

Beschlussvorlage	4717/2017	Fachbereich 3 Herr Schlich
Gaskonzessionsvertrag		
Beratungsfolge	Ausschuss für Stadtentwicklung und Wirtschaft Haupt- und Finanzausschuss Stadtrat	

Beschlussvorschlag der Verwaltung:

Der Stadtrat beschließt, auf Kooperationsmodelle im Rahmen der Neuausschreibung Gaskonzession zu verzichten und diese lediglich als Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen im Rahmen eines neu abzuschließenden Gaskonzessionsvertrages nach entsprechender Ausschreibung nach § 46 Abs. 3 EnWG zur Verfügung zu stellen.

<u>Gremium</u>	<u>Ja</u>	<u>Nein</u>	<u>Enthaltung</u>	<u>wie Vorlage</u>	<u>TOP</u>
<u>Ausschuss für Stadtentwicklung und</u>					
<u>Wirtschaft</u>					
<u>Haupt- und Finanzausschuss</u>					
<u>Stadtrat</u>					

Sachverhalt:

Der bisher bestehende Gaskonzessionsvertrag mit der Energieversorgung Mittelrhein GMBH endet am 30.06.2019.

Gem. § 46 Abs. 3 EnWG hat die Bekanntgabe der Neuausschreibung des Konzessionsvertrages spätestens 2 Jahre vor Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrages zu erfolgen. Die Veröffentlichung erfolgt im Bundesanzeiger; der zur Veröffentlichung kommende Text ist als Anlage beigefügt.

Die Vergabe von Wegenutzungsverträgen (Konzessionen) für die Verlegung und den Betrieb von Gas – und Stromverteilernetzen ist in § 46 EnWG (Energiewirtschaftsgesetz - Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung) geregelt. Es handelt sich dabei um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession, das Vergaberecht ist nicht anwendbar.

Anders verhält es sich, wenn die Kommune im Rahmen des Konzessionsvergabe – sog. „1-stufiges Verfahren“ – oder vor der Durchführung der Konzessionsvergabe – sog. „2-stufiges Verfahren“ – einen Beteiligungspartner für ein kommunales Unternehmen, der für dieses Dienstleistungen erbringen soll, sucht und ausschreibt. Dann unterliegt diese Vergabe, die von der eigentlichen Konzessionsvergabe zu unterschieden ist, grundsätzlich als öffentlicher Dienstleistungsauftrag dem Vergaberecht.

Oftmals streben Gemeinden eine unmittelbare bzw. mittelbare Rekommunalisierung ihrer Netze an, indem sie die Konzession auf ein im kommunalen Eigentum stehendes EVU (zumeist Stadt- oder Gemeindewerk) übertragen, um mehr Einfluss auf den Netzbetrieb zu gewinnen und Renditen hieraus zu erzielen. Da das sogenannte Konzernprivileg und der vergaberechtlich anerkannte Grundsatz des „In-house-Geschäfts“, die eine Bevorzugung von Eigenbetrieben kartellrechtlich grundsätzlich gestatten würden, bei Konzessionsvergaben

nach § 46 EnWG keine Anwendung findet, muss auch in diesem Fall eine diskriminierungsfreie reguläre Ausschreibung der Konzession durchgeführt werden, bei der das kommunale Unternehmen als ein Bieter unter mehreren teilnimmt und nicht bevorzugt behandelt werden darf. Es ist eine organisatorische und personelle Trennung zwischen ausschreibender Stelle und der Kommune als Mitbewerber sicher zu stellen (Neutralitätsgebot).

Aber auch die Ausschreibung von Beteiligungsmodellen ist eine vielfach gewählte Variante der Rekommunalisierung. Hierbei verschafft sich die Gemeinde bzw. die Eigengesellschaften das nötige Know-How zum Netzbetrieb durch die Kooperation mit einem privaten Energieversorgungsunternehmen als strategischem Partner und gründet gemeinsam mit diesem eine kommunale Netzgesellschaft, an der beide Eigentümer eine bestimmte Anteilshöhe halten (Public-Private-Partnership).

