



Gemeinsam erfolgreich

**Begleitung der Hansestadt Lübeck bei dem Abschluss neuer
Wegenutzungsverträge**

Lübeck | 23.01.2018

Agenda

01

Kurzvorstellung Rödl & Partner

02

Ausgangssituation & Rechtsrahmen

03

Begleitung der Konzessionsverfahren

04

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Agenda

01

Kurzvorstellung Rödl & Partner

02

Ausgangssituation & Rechtsrahmen

03

Begleitung der Konzessionsvergabeverfahren

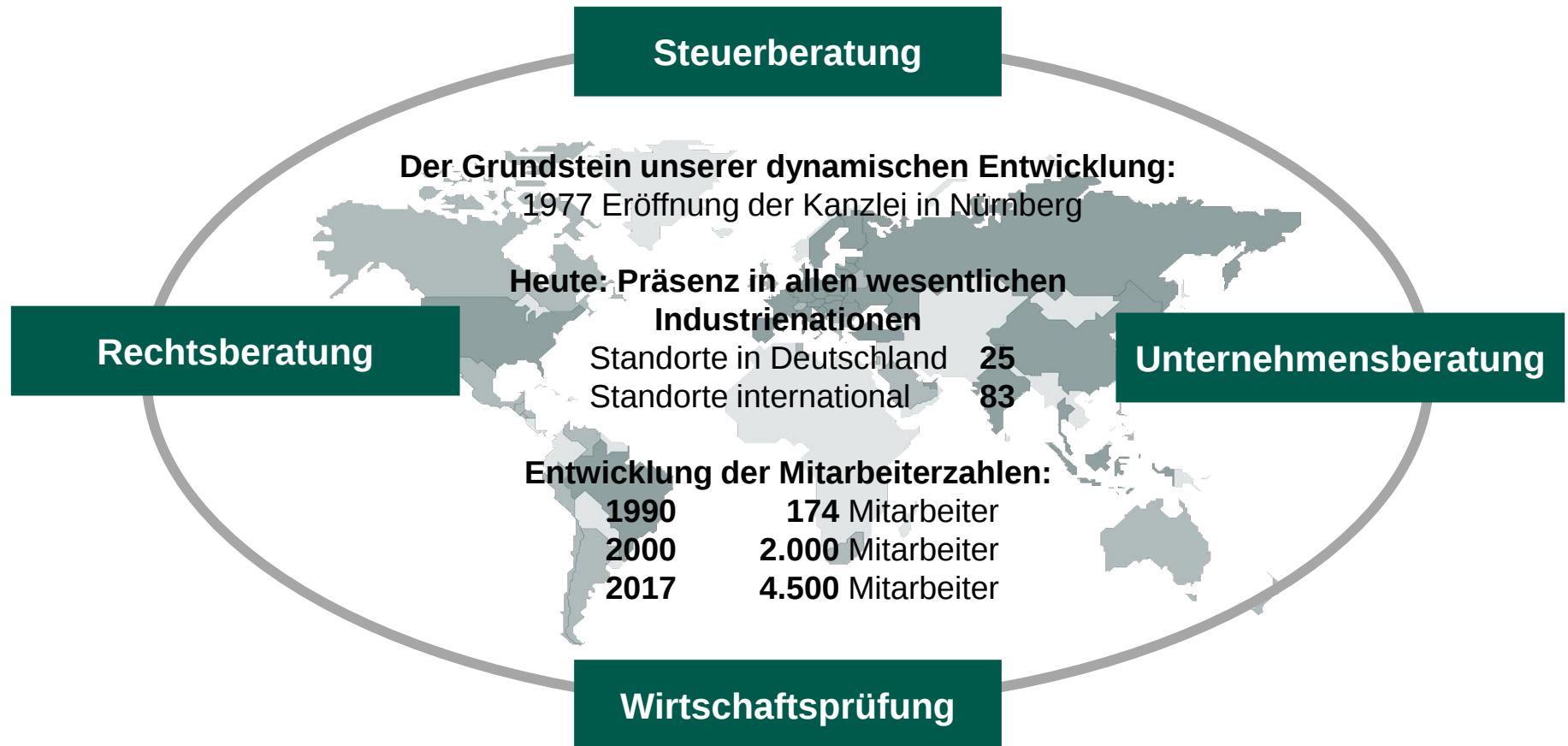
04

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Rödl & Partner

4.500 Mitarbeiter • 108 Niederlassungen • 50 Länder • Ein Unternehmen

Rödl & Partner ist eine der führenden Prüfungs- und Beratungsgesellschaften:



