



Die Vergabe von Konzessionen nach dem GWB-E 2015 (§ § 105, 148 ff. RefE)

Dresden, 31.08.2015



Gliederung

- I. Einführung
- II. Konzessionsvergabe gemäß dem VergRModG
 - 1. Konzessionsgeber
 - 2. Konzessionsbegriff
 - 2.1 Baukonzession
 - 2.2 Dienstleistungskonzession
 - 2.3 Übertragung des Betriebsrisikos als Schlüsselmerkmal
 - 2.4 Abgrenzung Baukonzession – Dienstleistungskonzession
 - 2.5 Energierechtliche Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?
 - 2.6 Ausnahme: Wasser
 - 3. Grundsätze des Vergabeverfahrens
 - 3.1 Anwendungsbereich
 - 3.2 Verfahren
 - 3.3 Anforderungen an das Verfahren
 - 3.4 Rechtsschutz
 - 3.5 Vergleich zwischen EnWG und GWB-E
- III. Ergebnis

I. Einführung

I. Einführung

- Im Februar 2014 wurde das **Richtlinienpaket** zur Modernisierung des Vergaberechts verabschiedet:
 1. Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU; VRL)
 2. Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung (Richtlinie 2014/25/EU; SRL)
 3. **Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen** (Richtlinie 2014/23/EU; KVR)
- Die Vergabe von **Baukonzessionen** war vorher in der RL 2004/18/EG (VKR aF) geregelt.
- Die Vergabe von **Dienstleistungskonzessionen** war demgegenüber ausdrücklich von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen (Art. 17 VKR aF).
- Richtlinien müssen bis zum 18.4.2016 ins nationale Recht umgesetzt werden (Art. 51 KVR).

I. Einführung

- In Deutschland erfolgt dies durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (**VergRModG**), das den Vierten Teil des GWB neu strukturiert und erweitert.
- Es liegt ein Entwurf und ein überarbeiteter Entwurf des BMWi vor (<http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-des-vergaberechts.html>; letzter Abruf vom 25.8.2015) .
- Ergänzend soll eine **Konzessionsverordnung** erlassen werden, die zur Umsetzung der KVR die konkreten Anforderungen an das Vergabeverfahren und Regelungen bezüglich der maximalen Laufzeit von Konzessionen enthalten wird (vgl. **§ 113 GWB-E**; *BMWi*, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts, 7. Januar 2015, S. 2).

Offene Fragen:

- Ausgleich zwischen vermeintlichem Primat der freien Verfahrensgestaltung und sehr hoher Regelungsdichte der KVR
- Verhältnis des GWB-E und der Konzessionsvergabeverordnung zu Sonderregelungen wie den §§ 46, 48 EnWG iVm der KAV (dazu Braun, NZBau 2015, 355, 357)?
- Vorwirkung einzelner Richtlinienvorgaben (dafür OLG Düsseldorf 19.11.2014, NZBau 2015, 43; zweifelnd Schröder, NZBau 2015, 351, 354)?

II. Die Konzessionsvergabe gemäß dem VergRModG

1. Konzessionsgeber

1. Konzessionsgeber

- **§ 101 GWB-E bestimmt, wer Konzessionsgeber ist (vgl. Art. 6, 7 KVR):**

1. **Öffentliche Auftraggeber** gemäß **§ 99 Nr. 1 bis 3 GWB-E**, die eine Konzession vergeben:

- Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (Nr. 1) (z.B. Kommunen, Länder, Bund);
- andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art zu erfüllen (Nr. 2) (z.B. Universitäten) – funktionelles Verständnis des Auftraggeberbegriffs

Problem: Abgrenzung zu § 100 I Nr. 2 und Nr. 3 GWB-E, wenn Tätigkeit im Sektorenbereich zugleich eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllt (Daseinsvorsorge); für sämtliche Konzessionsgeber gelten nach dem GWB-E dieselben Regelungen (ansonsten EuGH 10.4.2008, EuZW 2008, 34 – Fernwärme Wien GmbH: grds Vorrang Sektorenrichtlinie vor allgemeiner Vergaberichtlinie);

- Verbände, deren Mitglieder Gebietskörperschaften oder andere juristische Personen i.S.v. § 99 Nr. 1 und Nr. 2 GWB-E sind (Nr. 3) (z.B. kommunale Zweckverbände von Gemeinden wie Abwasser-, Abfall-, Wasserversorgungs- und Planungsverbände).

1. Konzessionsgeber

2. **Sektorenauftraggeber** gemäß § 100 I Nr. 1 GWB-E, die eine Sektorentätigkeit ausüben und eine Konzession zum Zweck der Tätigkeit vergeben:

- Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 I Nr. 1 GWB-E sind **öffentliche Auftraggeber** gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 GWB-E, die Sektorentätigkeit nach § 102 GWB-E ausüben (z.B. Kommunen, die selbständig Strom- o. Gasnetz betreiben);
- Sektorentätigkeiten gemäß § 102 GWB-E sind Tätigkeiten in den Bereichen Wasser (Abs. 1), **Elektrizität** (Abs. 2), **Gas** und **Wärme** (Abs. 3), Verkehrsleistungen (Abs. 4), Häfen und Flughäfen (Abs. 5) und fossile Brennstoffe (Abs. 6);
- Die Tätigkeiten umfassen das Bereitstellen oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit sowie die Einspeisung der Güter (Trinkwasser, Elektrizität, Wärme und Gas) in diese Netze. In den Bereichen Häfen und Flughäfen sowie fossiler Brennstoffe sind Sektorentätigkeiten diejenigen zur Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebiets für bestimmte Zwecke.
- Ausdrücklich ausgenommen als Konzessionsgeber sind Sektorenauftraggeber, die eine Tätigkeit im Bereich Wasser ausüben.
- Auftrag muss **sektorspezifischen Zusammenhang** haben: Problem gemischte Aufträge (Abgrenzung durch Gesamtschau; MüKo/Gabriel Anl. § 98 Nr. 4 GWB Rn. 3).

