



[**Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]**

www.ggsc.de

Rechtssichere Vergabe bei Planung, Bau und Gründung

[GGSC]-Erfahrungsaustausch

„Erfahrungsaustausch Kommunale Geothermieprojekte“

Rechtsanwalt Dr. Peter Neusüß



Übersicht

- I. Klassische Auftragsvergabe**
 - 1. Sektorenauftraggeber**
 - 2. Entgeltlicher Vertrag / Schwellenwerte**
 - 3. Durchführung der Vergabeverfahren**
Anwendbare Regelungen und Problempunkte

- II. (Gemeinsame) Projektgesellschaft – Gründung und Beteiligung**
 - 1. Grundsatz: Ausschreibungsfrei**
 - 2. Aber: Keine Umgehung des Vergaberechts -
Kauf eines Geothermieprojekts**
 - 3. Beziehung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft**

- III. Verkauf von Strom und Wärme**



I. Klassische Auftragsvergabe

- Beispiel: Kommune beabsichtigt die Beauftragung einer Bohrung oder von Planungsleistungen

- Voraussetzung einer Ausschreibungspflicht:
 - Öffentlicher Auftraggeber / Sektorenauftraggeber
 - Entgeltlicher (Bau-/Dienstleistungs-/Liefer-)Vertrag
 - Überschreitung des Schwellenwerts

- Rechtsfolge:
 - Durchführung eines Vergabeverfahrens nach SektVO, VOL/A, VOB/A



1. Öffentliche (Sektoren-) Auftraggeber (1)

- Öffentliche Auftraggeber
 - Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen (§ 98 Nr. 1 GWB)
 - Tochterunternehmen mit dem Zweck, nichtgewerbliche Aufgaben im Allgemeininteresse zu erfüllen (§ 98 Nr. 2 GWB)
 - Verbände, deren Mitglieder unter § 98 Nr. 1 und 2 GWB fallen (§ 98 Nr. 3 GWB)
 - Zu mdst. 50 % geförderte Tiefbaumaßnahmen von öffentlichen und privaten Unternehmen (98 Nr. 5 GWB)
 - **Sektorenauftraggeber** (§98 Nr. 4)



1. Öffentliche (Sektoren-) Auftraggeber (2)

- Sektorenauftraggeber (§ 98 Nr. 4 GWB)
 - Tätigkeit u.a. auf dem Gebiet der Energieversorgung
 - Beherrschender Einfluss durch sonstige öffentliche Auftraggeberoder
 - Ausschließliches oder besonderes Recht
 - Problematik Erlaubnis und Bewilligung als besonderes Recht
 - Problematik Wegerecht als besonderes Recht



1. Öffentliche (Sekotren-) Auftraggeber (3)

- Bergrechtliche Erlaubnis/Bewilligung als besonderes Recht
 - Def.: *„Besondere oder ausschließliche Rechte sind Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeiten einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird.“*
 - Durch Bergrechte werden andere Unternehmen vom Erlaubnis-/Bewilligungsfeld ausgeschlossen (§§ 7, 8 BBergG)
 - Kein Ausschluss von der Tätigkeit „Energieversorgung“

➔ Bergrecht kein besonderes oder ausschließliches Recht
i. S. d. § 98 Nr. 4 GWB



1. Öffentliche (Sekotren-) Auftraggeber (4)

- Wegerechte als besonderes Recht
 - Sondernutzung des Straßengrunds, eigentumsrechtliche Überlassung
 - Parallelnetz möglich
 - Kein Ausschluss, aber Beeinträchtigung anderer Marktteilnehmer
 - Allerdings: Andere Wärmeversorgung möglich

- ➔ I. d. R. kein ausschließliches Recht, anders bei Anschluss- und Benutzungszwang
 - Gesamtschau Berg- und Wegerecht: Kein anderes Ergebnis



2. Entgeltlicher Vertrag und Schwellenwert

- Entgeltlicher Vertrag mit Beschaffungsbezug
- Überschreitung der Schwellenwerte (seit 01.01.2010):
 - Bauleistungen: 4 845 000 Euro
 - Liefer- und Dienstleistungsaufträge
 - Sektorenbereich: 387 000 Euro
 - Im Übrigen: 193 000 Euro
 - Folge: SektVO anwendbar
- Unterhalb der Schwellenwerte: Je nach Rechtsform und Einführungserlass der Länder VOL/A und VOL/B ggf. anwendbar



3. Durchführung der Vergabeverfahren oberhalb des Schwellenwertes (1)

- Allein GWB und SektVO maßgeblich
- Keine Unterscheidung mehr zwischen öffentlichen und privaten Sektorenauftraggebern – einheitliche Regelung
- Grundsätzlich freie Wahl zwischen
 - Offenem Verfahren
 - Nicht Offenem Verfahren
 - Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung
- Erstellung Verdingungsunterlagen
 - Bekanntmachung, Leistungsbeschreibung, Angebotsschreiben
 - Zuschlagskriterien, Nachweise und Erklärungen



3. Durchführung der Vergabeverfahren oberhalb des Schwellenwertes (2)

- Problempunkte:
 - Umweltkriterien als Zuschlagskriterien
 - Formale Mängel der Angebote – Nachforderung von Nachweisen immer möglich
 - Losbildung