Rödl & Partner – Public Management Consulting (PMC)

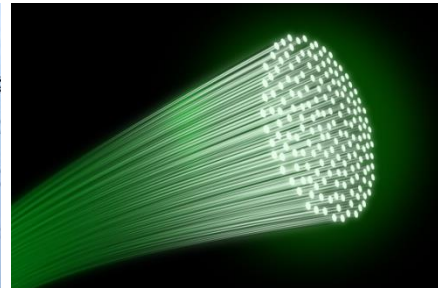
Geschäftsfelder



Wasser & Abwasser



Strom, Gas, Wärme



Breitband



Erneuerbare Energien



Bäder



Krankenhäuser



ÖPNV



Public Sector



„Top-3-Beratungsgesellschaft im Public Sector“

Rödl & Partner

Public Management Consulting (PMC): Energiewirtschaft

- 300 spezialisierte Mitarbeiter beraten derzeit bundesweit mehr als 500 Kommunen und 250 Stadtwerke aus unseren Standorten in Hamburg, Bielefeld, Köln, Nürnberg und München.
- Die Begleitung von Konzessionsvergabeverfahren ist seit vielen Jahren einer unserer Beratungsschwerpunkte.

Beratersteam

Projektleitung



**Johannes
Embacher**
Rechtsanwalt
Associate



**Henning
Fischer**
Rechtsanwalt
Partner



**Christian
Riess**
Dipl.-Kaufmann
Senior Associate



**Jochen
Harke**
Rechtsanwalt
LL.M., Maître en
Droit

Agenda

01

Kurzvorstellung Rödl & Partner

02

Ausgangssituation & Rechtsrahmen

03

Begleitung der Konzessionsvergabeverfahren

04

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Ausgangssituation



- Die Wegenutzungsverträge Strom, Gas, Wasser und Fernwärme zwischen der Hansestadt Lübeck und der Stadtwerke Lübeck GmbH enden am 31.08.2020.
- Die Hansestadt Lübeck hat Rödl & Partner beauftragt, sie bei der Neuvergabe der auslaufenden Wegenutzungsverträge zu begleiten.

Rechtsrahmen für die Vergabe von Wegenutzungsrechten

Strom und Gas

- Für die Vergabe qualifizierter Wegenutzungsrechten für Strom- und Gas („Konzessionen“) besteht mit §§ 46 ff. EnWG spezialgesetzlicher Rechtsrahmen.
- Vergabe hat zwingend in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu erfolgen.
- Eine „Inhouse“-Vergabe ist gesetzlich ausgeschlossen.
- Ob die neuen Vorschriften des GWB und der KonzVG auf Strom- und Gaskonzessionen anzuwenden sind, ist streitig. Rechtsprechung hierzu liegt derzeit noch nicht vor.

Wärme und Wasser

- Für die Vergabe von Wegenutzungsrechten in den Sparten Wasser und Wärme besteht kein spezialgesetzlicher Rechtsrahmen.
- In der Vorlage VO/2016/04451 hat die Verwaltung über die geplante Vorgehensweise in den Sparten Wasser und Wärme berichtet.

Agenda

01

Kurzvorstellung Rödl & Partner

02

Ausgangssituation & Rechtsrahmen

03

Begleitung der Konzessionsvergabeverfahren

04

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Vergabe der Strom- und Gaskonzession

Zeitplan

	2017			2018												2019	
	Okt	Nov	Dez	Jan	Feb	Mrz	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez	Jan	Feb
Datenabforderung SWL																	
Information Politik				23.01.													
Öffentliche Bekanntmachung																	
Vorbereitung Verfahren																	
Erstellung Auswahlkriterien																	
Beschlussfassung Auswahlkriterien						22.03.			14.06.								
Begleitung des Auswahlverfahrens																	
Beschlussfassung Vergabe														29.11.		31.01.	