1. Konzessionsgeber

3. **Sektorenauftraggeber** gemäß § 100 I Nr. 2 **GWBE**, die eine Sektorentätigkeit ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben (vgl. Art. 4 SRL):

- Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 I Nr. 2 **GWBE** sind **natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts**, die Sektorentätigkeit ausüben, wenn (alternativ):
 - a) die Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden (Art. 106 I AEUV; **staatsferne Sektorenauftraggeber**); Grund: auch ohne Staatsnähe besondere, der öffentlichen Hand zuzurechnende Wettbewerbsposition iS einer marktbeherrschenden Stellung, zB durch Anschluss- und Benutzungszwang (**§ 100 II GWBE**). Im **Energiewirtschaftsrecht** ist dies nicht der Fall (MüKo/Gabriel § 98 **GWBE** Rn. 51 ff.);
 - b) öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 **GWBE** auf die natürliche oder juristische Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können (**staatsnahe Sektorenauftraggeber**).
- Ausdrücklich ausgenommen sind natürliche oder juristische Personen, die eine Sektorentätigkeit im Bereich **Wasser** ausüben (§ 101 I Nr. 2 und 3 **GWBE** verweisen nicht auf § 102 I **GWBE**).

2. Konzessionsbegriff

2. Konzessionsbegriff

2.1 Baukonzession

§ 105 GWB-E Konzessionen

(1) Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen

*1. mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (**Baukonzessionen**); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung;*

[...]

*(2) In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das **Betriebsrisiko** für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn*

*1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den **Betrieb des Bauwerks** oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und*

2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

2. Konzessionsbegriff

2.1 Baukonzession

Aus § 105 I Nr. 1, II GWB-E ergeben sich die folgenden Voraussetzungen für das Vorliegen einer Baukonzession (vgl. Art 5 Nr. 1 KVR):

1. Vertrag

- Konzessionsvergabe durch privaten oder auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag?
- keine hoheitliche Tätigkeit
- Schriftformerfordernis für Vertrag (§ 126 BGB)

2. Einräumung eines Nutzungsrechts als Entgelt

- als Gegenleistung für die Erbringung keine Zahlung eines Entgelts durch den Konzessionsgeber, sondern Nutzungsrecht
- Konzessionsnehmer erhält als Gegenleistung auch das Recht, für die Benutzung des Bauwerks ein Nutzungsentgelt von Dritten zu verlangen
- bei öffentlichen Bauaufträgen zahlt der Konzessionsgeber dem Konzessionsnehmer zuweilen zusätzlich eine vertraglich festgelegte Vergütung

3. Erbringung von Bauleistungen durch den Konzessionsnehmer

- Gegenstand ist die Erbringung von Bauleistungen iSv Art. 5 Nr. 1 lit. a, Nr. 7 KVR iVm. Anhang 1 KVR

4. Übertragung des Betriebsrisikos durch den Konzessionsgeber auf den Konzessionsnehmer

2. Konzessionsbegriff

2.2 Dienstleistungskonzession

§ 105 GWB-E

Konzessionen

(1) Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber

....

*2. mit der **Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen)**; dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.*

*(2) In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das **Betriebsrisiko** für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn*

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und

2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

2. Konzessionsbegriff

2.2 Dienstleistungskonzession

Voraussetzungen gem. § 105 I Nr. 2, II GWB-E:

1. Vertrag

- Konzessionsvergabe durch privaten oder auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag?
- keine hoheitliche Tätigkeit
- Schriftformerfordernis für Vertrag (§ 126 BGB)

2. Einräumung eines Nutzungsrechtes als Entgelt

- keine Zahlung eines Entgelts durch den Konzessionsgeber
- Dienstleistungserbringer erhält als Gegenleistung das Recht, für die Erbringung der Dienstleistung ein Nutzungsentgelt von Dritten zu verlangen

3. Dienstleistungserbringung und -verwaltung durch Konzessionsnehmer

- Gegenstand ist Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen iSv Art. 5 Nr. 1 lit. b KVR

4. Übertragung des Betriebsrisikos durch den Konzessionsgeber auf den Konzessionsnehmer

2. Konzessionsbegriff

2.3 Übertragung des Betriebsrisikos als Schlüsselmerkmal

- **Übertragung des Betriebsrisikos** vom Konzessionsgeber auf Konzessionsnehmer ist zentraler Unterschied zwischen öffentlichem Auftrag und Konzession (Erw. 18 KVR).
- Beim öffentlichen Auftrag trägt der Konzessionsgeber das vollständige wirtschaftliche Risiko.
- Hingegen trägt bei der Konzession der Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistung. Dies gilt auch dann, wenn das Risiko von vornherein (vertraglich) beschränkt wird (Erw. 19 KVR).

Gem. **§ 105 II GWB-E** (Art. 5 I KVR) gilt das Betriebsrisiko als vom Konzessionsnehmer übernommen, wenn:

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und
2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

2. Konzessionsbegriff

2.3 Übertragung des Betriebsrisikos als Schlüsselmerkmal

- Das **Betriebsrisiko** kann Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein (Erw. 20 KVR):
 - **Nachfragerisiko** ist das Risiko der tatsächlichen Nachfrage nach den Bau- oder Dienstleistungen.
 - **Angebotsrisiko** ist das mit der Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen verbundene Risiko, insb. das Risiko, dass die bereitgestellten Dienstleistungen nicht der Nachfrage entsprechen.
- Es reicht aus, wenn ein **eingeschränktes Betriebsrisiko** übertragen wird (zB EuGH, NZBau 2011, 239 Rettungsdienst Stadler). Zweistufige Prüfung:
 - 1. Ermittlung des abstrakten Betriebsrisikos, das öffentlicher Auftraggeber bei einer Eigenwahrnehmung tragen müsste;
 - 2. Feststellung, ob und in welchem Umfang dieses Betriebsrisiko auf Dienstleistungserbringer übertragen worden ist.
- Problem: **Absatz- und Verlustrisiko**; Unternehmerrisiko kann durch Regulierung stark eingeschränkt sein: Behörde, die eine Konzession vergibt, muss aber nicht für schärferen Wettbewerb und höheres wirtschaftliches Risiko sorgen, als sie in dem betreffenden Sektor aufgrund der für ihn geltenden Regelungen existieren (EuGH, EuZW 2009, 810, 813 f. - WAZV Gotha; Säcker/Mohr ZWeR 2012, 417, 427). Schon aufgrund der Unwägbarkeiten der Energiewende haben Netzbetreiber künftig keine „Gewinngarantie“ (Michaels/Kohler, ZNER 2012, 9, 31).

