

DOMBERT RECHTSANWÄLTE



„Energiebeschaffung – Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht“ ZAB Energie, Potsdam, den 11.06.2015

Rechtsanwalt Janko Geßner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Mangerstraße 26 | 14467 Potsdam | Tel.: 0331 - 62 04 270 | Fax: 0331 - 62 04 271 | post@dombert.de | www.dombert.de

DOMBERT RECHTSANWÄLTE



sechs Partner sowie 17 angestellte Rechtsanwälte

Prof. Dr. Matthias Dombert
Janko Geßner
Dr. Margarete Mühl-Jäckel, LL.M. (Harvard)
Dr. Helmar Hentschke
Prof. Dr. Klaus Herrmann
Dr. Daniela Schäfrich



DOMBERT RECHTSANWÄLTE



Verfassungsrecht

Energiewirtschaft

Recht der Erneuerbaren Energien
Energiewirtschaftsrecht

Planen und Bauen

Raumplanung, Bauleit- und
Fachplanungsrecht, Baurecht

Öffentlicher Dienst

Umweltrecht

Abfallwirtschaftsrecht | Agrar-, Forst- und
Jagdrecht | Emissionshandelsrecht
Immissionsschutzgesetz

Staat und Verwaltung

Gesundheitsrecht | Kommunalrecht | Recht
der Infrastruktur und der öffentl. Daseins-
vorsorge | Recht des öffentl. Dienstes
Schul-, Hochschul- und Prüfungsrecht
Verfassungsrecht | Vergaberecht

DOMBERT RECHTSANWÄLTE



Energie- und Vergaberecht: Verfahrensmanagement

- **Betreuung von Planverfahren (Regional-/ Bauleitplanung)**
- **Betreuung von Zulassungsverfahren (Industrie-, Energie- und sonstige Anlagen)**
- **Vergaberechtliche Beratung (Vergabeverfahren)**

Gliederung

- **Einführung und Grundsätze Vergaberecht**
- **Vergabeverfahren zur Energiebeschaffung**
- **Neues aus Brüssel und Berlin
(Vergaberichtlinien 2014 und Vergaberechtsmodernisierungsgesetz)**

Teil 1 Einführung und Grundsätze

Regelungsgegenstände Vergaberecht

- Wer ist bei der Auftragsvergabe an das Vergaberecht gebunden (**Anwendungsbereich**)?
- In welchem Verfahren hat die Auftragsvergabe stattzufinden hat (**Vergabeverfahren**)?
- Welche Rechte haben die Bieter ggf. bei einem Verstoß gegen das Vergaberecht (**Rechtsschutzmöglichkeiten**)?

Nationale Rechtsquellen

Bislang kein umfassendes „**Vergabegesetzbuch**“, sondern:

- **GWB** – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- **VgV** – Vergabeverordnung
- **SektVO** – Sektorenverordnung
- **VOB/A** – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
- **VOF** – Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
- **VOL/A** – Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
- **§ 55 BHO bzw. LHO** – Bundes(Landes)haushaltsordnung
- **VV zu § 55 BHO / LHO** – Verwaltungsvorschrift zur HO
- Weitere Vorschriften: insb. **§ 25a GemHV** und **§ 30 KomHKV**
- **Vergabegesetze der Länder**

Zweiteilung Vergaberecht

Unterschwellenbereich

- BHO / LHO
- VV-BHO /-LHO
- § 25a GemHV (Bbg.)
- § 30 KomHKV (Bbg.)
- VOB/A (1. Abschnitt)
- VOL/A (1. Abschnitt)
- Vergabegesetz Land

Oberschwellenbereich

- GWB
- VgV
- SektVO
- VSVgV
- VOB/A (EG - 2. Abschnitt)
- VOF
- VOL/A (EG - 2. Abschnitt)
- Vergabegesetz Land

Schwellenwerte (§ 2 VgV und RL)

- **Liefer- und Dienstleistungsaufträge:**
 - Gesamt: **207.000 €**
 - Für oberste und obere Bundesbehörden: **134.000 €**
- **Baufträge: 5.186.000 €**
- **Sektoren- bzw. Verteidigungsbereich: 414.000 €**
- **(zukünftig: soziale Dienstleistungen 750.000 €)**
- **maßgeblich: geschätzter Auftragswert**
- **Nicht zu verwechseln mit „Wertgrenzen“**

Vergabegrundsätze

- Transparenzgebot
- Wettbewerbsgrundsatz
- Gleichbehandlungsge- bzw. Diskriminierungsverbot
- Berücksichtigung mittelständischer Interessen
- Auftragsvergabe an qualifizierte Unternehmen
- Wirtschaftlichkeitsgebot

Teil 2 Vergabeverfahren zur Energiebeschaffung

Anwendungsbereich

Vergaberecht (Anwendungsbereich) ist zu beachten, wenn

1. ein öffentlicher Auftraggeber (persönlich)
2. einen öffentlichen Auftrag (sachlich)
3. oberhalb bestimmter Wertgrenzen (welche Vorschriften gelten?)
vergeben will.

