



Die zum 18.04.2016 in Kraft getretene Novelle des EU-Vergaberechts betrifft zwar bislang im Wesentlichen das GWB und die dazu ergangenen Verordnungen. Doch auch im „Dunstkreis“ der Reform haben sich in den nicht von der Novelle unmittelbar erfassten Bereichen der Vergabe von unterschwelligen Dienstleistungskonzessionen sowie von Wegenutzungsrechten zur Energieversorgung interessante Entwicklungen ergeben.

Diese aktuellen Neuerungen sind Gegenstand des zweiten Teils unseres Newsletters – Spezial.

avocado rechtsanwälte

voßstraße 20
10117 berlin
t +49 30 8848080
f +49 30 88480884
berlin@avocado.de
www.avocado.de

avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77
50672 köln
t +49 221 390710
f +49 221 3907129
köln@avocado.de
www.avocado.de



1. Dienstleistungskonzessionsvergabe – Konkrete Verfahrensvorgaben auch im Unterschwellenwertbereich

Das Institut der Dienstleistungskonzession erfreut sich in der heutigen Zeit – gerade auf kommunaler Ebene – immer größerer Beliebtheit. Aktuell kommen Dienstleistungskonzessionen beispielsweise im Bereich der Alttextilentsorgung (durch Aufstellen von Alttextilsammelcontainern im öffentlichem Straßenraum) oder bei der Vergabe von Verpflegungsleistungen für Schulen und Kitas zum Tragen. In vergaberechtlicher Hinsicht gilt es dabei nunmehr, die mit Umsetzung der Vergaberechtsreform zum 18.04.2016 unter anderem in Kraft getretene Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) sowie die konzessionsspezifischen Regelungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu beachten (vgl. §§ 148 ff. GWB). Allerdings greifen die neuen gesetzlichen Vorgaben zur Konzessionsvergabe erst ab einem Schwellenwert von 5.225.000 EUR. Dieser dürfte bei vielen Leistungen oftmals nicht erreicht werden. Aber auch unterhalb der Schwellenwerte – so insbesondere die aktuelle nationale Rechtsprechung unter Rückgriff auf die gängige EuGH-Rechtsprechung – findet die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht in einem rechtsfreien Raum statt. Dies hat der EuGH bereits Anfang 2000 mit seiner bekannten Telaustria-Entscheidung vom 07.12.2000 (Rs. C-324/98) klargestellt. Auch wenn diese Rechtsprechung in den weiteren Jahren immer weiter „verfeinert“ wurde, so mangelte es jedoch bislang an durch die Rechtsprechung dezidiert festgelegten Verfahrensvorgaben.

**OLG Celle vom
10.03.2016**

Als eines der ersten nationalen Gerichte hat sich nunmehr das OLG Celle in einem aktuellen Urteil vom 10.03.2016 (13 U 148/15) ausführlich zur Dienstleistungskonzessionsvergabe im Unterschwellenwertbereich geäußert und mit großer Klarheit ganz konkrete Verfahrensvorgaben entwickelt. In der Sache ging es um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession betreffend die Aufstellung von Altkleidersammelcontainern auf öffentlichen Flächen einer Kommune als öffentlichem Auftraggeber. Die betroffene Kommune hatte die Dienstleistungskonzession „zur Gewährleistung eines Mindestmaßes an Transparenz und Wettbewerb in einem europaweiten wettbewerblichen Verfahren“ ausgeschrieben. Die Angebotsbewertung sollte dabei unter anderem auf Grundlage einer Bewertung der (von den Bietern



näher darzulegenden) „eigenen Tätigkeiten, die über das Sammeln von Altkleidern hinausgehen und eine höherwertige eigene Sortierung bzw. Verwertung gewährleistet“, erfolgen. Die Vergabestelle wollte bewerten, inwieweit diese Tätigkeiten „die Erwartungen der Vergabestelle, die eine möglichst hochwertige eigene Sortierung bzw. Verwertung wünscht“, erfüllen, über sie hinausgehen bzw. ihnen gegenüber Defizite/Schwächen aufweisen. Die Bewertung sollte in insgesamt sechs Notenstufen erfolgen. Ein interessiertes Unternehmen monierte die Zulässigkeit dieses Zuschlagskriteriums. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreichte es die Untersagung des Vertragsabschlusses durch Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung in der Hauptsache.