Obwohl die strategische Partnerschaft und die Konzessionsvergabe häufig miteinander verbunden werden, muss streng zwischen beiden Elementen unterschieden werden. Die Gründung der Netzgesellschaft und die Vergabe der Konzession fallen – unabhängig von der Wahl eines einstufigen oder eines zweistufigen Verfahrens (s.u. 2. und 3.) – nicht in einem Akt zusammen; vielmehr wird zuerst die neue Gesellschaft gegründet und erst danach die Konzession vergeben. Diese Unterscheidung ist notwendig, da beide Vorgänge unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen unterliegen:

- Bei der Suche nach einem strategischen Partner für die Netzgesellschaft handelt es sich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag gem. § 99 Abs. 4 GWB und Anhang 1, Teil A, Kategorie 11 SektVO43, der dem Vergaberecht unterfällt und somit öffentlich ausgeschrieben werden muss (nur, wenn auch Dienstleistung, wie zumeist die Betriebsführung des Netzes, Gegenstand der Ausschreibung ist!). Weder § 46 EnWG (keine Konzessionsvergabe) noch die Missbrauchsvorschriften der §§ 18 f. GWB (keine Marktbeherrschung der Gemeinde bei der Partnersuche) sind anwendbar. Der Zuschlag ist gem. § 97 Abs. 5 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.
- Die Konzessionsvergabe richtet sich dagegen nach § 46 EnWG und hat in einem diskriminierungsfreien Auswahlverfahren zu erfolgen, das von der Gemeinde vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten ist und somit der kartellrechtlichen Überprüfung nach §§ 18 f. GWB unterliegt. Da es sich nicht um die Vergabe einer Dienstleistung, sondern einer Dienstleistungskonzession handelt, spielt das Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB bei der Konzessionsvergabe keine Rolle.

Es handelt sich also um zwei wesensverschiedene Vergabeverfahren. Auch der Rechtsschutz fällt folglich auseinander: Während Fehler bei der Partnersuche vor der Vergabekammer geltend zu machen sind, kann die Konzessionsvergabe vor den Zivilgerichten angegriffen und ggf. auch von der Kartellbehörde überprüft werden.

Organisatorisch unterliegt es der Bestimmungsfreiheit der Gemeinde, ob sie diese beiden Verfahren zeitlich nacheinander (zweistufiges Verfahren) oder zusammen mit einer gemeinsamen Ausschreibung (einstufiges Verfahren) durchführt.

Das zweistufige Verfahren

Um den o.g. unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen Rechnung tragen, sind die Verfahren strikt voneinander zu trennen und hintereinander durchzuführen. Die Gemeinde sucht zunächst nur nach einem strategischen Beteiligungspartner für ihre Netzgesellschaft. Dazu ist ein Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB durchzuführen. Kriterien in diesem Vergabeverfahren sind die wirtschaftlichen und fiskalischen Interessen der Gemeinde. Das wirtschaftlichste Angebot erhält dabei gem. § 97 Abs. 5 GWB den Zuschlag.

Sobald der strategische Partner gefunden und die kommunale Netzgesellschaft gegründet ist, kann das Verfahren zur Vergabe der Wegenutzungsrechte nach § 46 EnWG beginnen, bei dem sich die neue Netzgesellschaft dann neben anderen Interessenten bewirbt.

Wichtig ist, dass das Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG diskriminierungsfrei ist und die Netzgesellschaft in keiner Weise gegenüber den anderen Bietern bevorzugt wird. Die wirtschaftlichen und fiskalischen Interessen der Gemeinde, die bei der Auswahl des Partnerunternehmens noch im Vordergrund standen, sind bei der Konzessionsvergabe weitgehend bedeutungslos. Es hat eine ergebnisoffene Auswahl zwischen allen Interessenten um das zu betreibende Netz zu erfolgen, die vorrangig an den Kriterien nach § 1 EnWG ausgerichtet ist (siehe 3.3 Auswahlkriterien). Eine Vorprogrammierung der Entscheidung auf der zweiten Stufe durch die Gründung einer Netzgesellschaft auf der ersten Stufe ist unzulässig.

Unzulässig ist es auch, die logische Reihenfolge der Verfahren umzukehren und zuerst die Netzgesellschaft zu konzessionieren, um danach einen privaten Partner für ihren Betrieb zu suchen. Denn solange der strategische Partner noch nicht feststeht, kann die Eignung der Netzgesellschaft für den Netzbetrieb noch nicht hinreichend beurteilt werden.