- Rechtsschutz
 - Rügeobliegenheit
 - Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern/OLG



a) Umweltkriterien als Zuschlagskriterien

- Grundsätzlich zulässig
- Voraussetzungen:
 - Auftragsbezug
 - Keine Diskriminierung
 - Wahrung der Transparenz
- Beispiele:
 - CO₂-Emissionen bei Auftragsausführung
 - Energetische Anforderungen an Fernwärmeleitungen



b) Formelle Anforderungen an Angebote

- Forderung von Eignungsnachweisen und Erklärungen fehleranfällig
- Bislang strenge Rechtsprechung zur Nachforderung von Nachweisen
- Nunmehr Nachforderung von Nachweisen generell erlaubt (§ 19 Abs. 3 SektVO)
- Empfehlung: Nachweise und Erklärungen auf ein sinnvolles Maß begrenzen



c) Losbildung

- Grundsätzlich sind Lose zu bilden.
- § 97 Abs. 3 GWB Satz 2 und 3 n. F. lautet:

„Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.“

- Einschätzungsprärogative der Kommune hinsichtlich der wirtschaftlichen und technischen Gründe



d) Rechtsschutz

- Rügeobliegenheit
 - Unverzüglich nach Kenntnis – Anwendbarkeit nach EuGH-Urteil fraglich
 - Jedenfalls bis Ende der Angebotsfrist für Rügen zu Verdingungsunterlagen

- Nachprüfungsverfahren
 - 15 Tage-Frist nach Zurückweisung der Rüge
 - Nachprüfung während des Vergabeverfahrens
 - Handlungsoptionen für Vergabestelle und Bieter
 - Hinweis auf 15 Tage-Frist in Bekanntmachung erforderlich



3. Durchführung der Vergabeverfahren unterhalb des Schwellenwertes

- Anwendbare Regelungen
 - VOL/A bzw. VOL/B 1. Abschnitt anwendbar, falls im Einführungserlass vorgesehen
 - Nur öffentliche (Sektoren-) Auftraggeber

- Besonderheiten
 - Grundsätzlich offenes Verfahren
 - Rechtsschutz nur vor den Zivilgerichten, deutlich erschwert
 - Teilweise strengere Regelung als oberhalb der Schwellenwerte – Wertungswiderspruch!



II. (Gemeinsame) Projektgesellschaft Gründung und Beteiligung

- Beteiligung an einer Gesellschaft ebenso wie Neugründung grundsätzlich vergabefrei, da keine Beschaffung
- Problematik:
 - Umgehung des Vergaberechts
 - Rechtsbeziehungen zwischen der gegründeten Gesellschaft und den Gesellschaftern nach Beteiligung/Gründung



1. Umgehungen des Vergaberechts - Beschaffungsbezug

- Einbringen von Leistungen durch Private in eine gemeinsame Gesellschaft
- Kauf (der Gesellschaftsanteile) eines fertigen Geothermieprojekts
- Verkauf von Gesellschaftsanteilen in Verbindung mit Vertragsbeziehungen zwischen Kommune und Gesellschaft



Kauf eines Geothermieprojekts

- Kauf von Gesellschaftsanteilen vom Vergaberecht ausgenommen, da selbst keine Beschaffung
- Kauf der Anlage selbst als Immobiliengeschäft ebenfalls vom Vergaberecht ausgenommen (§ 100 Abs. 2 lit h GWB)
- Kauf von Planungsleistungen unterfallen dem Vergaberecht
- Umgehung des Vergaberichts bei Übernahme von Gesellschaftsanteilen hinsichtlich nicht ausgeschriebener Leistungen?
 - Vergleich mit Immobilien – Kauf bestehender Gebäude ausdrücklich ausgenommen
 - Risiko der Errichtung der Anlage allein beim Verkäufer
 - Problem: Vorhergehende Absprachen – vgl. Thematik Bauverpflichtung



2. Vertragsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern (1)

- Klassisches Inhouse-Geschäft
 - Kontrolle wie über eigene Dienststelle
 - Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber (ca. 90 % des Umsatzes)

- Inhouse-Geschäft im Sektorenbereich (§ 100 Abs. 2 lit o GWB)
 - 80 % des Umsatzes für Auftraggeber
Problem: Umsätze aus Wärme- und Stromverkäufen

 - Auftragnehmer ist verbundenes Unternehmen des Auftraggebers oder
 - Auftragnehmer ist „Schwesterunternehmen“ des Auftraggebers



2. Vertragsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern (2)

- Joint Venture (§ 100 Abs. 2 lit p GWB)
 - Gemeinsames Unternehmen von Sektorenauftraggebern
 - Zweck des gemeinsamen Unternehmens ist allein die Sektorentätigkeit (Energieversorgung)
 - Beteiligung und Durchführung der Tätigkeit im Gründungsakt auf mdst. 3 Jahre festgelegt
- Rechtsfolge:
Vertragsbeziehungen zwischen Gesellschaftern und gemeinsamen Unternehmen sind vergabefrei



III. Wärmebezug der Kommune von der Projektgesellschaft (1)

- Wärmebezug für eigene Zwecke
 - Inhouse-Geschäft nach SektVO ?
Problem: Stadt tritt nicht als Sektorenauftraggeber auf
 - Umgekehrtes Inhouse-Geschäft nach allgemeinen Grundsätzen?
 - Ausnahme des § 100 Abs. 2 lit f GWB: Beschaffung von Energie?
Problem: Stadt selbst nicht Sektorenauftraggeber



III. Wärmebezug der Kommune von der Projektgesellschaft (2)

- Zur Versorgung eines Fernwärmegebiets
 - Kommune ist Energieversorgung
 - Ausnahme des § 100 Abs. 2 lit f GWB anwendbar
 - Inhouse-Geschäft im Sektorenbereich anwendbar
- Sowohl Eigenversorgung als auch Fremdversorgung?