2. Konzessionsbegriff

2.4 Abgrenzung Dienstleistungs- zur Baukonzession

- Bau- und Dienstleistungskonzessionen unterscheiden sich lediglich durch die vom Konzessionsnehmer zu erbringenden Leistungen.
- Für die Abgrenzung gilt gem. **§ 110 ff. GWB-E** die sog. **Schwerpunkttheorie**: Hiernach sind **gemischte Verträge** einheitlich nach den Regeln zu behandeln, die für ihren wesentlichen Inhalt prägend sind (EuGH 21.2.2008, NVwZ 2008, 397 Rn. 45 ff. – Kommission/Italien: Hauptgegenstand des Vertrages, der nicht allein nach dem Wert der jeweils erbrachten Einzelleistungen bestimmt wird).
- Entscheidend ist somit – bei einer am objektivierten Maßstab auszurichtenden wertenden Betrachtung nach dem Willen der Vertragsbeteiligten – der **rechtliche und wirtschaftliche Schwerpunkt des Vertrages** (OLG Düsseldorf 12.3.2003 - Verg 49/02).

2. Konzessionsbegriff

2.4 Abgrenzung Dienstleistungs- zur Baukonzession

Beispiel: Das Land Berlin beauftragt ein privates Unternehmen mit dem Bau eines Flughafens und mit dessen Betrieb.

Lösung: Der für die Behandlung als Bau- oder Dienstleistungskonzession maßgebliche **wirtschaftliche Schwerpunkt** der Ausschreibung liegt jedenfalls nicht eindeutig bei der Dienstleistungskonzession, so dass im Zweifel eine Baukonzession anzunehmen ist, zumal diese die höheren Anforderungen an das Vergabeverfahren und damit an die Transparenz stellt und zugleich die Möglichkeit einer Nachprüfung nach dem GWB eröffnet (OLG Brandenburg, 3.9.1999, 6 Verg 1/99 – Flughafen Schönefeld, BauR 1999, 1176).

Jedenfalls der letztgenannte Gesichtspunkt ist nach § 105 GWB-E wegen der normativen Gleichstellung von Bau- und Dienstleistungskonzessionen überholt (vgl. bislang § 99 IV GWB, woraus ein normativer Vorrang der Baukonzession angenommen wurde; Kapellmann/Messerschmidt/Ganske VOB-Kommentar, § 2 VOB/A Rn. 35). **AA** auch jetzt noch wegen der Formulierung des § 105 I Nr. 2 GWB-E vertretbar.

2. Konzessionsbegriff

2.5 Energierechtliche Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?

- Es ist umstritten, ob **energierechtliche Wegenutzungsverträge** von § 105 GWB-E erfasst werden (zur alten Rechtslage MüKo/Gabriel § Anl. § 98 Nr. 4 GWB Rn. 43). In diesem Fall käme das GWB jedenfalls **subsidiär** zum EnWG zur Anwendung. Nach aA sind beide Regelwerke **idealkonkurrierend** anzuwenden.

Für eine Anwendung des GWB spricht:

- Energierechtliche Wegenutzungsverträge erfüllen alle Voraussetzungen der Legaldefinition des § 105 GWB-E, dh Vertrag, Einräumung eines Nutzungsrechts, Dienstleistungserbringung und -verwaltung, Übertragung des Betriebsrisikos.
- **Gemeinden befriedigen mit Vergabe von Konzessionen als Nachfrager ihren Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet** (BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 45 – Stromnetz Berkenthin).
- **Richtlinienkonforme Auslegung:**
 - In der KVR sind ausdrücklich Ausnahmen enthalten, eine solche fehlt für energierechtliche Wegenutzungsverträge;
 - Ziel des Unionsprimärvergaberechts und des EnWG, Lieferungen und Leistungen im liberalisierten Energiesektor ohne Diskriminierung im Wettbewerb zu vergeben (zum GWB siehe BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 55 f. – Stromnetz Berkenthin; Säcker/Mohr, ZWeR 2012, 417 ff.)

2. Konzessionsbegriff

2.5 Energierechtliche Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?

- Der EuGH hat energierechtliche Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen qualifiziert (vgl. für den Betrieb eines Methangasnetzes EuGH 21.7.2005, EuZW 2005, 529 – Coname).

Gegen eine Anwendung spricht:

- Erw. 16 der RL 2014/23/EU. Hiernach sollen nicht als Konzessionen gelten: **Wegenutzungsverträge über den Betrieb fester Leitungen oder Netze**, über die eine **Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht** werden soll, 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**.

Aber: Wortlaut des Erw. 16 KVR passt wegen Unbundling nicht auf energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge (im Konzessionsvertrag kann keine Lieferverpflichtung von Energie vereinbart werden; siehe zum Parallelproblem bei § 3 II Nr. 1 KAV der BGH 7.10.2014, NZBau 2015, 115 Rn. 36 – Stromnetz Olching). **Der Konzessionsgeber erwirbt außerdem eine Dienstleistung, da er mit der Konzessionsvergabe seinen eigenen Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet befriedigt** (BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 45 – Stromnetz Berkenthin).

2. Konzessionsbegriff

2.5 Energierechtliche Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?

- Die **Begründung zum GWB-E** zu § 105 I GWB-E schließt energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge gleichwohl aus dem Anwendungsbereich des § 105 GWB-E aus und bezieht sich dabei auf den Erw. 16 KVR (ebenso Danner/Theobald/Topp, Fernwärmerecht, Rn. 57 ff.).
- **Aber:** Nach Erw. 10 KVR unterliegen energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge grds dem Anwendungsbereich der Richtlinie. Auch im Richtlinienwortlaut findet sich keine entsprechende Ausnahme.

