

Vergabe von “Energie-Konzessionen“

nach neuem Recht gem. § 46 EnWG ff und/oder KonzVgV

WEISSLEDER.EWER

Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Forum Recht der kommunalen Wirtschaft
Kiel, 19. Juli 2017

Gliederungsübersicht

- I. Rechtsentwicklung
- II. Die „Neuregelung“
- III. Die Konzession als Konzession?
- IV. Ein Kombinationsmodell
- V. Verfahrensschritte im Kombinationsmodell
- VI. Fazit

Zur Rechtsentwicklung (I)

- Bis 1998 kartellrechtliche Freistellung von Wegenutzungsverträgen mit Laufzeit bis 20 Jahren (§ 103 Abs. 1 Nr. 2, § 103a Abs. 1 GWB a.F.)
- Energierechtsreform 1998 (damals § 13 EnWG a.F.):
 - Beendigung des Systems geschlossener Versorgungsgebiete
 - Ausschluss von Konzessionsverträgen mit Ausschließlichkeitsbindung
 - Verpflichtung der Gemeinden zu diskriminierungsfreien Zurverfügungstellung der Verkehrswege
 - Laufzeitbegrenzung für qualifizierte Wegenutzungsverträge auf 20 Jahre
 - „Miniwettbewerb“: Verpflichtung zur Bekanntmachung des Auslaufens, Verpflichtung zur ex post-Transparenz (Bekanntgabe der Gründe der Entscheidung), entsprechende Anwendung auf Eigenbetriebe
 - Keine Regelungen zum Verfahrensablauf und zu Kriterien der Entscheidung
 - Verpflichtung zur „Überlassung“ der „Verteilungsanlagen“ an „neues“ EVU

Zwischenbetrachtung: Folgen des Systemwechsels

- „Wettbewerb zwischen Netzen“ durch Direktleitungsbau/parallele Netze wurde rechtlich möglich,
- aus Kostengründen blieb aber „natürliches Monopol“ des Netzbetreibers
 - zugleich besteht weitgehendes Monopol der Gemeinden als Eigentümer des örtlichen Wegenetzes
- Daher: Rolle der Gemeinden als Veranstalter eines „Wettbewerbs um Netze“ (da das Netz dem qualifizierten Wegenutzungsvertrag „folgt“).
- Aus Kundensicht wohl wichtiger: „Wettbewerb in Netzen“, im Laufe der Reformen (2003, 2005, 2009 ff.) ausgebaut, heute:
 - Entflechtung: Produktion/Vertrieb/Netzbetrieb, § 6 ff. EnWG
 - Diskriminierungsfreier Netzzugang (vulgo: „Durchleitung“), § 20 EnWG
 - Anschlusspflicht der Betreiber von Netzen der allg. Versorgung, § 18 EnWG
- Netze bleiben trotz Anreizregulierung wirtschaftlich relevant („risikoloses Geschäftsmodell“ und faktische Kundenträgheit)
 - Bedeutung des Wettbewerbs um Netze hält an

Rechtsentwicklung (II)

- Konzessionierungsverfahren blieben umkämpft, vor allem aber die anschließenden Netzübernahmen nach – zwischenzeitlich - § 46 Abs. 2 EnWG:
 - Kaufpreisermittlung: BGH 1999 (BGHZ 143, 128 - Kaufering): Sachzeitwert ist zulässig, außer er übersteigt Ertragswert „nicht unerheblich“
 - Verhältnis vertraglicher/gesetzlicher Überlassungsansprüche: BGH 29.09.2009: Vertragliche, auf Übereignung gerichtete Endschaftsbestimmung besteht neben § 46 Abs. 3 EnWG weiter
 - Auskunftsansprüche über (kaufpreisrelevante) Netzdaten
- Gemeinden wurden teils „kreativ“ hinsichtlich der Kriterien und „erweiterter“ Geschäftsmodelle zur wirtschaftlichen Beteiligung
 - Vereinbarkeit mit Nebenleistungsverbot (§ 3 KAV) und Kartellrecht wurde teils bezweifelt
- Gesetzgeber ergänzte § 46 EnWG
 - im Jahr 2005 hinsichtlich der Bekanntmachung,
 - im Jahr 2011 u.a. hinsichtlich Übereignungspflicht und Auskünften zur Netzstruktur, aber auch in § 46 Abs. 3 S. 5 a.F.: „Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet“.