Unterlassungsanspruch wegen Nichtbeachtung von europäischem Primärrecht

Einleitend hat das OLG Celle klargestellt, dass bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Unterschwellenbereich ein Anspruch auf Unterlassung eines Vertragschlusses durch Zuschlagserteilung – jedenfalls aus § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) – bestehe, sofern das zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem (potentiellen) Bieter durch Eröffnung eines Vergabeverfahrens sich ergebende Vertrauensverhältnis durch Nichtbeachtung der aus dem europäischen Primärrecht resultierenden Verfahrensvorgaben (etwa zu den Zuschlagskriterien) verletzt sei. Denn auch für Dienstleistungskonzessionsvergaben sei das europäische Primärrecht zu beachten, sofern ein grenzüberschreitendes Interesse am Auftrag vorliege. Dabei spreche allein der Umstand, so das OLG Celle weiter, dass der relevante Schwellenwert der zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht umgesetzten Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU (KVR) unterschritten sei, nicht generell gegen ein grenzüberschreitendes Interesse. Immer sei eine Prognose darüber anzustellen, ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen auch für ausländische Anbieter interessant sein könnte. Hiervon sei in der vorliegenden Situation schon die Verfügungsbeklagte (also die betroffene Kommune) selbst ausgegangen, indem sie die Dienstleistungskonzession „zur Gewährleistung eines Mindestmaßes an Transparenz und Wettbewerb in einem europaweiten wettbewerblichen Verfahren“ ausgeschrieben habe.



Gleichzeitig hat das OLG Celle die Rechtsache dazu genutzt, darauf hinzuweisen, dass selbst ohne Binnenmarktrelevanz die Grundsätze des Transparenzgebotes (als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Zusammenhang mit Eingriffen in die Berufsfreiheit aus Artikel 12 Abs. 1 Grundgesetz [GG] sowie dem allgemeinen Willkürverbot aus Artikel 3 Abs. 1 GG) nach der wohl vorzugswürdigeren Rechtsprechung – so dürfte die Entscheidung des OLG Celle an dieser Stelle zu lesen sein – zu beachten seien; letztlich musste sich das OLG Celle jedoch mit dieser Frage nicht näher auseinandersetzen.

Allgemeine Verfahrensgrundsätze

In verfahrensrechtlicher Hinsicht betont das OLG Celle zunächst, dass mit dem europäischen Primärrecht insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz zur Anwendung kämen. Der Grundsatz des Transparenzgebotes erfordere, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, präzise und eindeutig zu formulieren seien, so dass zum einen alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter die genaue Bedeutung dieser Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können müssen und zum anderen der Auftraggeber tatsächlich überprüfen können müsse, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllten.

Verfahrensvorgaben für die Angebotswertung

Für die Festlegung der Zuschlagskriterien bedeute dies, so das OLG Celle weiter, dass die Wertungsmaßstäbe jedenfalls so bestimmt sein müssten, dass die Bieter vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotsbewertung effektiv geschützt seien. Andernfalls sei die Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe für noch zu erstellende Bieterkonzepte vergaberechtlich zulässig sei, überschritten. Vorliegend hatte die Vergabestelle hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Bewertung der eigenen Tätigkeiten, die über das Sammeln von Altkleidern hinausgehen und eine höherwertige eigene Sortierung bzw. Verwertung gewährleistet“ darauf hingewiesen, dass eine Beurteilung danach erfolge, inwieweit diese Tätigkeiten „die Erwartungen der Vergabestelle, die eine möglichst hochwertige eigene Sortierung bzw. Verwertung wünscht“ erfüllen, über sie hinausgehen bzw.