Erwägungsgrund 10 RL 2014/23/EU

*Es sollten auch bestimmte Koordinierungsbestimmungen für die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Bereich der **Energie-** und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste eingeführt werden, da nationale Behörden das Verhalten von Unternehmen in diesen Branchen beeinflussen können und die betreffenden Märkte dadurch abgeschottet sind, dass die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte für die Netzeinspeisung und die **Bereitstellung beziehungsweise den Betrieb der Netze zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen** gewähren.*

2. Konzessionsbegriff

2.5 Energierechtliche Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?

Ergebnis:

- Es ist weder nach der KVR noch nach dem RefE eindeutig, ob energierechtliche Wegenutzungsverträge von § 105 GWB-E erfasst werden. Zweck des Erw. 16 KVR ist schon wegen Erw. 10 KVR unklar (aA Danner/Theobald/Topp, Fernwärmerecht, Rn. 67 ff.: Verbände und einige Mitgliedstaaten – also nicht alle! – wollten sicherstellen, dass Wegenutzungsverträge nicht unter die Richtlinie fallen, obwohl diese vom EuGH als Dienstleistungskonzessionen anerkannt sind).
- Das Fehlen einer expliziten Ausnahme im Richtlinien text (anders als bei Wasser, dazu sogleich) lässt darauf schließen, dass sich die Mitgliedstaaten hinsichtlich energierechtlicher Wegenutzungsverträge gerade nicht einig waren.
- Folglich gelten die Regelungen des GWB-E grds auch für Dienstleistungskonzessionen.
- **Folgeprobleme:** Zulässige Inhouse-Vergaben gem. Art. 17 KVR, Rechtsschutz

2. Konzessionsbegriff

2.6 Ausnahme: Wasser

- Aufgrund starken politischen Drucks (siehe zB die europäische Bürgerinitiative Right2Water) wurde in der KVR für die Vergabe von Konzessionen im Bereich **Wasser** eine eigene Ausnahmeregelung geschaffen (Art. 12 RL 2014/23/EU).

§ 149 GWB-E

Besondere Ausnahmen

Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung auf die Vergabe von: [...]

9. Konzessionen im Wasserbereich, die

- a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser oder die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze betreffen oder*
- b) einen der nachfolgend aufgeführten Gegenstände haben und mit einer Tätigkeit nach Buchstabe a im Zusammenhang stehen:*
 - aa) Wasserbauvorhaben sowie Bewässerungs- und Entwässerungsvorhaben, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 Prozent der mit den entsprechenden Vorhaben beziehungsweise Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen zur Verfügung gestellten Gesamtwassermenge ausmachen oder*
 - bb) Abwasserbeseitigung oder -behandlung, [...]*

3. Grundsätze des Vergabeverfahrens

3. Das Vergabeverfahren

- Die **§ § 148 ff. GWB-E** regeln die Grundsätze der Vergabe von Konzessionen bei Erreichen des **Schwellenwerts** gem. § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E iVm. Art. 8 KVR (Vertragswert mind. 5.186.000,- EUR).
- **Nach dem Normwortlaut soll ein weiter Gestaltungsspielraum** bei der Festlegung und Durchführung des Vergabeverfahrens bestehen. **Gründe:** Übertragung der wirtschaftlichen Risiken auf den Konzessionsnehmer, rechtliche Komplexität; vgl. Erw. 68 KVR.
- Dies gilt aber nur, soweit dadurch ein „**echter Wettbewerb**“ ermöglicht wird (Art. 38 I 2 KVR) und die **allgemeinen Vergabegrundsätze** der Gleichheit, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit beachtet werden (Art. 3 I 1 KVR).
- Im GWB-E findet sich der Grundsatz der freien Verfahrensgestaltung in § 151 S. 3, der Wettbewerbsgrundsatz steht demgegenüber hervorgehoben in § 97 I.
- Aus § 151 S. 3 GWB-E wird abgeleitet, dass Konzessionsgeber nicht an die **Verfahrensarten des § 119 GWB-E** gebunden sei (offenes, nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft).

3. Das Vergabeverfahren

- Zulässig sind grds. sowohl **einstufige und zweistufige Verfahren** (Teilnahme und gleichzeitige Abgabe von Angeboten oder Einreichung von Teilnahmeanträgen mit anschließender Angebotsphase). Mindestfrist ab Übermittlung der Konzessionsbekanntmachung 30 Tage (Art. 39 III KVR). Ausnahmen und Verkürzungen in Art. 39 IV und V KVR.
- Aus **kompetitiven Gesichtspunkten** regelmäßig **offene Ausschreibung** (Art. 38 I 2 KVR). Auch **Reduktion der Zahl der Bewerber/Angebote** ist nur insoweit zulässig, als dadurch ein echter Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird (Art. 37 III KVR).
- **Verhandlungen** mit Bietern und Bewerbern sind gem. Art. 37 VI KVR nicht zulässig über den Konzessionsgegenstand, die Zuschlagskriterien (Art. 41 KVR) und die Mindestanforderungen (Art. 37 I lit. a KVR). Auch Verhandlungen über Teilnahmebedingungen gem. Art. 38 KVR sind unter teleologischen Gesichtspunkten unzulässig (ebenso Schröder, NZBau 2015, 351, 352).
- Mit dem Primat der freien Verfahrensorganisation korrespondiert die Verpflichtung des Konzessionsgebers, die Verfahrensorganisation nebst unverbindlichem Schlusstermin sowie alle Änderungen **mitzuteilen** (Art. 37 IV KVR). Dies erfolgt regelmäßig in Konzessionsunterlagen (Art. 5 Nr. 12 KVR). Zudem verbindliche **Dokumentation** aller Verfahrensphasen (Art. 37 V KVR).

