

Nebenleistungen und Transparenzgebot

BGH setzt neue Akzente für Energiekonzessionsvergaben

(BS/Dr. Ute Jasper/Dr. Jens Biemann*) Weiterhin droht bei Verfahrensverstößen die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags – verbunden mit einer kostenintensiven und aufwendigen Neuausschreibung für die Gemeinde. Der BGH setzt mit zwei aktuellen Entscheidungen neue Anforderungen und Rechtsgrundsätze für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen.

Einen sowohl für Energieversorgungsunternehmen als auch für Gemeinden besonders wichtigen Aspekt greift der BGH zur strengen Rechtsfolge von Verstößen bei der Konzessionsvergabe in seiner Entscheidung vom 07.10.2014 (Az. EnZR 86/13) auf Grundsätzlich begründeten Verfahrensmängel die Nichtigkeit des gesamten Konzessionsvertrags. Dies gilt etwa dann, wenn die Gemeinde ihre Auswahlkriterien mit Gewichtungen nicht vor der Angebotsabgabe allen Bietern mitgeteilt hat. Verstöße gegen ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren, die Bieter unbillig behindern, führen somit regelmäßig zur strengen Rechtsfolge der Vertragsnichtigkeit.

Eine andere Beurteilung kommt nach Ansicht des BGH aber bei Verstößen gegen das Nebenleistungsverbot in Betracht. Soweit in einem Konzessionsvertrag unzulässige Nebenleistungen nach § 3 Abs. 2 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) vereinbart sind, folgt daraus nicht zwingend die Gesamtnich-

tigkeit des Vertrags. Die Nichtigkeitsfolge umfasst in erster Linie nur die rechtswidrige Vertragsregelung. Soweit die unzulässige Nebenleistung aber Kriterium für die Auswahlentscheidung war oder sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde ausgewirkt hat, ist der Konzessionsvertrag insgesamt nichtig. Diese Klarstellung durch den BGH ist für die Praxis besonders wichtig, da bisher durch – häufig nur von einem Bieter unterstellte – mögliche Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot stets das Schwert des Damokles über den Konzessionsvergaben schwebte. Eine Kommune konnte sich nicht sicher sein, dass während oder kurz nach einer Konzessionsvergabe irgendein Gericht eine gängige Vertragsregelung als Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot qualifizieren würde.

Bekanntmachung zwei Jahre vor Ablauf

Für Verstöße gegen die Bekanntmachungspflichten kennt die Rechtsprechung weniger Gnade. Dies ist auch richtig, schließt doch eine fehlende oder schwer zugängliche Bekanntmachung regelmäßig potenziell interessierte Unternehmen aus. Die Bekanntmachungspflichten der öffentlichen Hand lassen sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot herleiten.

Für Energiekonzessionsvergaben sieht § 46 Abs. 3 S. 1, 2 EnWG vor, dass die Gemeinde spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrags das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekanntgeben muss. Bei Gemein-

den mit mehr als 100.000 an das Versorgungsnetz unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen.

Eine aktuelle Entscheidung des BGH vom 18.11.2014 (Az. EnZR 33/13) betraf den eher seltenen Fall, dass eine Gemeinde einen Konzessionsvertrag vor Ablauf der Vertragslaufzeit vorzeitig verlängern wollte. Hierfür sieht § 46 Abs. 3 S. 3 EnWG eine entsprechende Bekanntgabe vor, damit sich interessierte Unternehmen bewerben können. Soweit sich andere Unternehmen bewerben, darf die Gemein-

de die Konzession nur in einem fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerbsverfahren vergeben. Für diesen Sonderfall sieht die gesetzliche Regelung kein spezielles Bekanntmachungsmedium vor. Allerdings gelten nach Ansicht des BGH die für gängige Konzessionsvergaben vorgegebenen Bekanntmachungsmedien, also Bundesanzeiger und gegebenenfalls zusätzlich EU-Amtsblatt, Verstöße führen zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags.

Dr. Ute Jasper ist Partnerin, Dr. Jens Biemann Rechtsanwalt bei der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek.

BESCHAFFUNG BRISANT

Frage der Gewichtung

(BS/jf) Die Beschaffung von Lieferleistungen nur nach dem günstigsten Preis ist die einfache Variante, wird aber nicht jedem Beschaffungsgegenstand gerecht. Gerade wenn technische Spezifikationen oder Umwelteigenschaften berücksichtigt werden sollen, braucht es andere Kriterien. Doch dadurch wird ein Verfahren auch brisanter.

Die OBS Omnibus Saalekreis GmbH mit Sitz in Halle an der Saale will im offenen Verfahren acht Überland-Niederflur Omnibusse bzw. "Low Entry" mit Dieselantrieb, mindestens die Euro-6-Norm erfüllend, kaufen (siehe TED 073042-2015). Im offenen Verfahren ohne weitere Losaufteilung möchte der Auftraggeber die Fahrzeuge beschaffen. Die Auslieferung bzw. die Vertragslaufzeit erstreckt sich über einen Zeitraum von vier Wochen, vom 1. September 2015 bis zum 30. September 2015.

Bis zum 20. Mai 2015, 8:00 Uhr morgens, können Angebote bei der Vergabestelle eingereicht

werden, die Öffnung der Angebote erfolgt am gleichen Tag ab 12:00 Uhr. Für die Bewertung hat der Auftraggeber gleich sieben Kriterien vorgesehen, die unterschiedlich gewichtet werden. An erster Stelle mit einer Gewichtung von 60 steht der Preis, gefolgt vom Kundendienst (50), der Versorgungssicherheit (40), Qualität (20), Umwelteigenschaften, Gewährleistung und Lieferfrist (je zehn Punkte Gewichtung). Insgesamt sieht die Gewichtung wahrscheinlich 200 Punkte vor.

Es bleibt abzuwarten, wie sich diese am Ende bei den verschiedenen Angeboten verteilen.

Save the Date

Mit fachlicher Unterstützung der beiden Vergaberechtsexperten der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek veranstaltet der Behörden Spiegel am 20. März 2015 in Düsseldorf ein Praxisseminar zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen.

Anmeldung und weitere Informationen unter www.fuehrungskraefte-forum.de/page_id=1047