ihnen gegenüber Defizite/Schwächen ausweisen. Diese Beschreibung lässt nach Auffassung des OLG Celle offen, welche Erwartungen der Vergabestelle bestünden, insbesondere, welche Tätigkeiten insoweit positiv bewertet würden. Bestünden allerdings (wie vorliegend ersichtlich) bestimmte Erwartungen, seien diese ebenso wie Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Gewichtungsregeln oder Bewertungsmatrizen den Bietern vollständig offenzulegen. Schließlich sei die vorzunehmende Einordnung in insgesamt sechs Notenstufen, die die Vergabestelle vorgegeben hatte – je nachdem ob die Erwartungen der Vergabestelle übertroffen oder erfüllt werden oder darunter blieben – derart unbestimmt, dass erheblicher Raum für eine objektiv willkürliche Bewertung verbleibe.

Im Allgemeinen wies das OLG Celle zudem darauf hin, dass bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen sei, dass diese mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Diese Grenze dürfte beispielsweise erst dann überschritten sein, wenn die Vergabestelle allgemein soziale oder umweltschützende Tätigkeiten der Bieter berücksichtigen wolle. Ob dagegen das Gebot der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zu berücksichtigen sei, ließ das OLG Celle offen.

Kein Selbstausführungsgebot

Schließlich stellte das OLG Celle klar, dass zumindest zum Entscheidungszeitpunkt (also vor Umsetzung der Regelungen aus der Konzessionsvergaberichtlinie) kein Selbstausführungsgebot bei der Vergabe von Konzessionen gelte. Damit seien nur ganz ausnahmsweise Verpflichtungen der Verfahrensteilnehmer zur Selbstausführung von Leistungen vergaberechtskonform, wenn diese Einzelleistungen bestimmt und unter fachtechnischen Gesichtspunkten „kritisch“ seien. Ob diese Einschätzung auch zukünftig unter Berücksichtigung der Vorgaben der KonzVgV haltbar sei, ließ das OLG Celle offen. Die nachvollziehbarerweise erforderliche Beurteilung von eingebundenen Drittunternehmen durch öffentliche Auftraggeber sei derzeit zumindest ausreichend durch Verpflichtungserklärungen sicherzustellen.



Fazit

In dieser sehr eingängigen Entscheidung hat das OLG Celle als eines der ersten nationalen Gerichte sehr klare Verfahrensvorgaben für die Dienstleistungskonzessionsvergabe im Unterschwellenwertbereich vorgegeben und deutlich gemacht, dass diese Vorgaben auch ernst zu nehmen sind. Da davon auszugehen ist, dass auch zukünftig immer mehr Dienstleistungskonzessionen vergeben und diese oftmals den derzeitigen Schwellenwert von 5.225.000 EUR nicht überschreiten werden, ist es umso wichtiger für Vergabestellen (und selbstverständlich auch für Bieter, die sich um eine Konzession bewerben), sich mit den Verfahrenserfordernissen für Unterschwellenwertkonzessionen auseinander zu setzen. Dies gilt umso mehr, als dass Rechte der Bieter immer mehr gestärkt werden durch die nationale Rechtsprechung. Außerdem ist davon auszugehen, dass jedenfalls das OLG Celle bei nächster Gelegenheit weitere Vorgaben möglicherweise dann auch aus dem nationalen Recht machen wird.

