



Sachbearbeitung	ZSD/F - Finanzen und Beteiligungen		
Datum	24.04.2020		
Geschäftszeichen	ZSD/F-B HS/Wo		
Vorberatung	Hauptausschuss	Sitzung am 18.06.2020	TOP
Beschlussorgan	Gemeinderat	Sitzung am 24.06.2020	TOP
Behandlung	öffentlich		GD 152/20

---

Betreff: Konzessionsvergabeverfahren für Strom, Gas und Wasser

Anlagen: Anlage 1 - Bekanntmachung im EU-Amtsblatt und Bundesanzeiger

**Antrag:**

1. Die Verwaltung wird beauftragt, die Konzessionsvergabeverfahren Strom, Gas und Wasser diskriminierungsfrei und transparent jeweils getrennt nach den Sparten Strom, Gas und Wasser unter Beachtung der jeweils maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen entsprechend der Sachdarstellung in die Wege zu leiten und durchzuführen.
2. Die Verwaltung wird beauftragt, die Konzessionsvergabeverfahren Strom, Gas und Wasser nach den jeweiligen vergaberechtlichen Rahmenbedingungen auszugestalten. Die Entscheidung über die Festlegung und Gewichtung der jeweiligen Auswahlkriterien sowie die jeweilige Auswahlentscheidung bleiben dem Gemeinderat vorbehalten.
3. Die Festlegung und Gewichtung der jeweiligen Auswahlkriterien für die drei Konzessionsvergabeverfahren, sowie die jeweilige Auswahlentscheidung für den Konzessionsvertrag Strom, für den Konzessionsvertrag Gas und für den Konzessionsvertrag Wasser wird dem Gemeinderat zur Beschlussfassung vorgelegt.

Heidi Schwartz

---

Zur Mitzeichnung an:	Bearbeitungsvermerke Geschäftsstelle des Gemeinderats:	Eingang OB/G
BM 1, BM 3, C 3, EBU, FW, GM, KOST2020, LI, OB, R 3, SAN, SUB, SUB V, TG, VGV, VGV/VI		
_____	Versand an GR _____	
_____	Niederschrift § _____	
_____	Anlage Nr. _____	

## Sachdarstellung:

Zusammenfassende Darstellung der finanziellen Auswirkungen

---

<b>Finanzielle Auswirkungen:</b>	<b>ja</b>
Die Stadt Ulm erhält jährlich eine Konzessionsabgabe aus dem Konzessionsvertrag für Strom, Gas und Wasser in Höhe von insgesamt ca. 7,1 Mio. € (RE: 2019). Der bestehende Konzessionsvertrag läuft zum 31.12.2022 aus und ist neu zu vergeben.	
<b>Auswirkungen auf den Stellenplan:</b>	<b>nein</b>

---

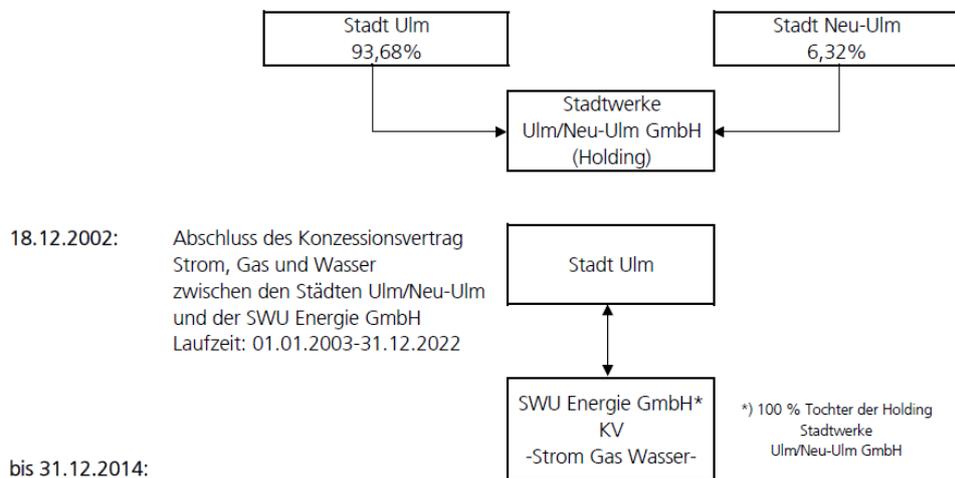
### 1. Ausgangslage

Zwischen der Stadt Ulm und der SWU Energie GmbH wurde im Jahre 2003 ein Konzessionsvertrag über die Versorgung mit Strom, Gas und Wasser abgeschlossen. Dieser Konzessionsvertrag hat eine Laufzeit bis zum 31.12.2022.