Rechtsentwicklung (III): Der Pauenschlag von Berkenthin

- 2009 schrieben 36 Gemeinden Konzessionsverträge aus und bewerteten gem. Verfahrensbrief auch ein „Geschäftsmodell Netzgesellschaft“ (bzgl. u.a. kommunaler Einflussssicherung und Vermögenszuwachs)
- Lange nach Verfahrensabschluss machte Bestandsbetreiber gegen Klage auf Datenherausgabe und Netzübertragung Fehlerhaftigkeit der Kriterien geltend – und obsiegte in allen Instanzen.
- BGH, 17.12.2013 – KZR 66/12:
 - Gemeinde als Marktbeherrscher muss diskriminierungsfrei auswählen (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB), sonst unbillige Behinderung
 - Inhalt von § 46 Abs. 3 S. 5 – da bloße Klarstellung – schon vor Inkrafttreten beachtlich gewesen
 - Fiskalische Kriterien seien nur bzgl. des Vertragsgegenstands zulässig, aber nicht betr. Geschäftsmodell / Beteiligung am Betrieb
 - Unzulässiges Kriterium habe grundsätzlich Nichtigkeit des Konzessionsvertrags zur Folge, daher kein Netz-Überlassungsanspruch

Rechtsentwicklung (IV): Die Folgen von Berkenthin

- Folge: Streitigkeiten verlagerten sich „nach vorn“: Im Mittelpunkt standen jetzt Kriterien und Bewertungsmethodik
- Kartellrechtliche (!) Rechtsprechung der LG und OLG verlangt maximale Ex-ante-Transparenz der Auswahlkriterien, Unterkriterien und Unter-Unterkriterien
 - Einerseits wurde präzise Erläuterung verlangt, um Wertungsspielräume zu minimieren
 - Andererseits wurden Erläuterungen als neue Unter-Unter-Unterkriterien ohne Gewichtung beanstandet
 - Aus Sicht des Vergaberechters: Die ohnehin verfehlte „Schulnoten-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf galt hier „hoch zwei“
 - Streit um die Zulässigkeit einer „relativen“ Bewertung
- Große Zahl an einstweiligen Verfügungsverfahren mit hohen Streitwerten
- Div. Leitfäden der Kartellbehörden führten nicht zu Rechtssicherheit

Energieversorgungswegenutzungsrechtsvergabeänderungsgesetz

- Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vom 27.01.2017 (BGBl S. 130), gilt seit 03.02.2017.
- Soll die Rechtssicherheit bei der Vergabe erhöhen. Ansatzpunkte:
 - Konkretisierung des Auskunftsanspruchs auf Netzdaten (§ 46a EnWG)
 - Auswahlkriterien im Verfahren: Berücksichtigung auch von „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ (§ 46 Abs. 2 S. 2 EnWG), „Anforderungen des jeweiligen Netzgebiets“ (§ 46 Abs. 2 S. 3 EnWG)
 - Rüge- und Präklusionssystem (§ 47 EnWG)
 - Verlängerung der Pflicht zur Fortzahlung Konzessionsabgabe im vertragslosen Zustand (§ 48 Abs. 4 EnWG)
 - Konkretisierung des „wirtschaftlich angemessenen“ Netzkaufpreises (§ 46 Abs. 2 S. 4 EnWG)

Konkretisierung des Auskunftsanspruch auf Netzdaten

- Schon seit 2011 enthielt das EnWG (§ 46 Abs. 2 S. 4 EnWG a. F.) einen Auskunftsanspruch der Gemeinde gegen den bisherigen Konzessionär über die zur Bewertung des Netzes erforderlichen Daten.
- Umfang war streitig, insbesondere betreffend kalkulatorische Restwerte und Nutzungsdauern
- BGH (14.04.2015 – „Gasnetz Springe“) bejahte Anspruch darauf
- Nunmehr vom Gesetzgeber so kodifiziert.
- Nach wie vor unglückliche Fristbestimmung: „Ein Jahr vor Bekanntmachung“ entsteht der Anspruch. Dieses Datum lässt sich nur rückwirkend ermitteln.

„Kommunalfreundliche“ Erweiterung möglicher Auswahlkriterien?