Öffentlicher Auftraggeber

- Klassische Auftraggeber: Bund, Länder, Kommunen
- funktionaler Auftraggeber: § 98 Nr. 2 GWB -> z.B. bestimmte kommunale Eigengesellschaften
- Sektorenauftraggeber:
 - nach Tätigkeit, z.B. Wasser-, Energie- oder Verkehrsversorgung
 - Beschaffung von Energie durch Stadtwerke?
§100 b Abs. 2 Nr. 3 GWB: keine Ausschreibung

Öffentlicher Auftrag? - Energierechtliche Vertragsbeziehungen

- gesellschaftsrechtliche Trennung von Netzbetrieb und Vertrieb der Energie (Unbundling)
- bedeutet für Vertragsbeziehung
 - Netzanschlussvertrag (Grundstücks- / Gebäude-eigentümer <-> Netzbetreiber)
 - Netznutzungsvertrag (Endkunde <-> Netzbetreiber)
 - Energieliefervertrag (Endkunde <-> Energielieferant)
- Vollversorgung (All-inclusive): Energielieferung und Netznutzung (Bevollmächtigung) in einem

Öffentlicher Auftrag

§ 99 GWB:

... entgeltliche Verträge ... über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben ...

- Lieferaufträge: Verträge zur Beschaffung von Waren
- dazu gehören: Bezug von Strom, Gas oder Wärme
- grds. ausschreibungspflichtig

Ausnahmen 1 – Vertragsverlängerung

- automatische Verlängerungsklauseln oder Ausübung von Optionsrechten irrelevant, wenn im Ursprungsvertrag bereits enthalten und bestimmt genug (z.B. Verlängerungszeitraum)
- bloßes Untätigbleiben (durch Nichtkündigung) kein Beschaffungsvorgang
- anders: Erklärungen beider Parteien notwendig

Ausnahmen 2 – Vertragsänderung

- wesentliche Vertragsänderungen: neues Vergabeverfahren erforderlich
- bislang nicht gesetzlich geregelt (zukünftig: § 132 GWB-E mit Ausnahmeregeln)
- wesentlich z.B.: Ausweitung des Auftragsumfangs (Bezugsmenge), Änderungen der Preise (wenn nicht im Ursprungsvertrag vorgegeben -> Preisgleitung), neuer Auftragnehmer

Ausnahmen 3 – Inhouse-Geschäft

- bislang nicht gesetzlich geregelt (zukünftig: § 108 GWB-E): Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium
- Bezug von Energie für die kommunalen Liegenschaften über die (eigenen) Stadtwerke? strittig: Wesentlichkeitskriterium: mehr als 80 % der Tätigkeit müssen für Kommune erfolgen – gehört Versorgung der Bürger zu den 80 %?
- ablehnend: OLG Hamburg, 14.12.2010, bejahend: StGB

Schwellenwert erreicht? Auftragswert

- geschätzter Auftragswert (§ 3 VgV)
- Gesamtvergütung (netto) für die vorgesehene Leistung (einschließlich Vertragsverlängerungsoptionen): -> Energielieferentgelte während Laufzeit
- Ausgangspunkt: letzte Jahresabrechnungen der Energielieferung für alle auszuschreibenden Abnahmestellen multipliziert mit Regellaufzeit und Verlängerungsoptionen für maximal vier Jahre (z.B. drei Jahre fix mit jeweils einjähriger Verlängerungsoption = vier Jahre)

Schwellenwert erreicht? Auftragswert

- bei Vollversorgungsvertrag: alle Bestandteile des Energiepreises (Entgelt für Lieferung und Abrechnung, Netznutzung, Umlage nach StromNEV, Offshore-Haftungsumlage, EEG-Umlage, Stromsteuer, etc.)
- nur Energielieferung: Entgelte des Netzbetreibers nicht einzurechnen, d.h. Lieferentgelt, EEG-Umlage und Stromsteuer
- Modell StGB Brandenburg: Vollversorgung (nur ein Vertrag, nur ein Vertragspartner)