3. Das Vergabeverfahren

3.1 Anwendungsbereich

Ausnahmen gem. § 149 GWB-E (Art. 10 VIII lit. d KVR iVm. Art. 10 VRL):

- Nr. 1: Konzessionen zu **Rechtsdienstleistungen** iSd § 116 I Nr. 1 GWB-E (zB Rechtsberatung eines Mandanten durch einen Rechtsanwalt);
- Nr. 2: Konzessionen zu **Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen** iSd § 116 I Nr. 2 GWB-E (zB Forschung und Entwicklung für Sicherheits- und Verteidigungsgüter);
- Nr. 3: Konzessionen zu **audiovisuellen Mediendiensten** oder **Hörfunkmediendiensten** iSd § 116 I Nr. 3 GWB-E (zB Konzessionen betreffend Sendezeit o. Bereitstellung von Sendungen);
- Nr. 4: Konzessionen zu **finanziellen Dienstleistungen** iSd § 116 I Nr. 4 GWB-E (zB Geschäfte, die der Geld- o. Kapitalbeschaffung des Konzessionsgebers dienen);
- Nr. 5: Konzessionen zu **Krediten und Darlehen** (§ 116 I Nr. 5 GWB-E);

3. Das Vergabeverfahren

3.1 Anwendungsbereich

Ausnahmen (Fortsetzung):

- Nr. 6: Dienstleistungskonzessionen, die an einen **öffentlichen Konzessionsgeber** iSd § 101 I Nr. 1 oder Nr. 2 GWB-E aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden. Grund: Konzessionsgeber steht dann nicht im Wettbewerb;
- Nr. 7: Erstreckt Ausnahme des Nr. 6 auf Dienstleistungskonzessionen, die an ein **Unternehmen aufgrund eines ausschließlichen Rechts in den Sektoren gem. § 102 II bis VI GWB-E** vergeben werden (zB Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse; wirtschaftliche Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge). **Nicht: energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge;**
- Nr. 8 (iVm Art. 11 KVR): Konzessionen, die dazu dienen, dem Konzessionsgeber die Bereitstellung oder den Betrieb **öffentlicher Kommunikationsnetze** oder die Bereitstellung eines oder mehrerer **elektronischer Kommunikationsdienste** für die Öffentlichkeit zu ermöglichen (z.B. öffentliche Kommunikationsnetze iSd § 3 Nr. 16a, 27 TKG o. die Bereitstellung eines o. mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste iSd des § 3 Nr. 17a, 24 TKG);
- Nr. 9: Konzessionen im Bereich **Wasser**;

3. Das Vergabeverfahren

3.1 Anwendungsbereich

Ausnahmen (Fortsetzung):

- Nr. 10: Dienstleistungskonzessionen zu **Lotteriedienstleistungen**;
- Nr. 11: Konzessionen, die Konzessionsgeber iSd § 101 I Nr. 2 und Nr. 3 GWB-E zur Durchführung ihrer Tätigkeiten in einem nicht der Europäischen Union angehörenden Staat in einer Weise vergeben, die nicht mit der physischen Nutzung eines Netzes oder geografischen Gebiets in der Union verbunden ist;
- Nr. 12: Konzessionen, die im Bereich der **Luftverkehrsdienste** auf der Grundlage der Erteilung einer Betriebsgenehmigung vergeben werden, oder von Konzessionen, die die **Beförderung von Personen im Sinne des § 1 des PBefG** betreffen (zB Dienstleistungskonzessionen über die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, U-Bahnen, Oberleitungsbussen und mit Kraftfahrzeugen).
Beachte: Die §§ 148 ff. GWB-E sind anzuwenden auf Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsleistungen im **Eisenbahnverkehr** (Problem: Verhältnis zum AEG).
- § 150 GWB-E: Besondere Ausnahmen für Konzessionen in den Bereichen **Verteidigung und Sicherheit**.

3. Das Vergabeverfahren

3.2 Verfahren

§ 151 GWB-E Verfahren

Konzessionsgeber geben die Absicht bekannt, eine Konzession zu vergeben. Auf die Veröffentlichung der Konzessionsvergabeabsicht darf nur verzichtet werden, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes zulässig ist. Im Übrigen dürfen Konzessionsgeber das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen vorbehaltlich der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnung zu den Einzelheiten des Vergabeverfahrens frei ausgestalten.

- § 151 GWB-E regelt sowohl die **Konzessionsbekanntmachung** (Veröffentlichung der Konzessionsvergabeabsicht; dazu im Folgenden) als auch den **Grundsatz der freien Verfahrensorganisation** (dazu schon zuvor).

3. Das Vergabeverfahren

3.2 Verfahren

- Konzessionen müssen im Rahmen eines **förmlichen, diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens** vergeben werden (Art. 30 I, II iVm. Art. 3, Art. 31 und. Art. 32 KVR).
- Konzessionsbekanntmachung leitet Konzessionsvergabeverfahren förmlich ein (vgl. EuGH 13.10.2005, EuZW 2005, 727 Rn. 49 ff. – Parking Brixen). Sie ist ebenso wie die Zuschlagsbekanntmachung gem. Art. 32 KVR im Amtsblatt der EU zu veröffentlichen (Art. 33 II KVR). Relevant für: **Zeitpunkt der Schätzung des Konzessionswerts** (Art. 8 II UAbs. 2 KVR), die **elektronische Verfügbarkeit der Konzessionsunterlagen** im Internet (Art. 34 I 1 KVR), die **Berechnung der Teilnahme- und Angebotsfristen** von mind. 30 Tagen (Art. 39 III KVR).
- Zum **Mindestinhalt** siehe Anhang 5 KVR (Art. 31 II KVR): Konzessionsbeschreibung und Teilnahmebedingungen („Eignungskriterien“, Art. 37 II lit. a KVR), Aufforderung zur Angebotsabgabe oder – wenn nicht in anderen Konzessionsunterlagen enthalten – die Zuschlagskriterien sowie die vorgeschriebenen Mindestkriterien (Art. 37 II lit. b KVR).
- **Inhaltliche Änderungen** der Konzessionsbekanntmachung sind allen Wirtschaftsteilnehmern zur Kenntnis zu geben (Art. 37 IV KVR).

3. Das Vergabeverfahren

3.3 Anforderungen an das Verfahren

§ 152 GWB-E

Anforderungen an das Verfahren

- (1) Zur **Leistungsbeschreibung** ist § 121 Absatz 1 und 3 entsprechend anzuwenden.
- (2) Konzessionen werden an **geeignete Unternehmen** im Sinne des § 122 vergeben.
- (3) Der **Zuschlag** wird auf der Grundlage objektiver Kriterien erteilt, die sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden, so dass ein **wirtschaftlicher Gesamtvorteil** für den Konzessionsgeber ermittelt werden kann. Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen dem Konzessionsgeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen. Sie können **qualitative, umweltbezogene** oder **soziale Belange** umfassen. Die Zuschlagskriterien müssen mit einer Beschreibung einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.
- (4) Die Vorschriften zur **Auftragsausführung** nach § 128 und zu den zwingend zu berücksichtigenden **Ausführungsbedingungen** nach § 129 sind entsprechend anzuwenden.