- Verpflichtung der Gemeinde auf Ziele (jetzt von) § 1 Abs. 1 EnWG bei der Auswahl der Unternehmen bleibt inhaltlich unverändert (§ 46 Abs. 4 S. 1 EnWG)
- „Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden.“ (§ 46 Abs. 4 S. 2 EnWG)
- Äußerst komplexe und streitanfällige Formulierung:
 - „Kosteneffizienz“ ist im EnWG nicht definiert und deplatziert, da nur Vorfrage der Preisgünstigkeit. Gemeint wohl: Kommunale Belange dürfen nicht kostentreibend wirken – wenn man das strikt versteht, werden sie entwertet
 - Welche „Angelegenheiten“? Auch fiskalische?
- Keine Gewichtungsregeln, aber: „Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen.“ (§ 46 Abs. 4 S. 3)
 - Also keine generelle Standardgewichtung nötig, ansonsten aber unklar, welche „netzbetrieblichen Herausforderungen“ (BT-Drs. 18/8184, S. 15) gemeint sind
- Streit ist also weiter vorprogrammiert – um so wichtiger sind Rüge-/Präklusion

Rüge- und Präklusionssystem (I)

- Zur Eindämmung von Streitigkeiten über Nichtigkeit von Verträgen infolge der Rspr. wurde in § 47 Rüge- und Präklusionssystem eingeführt, welches aber vom vergaberechtlichen Vorbild in § 160 GWB deutlich abweicht
- Verstöße gegen § 46 Abs. 1-4 GWB können von einem „beteiligten Unternehmen“ nur geltend gemacht werden, wenn es sie zuvor in Textform und mit Begründung gerügt hat
- Fehler, die aus Bekanntmachung „erkennbar“ sind, müssen innerhalb der (mind. dreimonatigen) Interessenbekundungsfrist gerügt werden, § 47 Abs. 2 S. 1
 - Maßstab der Erkennbarkeit wie im Vergaberecht? Dort wird sie auch auf die rechtliche Bewertung bezogen, an den Durchschnittsbieter ohne Rechtsberatung angeknüpft und daher häufig verneint
- Fehler, die aus Mitteilung der Auswahlkriterien nach § 46 Abs. 4 S. 4 ersichtlich sind, müssen binnen 15 Tagen nach Zugang gerügt werden, § 47 Abs. 2 S. 2
- Fehler, die aus Bieterinformation nach § 46 Abs. 5 S. 1 erkennbar sind, müssen binnen 30 Tagen gerügt werden – Frist beginnt aber nach Bereitstellung der Akten nach befristetem Antrag auf Akteneinsicht erneut (!)

Rüge- und Präklusionssystem (II)

- Beteiligte Unternehmen haben zur Vorbereitung einer Rüge gegen Auswahlentscheidung Anspruch auf Akteneinsicht, wenn Antrag innerhalb einer Woche nach Zugang der Bieterinformation gestellt. Gemeinde muss die Einsicht versagen, soweit zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen geboten. § 47 Abs. 3
 - Deutliche Abweichung vom Vergaberecht, wo Akteneinsicht erst nach Rüge im Nachprüfungsverfahren gewährt wird – Folge des Umstands, dass hier zivilgerichtlicher/kartellrechtlicher Rechtsschutz gewährt wird
 - Für die Gemeinde fehlerträchtig und haftungsträchtig, da sie selbst entscheiden muss (statt einer neutralen Vergabekammer)
- Pflicht der Gemeinde zur begründeten Nichtabhilfemitteilung, Abs. 4 (anders als im Vergaberecht)
- Geltendmachung der Rechtsverletzung nur innerhalb von 15 Tagen nach der Nichtabhilfemitteilung vor ordentlichen Gerichten, wobei „die Vorschriften“ über das Verfahren zum Erlass einstweiliger Verfügungen gelten, Abs. 5
 - Unklar, ob daneben Hauptsacheklage möglich (würde Beschleunigung vereiteln)
 - Mehrere konsekutive Verfügungsverfahren (da mehrere „Rügefenster“)
 - Abs. 6 impliziert praktisch aufschiebende Wirkung der Rüge, da Frist erst mit NAM zu laufen beginnt
- Rein formelle Präklusion, keine materielle Fehlerheilung – Kartellbehörden können gem. § 46 Abs. 7 gleichwohl noch einschreiten

