

enreg. Workshop zum Messstellenbetrieb

Das Ausschreibungsverfahren gemäß §§ 41 ff. MsbG

Rechtsanwältin Christine Hohenstein-Bartholl

Berlin, den 8. Dezember 2015

Das Ausschreibungsverfahren gemäß §§ 41ff. MsbG

- Einführung
- Anforderungen an die Ausschreibung
- Folgen der Ausschreibung
- Offene Fragen bei der Anwendung des § 41 Abs. 2 MsbG

Einführung

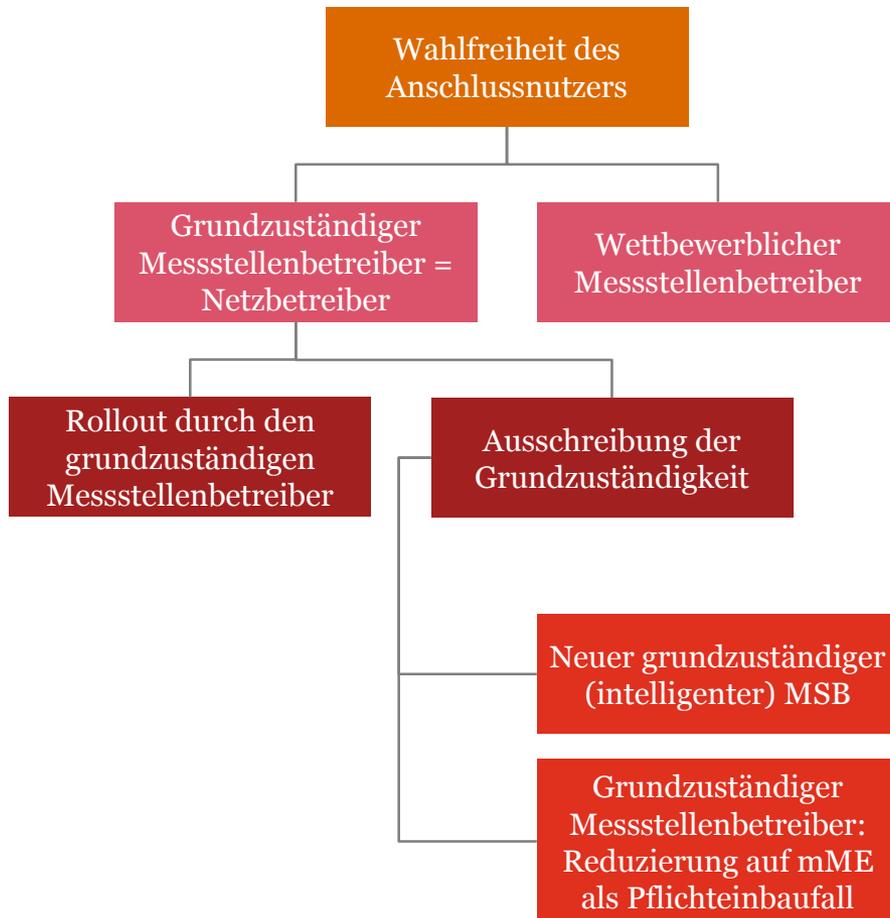
Die Übertragung der Grundzuständigkeit Messstellenbetrieb ist mittels Dienstleistungskonzession möglich

- Das Ausschreibungsverfahren ist für Netzbetreiber interessant, etwa wenn diese sich auf ihr Kerngeschäft Netzbetrieb konzentrieren wollen oder die Vorgaben hinsichtlich Preisobergrenzen nicht erfüllen („Opt-Out“-Option).
- In bestimmten Fällen besteht eine Pflicht zur Durchführung des Ausschreibungsverfahrens.
- Nach dem derzeitigen Gesetzesentwurf des „Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende“ wird die Ausschreibung der Grundzuständigkeit in den §§ 41 ff. MsbG-Entwurf geregelt.
- Die Übertragung der Grundzuständigkeit dürfte in der Praxis vornehmlich im Wege der Vergabe einer Dienstleistungskonzession* erfolgen.
- Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen wird zukünftig im GWB sowie in der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV-E) geregelt.

* Die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen ist möglich.

Einführung

Das Ausschreibungsverfahren kann eine „Opt-Out“-Option sein



Recht, unter bestimmten Voraussetzungen aber auch Pflicht zur Ausschreibung der Grundzuständigkeit für den Messstellenbetrieb.

Ausschreibende Stelle ist der grundzuständige Messstellenbetreiber; Informatorische Begleitung durch BNetzA (Internetpräsenz).