3. Das Vergabeverfahren

3.3 Anforderungen an das Verfahren

Leistungsbeschreibung gem. § 152 I GWB-E (Art. 36 KVR – technische und funktionelle Anforderungen):

- Eindeutige und für alle Unternehmen verständliche Beschreibung des Auftragsgegenstands (§ 121 I 1 GWB-E). Leistungsbeschreibung legt damit sowohl den **sachlichen Gehalt der Angebote** als auch den **Inhalt des abzuschließenden Vertrags** fest. Sie gibt die **Entscheidungsmaßstäbe für die Wertung der Angebote** vor, an die sich der öffentliche Auftraggeber selbst bindet (RegE, S. 123).
- Nennung der Leistungsanforderungen bzw. der Funktionsanforderungen oder Beschreibung der zu erfüllenden Aufgabe (§ 121 I 2 GWB-E). Somit besteht ein **weiter Spielraum bei Art und Umfang der Beschreibung** (RegE, S. 123).
- Die Anforderungen dienen der **sichereren Kalkulationsgrundlage der Konzessionsbewerber** und erleichtern die **Vergleichbarkeit der Angebote**.
- Veröffentlichung der für die potenziellen Bieter relevanten Informationen in der **Konzessionsbekanntmachung** (bei Verfahren oberhalb des Schwellenwerts europaweite Ausschreibung aufgrund Binnenmarktrelevanz, vgl. Art. 8 KVR).

3. Das Vergabeverfahren

3.3 Anforderungen an das Verfahren

Dreistufige Angebotswertung:

- **Zwingende** (Art. 38 IV, V Uabs. 1, VIII KVR) und **fakultative Ausschlussgründe** (Art. 38 V Uabs. 2, VII KVR).
- Würdigung der **Teilnahmebedingungen** (Eignungskriterien, Art. 38 I 1 KVR).
- Auswahl des wirtschaftlich vorteilhaftesten Konzessionsangebots anhand der zuvor bekanntgegebenen Kriterien (**Zuschlagskriterien**, Art. 41 I KVR).

Regelungen im GWB-E:

- **Ausschlussgründe** (§ 154 Nr. 2 GWB-E iVm §§ 123 bis 126 GWB-E) und **Recht zur Kündigung in besonderen Fällen** (§ 154 Nr. 4 GWB-E iVm. § 133 GWB-E).
- **Eignungskriterien** (§ 152 II GWB-E iVm § 122 GWB-E).
- **Ermittlung des Zuschlags** (§ 152 III GWB-E) iVm **Vorabinformations- und Wartefrist** (§ 154 Nr. 4 GWB-E iVm. §§ 134 f. GWB-E).
- Vorgaben zur **Auftragsdurchführung** (§ 152 IV GWB-E iVm §§ 128 f. GWB-E).

3. Das Vergabeverfahren

3.3 Anforderungen an das Verfahren

Eignungskriterien (§ 152 II iVm § 122 GWB-E; Erw. 63 iVm Art. 38 I 1 KVR)

- Vergabe an **fachkundige** und **leistungsfähige** (geeignete) **Unternehmen** (§ 122 I GWB-E). Unternehmen ist geeignet, wenn es die zur ordnungsgemäßen Ausführung der Konzession festgelegten Kriterien erfüllt.
- **Zulässige Kategorien der Eignungskriterien** sind nunmehr abschließend:
 - Befähigung und Erlaubnis der Berufsausübung (§ 122 II Nr. 1 GWB-E);
 - Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 122 II Nr. 2 GWB-E);
 - Technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 122 II Nr. 3 GWB-E);
 - § § 123, 124, 128 I GWB-E (im Ergebnis Zuverlässigkeit und Gesetzestreue).
 - Nähere Ausgestaltung in **Konzessionsvergabeverordnung**; **Probleme**: Übereinstimmung mit Erw. 63 und Art 38 I 1 KVR (technische Leistungsfähigkeit?); Vorliegen Genehmigung gem. § 4 EnWG im Zeitpunkt der Vergabe oder der Auftragsdurchführung (für Ersteres Säcker, RdE 2015, 1, 4; aA OLG Düsseldorf 17.4.2014, NZBau 2014, 577, 581).

3. Das Vergabeverfahren

3.3 Anforderungen an das Verfahren

Eignungskriterien (§ 152 II iVm § 122 GWB-E; Erw. 63 iVm Art. 38 I 1 KVR)

- Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen kann durch Teilnahme an **Präqualifikationssystem** erbracht werden (§ 122 III GWB-E).
- Notwendige **Verbindung der Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand.**
- **angemessene Anforderungen** an die Eignung (§ 122 IV 1 GWB-E).
- Teilnahmebedingungen (Eignungskriterien) müssen in der **Konzessionsbekanntmachung** enthalten sein (§ 122 IV 2 GWB-E).

3. Das Vergabeverfahren

3.3 Anforderungen an das Verfahren

Zuschlagskriterien (§ 152 III GWB-E)

- Zuschlag grds. auf das **wirtschaftlichste Angebot** (§ 127 GWB-E); keine Beschränkung auf den niedrigsten Preis.
- Gestattet sind:
 - a) **qualitative Zuschlagskriterien** (z.B. Qualität, Bezahlbarkeit, Zuverlässigkeit);
 - b) **umweltbezogene Zuschlagskriterien** (z.B. Umweltverträglichkeit; vgl. EuGH 17.9.2002, EuZW 2002, 628 Rn. 64 – Concordia Bus Finland); Vorgabe in jeder Phase des Lebenszyklus der Bau- oder Dienstleistung (Erbringung Dienstleistung mit energieeffizienten Maschinen; vgl. Erw. 64 KVR);
 - c) **soziale Zuschlagskriterien** (z.B. Verbraucherfreundlichkeit, Kundendienst; Schranken folgen aus den Grundfreiheiten (EuGH 3. 4. 2008, EuZW 2008, 306 – Ruffert).
- Kriterien müssen mit dem Konzessionsgegenstand „in Verbindung stehen“ (keine willkürliche Auswahl; dazu OLG Düsseldorf 19.11.2014, NZBau 2015, 45).