Schwellenwert erreicht? Auftragswert

- Umgehungs- und Aufteilungsverbot: Wert der Lieferung darf nicht absichtlich gering geschätzt werden und Auftrag darf nicht (allein) in der Absicht geteilt werden, um Schwellenwert zu unterschreiten -> z.B. Ausschreibung jeweils nur für bestimmte Abnahmestellen
- losweise Vergabe: alle Lose zusammenrechnen
- Rahmenvertrag: Gesamtwert aller für die Laufzeit des Rahmenvertrags geplanten Einzelaufträge

Vergabeverfahren

Unterschwellenbereich

- Öffentliche Ausschreibung
- Beschränkte Ausschreibung
 - mit Teilnahmewettbewerb
 - ohne Teilnahmewettb.
- Freihändige Vergabe

Oberschwellenbereich

- Offenes Verfahren
- Nicht offenes Verfahren
- Verhandlungsverfahren
- Wettbewerblicher Dialog
(Elektronische Auktion)
(Dynamisches elektronisches Verfahren)

Stufenfolge

- Öffentliche Ausschreibung und offenes Verfahren sind (noch) der **Regelfall**
- (zukünftig: Gleichstellung von offenem und nicht offenem Verfahren -> § 119 Abs. 2 GWB-E)
- andere Verfahrensart nur dann zulässig, wenn gesetzlicher Ausnahmetatbestand vorliegt
- Energiebeschaffung: regelmäßig im offenen Verfahren

Wertgrenzen als Ausnahmetatbestand

- Unterschwellenbereich: Wertgrenzen für Auswahl der Verfahrensart in der Praxis sehr wichtig
- z.B. Brandenburg: bei Lieferungen beschränkte oder freihändige Vergabe zulässig, wenn geschätzter Auftragswert (netto) 100.000 € nicht überschreitet
- Rundschreiben vom 17.03.2011: Wert bezieht sich auf jedes Einzellos
- -> mehrere Lose möglich, die jeweils 100.000 € und zusammen 207.000 € nicht erreichen

Offenes Verfahren

- förmliches Verfahren nach festen Vorgaben und Schrittfolgen
- Keine Beschränkung des Bieterkreises
- möglichst großer – europaweiter – Wettbewerb
- (Energie)Stromlieferung: in Form der elektronischen Auktion durchführbar (VK Lüneburg, Beschluss vom 10.05.2011 – VgK-11/11)

Ablauf offenes Vergabeverfahren - 1

1. Vorbereitung und Konzeption	z.B. Zeitplan, Kündigung bestehender Verträge, Datenerfassung für auszuschreibende Abnahmestellen -> etwa 1 Monat
2. Erstellung der Vergabeunterlagen, Vergabebe- kanntmachung	Unterlagen (Aufforderung zur Angebotsabgabe, Angebotsschreiben, Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen), Veröffentlichung im Supplement zum EU-Amtsblatt, Vergabeplattform -> etwa 1 Monat
3. Angebotsphase	Beantwortung von Bieteranfragen, Rügen, Angebotsabgabe -> 52 Tage (verkürzbar bei elektronischer Bekanntmachung)

Einzelfragen: Kündigung

- Prüfung aller bisherigen bzw. noch laufender Energielieferverträge: Ablauf der vereinbarten (Fest-)Laufzeit oder Kündigungsmöglichkeit
- teilweise unterschiedlich lange Kündigungsfristen!
- aus Beendigungszeitpunkt ergibt sich Lieferbeginn für Ausschreibung: wenn vereinzelte Abnahmestellen längere Laufzeit aufweisen als der Großteil -> Hinweis in den Vergabeunterlagen auf späteren Lieferbeginn, damit einheitliche Vergabe möglich ist

Einzelfragen: Typisierung der Abnahmest.

- Unterscheidung der Abnahmestellen nach technischen Merkmalen: Netzebene und jeweils installierte Messeinrichtung
- Stromlieferung aus MS-Netz / Umspannung Mittel-/Niederspannung: registrierende Lastgang-Zähler für Leistungs- und Verbrauchswerte
- NS-Netz: Standard-Lastprofile
- Typisierung in Leistungsbeschreibung

Einzelfragen: Losbildung bei Strom

- Mittelstandsförderung -> Bildung von Fach- und Teillosen
- Fachlose nach technischen Merkmalen der Abnahmestellen-Typen, z.B.:
 - Sondervertrags-Abnahmestellen mit registrierender Leistungsmessung
 - Tarif-Abnahmestellen mit Standard-Lastprofilen
 - Straßenbeleuchtung
- Teillose: Liefermenge von 10-20 Mill. kWh pro Jahr, mindestens 5 Mill. kWh (unwirtschaftl. Zersplitterung)

