

**Vergabevermerk
Stadt Ulm**

Stadt Ulm

Fernwärmekonzession zur Versorgung des Stadtgebiets Ulm

**Vergabevermerk
(entsprechend § 24 VOL/A-EG)**

Stand: 01.07.2013

1 Allgemeine Angaben

Auftraggeber	Stadt Ulm Donausstr. 5 89073 Ulm
Tel. Nr.	0731/1612219
Bearbeiter	Fr. Schwartz/Herr Ziegler
Leistung	Vergabe einer Fernwärmekonzession
Vergabe	- Unterfällt nicht den Vergaberechtsrichtlinien
Sachverständige Beratung	- Rödl & Partner GbR, Äußere Sulzbacher Straße 100, 90491 Nürnberg (rechtliche Beratung) - Es besteht keine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an der Vergabe

2 Rechtliche Einordnung/ Zeitplanung

Nach der rechtlichen Einschätzung der Vergabestelle kann der Auftrag im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne öffentliche Vergabebekanntmachung erfolgen (sh dazu. die rechtliche Begründung unter Ziffer 3.) sowie das Rechtsgutachten von Rödl & Partner (**Anlage 1**).

Zur zusätzlichen rechtlichen Absicherung und weil die Vergabestelle grundsätzlich aus rechtlichen Erwägungen sowie nach politischer Maßgabe größtmögliche Transparenz in ihren Verfahren herstellt, soll dennoch eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger entsprechend der Vorschrift des § 46 Abs. 3 EnWG erfolgen (zur Veröffentlichung im Bundesanzeiger sh. **Anlage 2**). Im Jahre 2011/2012 hatte die FUG ca. 2800 Versorgungskunden, so dass eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger sachgerecht ist.

Der Vergabevermerk wird entsprechend der Reaktion auf die Aufforderung zur Interessenbekundung im Bundesanzeiger fortgesetzt bzw. ergänzt werden.

3 Anwendbarkeit des § 3 Abs. 4 VOL/A - EG

Die Stadt ist aufgrund nachfolgender Erwägungen unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Vergabe direkt ohne Bekanntmachung an die FUG erfolgen könnte.

In den Vergabe- und Vertragsordnungen sind für bestimmte Fälle Ausnahmen von der Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens vorgesehen (z. B. § 3 Abs. 4 lit. c) VOL/A-EG). Diese Ausnahmen greifen auch für Vertragsanpassungen oder -verlängerungen. Wäre eine Neuvergabe vergabefrei, muss dies für eine Vertragsanpassung ebenfalls gelten. Dies ist der Fall, wenn die Leistungen ohnehin nur von einem bestimmten Auftragnehmer erbracht werden kann.

Gemäß § 4 Abs. 1 VgV haben Auftraggeber nach § 98 GWB bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Bestimmungen des 2. Abschnittes der VOL/A zu berücksichtigen. Nach § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG können Auftraggeber einen Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung vergeben, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann. Zu diesen Ausschließlichkeitsrechten zählen auch das Eigentum und eigentumsähnliche Rechte. Die Voraussetzungen der Bestimmung sind erfüllt, wenn der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf nur mit dem nämlichen Eigentum oder jedenfalls unter dessen Zuhilfenahme decken kann (OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.08.2011, Az.: 11 Verg 3/11, BechRS 2011, 24232, S. 13).

In diesen Fällen ist die Verknüpfung des Auftrages mit einem bestimmten Unternehmen eine rechtliche Notwendigkeit bzw. bildet das Ausschließlichkeitsrecht ein rechtliches Hindernis bei der Vergabe an ein anderes Unternehmen. Diese Konstellation ist nach Einschätzung der Stadt auch vorliegend gegeben. Die Stadt Ulm kann sich darauf berufen, dass der Konzessionsvertrag nur mit der FUG abgeschlossen werden kann, da nur sie als Eigentümerin (Vermögenswerte nach Bilanz zum 30.11.2011/2012) über die technischen Einrichtungen zur Fernwärmeversorgung im Gebiet der Stadt Ulm verfügt, so dass die Stadt insoweit auf einen Vertrag mit ihr angewiesen ist.

