GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Durchführung eines Auswahlverfahrens gem. § 46 EnWG zur Bestimmung eines Konzessionsvertragspartners Strom in Ahrensburg

9. November 2015, Ahrensburg

RA Christian Heine, LL.M.

Inhaltsübersicht

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

- Ausgangslage
- Bekanntmachungspflichten
- Vergaberecht
- Auswahlkriterien
- Verfahrensablauf

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Bekanntmachungspflichten

- Bekanntmachungspflicht über das Auslaufen des Konzessionsvertrages ergibt sich aus § 46 Abs. 3 EnWG.

- Hiernach ist das Vertragsende des Konzessionsvertrages spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Vertrages im (elektronischen) Bundesanzeiger bekanntzumachen.
  - hat bis zum 31.12.2015 zu erfolgen

- Alt-Konzessionär muss spätestens 3 Jahre vor Ablauf erforderliche Netzdaten zur Verfügung stellen.
  - ist teilweise erfolgt (es fehlen insb. kalkulatorische Daten)
  - Erneute Anforderung auf Grundlage Leitfaden BKartA und BNetzA/Hinweispapier Landeskartellbehörde SH erforderlich

- Die Stadt hat Hinweis auf veröffentlichte Netzdaten bekannt zu machen.
  - Veröffentlichung z. B. auf städtischer Homepage oder durch Auslegen in Amtsräumen

- Die Stadt hat die Netzdaten des Alt-Konzessionärs den Bietern zur Verfügung zu stellen.

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Vergaberecht

- Verfahren zum Abschluss teilweise in § 46 EnWG geregelt.
- Nach h. M. jedoch auch sog. Dienstleistungskonzession.
- Daher kein formelles Ausschreibungsverfahren nach vergaberechtlichen Grundsätzen (VOL) erforderlich (Achtung: Ausnahmen z. B. Kooperationsmodell mit integrierter Vergabe der Betriebsführung).
- Einstufung als Dienstleistungskonzession führt zur Anwendung europarechtlicher Vergabegrundsätze
  - Transparenz
  - Gleichbehandlung
  - Verhältnismäßigkeit
- Teilweise Überschneidung mit § 46 EnWG: „diskriminierungsfrei".

12

Rechtliche Grundlage

- Nach Artikel 28 Abs. 2 des Grundgesetzes sind die Kommunen für die Aufgaben der örtlichen Daseinsvorsorge zuständig; dazu zählen grds. auch die Strom-, Gas- und Wasserversorgung.

- Vor diesem Hintergrund haben die Kommunen grds. das Recht, den örtlichen Netzbetreiber im Rahmen eines Auswahlverfahrens festzulegen.

- Das entsprechende Auswahlverfahren regelt in Grundzügen § 46 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). Danach hat die Kommune ein transparentes diskriminierungsfreies Auswahlverfahren anhand von der Stadt festgelegter Auswahlkriterien durchzuführen.

- Mit dem ausgewählten Vertragspartner wird der neue Wegenutzungsvertrag (Konzessionsvertrag) mit einer Laufzeit von bis zu 20 Jahren abgeschlossen.

- Äußerst problematisch ist die mangelnde Rechtssicherheit aufgrund einer Vielzahl behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen, Veröffentlichungen (z.B. Gemeinsamer Leitfaden BKartA und BNetzA, Hinweispapier Landeskartellbehörde SH etc.).

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Ausgangslage in Ahrensburg

- Bisheriger Netzbetreiber und Stromkonzessionsvertragspartner ist in Ahrensburg die Schleswig-Holstein Netz AG.
- Der entsprechende Konzessionsvertrag läuft am 31.12 2017 aus.
- Daher ist die Stadt Ahrensburg verpflichtet, ein transparentes und diskriminierungsfreies Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren zur Bestimmung des zukünftigen Stromkonzessionsvertragspartners gem. § 46 EnWG durchzuführen.

hv

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Auswahlkriterien

- Die Frage, welche Auswahlkriterien in welcher Form und Gewichtung zur Anwendung kommen dürfen, ist umstritten und Inhalt diverser Gerichtsentscheidungen!
- Nach § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG hat die Stadt die Ziele des § 1 EnWG zu berücksichtigen!

Ziele § 1 EnWG:

- Versorgungssicherheit
- Preisgünstigkeit
- Verbraucherfreundlichkeit
- Effiziente Leistungserbringung
- Umweltverträglichkeit

≠

Interessen der Kommune:

- Konzessionsabgaben
- Kommunalrabatt
- Günstige Folgekostenregelung
- ggf. Beteiligungslösung/Berücksichtigung Eigengesellschaft

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Auswahlkriterien

- Gerichte, Behörden und Literatur vertreten unterschiedlichste Auffassungen zu Auswahlkriterien.
- Die Frage, welche Auswahlkriterien zur Anwendung kommen dürfen, ist höchst umstritten! Streitig ist, ob
  - ausschließlich streng netzbezogene Auswahlkriterien zulässig sind,
  - oder ob die Stadt auch eigene Fiskalkriterien verfolgen darf?
- Urteil des OLG Schleswig vom 22.11.2012 (Az. 16 U (Kart) 22/12):
  - *„Bei der Auswahlentscheidung müssen in erster Linie das Niveau der erreichbaren Netzentgelte und die Effizienz eines Netzbetreibers maßgeblich sein und nicht die fiskalischen Interessen der Gemeinde."*
- Beschluss des OVG Lüneburg vom 11.09.2013 (Az. 10 ME 88/12), nach dem sonstige Kriterien neben den § 1 EnWG-Kriterien nicht mit mehr als 50 % berücksichtigt werden dürfen.
- Urteile des BGH vom 17.12.2013 (Az. KZR 65/12; KZR 66/12):
  - *„... Danach ist die Auswahl vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG (...) auszurichten. Im Übrigen bleibt der Gemeinde überlassen, sachgerechte Auswahlkriterien zu finden und zu gewichten, die einen Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertragsrecht aufweisen, was eine zulässige wirtschaftliche Verwertung des Wegerechts umfasst."*
- Leitfaden BKartA und BNetzA/ Hinweispapier Landeskartellbehörde SH schlägt Gewichtung der § 1-Kriterien mit mindestens 70% vor („safe harbour").