Ein Zwischenfazit

- Der Gesetzgeber hat sich zwar bemüht, Regelungen zur Eindämmung der Rechtsunsicherheit zu treffen. Dies ist aber nur äußerst unvollkommen gelungen.
- Richtig wäre es gewesen, an den materiellen Maßstäben für die gemeindliche Entscheidung einzusetzen und hier gesetzliche Vorgaben ausdrücklich zurückzunehmen und Spielräume zu eröffnen.
- Verfahrensrechtlich wäre es erforderlich gewesen, den vergaberechtlichen Grundsatz, wonach Verfahrensfehler in aller Regel nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führen, einzuführen, also eine materielle Präklusion.
- Dramatischste Fehlleistung des Gesetzgebers ist aber, dass der „Konzessionscharakter der Konzessionsverträge“ nicht anerkannt und im Rechtsschutzsystem umgesetzt wurde.

Die Konzession als Konzession?

- Ist ein qual. Wegenutzungsvertrag (= „Konzessionsvertrag“) im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG zugleich eine (vergaberechtliche) Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB?
- Bundesregierung brüstet sich in der Entwurfsbegründung, sie habe sich erfolgreich dafür eingesetzt, dass die „Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze grundsätzlich nicht als Konzession“ im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gelte
- Wenn das mal stimmt....

Begriffsmerkmale der vergaberechtlichen Konzession

- Maßgeblich: Art. 5 Nr. 1 RL 2014/23/EU (KVR), § 105 Abs. 1 GWB
- Hauptmerkmale:
 1. Entgeltlicher Vertrag
 2. Konzessionsgeber „betraut“ ein oder mehrere Unternehmen
 - a) mit Erbringung von Bauleistungen (Baukonzession) bzw.
 - b) mit „Erbringung und Verwaltung“ von Dienstleistungen
 3. Konzessionär erhält als Gegenleistung Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zzgl. der Zahlung eines Preises
 4. Betriebsrisiko geht auf Konzessionär über
 - Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag
- Teil 4 des GWB nur anwendbar ab Vertragswert von 5.225.000 €
 - Gesamtumsatz über gesamte Laufzeit, Art. 8 KVR, § 2 KonzVgV

Wesensmerkmale der vergaberechtlichen Konzession: Beschaffung und Auswahl

- Beschaffungselement:
 - „Betrachtung“ in Art. 5 Nr. 1 lit. b KVR und § 105 Abs. 1 GWB missverständlich wg. Anklangs von Art. 106 AEUV
 - Entgeltlicher Vertrag mit „Gegenleistung“, die nur atypisch gestaltet ist (Verwertungsrecht mit Betriebsrisiko)
 - Erwägungsgrund 11: **Beschaffung** von Bau- oder Dienstleistungen durch Konzession
 - „Nutzen“ des öAG, nicht notwendig Eigentumserwerb

- Auswahlelement
 - „ein oder mehrere Unternehmen“
 - Erwägungsgrund 13: Systeme ohne Auswahl keine Konzession

Ausgrenzungen in den Erwägungsgründen der KVR

- **11:** Kein „Nutzen“ für AG → keine Konzession
- **12: Bloße Finanzierung** (durch Zuschüsse) mit Zweckbindung/Rückgewährpflicht → keine Konzession
- **13:** Erteilung von Rechten an alle qualifizierten Unternehmen **ohne gezielte Auswahl:** Kundenwahlsysteme → keine Konz.
- **14: Genehmigungen und Lizenzen** auf Antrag → keine Konz., auch nicht, wenn mit Handlungspflichten verbunden, von denen Unternehmen „sich zurückziehen“ kann
- **15:** Verwertung von Liegenschaften / Ressourcen zu nur „allgemeinen“ Bedingungen (**Pachtverträge**)
- **16:** Wegenutzung **für Netze** ohne Lieferpflicht oder „Erwerb von Dienstleistungen“ für AG oder „Endnutzer“

Abgrenzungsprobleme bei Verpachtung und Wegerechtseinräumung

- ErwG 11: Beschaffung setzt „Nutzen“ voraus
 - Geldlicher Vorteil aus Verwertung genügt nicht, arg. ErwG 15
 - Spannungsverhältnis: Eigener Nutzen vs. Leistung an Dritte
- Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben als Kriterium?
 - „Übertragung“ von öffentlichen Aufgaben (KG Berlin)
 - „Nennenswerte Unterstützung“ bei Daseinsvorsorge (OLG München)
 - Fraglich, da im VergabeR sonst auch nicht maßgeblich, worauf Bedarf beruht
- Unmittelbares wirtschaftliches Interesse (analog Helmut Müller)?
- „Allgemeine Bedingungen“ (ErwG 15) vs. spezielle Betreiberpflichten? – indizielle Bedeutung, s. sogleich
- Risikoverlagerung: Würde öff. Hand die Pflichten / Risiken auch selbst übernehmen, wenn keine Konzession möglich wäre
- Gesamtbild maßgeblich – Vieldeutigkeit der ErwG