Ablauf offenes Vergabeverfahren - 2

4. Prüfung und Wertung der Angebote	Submission, Angebotsprüfung, ggf. Aufklärungsgespräche (nicht: Verhandlung!), Angebotswertung -> etwa 1 Monat
5. Entscheidung und ggf. Gremienbeteiligung	Vergabevorschlag, Beschlussfassung -> etwa 1 Monat
6. Vorinformation nicht berücksichtigter Bieter	Wartefrist einhalten, ggf. Beantwortung von Rügen -> etwa zwei Wochen
7. Zuschlagserteilung	Zuschlagsschreiben und Ausfertigung Energieliefervertrag -> etwa drei Tage
8. Bekanntmachung über vergebenen Auftrag und Lieferbeginn	Veröffentlichung im Supplement zum EU-Amtsblatt, Vergabeplattform, Fertigstellung Vergabevermerk, Anmeldung bei Netzbetreiber -> etwa 3 Wochen

Wichtige Fristen / Termine

Fristgrund	Fristdauer
Angebotsfrist	Mindestens 52 Tage, gerechnet von Absendung der Bekanntmachung (verkürzbar bei elektronischer Kommunikation)
Versendung der Vergabeunterlagen	Innerhalb von sechs Tagen nach Anforderung
Auskünfte	Spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist
Vorinformation	Mindestens 15 Tage (10 bei Faxversendung) vor Zuschlag
Bekanntmachung	Spätestens 48 Tage nach Zuschlagserteilung
Lieferbeginn	Anmeldung durch neuen Lieferanten beim Netzbetreiber 10 Tage Mindestfrist, empfehlenswert etwa 6 Wochen nach Zuschlag

Einzelfragen: Länge der Bindefrist

- Energielieferung (vor allem Strom): dynamischer Markt
- Bindefrist: Bieter an Angebote gebunden -> bei langer Bindefrist Preisrisiken durch Aufrechterhaltung der Strompreise
- Bieter: Absicherung durch Kaufoptionen, die er einpreist
- Daher: Bindefrist so kurz wie möglich
- Möglichkeit der Indizierung der Angebotspreise bis kurz vor Zuschlag
- Aber: Festpreise für Vertragslaufzeit

Gemeinsame Ausschreibung mehrerer AG

- in der Praxis bedeutsam: Bündelausschreibung -> regionale Poolung
- Bündelung von Objekten mehrerer Kommunen: Mengeneffekte, Lastoptimierung, Verfahrensvereinfachung
- Beteiligung kleiner und mittlerer Anbieter durch Regionallose (Mengenlose) bzw. Fachlose

Ökostrom-Beschaffung

- Vergaberechtlich zulässig
- in verschiedenen Vergabephasen möglich:
 - Anforderungen an Eignung der Bieter
 - Anforderungen an Auftragsgegenstand „Ökostrom“
 - Zuschlagskriterium „THG-Minderung“ neben Preis
 - Anforderungen an Auftragsdurchführung (Vertrag)

Ökostrom - Auftragsgegenstand

- Lieferung von 100 % (... %) Strom ausschließlich aus EE
- Stromlieferung aus eindeutig beschriebenen und identifizierbaren Stromerzeugungsanlagen
- Zeitlich bilanzierte Ökostromlieferung (ausgeglichene Energiebilanz innerhalb eines Jahres)
- Rechnerische THG-Minderung durch Stromlieferung aus Neuanlagen

Arbeitshilfen z.B.

- Musterunterlagen StGB Brandenburg
- Umweltbundesamt:
 - „Arbeitshilfe zur Durchführung einer europaweiten Ausschreibung der Stromlieferung“
 - „Arbeitshilfe für eine europaweite Ausschreibung der Lieferung von Ökostrom im offenen Verfahren“
 - Mustervergabeunterlagen

Teil 3 Neues aus Brüssel und Berlin

Neue Vergaberichtlinien

- Richtlinie 2014/24/EU: „klassische“ öffentliche Auftragsvergabe
- Richtlinie 2014/25/EU: Sektorenauftragsvergabe
- Richtlinie 2014/23/EU: Konzessionsvergabe
- => Umsetzungsfrist: 18. April 2016 (verpflichtende elektronische Vergabe bis 18.10.2018)

Umsetzung in Deutschland

- Anfang Mai 2015: Entwurf Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
 - Herbst 2015: Gesetzgebungsverfahren Bundestag und Bundesrat
 - Herbst 2015: Entwurf der Vergabeverordnungen
 - März 2016: Inkrafttreten
- > größte Novellierung seit 10 Jahren