Beschlussfassung Auswahlkriterien

22.03. Bürgerschaft - Beschlussfassung

06.03. Hauptausschuss - Vorberatung

[14.06. Bürgerschaft – Bedarfstermin Beschlussfassung]

Beschlussfassung Vergabe

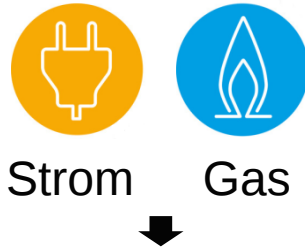
29.11. Bürgerschaft - Beschlussfassung

27.11. Hauptausschuss – Vorberatung

[31.01. Bürgerschaft – Bedarfstermin Beschlussfassung]

Vergabe der Strom- und Gaskonzession

Bekanntmachung / Datenanforderung und -aufbereitung



Modul 1: Bekanntmachung/Datenanforderung

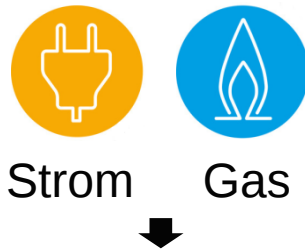
Modul 2: Auswahlkriterien

Modul 3: Begleitung Auswahlverfahren

- Bekanntmachung im EU-Amtsblatt nach dem Muster gemäß Anhang XXI der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986
- Aufforderung zur Interessenbekundung iVm mit Einreichung von Eignungsnachweisen
- Bereitstellung Netzdaten an Bewerber gegen Abgabe einer Vertraulichkeitserklärung
- Anmerkung: Netzdaten sind von den Stadtwerken Lübeck (Bestandskonzessionär) bereits zur Verfügung gestellt worden

Vergabe der Strom- und Gaskonzession

Ausarbeitung von Auswahlkriterien/ Erstellung von Verfahrensbriefen



Modul 1: Bekanntmachung/Datenanforderung

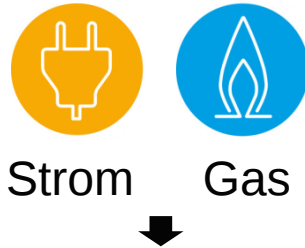
Modul 2: Auswahlkriterien

Modul 3: Begleitung Auswahlverfahren

- Festlegung von Auswahlkriterien
 - Vorrangige Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG (sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung)
 - Besondere Gewichtung der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz
 - Berücksichtigung kommunaler Interessen i.R. konzessionsvertraglicher Kriterien innerhalb der engen Grenzen des § 3 KAV
- Vorschlag durch Verwaltung / R&P
- Beratung und Beschlussfassung durch HA bzw. Bürgerschaft
- Erstellung sonstiger Verfahrensunterlagen, z.B.
 - Bieteranschreiben,
 - ggf. Muster-Konzessionsvertrag

Vergabe der Strom- und Gaskonzession

Begleitung der Auswahlverfahren



Modul 1: Bekanntmachung/Datenanforderung

Modul 2: Auswahlkriterien

Modul 3: Begleitung Auswahlverfahren

- Nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist Aufforderung an die Bewerber zur Abgabe eines indikativen Angebotes
 - Konzessionsvertrag
 - Netzbewirtschaftungskonzept
- Durchführung von Bietergesprächen
- Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote
- Gutachterliche Bewertung der verbindlichen Angebote, Vergabevorschlag
- Beratung und Beschlussfassung in HA bzw. Bürgerschaft
- Bieterinformation, Veröffentlichung der Ergebnisse
- Begleitend: Bearbeitung von Bieteranfragen und Rügen

Agenda

01

Kurzvorstellung Rödl & Partner

02

Ausgangssituation & Rechtsrahmen

03

Begleitung der Konzessionsvergabeverfahren

04

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Allgemeine Hinweise und Leitlinien

