichen Vergabeentscheidung den Konzessionsvertrag angreifen kann. So bohrten diese Gerichte erst bei der Prüfung der Netzherausgabe des Neukonzessionärs gegen den Altkonzessionär das Verfahren und die Wertungsentscheidung auf. Dieser Unsicherheit schiebt das OLG zumindest für erkennbare Mängel einen Riegel vor.