Das OLG Frankfurt hat insoweit in seiner Entscheidung vom 30.08.2011 (s.o.) ausdrücklich festgestellt, dass das Eigentum am Versorgungsnetz ein ausschließliches Recht i.S.d. § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG darstellt. Auch der Einwand, dass die Stadt die Gesellschaft zwingen könnte ev. einen Pachtvertrag mit einem Dritten abzuschließen, kann auf Grundlage der Rechtsprechung des OLG Frankfurt zurückgewiesen werden. Die Kommune muss dies über ihre Gesellschaftsrechte nicht durchsetzen. Ein Auftraggeber ist weder berechtigt noch verpflichtet, sich durch nachteilige Weisungen zugunsten Dritter im Konzernverbund über bestehende Verträge hinwegzusetzen. Insoweit verfügt die FUG nicht nur über das Eigentum am Versorgungsnetz als ausschließliches Recht, sondern auch über die Zuweisung dieser Aufgabe im „Konzernverbund“ durch den Gesellschaftsvertrag. Daher kann die Stadt u.E. auch nicht gezwungen sein, das Eigentum am Netz an sich selbst zurück zu fordern.

Eine Ausschreibungspflicht ergibt sich nach Einschätzung der Stadt auch nicht unmittelbar aus dem Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB oder dem Diskriminierungsverbot nach § 97 Abs. 2 GWB. So könnte als Maßstab herangezogen werden, dass bei Konzessionsverträgen für Strom und Gas die Laufzeit auf 20 Jahre begrenzt (§ 46 Abs. 2 S. 1 EnWG, zuvor § 13 Abs. 2 S. 1 EnWG 1998, davor § 103a Abs. 1 S. 1 GWB i.d.F. der 4. GWB-Novelle 1980) ist. Weiterhin wird etwa auch vertreten, dass Maßstab für die Annahme eines Verstoßes bei Nichtausschreibung oder Beendigung langfristiger Verträge der Grad der Unwirtschaftlichkeit der Weiterführung dieser Verträge sein könnte (Klenk, Probleme bei der Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, S. 89 ff.). Zum Einen gelten die Regelungen des EnWG für Fernwärmeverträge aber nicht. Zum Anderen trifft § 3 Abs. 4 VOL/A EG als

Vergabevermerk Stadt Ulm

Spezialnorm eine Regelung, welche eine Ausnahme von der Regel der Bezuschlagung des wirtschaftlichsten Angebots im Wettbewerb begründet.

Der Vorschlag für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe vom 20.12.2011 ist noch kein geltendes Recht.

Ergebnis: Das Eigentum der FUG am Versorgungsnetz ist ein ausschließliches Recht, dass eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb unmittelbar an die Gesellschaft erlaubt.

Vor dem Hintergrund der grundsätzlich transparenten Vergabepaxis der Stadt sowie zur Minimierung des Restrisikos einer abweichenden Entscheidung eines Gerichts soll dennoch eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger erfolgen.

4 Bekanntmachung im Bundesanzeiger/ Fortschreibung des Vergabevermerks

Zu weiteren Sicherstellung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens soll eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger entsprechend der Vorschrift des § 46 Abs. 3 EnWG (bei Verkürzung der Vorlaufzeit) erfolgen. Die Bekanntmachung erfolgt am_____.

Um eine Informationsgleichheit für ev. Interessenten gewährleisten zu können, wird die FUG zur Auskunft über die maßgeblichen Daten aufgefordert, die sämtlichen anfragenden Bietern transparent mitzuteilen sind, um eine indikative Preiskalkulation zu ermöglichen.

Dieser Vergabevermerk wird in der Folgezeit nach Veröffentlichung im Bundesanzeiger fortgesetzt werden, um das gesamte Verfahren zu dokumentieren.

Ersteller	Datum/Unterschrift
Stadt Ulm	