Ziele des Modernisierungsgesetzes

- Grundsatz „Eins zu Eins“-Umsetzung
- Anwenderfreundliches, einfaches Vergaberecht
- Bürokratieabbau
- mehr Rechtssicherheit, insbesondere durch Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung
- Erhaltung kommunaler Spielräume
- Berücksichtigung strategischer Ziele bei der Vergabe

Neue Struktur des Vergaberechts

- GWB enthält zukünftig u.a.:
 - allgemeine Grundsätze, Vergabearten, Ausschlussgründe für Bieter, Eignungsanforderungen und Zuschlagskriterien
 - Regelungen für Aufträge und Konzessionen
 - Konkretisierung durch Vergabeverordnungen
- VOL/A (Oberschwellenbereich) und VOF werden in der Vergabeverordnung integriert
- VOB/A 2. Abschnitt bleibt

Vergabeverfahren

- Gleichrangigkeit von offenem und nicht offenem Vergabeverfahren für alle Aufträge
- Bei sozialen und besonderen Dienstleistungen Wahlfreiheit zwischen allen Verfahrensarten
- Definition der elektronischen Auktion
- Neu: Innovationspartnerschaft
- Grundsatz der elektronischen Kommunikation (verpflichtende eVergabe bis 2018 einzuführen)

Nachhaltige und innovative Beschaffung

- Sogenannte strategische Ziele (ökologisch, sozial, innovativ) grds. in jeder Verfahrensphase möglich:
 - (Eignung)
 - Leistungsbeschreibung
 - Zuschlagskriterien
 - Ausführungsbedingungen
- auftragsbezogen: auch, wenn sich die Kriterien auf Prozesse zur Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung bzw. den Handel mit der Leistung beziehen

Eignung

- Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigen-
erklärung (EEE):
 - ausschließlich in elektronischer Form
 - müssen vom AG akzeptiert werden
- neu: obligatorischer Ausschluss u.a. bei Nicht-Bezahlen
von Steuern oder Abgaben
- neu: fakultativer Ausschluss u.a. bei bei erheblicher
Schlechtleistung in vorherigen Aufträgen
- neu: Vorgaben zur „Selbstreinigung“ von Unternehmen

Interkommunale Kooperation - 1

Vertrag zwischen öffentlichen AG vergabefrei, wenn:

- Zusammenarbeit zur Erreichung gemeinsamer
Ziele
- Zusammenarbeit ausschließlich durch öffentliche
Interessen bestimmt
- beteiligte AG erbringen auf dem offenen Markt
weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit
erfassten Tätigkeiten

Interkommunale Kooperation - 2

- keine bestimmte Rechtsform vorgeschrieben
- Dienstleistungen müssen nicht identisch sein, können sich ergänzen
- ausreichend: Beitrag zur Aufgabenerfüllung; nicht jeder AG muss wesentliche Pflichten erfüllen
- 20 %-Schranke für Tätigkeit auf dem offenen Markt
-> „Fremdgeschäft“ relevant, nicht eigene Aufgabe

Inhouse-Vergabe - 1

- Kontrollkriterium: ausschlaggebender Einfluss sowohl auf strategische Ziele als auch wesentliche Entscheidungen des Unternehmens
- auch gestufte Kontrolle (Konzernstruktur)
- Beteiligung Privater bei AN ausnahmsweise, bei AG dagegen zulässig

Inhouse-Vergabe - 2

- Wesentlichkeitskriterium: 80 % der Tätigkeit müssen zur Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen der AN durch AG oder von diesem kontrollierte Unternehmen („Schwester-Beauftragung“) betraut wurde
- quantitativer Maßstab entscheidend

Inhouse-Vergabe - 3

- inverse Inhouse-Vergabe: Bottom-Up-Vergabe an das kontrollierende Unternehmen und Direktbeauftragung verbundener Unternehmen (Schwestergesellschaften) zulässig
- Beauftragung durch mehrer AG gemeinsam beherrschter Unternehmen zulässig, aber u.a. in Leitungsorgan Vertreter aller beteiligten AG erforderlich

Vertragsänderungen

- ausdrückliche gesetzliche Regelung
- u.a. Geringfügigkeitsschwelle: Wert der Änderung
 - überschreitet für sich nicht Schwellenwerte und
 - beträgt maximal 10 % (bei Lieferung/Dienstleistung) bzw. 15 % (Bauleistung) des Auftragswertes
- mehrere nachfolgende Änderungen: Gesamtwert



**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**

Für Rückfragen wenden Sie sich bitte an
Rechtsanwalt Janko Geßner

Mangerstraße 26
14467 Potsdam
Tel.: 0331 - 62 04 270
Fax: 0331 - 62 04 271
post@dombert.de
www.dombert.de