- Konzessionsverfahren müssen transparent und diskriminierungsfrei mit dem Ziel der Bestenauslese ergebnisoffen durchgeführt werden.
- Aus Sicht des Wettbewerbs besteht „Generalverdacht“ einer diskriminierenden Vorfestlegung bei Verfahrensbeteiligung eines Unternehmens, an dem die konzessionsvergebende Kommune selbst beteiligt ist.
- Beispielhafte Indizien, die auf eine diskriminierende Vorfestlegung schließen lassen können:
 - Verfahrensbeteiligung von Personen auf Ebene der Politik und auf Ebene der Verwaltung, bei denen ein Interessenkonflikt besteht oder zu vermuten ist (nachfolgend vertieft)
 - Aussagen zu angeblich präferierten Bietern im Vorfeld oder während des Verfahrens
 - erkennbar auf einen Bieter zugeschnittene Auswahlkriterien
 - Abweichungen von Bewertungen und Handlungsempfehlungen des Gutachters im Rahmen der Vergabeentscheidung

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Kommunalrechtliche Mitwirkungsverbote gemäß § 22 GO

§ 22 Ausschlussgründe

- (1) Ehrenbeamtinnen und -beamte oder ehrenamtlich tätige Bürgerinnen und Bürger dürfen in einer Angelegenheit nicht ehrenamtlich tätig werden, wenn die Tätigkeit oder die Entscheidung in der Angelegenheit ihnen selbst (1) oder „Angehörigen“ (2.-6.) einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann.
- (2) Das Verbot ehrenamtlicher Tätigkeit nach Absatz 1 gilt auch für Personen, die
 1. (...) in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben haben,
 2. bei einer (...) juristischen Person (...), die ein besonderes (...) Interesse an der Erledigung der Angelegenheit hat, gegen Entgelt beschäftigt sind,
 3. als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines vergleichbaren Organs einer juristischen Person (...) tätig sind, die (..) ein besonderes Interesse an der Erledigung der Angelegenheit hat, es sei denn; die Personen gehören diesem Organ als Vertreterinnen oder Vertreter oder auf Vorschlag der Gemeinde an, oder
 4. GesellschafterInnen (...) einer Kapital- oder Personengesellschaft sind, die ein besonderes (...) Interesse an der Erledigung der Angelegenheit hat.
- (3) (...)
- (4) Personen, die nach den Absätzen 1 und 2 ausgeschlossen sein können, sind verpflichtet, dies mitzuteilen.
(...)

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Vergaberechtliche Mitwirkungsverbote gemäß § 5 KonzVG

§ 5 Vermeidung von Interessenkonflikten

- (1) Organmitglieder und Mitarbeiter des Konzessionsgebers oder eines im Namen des Konzessionsgebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, dürfen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken.
- (2) Ein Interessenkonflikt besteht für Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.
- (3) Es wird vermutet, dass ein Interessenkonflikt besteht, wenn die in Absatz 1 genannten Personen
 1. Bewerber oder Bieter sind,
 2. einen Bewerber oder Bieter beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzlicher Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten oder
 3. beschäftigt oder tätig sind
 - a) bei einem Bewerber oder Bieter gegen Entgelt oder als Organmitglied oder
 - b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Konzessionsgeber und zum Bewerber oder Bieter hat.
- (4) Die Vermutung des Absatzes 3 gilt auch für Personen, deren Angehörige die Voraussetzungen nach Absatz 3 Nummer 1 bis 3 erfüllen [...]

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Vergaberechtliche Mitwirkungsverbote gemäß § 5 KonzVG

- Angehörige sind ...
 - der Verlobte, der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte und Verschwägte gerader Linie,
 - Geschwister, Kinder der Geschwister, Ehegatten und Lebenspartner der Geschwister und
 - Geschwister der Ehegatten und Lebenspartner,
 - Geschwister der Eltern sowie
 - Pflegeeltern und Pflegekinder.