Beurteilung von „Konzessionsverträgen“ (§ 46 Abs. 2 EnWG)

- Erwägungsgrund 16 zur KVR:
 - „Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.“
- Lieferverpflichtung? Nein wg. „Unbundling“
- „Erwerb von Dienstleistungen“?
 - BGH, Urteil Berkenthin (Rn. 45):
 - „Mit der Konzessionsvergabe befriedigt die Gemeinde nicht nur - als Nachfrager - den Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet, sondern sie verwertet gleichzeitig auch - als marktbeherrschender Anbieter - die kommunalen Wegerechte. Als Anbieter ist sie daran interessiert, für die Konzession einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Ihr Interesse als Nachfrager muss hingegen darauf gerichtet sein, vom Netzbetreiber eine bestmögliche Leistung zu einem möglichst niedrigen Preis zu erlangen.“
 - Also Doppelrolle der Gemeinde, Nachfrage der Gemeinde nach „Netzbetriebsdienstleistungen“
 - Konzessionsvertrag verwertet nicht nur, sondern verpflichtet zum Netzbetrieb, zum Anschluss etc., und zwar als Beitrag zur Selbstverwaltungsaufgabe der Gewährleistung der Energieversorgung der Einwohner (BGH, a.a.O., Rn. 31)
- M.E. und nach h.L. liegt Dienstleistungskonzession vor

Folgen der Einordnung als (vergaberechtliche) Konzession: Ein Kombinationsmodell

- Unzureichende Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU und deren unmittelbare Wirkung?
 - M. E. nicht, wenn man § 46 EnWG unionsrechtskonform interpretiert, soweit hinter GWB-Vergaberecht zurückbleibend, also insoweit GWB vorrangig anwendet.
 - Regelungen von § 46 ff. EnWG können soweit als *lex specialis* verstanden werden wie sie „bieterfreundlicher“/ „wettbewerbsfreundlicher“ sind als das GWB-Vergaberecht.
- Einige praktische Folgen im Überblick:
 - EU-Bekanntmachung abweichend von § 46 Abs. 3 S. 2 GWB auch bei weniger als 100.000 Kunden nötig, wenn Vertragswert > 5,225 Mio € (was praktisch immer der Fall ist, da Umsatz über 20 Jahre maßgeblich)
 - e-Vergabe-Anforderungen sind zu beachten (§ 7 ff. KonzVgV)
 - „Verfahrensgarantien“ der KonzVgV greifen zusätzlich (§ 13 KonzVgV)
 - Einschränkung nachträglicher Vertragsänderungen, § 132 iVm 154 Nr. 3 GWB
- Rechtsschutzdoppelung Landgericht / Vergabekammer?
 - Nein, § 47 Abs. 5 EnWG ist *lex posterior* (und *lex specialis*) – leider!

Konzessionsvergabe: Verfahrensschritte im Kombinationsmodell (I): Bis zur Angebotseinholung

1. 3 Jahre vor Vertragsende: Einholung der qualifizierten Netzdaten vom Bestandskonzessionär, § 46 Abs. 3 S. 1, § 46a S. 1 EnWG

2. 2 Jahre vor Vertragsende: Bekanntmachung
 - im Bundesanzeiger: Vertragsende (Verweis auf nähere Informationen)
 - im EU-Amtsblatt: Gem. Formular Konzessionsbekanntmachung (z.B. inkl. Anforderungen an Eignung der Bewerber)
 - Bereitstellung der „Vergabeunterlagen“ (!) im Internet, § 17 KonzVgV
 - also: Kriterien müssen früher veröffentlicht werden als in § 46 Abs. 4 S. 3 EnWG vorgesehen!
 - Bestandteil der Bereitstellung sollten auch sein:
 - Netzdaten sind zu veröffentlichen, § 46 Abs. 3 S. 1, § 46a EnWG
 - Einstufiges oder „mehrstufiges“ Verfahren iSv § 12 Abs. 2 KonzVgV
 - § 46 Abs. 4 S. 3 EnWG erzwingt trotz „Interessenbekundung“ einstufiges Verfahren, da jeder Interessent Angebot abgeben darf.
 - Kartellbehörden halten echten Teilnahmewettbewerb mit Eignungsprüfung für zulässig. Mein Rat: Vorsicht wg. Formulierung des Gesetzes!