Für das zweistufige Verfahren ist ein erheblicher Zeitaufwand einzuplanen, da vor dem zwei Jahre vor Ablauf des alten Konzessionsvertrages zu beginnenden Konzessionsvergabeverfahren noch ein komplettes Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB vorzuschalten ist. Zudem beinhaltet es notwendigerweise das Risiko, dass die nach der ersten Stufe bereits gegründete Netzgesellschaft auf der zweiten Stufe nicht zum Zuge kommt, der Zeit- und Kostenaufwand für die Partnersuche und die Gründung also umsonst war.

Das einstufige Verfahren

Der Zeitaufwand lässt sich reduzieren, wenn die Beteiligungspartnersuche und die Vergabe der Konzession in einem Verfahren mit einer gemeinsamen Ausschreibung zusammengefasst werden. Interessierte Unternehmen können sowohl Angebote für eine reine Konzessionierung als auch für eine Kooperation mit der Gemeinde abgeben. Diese Vorgehensweise bringt jedoch erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich, da das Auswahlverfahren und die dabei verwendeten Kriterien gleichzeitig den völlig unterschiedlichen Anforderungen des § 46 EnWG und des Vergaberechts gem. §§ 97 ff. GWB genügen müssen.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist dabei wesentlich, dass die Vergabe der Konzession nicht durch die Kriterien für die Beteiligungspartnersuche beeinflusst werden kann und das gesamte Verfahren den Anforderungen der §§ 46 1 EnWG und § 3 Abs. 2 KAV genügt. Außerhalb der Konzessionsvergabe liegende Kriterien dürfen daher kein so großes Gewicht haben, dass die dort im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde in den Vordergrund rücken und ein wirtschaftlich attraktives Angebot dadurch in der Bepunktung einen Rückstand bei den Kriterien für die Konzessionsvergabe aufholen kann. Stets zu beachten ist, dass die ggf. zu gründende Netzgesellschaft auch hier im Rahmen der Konzessionsvergabe nur eine Bewerberin unter mehreren ist. Unter keinen Umständen darf die Gemeinde deshalb eine Systementscheidung zwischen Kooperations- und reinen Konzessionslösungen treffen, da sie sich dadurch bereits auf die Netzgesellschaft als Konzessionärin festlegen würde, auch wenn der private Teilhaber an der Gesellschaft noch nicht feststeht. Die Bewertungsmatrix darf Kooperationsangebote auch nicht gegenüber reinen Konzessionsangeboten bevorzugen, indem sie etwa Kriterien vorsieht, in denen nur Kooperationsangebote zusätzliche Punkte sammeln können. Nach der Rechtsprechung des BGH wirken sich auch Kriterien, die an die wirtschaftliche oder gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde am Netzbetrieb anknüpfen, diskriminierend für reine Konzessionsangebote aus. Unzulässige Kriterien sind damit u.a.:

- Höhe des kommunalen Anteils an Netzen
- Kommunalen Vermögenszuwachs
- Höhe des kommunalen Kapitaleinsatzes für den Netzerwerb
(dienen alle allein fiskalischen Interessen, die über die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) hinausgehen)
- Möglichkeiten der Geschäftsfelderweiterung (da Ziel dieses Kriteriums zusätzliche

Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit dem zukünftigen Konzessionär sind, die nicht in sachlichem Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag stehen)

- Mitgestaltungsrechte / Einflussmöglichkeiten (da dadurch allein der Einfluss an der Netzbetreiber-Gesellschaft über deren Gremien bewertet werden soll und damit Beteiligungsangebote bevorzugt werden)
- Höhe der wirtschaftlichen Risiken, soweit diese Risiken nicht mit zulässigen Bewertungskriterien verbunden sind.

Es ist sehr schwierig, diese Anforderungen einzuhalten und gleichzeitig auch den Vorgaben des Vergaberechts zu genügen. Dementsprechend haben einstufige Verfahren in der bisherigen Praxis der Landeskartellbehörde Niedersachsen schon häufig zu kartellbehördlichen Beanstandungen geführt.