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Rechtliche Bewertung

- Es ist zwar streitig, ob § 5 KonzVgV unmittelbar auf die Vergabe von Wegenutzungsrechten gemäß den §§ 46 ff. EnWG anwendbar ist.
- Nach der jüngsten Rechtsprechung des OLG Brandenburg (Urteil vom 19. Juli 2016 · Az. Kart U 1/15) wird man aber jedenfalls vorsorglich aus Gründen der Rechtssicherheit von einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 5 KonzVgV ausgehen müssen:

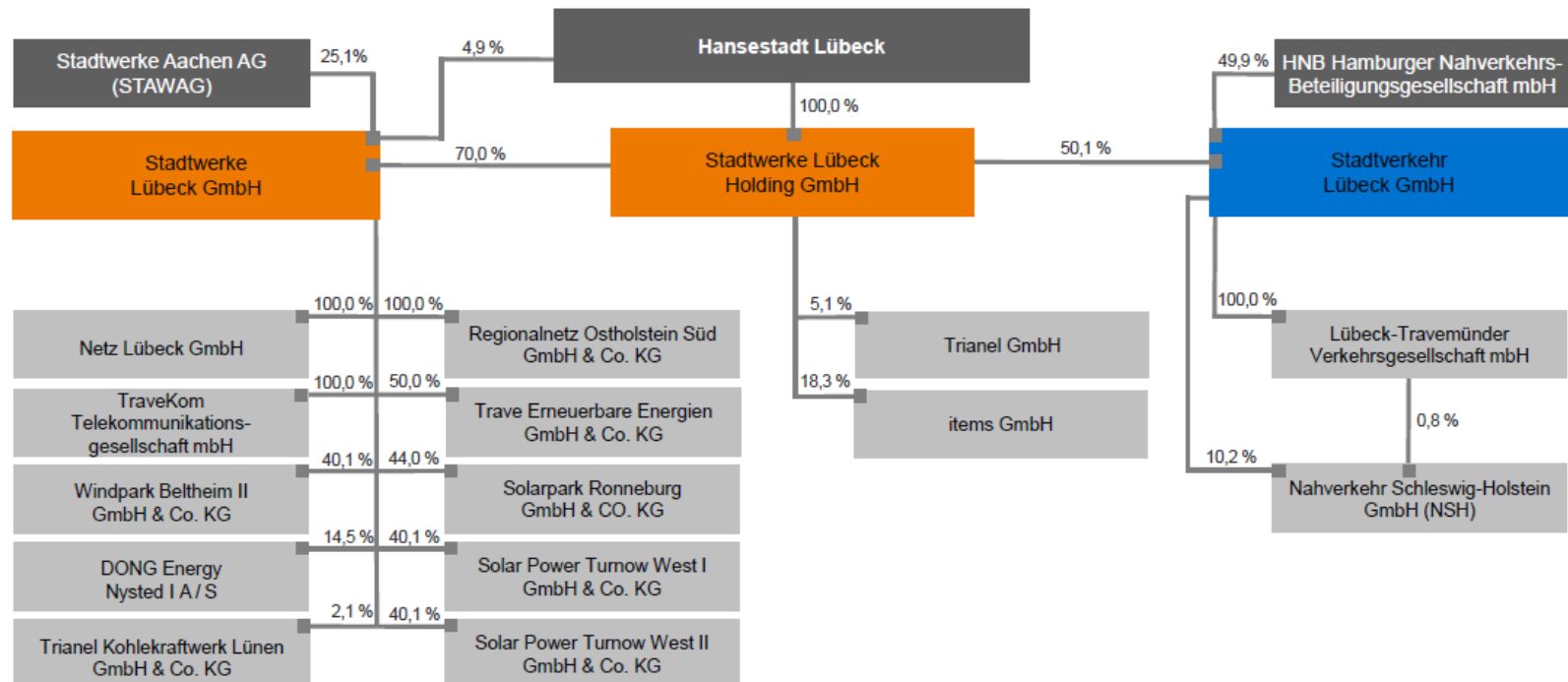
„Als Ausprägung des allgemeinen Rechtsstaatlichkeitsgrundsatzes der Neutralität gilt ein Mitwirkungsverbot von Personen, die dem Bieter nahe stehen, auf Seiten der vergabeleitenden Stelle aber auch über das förmliche Vergabeverfahren hinaus für Auswahlentscheidungen zur Vergabe von Wegenutzungsrechten (...). Geboten ist deshalb eine ausreichende personelle und organisatorische Trennung zwischen verfahrensleitender Stelle und Bieter (...).“

- Der Anwendungsbereich des § 5 KonzVgV und der potenziell erfasste Personenkreis geht nach seinem Wortlaut deutlich über § 22 GO hinaus.