Praxistipp

Für Dienstleistungskonzessionsvergaben unterhalb der Schwellenwerte bietet es sich für Vergabestellen an zu prüfen, ob sie sich (in welcher Tiefe auch immer) an den gesetzlichen Vorgaben für die Konzessionsvergabe orientieren möchten, wie sie nun in der KonzVgV anzutreffen sind. Die Erfahrungen der Vergangenheit haben gezeigt, dass sich das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb - wie es in § 12 KonzVgV als Orientierung vorgesehen ist - oftmals als praxistauglich erweist. Allerdings ist im Einzelfall immer zu überlegen, ob tatsächlich Verhandlungen über den Leistungsgegenstand erforderlich sind oder aber ob die Leistungen ganz genau beschrieben werden können und damit letztlich (von vornherein) kein Verhandlungsbedarf besteht. Für diesen Fall bieten sich besser das (regelmäßig kürzere) offene Verfahren oder nichtoffene Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb an. Gleichzeitig bietet es sich an, das entsprechende Standardformular zur Bekanntgabe der Konzessionsvergabeabsicht (jedenfalls soweit im Einzelfall ein grenzüberschreitendes Interesse festgestellt werden kann – was in der Praxis häufig der Fall sein dürfte) sowie entsprechende Vordrucke zur Dokumentation zu benutzen (sofern vorhanden).



Dr. Bettina Ruhland, Rechtsanwältin und Partnerin, Büro Berlin

Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit von Frau Dr. Ruhland ist die Beratung von öffentlichen Auftraggebern und Auftragnehmern in allen Fragen rund um das Vergaberecht. Daneben verfügt sie über große Erfahrungen im Beihilfen- sowie im allgemeinen öffentlichen Recht einschließlich kommunalrechtlicher und privatisierungsrechtlicher Themen.

Dr. Bettina Ruhland ist als Referentin für verschiedene Einrichtungen und Unternehmen sowie auf Fachtagungen auf dem Gebiet Vergaberecht tätig und veröffentlicht regelmäßig in diesem Bereich. Sie ist Mitautorin diverser Kommentare zum Vergaberecht und außerdem Lehrbeauftragte für Vergaberecht an der Universität Siegen.



2. Novelle zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen – Der aktuelle Stand

Bei der alle 20 Jahre durchzuführenden Vergabe von Wegenutzungsrechten für die leitungsgebundene Energieversorgung (sog. Wegekonzessionen) besteht ein hohes Konfliktpotential zwischen den Gemeinden, den aktuellen Inhabern der Wegenutzungsrechte und den Bewerbern für die zukünftige Nutzung dieser Rechte. Mit ihrem im Februar 2016 vorgelegten Entwurf einer Neuregelung der §§ 46 ff. EnWG möchte die Bundesregierung die Rechtssicherheit für das Verfahren erhöhen und dabei möglichst klare Auswahlkriterien vorgeben. Sie verfolgt damit das Ziel, Verfahrensverzögerungen zu reduzieren, die wichtige Netzausbau und -verstärkungsmaßnahmen zum Erliegen kommen lassen.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zu den wichtigsten Punkten der Novelle zählen etwa eine Konkretisierung der Auskunftspflichten des aktuellen Nutzungsberechtigten in Bezug auf Netzdaten gegenüber der Gemeinde, um das Ausschreibungsverfahren transparent und diskriminierungsfrei durchführen zu können. Daneben sollen allen beteiligten Unternehmen zeitlich abgestufte Rügeobligationen für erkennbare Rechtsverletzungen auferlegt werden. Dies soll vermeiden, dass Verfahrensfehler noch Jahre nach der Entscheidung erstmals geltend gemacht werden und sich der neue Wegenutzungsinhaber sowie die Gemeinde in einem fortdauernden Schwebezustand befinden. Zeitliche Anknüpfungspunkte für die Rügeobligationen sind etwa die Bekanntmachung des Endes des bisherigen Konzessionsvertrags, die Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung an interessierte Unternehmen sowie die Information über eine vorgesehene Ablehnung eines Angebots und den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses.

Der Rechtssicherheit soll auch dienen, dass für den Netzkaufpreis als Regelfall der objektivierte Ertragswert bestimmt wird, ohne dass die Möglichkeit abgeschafft wird, vertraglich etwas anderes zu vereinbaren. Schließlich sollen die Auswahlkriterien präzisiert werden. Hierfür verweist der Entwurf zunächst auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG: die Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz, Umweltverträglichkeit sowie



die zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung. Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, sollen dann ausdrücklich auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden können.