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Grundsätze des Verfahrensablaufes

- Maßgeblich sind die den Bietern mitgeteilten Auswahlkriterien.
- Der Grundsatz der Transparenz verbietet es, die einmal festgelegte Gewichtung der Auswahlkriterien zu verändern.
- Mit allen Bietern sollte mindestens eine Verhandlungsrunde durchgeführt werden (Grundsatz der Gleichbehandlung).
- Auswahlentscheidung sollte nicht durch befangene Personen vorbereitet und getroffen werden
  - Organisatorische und personelle Trennung zwischen Stadt als verfahrensleitende Stelle und als Bieter/mit dem potentiellen Bieter verbunden.
- Bieter sind über Auswahlentscheidung zu informieren (Beginn 15-Tage-Frist für Präklusion).

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

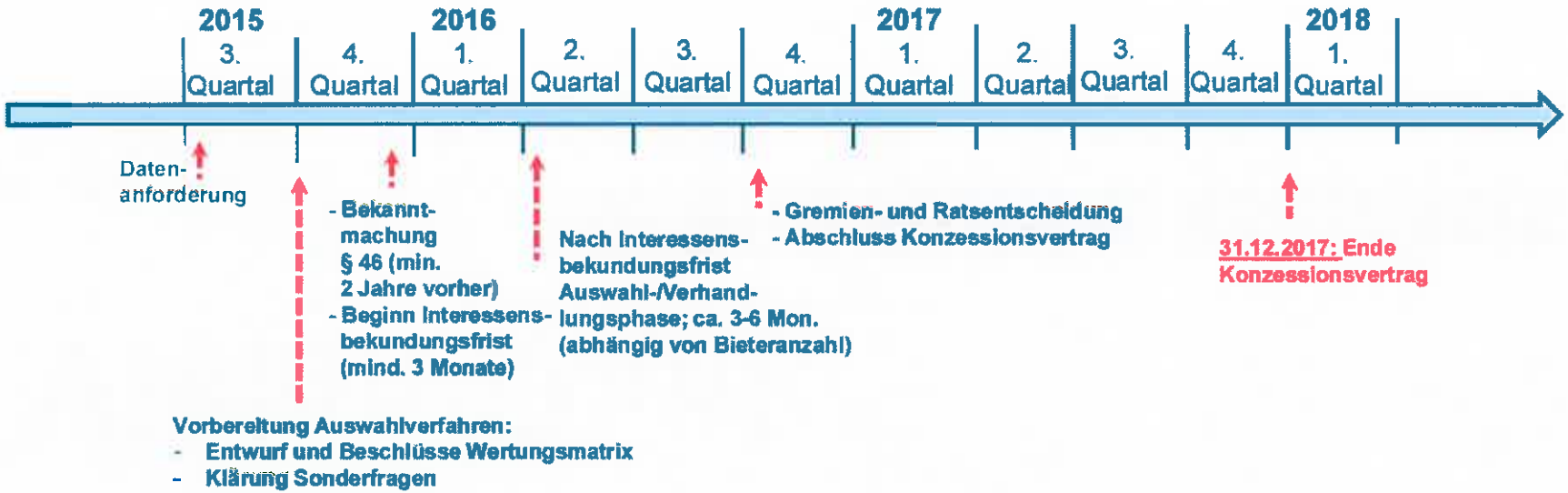
Nächste Schritte :

- Bildung und Schulung Auswahlgremium
- Abstimmung Bewertungsmatrix mit Auswahlgremium
- Bekanntmachung Bundesanzeiger
- Bereitstellung/Veröffentlichung Netzdaten
- Prüfung eingegangener Interessensbekundungen
- Versand 1. Verfahrensbrief einschließlich
  - Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote (Frist nach Hinweispapier Landeskartellbehörde SH 3 Monate!)
- Durchführung der Bietergespräche/Angebotspräsentation
- Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote (Frist nach Hinweispapier Landeskartellbehörde SH 3 Monate!)
- Endgültige Auswertung
- Gremienbeschluss
- Bieterinformation (Beginn 15-Tage-Frist für Präklusion)
- Abschluss Konzessionsvertrag

82

GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Verfahrensablauf Auswahlverfahren Konzessionsvertragspartner



GPP | RECHT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Vielen Dank

für Ihre Aufmerksamkeit.

Bei Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung:
0421-35048-100
bremen@gpp-recht.de
www.gpp-recht.de

§ 46 Wegenutzungsverträge

(1) Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 können die Gemeinden den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.

(2) Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeindenach Absatz 3 diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Vertrages nach Satz 1 erforderlich sind. Die Bundesnetzagentur kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen treffen.

(3) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach Absatz 2 Satz 4 von der Gemeindein geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100 000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet. Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeindebei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.

(4) Die Absätze 2 und 3 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.

(5) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.