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Beteiligungsstruktur Stadtwerke Lübeck Holding Konzern

Beteiligungsstruktur Stadtwerke Lübeck Holding Konzern



Stand: Januar 2017

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Handlungsempfehlung

Sofern ein Mitglied der Bürgerschaft selbst oder einer seiner Angehörigen bei

- der Stadtwerke Lübeck GmbH oder der Netz Lübeck GmbH (potenzielle Bieterinnen in den Konzessionsverfahren)
- der Stadtwerke Lübeck Holding GmbH oder der Stadtwerke Aachen AG (als Gesellschafterinnen der Stadtwerke Lübeck GmbH)

... als Mitglied in Geschäftsführung oder Aufsichtsrat vertreten ist oder

... gegen Entgelt beschäftigt oder beratend tätig ist oder

... aus anderen Gründen ein persönliches finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges besonderes Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang hat

darf bzw. sollte die betreffende Person im Interesse der Rechtssicherheit in keinem Fall bei den anstehenden Vergabeverfahren mitwirken.

Achtung: § 124 Abs. 1 Ziffer 5 GWB sieht für den Fall von Interessenkonflikten den Ausschluss des betroffenen Bieters vor, wenn andere Maßnahmen keine Abhilfe ermöglichen!

Hinweise und Maßnahmen zur Vermeidung von Verfahrensfehlern

Lösungsmöglichkeiten

1. Mitteilung über das Vorliegen von Ausschließungsgründen und Ausschließung der gemäß § 22 GO betroffenen Personen von den Sitzungen der Bürgerschaft und ihrer Ausschüsse zu den betreffenden TOPen, keine Zustellung der betreffenden Sitzungsunterlagen.

→ Problem, soweit Personen nicht von § 22 GO, aber von § 5 KonzVgV erfasst werden (insbesondere sog. „Doppelmandats-Fälle“): Ausschließung kann Verstoß gegen Mitwirkungsrechte der Mitglieder der Bürgerschaft bedeuten, weil gemäß § 22 GO kein Mitwirkungsverbot besteht und nicht abschließend feststeht, ob vorrangiges Bundesrecht (GWB, § 5 KonzVgV) auf Verfahren nach §§ 46 ff. EnWG anwendbar ist.
2. Bei Personen, die nicht von § 22 GO, aber von § 5 KonzVgV erfasst werden: Freiwilliger Verzicht der betroffenen Personen auf eine Mitwirkung im Rahmen der Bürgerschaft und ihrer befassten Ausschüsse, d.h.
 - a. keine Zustellung von Sitzungsunterlagen zu TOPen, die die Verfahren betreffen
 - b. keine Teilnahme an Sitzungen zu TOPen, die die Verfahren betreffen
 - c. Dokumentation von a. und b. in den betreffenden Sitzungsniederschriften→ U.E. rechtlich und praktisch vertretbare Lösung; die Umsetzung ist im Einzelnen noch abzustimmen.

Ihr Ansprechpartner



Henning Fischer

Rechtsanwalt

Partner

Rödl & Partner GbR

Kranhaus 1, Im Zollhafen 18

50678 Köln

Telefon: +49 (221) 949909-302

Telefax: +49 (221) 949909 - 900

henning.fischer@roedl.com



„Jeder Einzelne zählt“ – bei den Castellers und bei uns.

Menschentürme symbolisieren in einzigartiger Weise die Unternehmenskultur von Rödl & Partner. Sie verkörpern unsere Philosophie von Zusammenhalt, Gleichgewicht, Mut und Mannschaftsgeist. Sie veranschaulichen das Wachstum aus eigener Kraft, das Rödl & Partner zu dem gemacht hat, was es heute ist. „Força, Equilibri, Valor i Seny“ (Kraft, Balance, Mut und Verstand) ist der katalanische Wahlspruch aller Castellers und beschreibt deren Grundwerte sehr pointiert. Das gefällt uns und entspricht unserer Mentalität. Deshalb ist Rödl & Partner eine Kooperation mit Repräsentanten dieser langen Tradition der Menschentürme, den Castellers de Barcelona, im Mai 2011 eingegangen. Der Verein aus Barcelona verkörpert neben vielen anderen dieses immaterielle Kulturerbe.