Die geringeren rechtlichen Risiken dürfte ein einstufiges Verfahren bergen, wenn die Bewertung der Angebote möglichst weitgehend der Vorgehensweise beim zweistufigen Verfahren angenähert wird. Dieses könnte - vorbehaltlich einer kartellrechtlichen Einzelfallprüfung - z. B. dadurch erfolgen, dass zunächst in einem ersten Denkschritt die Angebote für eine Kooperationslösung miteinander verglichen werden und anhand einer dem Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB entsprechenden Bewertungsmatrix ermittelt wird, mit welchem strategischen Partner eine Netzgesellschaft ggf. zu gründen wäre. Sodann könnte das Kooperationsangebot dieses Bieters in einem zweiten Schritt mit allen Angeboten für eine reine Konzessionierung verglichen werden, wobei eine zweite Bewertungsmatrix zum Einsatz kommt, die sich allein auf netzbezogene Kriterien und dabei vorrangig auf die Ziele des § 1 EnWG stützt. Setzt sich das Kooperationsangebot des ausgewählten Partners auch im zweiten Auswahlschritt durch, kann die Netzgesellschaft gegründet werden und erhält sodann die Konzession. Der Vorzug gegenüber dem zweistufigen Verfahren liegt darin, dass die Gesellschaft bei einer Niederlage im zweiten Schritt der Auswahlentscheidung gar nicht erst wirksam ins Leben gerufen werden muss.

Aufgrund des zeitaufwendigen „2-stufigen Verfahrens“ und des evtl. damit einhergehenden Kostenrisikos, sollte man nicht zum Zuge kommen, käme zunächst für die Stadt Mayen – soweit eine entsprechende Rekommunalisierung gewünscht ist – das einstufige Verfahren zum Tragen.

Aber, nach einem Urteil des BGH (17.12.2013 – KZR 66/12) darf wegen hoher Missbrauchsgefahr bei der Konzessionsvergabe nur auf eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung abgestellt werden, wenn nicht auch konzessionsvertraglich der kommunale Einfluss gesichert werden kann, etwa durch Auskunftspflichten, Zustimmungsvorbehalte etc.. Da dies jedoch auch im Konzessionsvertrag zu regeln ist, bleibt im Ergebnis kaum noch Spielraum, entscheidungserheblich auf gesellschaftsrechtliche Beteiligung abzustellen.

Insoweit vertritt die Verwaltung die Ansicht, dass man aufgrund der Komplexität der Materie als auch unter Berücksichtigung der geringen Wirtschaftlichkeit von Kooperationsmodellen Abstand nehmen und somit lediglich das Wegenutzungsrecht ausschreiben sollte. In diesem Zusammenhang darf auch auf das im letzten Jahr abgeschlossene Stromkonzessionsverfahren hingewiesen werden, wo letztlich auch von entsprechenden Kooperationsmodellen aus den vorg. Gründen Abstand genommen werden musste.

Da es sich insgesamt im Rahmen der Konzession um ein komplexes rechtliches Verfahren mit einigen Risiken handelt, wird man nicht umhin kommen, sich durch eine entsprechende Anwalts-/Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beraten zu lassen.

Hierfür wird die Verwaltung mit der Materie vertrauten Kanzleien aus dem hiesigen Raum ermitteln und entsprechende Preisanfragen erbitten.

Die Ergebnisse werden den städt. Gremien zur gegebenen Zeit zur Beratung und Beschlussfassung vorgelegt.

Finanzielle Auswirkungen:

Zum jetzigen Verfahrensstand ca. 30 € für die Veröffentlichung im Bundesanzeiger

Familienverträglichkeit:

Hat die geplante Entscheidung unmittelbare oder mittelbare Auswirkungen auf Familien in der Stadt Mayen?

nein

Demografische Entwicklung:

Hat die vorgesehene Entscheidung unmittelbare Auswirkung auf die maßgeblichen Bestimmungsgrößen des demografischen Wandels und zwar

- die Geburtenrate
- die Lebenserwartung
- Saldo von Zu- und Wegzug (Migration, kommunale Wanderungsbewegung)

und beeinflusst damit in der Folge die Bevölkerungsstruktur der Stadt Mayen?

nein

Anlagen:

Bekanntmachungstext