Übertragung der Grundzuständigkeit für den Messstellenbetrieb im Regelfall in Gestalt einer Dienstleistungskonzession.

Verfahrensrechtliche Vorgaben im Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) und Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Kriterien für die Zuschlagserteilung? Keine Regelung im MsbG-Entwurf. Einhaltung der Preisobergrenzen bzw. deren Unterschreitung?

Bei erfolgloser Ausschreibung: Reduzierung der Verpflichtung auf Ausstattung aller Messstellen mit modernen mME; Wiederholung der Ausschreibung.

Anforderungen an die Ausschreibung

Der Verfahrensablauf ist in zeitlicher Hinsicht vorgegeben

Die Ausschreibungen werden ab dem Jahre 2017 zum 1. Oktober eines jeden Jahres bekanntgegeben.

Die Zuschläge werden zum 31. März eines jeden Jahres erteilt.



Die Gebote müssen jeweils bis zum 31. Dezember eines jeden Jahres abgegeben werden.

Anforderungen an die Ausschreibung

Besondere Anforderungen an Eignung der Unternehmen

Der Zuschlag kann nur einem Unternehmen erteilt werden, das über die erforderliche Eignung verfügt. Die Konzessionsgeber legen die Eignungskriterien gemäß § 152 Abs. 2 i. V. m. § 122 GWB-Entwurf fest (vgl. § 23 KonzVgV-Entwurf).

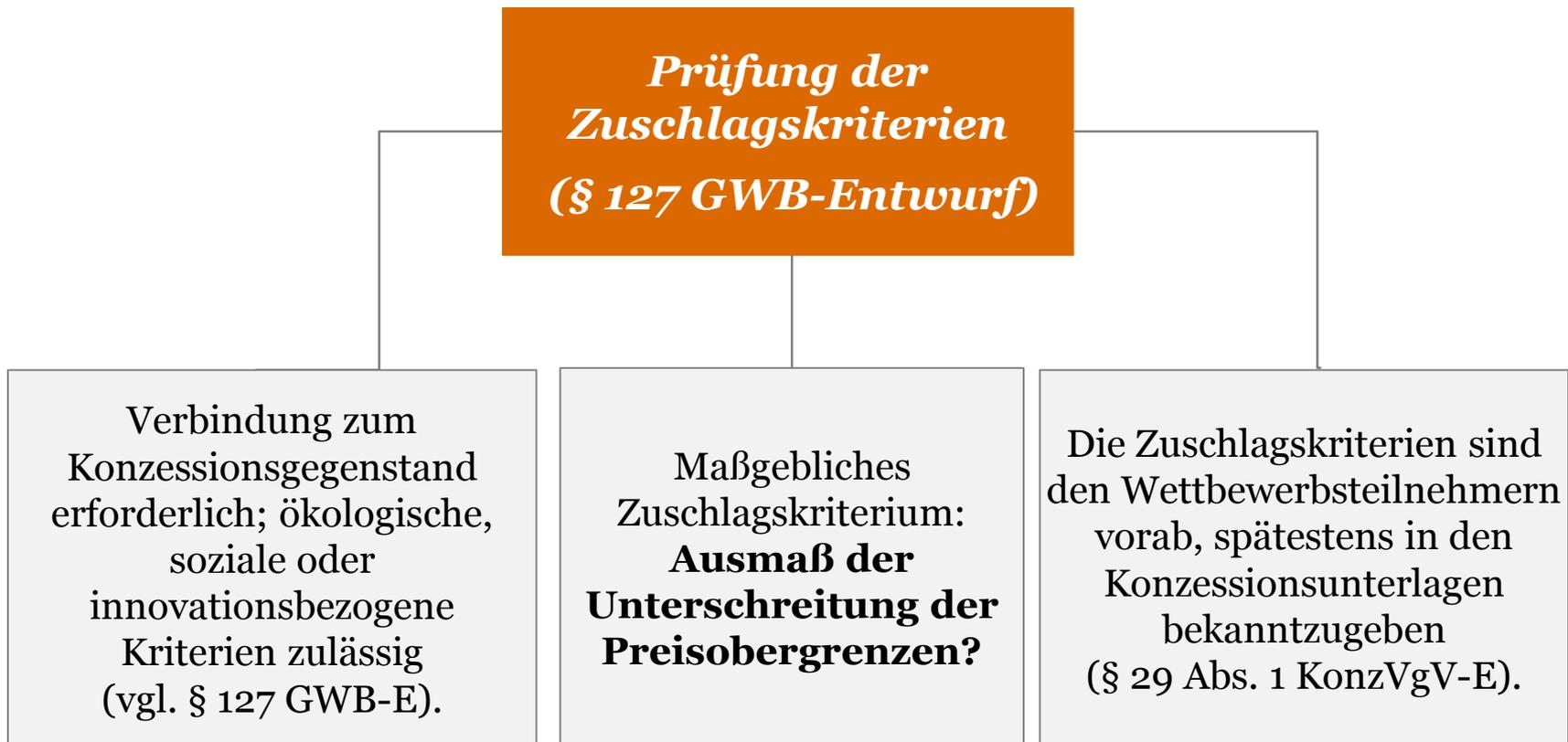
Im Sinne des Messstellenbetriebsgesetzes sind nur solche Unternehmen geeignet, die über eine **Genehmigung nach § 4 MsbG-Entwurf** und ein **Zertifikat nach § 25 MsbG-Entwurf** verfügen.