3. Das Vergabeverfahren

3.3 Anforderungen an das Verfahren

- **Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Konzessionsvergabeabsichtserklärung** oder in anderen **Konzessionsunterlagen** gem. Art. 5 Nr. 12 KVR (Art. 37 II lit. b KVR, Anhang V Nr. 9 KVR).
- Vor Erteilung des Zuschlags Pflicht zur **Vorabinformation** und **Wartefrist** (§ 153 Nr. 4 iVm § 134 GWB-E; Art. 46 Nr. 1, Nr. 2 lit. a KVR, Art. 40 I Uabs. 1 KVR).
Zweck: Ermöglichung eines effektiven Primärrechtsschutzes.
- **Probleme:**
 - Vergabe öffentlicher Aufträge als **strategisches Instrument** zur Aufwertung vergabefremder „politischer“ Belange zu Lasten der Wirtschaftlichkeit (Braun, NZBau 2015, 355, 357: Paradigmenwechsel)?
 - **Gewichtung der Kriterien** (vgl. Säcker, RdE 2015, 1 ff.); steht detaillierte Gewichtung im Gegensatz zur Verfahrensflexibilität? (so Schröder, NZBau 2015, 351, 354); Jedenfalls müssen Kriterien aus Gründen der Gleichbehandlung in absteigender Reihenfolge angegeben werden (Art. 41 III 1 KVR);
 - Kann man die **Reihenfolge der Zuschlagskriterien im Verfahren ändern** (so grds. Art. 41 III 2 KVR), ohne einzelne Bieter zu bevorzugen?

3. Das Vergabeverfahren

3.4 Rechtsschutz

§ 155 GWB-E

*Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden unterliegen die Vergabe öffentlicher Aufträge und von **Konzessionen** der Nachprüfung durch die Vergabekammern*

- Die §§ 155 ff. GWB-E enthalten ein beschleunigtes Verfahren, das sowohl den Interessen des Rechtsschutz suchenden Bieters/Bewerbers als auch dem Interesse der Vergabestelle an schneller und endgültiger Entscheidung über Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung Rechnung trägt (zu den §§ 102 ff. GWB-E siehe BGH 15.7.2008, NZBau 2008, 662 – AOK Baden-Württemberg; Säcker/Mohr, ZWeR 2012, 417, 428).

3. Das Vergabeverfahren

3.4 Rechtsschutz

- Verstöße gegen drittschützende Verfahrensvorschriften führen grds. nicht zur Nichtigkeit des Vertrags mit bezuschlagtem Bieter, sofern Vertrag wirksam durch Zuschlagserteilung geschlossen worden ist (**Grundsatz der Unaufhebbarkeit**, § 168 II 1 GWB-E). Vergaberechtsverstöße müssen deshalb von Bietern/Bewerbern rechtzeitig vor Zuschlagserteilung durch Einleitung des **Nachprüfungsverfahrens** geltend gemacht werden (§ 169 GWB-E).
- Vergabevorschriften sind **drittschützende Verbotsgesetze iSd § 134 BGB** (aA OLG Celle 25.8.2005, ZfBR 2005, 719), aus Gesetz ergibt sich jedoch „ein anderes“.
- Ausnahmsweise **Gesamtnichtigkeit** gem. § 135 GWB-E: Verstoß gegen **Vorabinformations- und Wartepflicht** gem. § 134 GWB-E und **De-facto-Vergabe** ohne Veröffentlichung im EU-Amtsblatt, sofern Verstoß im Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde.
- Bei § 135 GWB-E muss Nachprüfungsantrag grds. **30-Tages-Ausschlussfrist** wahren (§ 135 II GWB-E). Kenntnis des Antragstellers vom vergaberechtswidrigen Vertrag muss auf einer Information des Auftraggebers beruhen. Kenntniserlangung auf Grund eigener Recherchen oder von dritter Seite bei irgendeiner Gelegenheit zugetragener Informationen genügt nicht (OLG Düsseldorf 1.8.2012, NZBau 2012, 791).

3. Das Vergabeverfahren

3.4 Rechtsschutz

- Vergaberechtsverstöße müssen von Betroffenen durch Einleitung Nachprüfungsverfahren **vor Zuschlagserteilung** geltend gemacht werden:
 - a) Antrag** (§ 160 I GWB-E)
 - b) Antragsbefugnis** (§ 160 II GWB-E)
 - Unternehmen, dass ein Interesse an der Konzession hat;
 - Verletzung der Rechte gem. § 97 VI GWB-E durch Nichtbeachtung Vergabevorschriften (grds. alle Vergabevorschriften, vgl. Immenga/Mestmäcker/Dreher, § 97 GWB Rn. 405; aA Priß/Stein, VergabeR 2014, 499, 511, unter Verweis auf Art. 37 KVR);
 - durch behauptete Verletzung entstand oder entsteht Schaden (Ausschluss nicht erfolversprechender Angebote/Bewerbungen).
 - c) Rechtzeitige Rüge** (§ 160 III GWB-E)
 - Rechtsfolge einer nicht rechtzeitigen Rüge ist grds. Einwendungsausschluss, sofern Verstoß nicht erst im Nachprüfungsverfahren erkannt wird (OLG Düsseldorf 5.7.2000, NZBau 2011, 106, 111);
 - Rügefrist: grds. 10 Kalendertage.
 - d) Untersuchungsgrundsatz** gem. § 163 GWB-E, Recht der Beteiligten auf **Akteneinsicht** gem. § 165 GWB-E.

3. Das Vergabeverfahren

3.5 Vergleich EnWG und GWB-E

- **Pflicht zur europaweiten Ausschreibung**

EnWG: europaweite Ausschreibung nur, wenn mehr als 100 000 Kunden ans Versorgungsnetz angeschlossen sind (§ 46 III 2 EnWG).