3. Interessenbekundungsfrist: Muss wg. § 46 Abs. 4 EnWG mind. drei „Kalendermonate“ betragen, also länger sein als Teilnahmeantragsfrist nach KonzVgV

Konzessionsvergabe: Verfahrensschritte im Kombinationsmodell (II): Angebotseinholung

4. Mitteilung der Auswahlkriterien und Gewichtung an jeden Interessenten, § 46 Abs. 4 S. 3 EnWG
 - Wegen Bereitstellung nach § 17 KonzVgV eigentlich überflüssig, sicherheitshalber aber mit Angebotsaufforderung verschicken.
5. Aufforderung der Interessenten zur Angebotsabgabe (elektronisch)
 - Angebotsfrist: Sinngemäß ist § 17 Abs. 3 KonzVgV anzuwenden („Teilnahmeantrag mit Angebot“), also mind. 30 Tage – sollte faktisch deutlich länger sein
6. Angebotseingang (nach Ablauf Übergangsfrist elektronisch, § 28 KonzVgV)
7. Angebotsprüfung
 - Wg. § 122 iVm 152 Abs. 2 GWB, § 13 u 25 KonzVgV Prüfung von Eignung u. Ausschlussgründen (zum Teilnahmewettbewerb s. o.)
 - § 46 EnWG schweigt zu Ausschluss mangels Eignung, Rspr. lässt Prüfung aber quasi selbstverständlich zu

Konzessionsvergabe: Verfahrensschritte im Kombinationsmodell (III): Verhandlungsphase, Entscheidungsphase

8. Verhandlungen

- Sind für DLK nach § 12 Abs. 2 S. 1 KonzVgV zulässig
- In § 46 EnWG nicht geregelt, aber anerkannt.
- Zuschlag auf Erstangebot möglich, wenn in Bekanntmachung vorbehalten, arg. § 12 Abs. 1 S. 2 KonzVgV iVm § 17 Abs. 11 VgV
 - Erstangebot muss jedenfalls dann verbindlich angefordert werden.
- Förmlicher Abschluss der Verhandlungen (analog § 17 Abs. 14 VgV)? Wohl nicht zwingend

9. Aufforderung zu endgültigen Angeboten innerhalb bestimmter Frist

10. Auswertung und Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots

11. Bieterinformation nach § 46 Abs. 5, § 47 Abs. 2 S. 3, § 47 Abs. 6 EnWG: Entspricht § 134 GWB bis auf: 30-Tage-Frist, die durch Akteneinsicht (innerhalb einer Woche zu beantragen) und ggf. Rüge und NAM sowie Rechtsbehelfsfrist von 15 Tagen noch deutlich verlängert wird

12. Wenn alles gut geht: Vertragsschluss!

- anschl. Netzübernahme (Sache des Neukonzessionärs).

Fazit: Konzessionsvergabe-Frieden ist möglich

- Erhebliche Defizite der gesetzlichen Regelung
- Kaum zu überschauende Struktur – richtig schlechte Gesetzgebung
- Über vergaberechtliche Anforderungen hinauschießende kartellrechtliche Rechtsprechung bzgl. der „Präzision“ von Kriterien wurde materiell nicht zurechtgestutzt
- Falsche Beurteilung des EU-Rechts halst der Gemeinde die Verantwortung für Wahrung der EU-Konzessionsvergaberichtlinie auf.

- Gleichwohl:
- Rechtmäßiges Konzessionsvergabeverfahren ist möglich
- Aber zur Expertenmaterie ge-/verformt: Ohne Berater läuft das nicht
 - Keine Verantwortungsdelegation durch Gemeinde

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

WEISSLEDER.EWER

Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Walkerdamm 4 – 6
24103 Kiel
Telefon (0431) 9 74 36-0
Telefax (0431) 9 74 36-36
raabe@weissleder-ewer.de
www.weissleder-ewer.de