Die Genehmigung dokumentiert die Fähigkeit des Unternehmens, den Messstellenbetrieb im Einklang mit den Anforderungen des Gesetzes auf Dauer zu gewährleisten („Zuverlässigkeit“).

Das Zertifikat dient dem Nachweis der Fachkunde des Smart Meter Gateway Administrators.

Anforderungen an die Ausschreibung

Müssen die Zuschlagskriterien im Einklang mit dem Entgeltregulierungssystem des MsbG stehen?



Folgen der Ausschreibung

Folgen einer erfolgreichen Ausschreibung

Der Übergang der Grundzuständigkeit für den Messstellenbetrieb für moderne Messeinrichtungen und intelligente Messsysteme als Folge des erfolgreichen Abschlusses eines Ausschreibungsverfahrens.

Der neue Messstellenbetreiber muss Messstellenverträge gemäß § 14 Abs. 2 MsbG-Entwurf schließen.

Der alte grundzuständige Messstellenbetreiber muss dem neuen Messstellenbetreiber alle erforderlichen Informationen weitergeben, die für den Messstellenbetrieb von modernen Messeinrichtungen und intelligenten Messsystemen erforderlich sind.

Der Wechsel der Grundzuständigkeit ist unverzüglich im elektronischen Bundesanzeiger bekanntgemacht zu machen.

Folgen der Ausschreibung

Folgen einer erfolglosen Ausschreibung

Rechtsfolgen für den Fall, dass im Ausschreibungsverfahren kein Angebot abgegeben wurde (§ 44 MsbG-Entwurf):

- Die Verpflichtung des grundzuständigen Messstellenbetreibers reduziert sich auf die Ausstattung aller Messstellen mit modernen Messeinrichtungen.
- Das Ausschreibungsverfahren ist 24 Kalendermonate nach Ablauf der Angebotsfrist zu wiederholen.
- Die Preisobergrenzen für moderne Messeinrichtungen (§ 32 MsbG-Entwurf) gelten weiterhin.

Keine Rechtsfolgenregelung folgender Fälle:

- Erfolglosigkeit der Ausschreibung im Übrigen.
- Ausfall des neuen grundzuständigen Messstellenbetreibers nach Zuschlagserteilung.

Fluchtmöglichkeit in die Ausschreibung des grundzuständigen MSB für mM/iMSys?

Preise können auch steigen?

- § 43 Abs. 1: Ausschreibungsgewinner übernimmt Grundzuständigkeit für den MSB von mM und iMSys **zu den von ihm im Angebot beschriebenen Bedingungen.**
- (§ 43 Abs. 2 Nr. 2 a.F.: Gebotswerte dürfen die Preisobergrenzen nach §§ 31 und 32 nicht überschreiten.)
- (§ 44 a.F.: Die Wirtschaftlichkeit des Angebots ergibt sich aus dem mengengewichteten Durchschnittspreis für den Einbau und den Betrieb von mM und iMSys.)

Folgen bei Erfolglosigkeit

- § 44: Sollte die Ausschreibung mangels zulässiger Angebote zu keinem Zuschlag führen, reduziert sich die Ausstattungsverpflichtung des grundzuständigen MSB aus § 29 Abs. 1 auf die Ausstattung aller Messstellen mit mM nach Maßgabe von § 32. Das Ausschreibungsverfahren ist 24 Monate nach Ablauf der Angebotsfrist zu wiederholen.
- Bei Ausfall des grundzuständigen MSB hat der Netzbetreiber ein Ausschreibungsverfahren anzustrengen.