GWB-E: europaweite Ausschreibung ab Vertragswert von 5.186.000,- EUR (§ 106 II Nr. 4 GWB-E; Art. 8 KVR). Aufgrund der langen Laufzeit wird Schwellenwert wohl regelmäßig erreicht, weshalb europaweit auszuschreiben ist.

- **Laufzeitbegrenzung**

EnWG: maximal 20 Jahre (vgl. § 46 II 1 EnWG; Höchstgrenze; BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 80 – Stromnetz Berkenthin).

GWB-E: keine Obergrenze; bei Konzessionen mit einer Laufzeit von über 5 Jahren muss die Laufzeit aber der Zeit entsprechen, die für die Erwirtschaftung der Investitionsaufwendungen notwendig ist (vgl. Art. 18 KVR). Dies sind bei energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen nicht notwendig 20 Jahre. Gemeinden können über Verkürzung der Laufzeit Einfluss auf Netzbetrieb nehmen, aus Gründen der Versorgungssicherheit aber regelmäßig mind. 10 Jahre (Säcker, RdE 2015, 1, 9).

3. Das Vergabeverfahren

3.5 Vergleich EnWG und GWB-E

- **Inhouse-Vergabe**

EnWG: keine Inhouse-Vergabe wegen § 46 IV EnWG (vgl. BGH 17.3.2014, NZBau 2014, 303 Rn. 31 ff. – Stromnetz Heiligenhafen): Aus Zweck des Gesetzes ergibt sich, dass Gemeinde auch bei der Systementscheidung für einen Netzbetrieb durch einen Eigenbetrieb das Diskriminierungsverbot des § 46 I EnWG einhalten muss. Zweck des § 46 IV EnWG: **keine kommunalen Ewigkeitsrechte.**

GWB-E: Inhouse-Vergabe grds. zulässig (vgl. § 108 I – V GWB-E), soweit kein Verstoß gegen das Unionsprimärrecht (Art. 106 I AEUV iVm Art. 102 AEUV) und gegen Zweck des Energiewirtschaftsrechts (siehe zuvor). Beachte: Mitgliedstaaten müssen wettbewerbsbeschränkende Regelungen über Inhouse-Vergaben unionsrechtlich nicht übernehmen (Knauff, EnWZ 2015, 51, 56).

- **Zuschlagskriterien**

EnWG: Kriterien des § 1 EnWG sind jedenfalls vorrangig zu berücksichtigen (BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 82 – Stromnetz Berkenthin).

GWB-E: Nachfrageautonomie, Auswahlentscheidung nach sachlichen Kriterien, sofern diese mit Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen (Diskriminierungsverbot; vgl. OLG Düsseldorf 17.2.2010 – Verg. 42/09).

3. Das Vergabeverfahren

3.5 Vergleich EnWG und GWB-E

- **Nichtigkeit des Konzessionsvertrags**

EnWG: Verstöße gegen § 46, 48 EnWG verletzen zugleich das Diskriminierungsverbot gem. Art. 102 AEUV und § 19 GWB. Rechtsfolge ist regelmäßig Nichtigkeit gem. § 134 BGB (Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 97 ff.).

Ausnahme (dazu sogleich): Alle diskriminierten Bewerber hatten ausreichend Gelegenheit, ihre Rechte zu wahren, haben diese Möglichkeit aber nicht genutzt. In diesem Fall müssen sie im Interesse der Rechtssicherheit fortdauernde Behinderung durch fehlerhaften Konzessionsvertrag dauerhaft hinnehmen Insbesondere Verstoß gegen Rechtsgedanken des § 134 GWB-E (BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 109 – Stromnetz Berkenthin).

GWB-E: Nichtigkeit nur bei schwerwiegenden Verstößen (§ 135 GWB-E), ansonsten Geltendmachung von Vergaberechtsverstößen rechtzeitig vor Vertragsschluss durch Nachprüfungsverfahren Zweck: Ausgleich zwischen effektivem Rechtsschutz und Rechtssicherheit; Rechtsschutzmöglichkeiten sind transparent geregelt (Kermel/Wagner, RdE 2014, 221).

3. Das Vergabeverfahren

3.5 Vergleich EnWG und GWB-E

- **Rügeobliegenheiten und Wartefristen**

EnWG: Vorabinformations- und Wartepflicht nach Rechtsgedanken des § 134 GWB-E (BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 101 ff. – Stromnetz Berkenthin). Besser: Individuelle Verwirkung des Nichtigkeitseinwands (so Kermel/Wagner, RdE 2014, 221, 226).

Keine Rügepflicht in Anlehnung an § 160 III GWB-E., auch nicht aus vorvertraglichem Schuldverhältnis (aA OLG Düsseldorf 9.1.2013, RdE 2013, 179, 181).

GWB-E: Vorabinformations- und Wartefrist gem. § 134 GWB-E

Rügeobliegenheit gem. § 160 III GWB-E. **Beachte:** auch bei Eingreifen von Ausschlussfristen muss der von einem Bieter nicht mehr angreifbare Vertrag ggf. aus unionsrechtlichen Gründen vom Mitgliedstaat bzw. seinen Untergliederungen gekündigt werden (OLG Schleswig 4.11.2014, NZBau 2015, 186, 190; Braun, NZBau 2015, 355, 356).

III. Ergebnis

Mehr Transparenz, dafür Zurückdrängung des freien und unverfälschten Wettbewerbs aus Gründen der Rechtssicherheit und der Effizienz:

- Pro: Detailliertes, transparentes und rechtssicheres Vergabeverfahren
- Pro: Einheitlicher Rechtsschutz vor Vergabekammern
- Contra: Einschränkung der Gesamtnichtigkeitsfolge auf grobe Verstöße trotz dauerhafter Verletzung der subjektiven Bieterrechte und des Wettbewerbs als Institution
- Contra: Erweiterung der Zuschlagskriterien auf soziale und umweltbezogene Gesichtspunkte im Sinne einer politischen „Steuerung“



»Wissen schafft Brücken.«

Prof. Dr. Jochen Mohr
Geschäftsführender Direktor des
Instituts für Kartell-, Energie- und Telekommunikationsrecht

sekretariat-mohr@mailbox.tu-dresden.de