Die Kritik des Bundesrates

Insbesondere den letzten Punkt hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 18. März 2016 kritisiert. Die Bedeutung der Hervorhebung der Ziele „Versorgungssicherheit“ und „Kosteneffizienz“ sei unklar und enge den Spielraum der Gemeinde bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der Auswahlkriterien zu weitgehend ein. Die Bundesregierung lehnt hingegen diese Kritik des Bundesrates ab. Es sei wichtig, ausdrücklich zu unterstreichen, dass die herausragende Bedeutung von Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz nicht durch die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft relativiert werden dürfe.

Hintergrund der Meinungsverschiedenheiten ist letztlich die Frage, welches Gewicht dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht bei Vergaben von Wegenutzungsrechten zur Strom- und Gasversorgung zukommen soll. Der Bundesgerichtshof hat etwa in seinen Urteilen vom 17. Dezember 2013 zum bestehenden Recht entschieden, dass Gemeinden bei dieser Vergabe das Diskriminierungsverbot zu beachten haben und sich dabei weder auf ein Konzernprivileg noch auf die Grundsätze des vergaberechtlichen „In-house-Geschäfts“ berufen können (KZR 65/12 – „Stromnetz Heiligenhafen“ – und KZR 66/12 – „Stromnetz Berkenthin“).

Die zeitlich gestuften Rügeobliegenheiten können nach Ansicht des Bundesrats zu Verfahrensverzögerungen führen, bis die jeweilige Rüge durch alle Instanzen gegangen ist. Daher solle sich der Rechtsschutz auf das Ende des Verfahrens konzentrieren. Auch hier sieht jedoch die Bundesregierung keinen Korrekturbedarf. Der Ansatz des Gesetzentwurfs sei im Interesse der Gemeinde flexibel: Wolle die Gemeinde mehrfache Gerichtsverfahren in einem Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten vermeiden, könne sie einzelne Rügen sammeln und in einem gemeinsamen Schreiben zum Abschluss des Verfahrens abhandeln. Wolle sie frühzeitig endgültige Rechtssicherheit über einzelne Punkte erlangen, könne sie die Nichtabhilfe-Bescheide früher erlassen.



Das weitere Verfahren

Ursprünglich war erwartet worden, dass das Gesetzgebungsverfahren noch vor der Sommerpause abgeschlossen werden kann. Dies soll nun in den nächsten Wochen geschehen.



Dr. Arne Glöckner, Rechtsanwalt und Partner, Büro Berlin

Dr. Arne Glöckner berät Unternehmen, insbesondere aus energieintensiven Industrien und der Immobilienwirtschaft, sowie Industrienetzbetreiber. Daneben ist er für Projektierer und Betreiber von regenerativen und konventionellen Kraftwerken sowie öffentliche Unternehmen tätig. Diese Mandanten vertritt er in komplexen Verhandlungen, vor Regulierungs-, Kartell- und sonstigen Aufsichtsbehörden sowie auch vor Gerichten.

Zu seinen Schwerpunkten gehören das Energierecht mit den Gebieten Regulierung, Kartellrecht, Beihilfen sowie Energievertragsrecht (einschließlich Eigenerzeugung, Netzentgelte, Bilanzkreismanagement, EEG, KWK, Umlagen, Energie- und Stromsteuern sowie Energie- und Emissionshandel). Weitere Schwerpunkte liegen im Wasserrecht und im öffentlichen Wirtschaftsrecht.



Impressum

avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77

50672 **köln**

t +49 [0]221.39071-0

f +49 [0]221.3907-129

koeln@avocado.de

www.avocado.de

www.brak.de

ust-id-nr. de 814 17 29 76

steuer nr. 13/225/62722

fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte

voßstraße 20

10117 **berlin**

t +49 [0]30.884808-0

f +49 [0]30.884808-84

berlin@avocado.de

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte part mbb.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt des Newsletters sind:

Dr. Klaus Greb

Sarina Böll

Dr. Arne Glöckner

Dr. Bettina Ruhland

Markus Figgen

Dr. Rebecca Schäffer