Offene Fragen des Ausschreibungsmodells

Der Verweis auf das GWB-Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB) in § 41 Abs. 2 MsbG-Entwurf

- Die Besonderheit des Ausschreibungsmodells liegt in der Regelung in § 41 Abs. 2 MsbG-Entwurf (Möglichkeit zur Übertragung der Grundzuständigkeit):
„Der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleibt unberührt. Sollte im Einzelfall der Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht eröffnet sein, gilt Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.“
- Begründung des Gesetzesentwurfs:
„Für das neue Instrument der Übertragung der Grundzuständigkeit kommen damit in jedem Falle die Vorgaben des allgemeinen Vergaberechts in vollem Umfang zur Anwendung“.
- Die grundzuständigen Messstellenbetreiber müssen infolgedessen also weder öffentliche Auftraggeber bzw. Konzessionsgeber i. S. d. § 98 ff. GWB-Entwurf sein noch muss die Übertragung der Grundzuständigkeit unter den Begriff des öffentlichen Auftrags i. S. d. § 103 GWB-Entwurf fallen.

Offene Fragen zu § 41 Abs. 2 MsbG-Entwurf

Überblick

Die umfassende Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts gemäß § 41 Abs. 2 MsbG-Entwurf wirft einige offene Fragen auf:

Offene Fragen zu § 41 Abs. 2 MsbG- Entwurf

Welche Vergabeverordnung findet Anwendung?

Gelten die Grundsätze der In-House-Vergabe und der Interkommunalen Zusammenarbeit?

Findet das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren (§§ 155 ff. GWB-E) bei Vergaben nach dem MsbG Anwendung?

Offene Fragen zu § 41 Abs. 2 MsbG-Entwurf

In-House-Vergaben/Interkommunale Zusammenarbeit?

In-House-Vergaben

- **§ 108 Abs. 1 GWB-E:** Ein Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 - 3 muss **nicht ausschreiben**, wenn
 - er über die juristische Person (auch gemeinsam mit anderen Auftraggebern) eine **Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle** ausübt und
 - **80 % der Tätigkeiten** der juristischen Person dem Auftraggeber dient sowie
 - an juristischer Person **keine direkte private Kapitalbeteiligung** besteht.
- **§ 108 Abs. 3 GWB-E** erfasst auch den Auftrag der Tochter an die beherrschende Mutter (bottom-up) oder zwischen Töchtern derselben beherrschenden Mutter.

Interkommunale Zusammenarbeit

- **§ 108 Abs. 6 GWB-E:** Eine Zusammenarbeit **ohne Ausschreibung** ist möglich, wenn
 - die beteiligten öffentlichen Auftraggebern zusammenarbeiten, um von ihnen zu erbringende Dienstleistungen in Hinblick auf **gemeinsame Ziele** auszuführen,
 - die Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem **öffentlichen Interesse** bestimmt wird und die
 - Auftraggeber **auf dem offenen Markt weniger als 20%** der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen.

Die Möglichkeiten der In-House-Vergabe und der Interkommunalen Zusammenarbeit werden ausführlich im anschließenden Referat von Prof. Dr. Dr. Säcker behandelt.

Offene Fragen zu § 41 Abs. 2 MsbG-Entwurf Anwendung des Vergabenachprüfungsverfahrens?

- Es wird darüber hinaus nicht deutlich, ob bei dem Ausschreibungsmodell gemäß §§ 41 ff. das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren Anwendung findet:
- Der umfassende Verweis auf das GWB-Vergaberecht in § 41 Abs. 2 MsbG-Entwurf spricht auch für eine Anwendung des Nachprüfungsverfahrens.
- Daraus ergeben sich allerdings wiederum praktische Probleme:
 - Ein Nachprüfungsverfahren käme bereits ab einem geringfügigen Auftragswert in Betracht. Ein Nachprüfungsverfahren bei Dienstleistungskonzessionen wäre bei unmittelbarer Anwendbarkeit der KonzVgV-E erst ab einem Auftragswert von 5,186 Millionen Euro zulässig.
 - Darüber hinaus ist fraglich, welche Auswirkungen ein Nachprüfungsverfahren auf den vorgesehenen Verfahrensablauf in zeitlicher Hinsicht (1. Oktober – 31. Dezember – 31. März) hat und wie mit Verzögerungen umgegangen wird.

Ihre Ansprechpartnerin



Christine Hohenstein-Bartholl
Senior Manager
Vergaberecht
(040) 6378 8005
christine.hohenstein-
bartholl@de.pwc.com