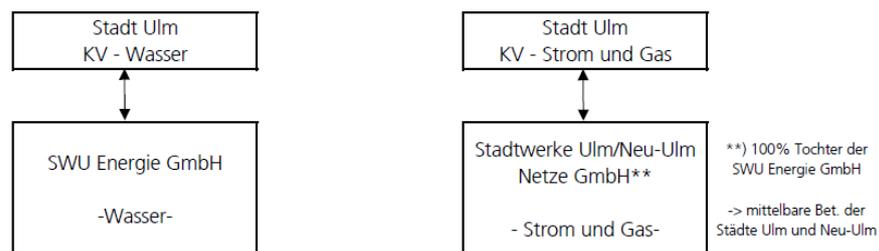
Die Bereiche Strom und Gas wurden mit Wirkung zum 01.01.2015 auf die Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm Netze GmbH ausgegliedert. Der Bereich Wasser verblieb bei der SWU Energie GmbH (siehe Schaubild).

Konzessionsvertrag Strom, Gas und Wasser  
Laufzeit bis 31.12.2022

Die SWU Stadtwerke Ulm/ Neu-Ulm GmbH (Holding) ist eine 100% kommunale Tochter der Stadt Ulm (93,68%) und der Stadt Neu-Ulm (6,32 %).



ab 01.01.2015: Übernahme des Strom- und Gasnetz durch die Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm Netze GmbH



An der SWU Energie GmbH ist die SWU Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm GmbH mit 100 % beteiligt. An der SWU Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm GmbH ist die Stadt Ulm mit 93,68 %, die Stadt Neu-Ulm mit 6,32 % beteiligt. An der Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm Netze GmbH wiederum ist die SWU Energie GmbH mit 100 % beteiligt.

Es ist darüber zu entscheiden, welche Schritte hinsichtlich des Neuabschlusses der künftig nach Sparten getrennten Konzessionsverträge für Strom, für Gas und für Wasser zu unternehmen sind.

## **2. Sachdarstellung**

Wesentlicher Gegenstand eines Konzessionsvertrages ist die Einräumung von Wegenutzungsrechten an den öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen im Gemeindegebiet durch die Stadt Ulm zur Verlegung von Versorgungsanlagen. Aufgrund kartellrechtlicher Vorschriften ist für jedes Medium bzw. jede Sparte, d.h. für Strom, für Gas und für Wasser, künftig ein separater Konzessionsvertrag abzuschließen. Die Stadt Ulm hat als Eigentümerin der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze eine marktbeherrschende Stellung auf dem Angebotsmarkt für Wegenutzungsrechte. Je nachdem, ob diese Wegenutzungsrechte für die Verlegung und den Betrieb von Strom-, Gas- oder Wasserleitungen eingeräumt werden, liegt ein unterschiedlicher sachlicher Markt vor. Dementsprechend sind die Konzessionsverträge für die verschiedenen Medien bzw. Sparten separat zu betrachten und zu behandeln. Für die Verfahren zum Abschluss eines Konzessionsvertrages für Strom und für Gas gelten zudem andere Anforderungen und rechtliche Rahmenbedingungen als für einen Konzessionsvertrag Wasser.

## **3. Konzessionsverträge für Strom und für Gas**

### **3.1 Rechtlicher Rahmen für die Sparten Strom und Gas**

Die Stadt ist von Gesetzes wegen verpflichtet, Konzessionsvergabeverfahren für den Abschluss von Wegenutzungsverträgen für das Betreiben des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet durchzuführen.

Städte und Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen Strom und Gas als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts und haben dabei eine marktbeherrschende Stellung, da nur sie die entsprechenden Wegenutzungsrechte im Gemeindegebiet einräumen können (vgl. Bundesgerichtshof (BGH), Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 – Stromnetz Berkenthin, Rn. 19 ff. mit weiteren Nachweisen.).

Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und § 46 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen.

Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG - Gewährung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht - konkretisieren, vgl. § 46 Abs. 4 EnWG. Es soll derjenige (neue) Netzbetreiber ermittelt werden, der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, beim Netzbetrieb eine sichere,

preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas zu gewährleisten (BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 – Stromnetz Berkenthin, Rn. 38). Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt im Sinne des Kartellrechts eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind. Ein dennoch abgeschlossener Konzessionsvertrag ist nichtig.

Das Auswahlverfahren muss dabei so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht.

Bezüglich der Einzelheiten zur Vergabe und dem Abschluss von Konzessionsverträgen Strom und Gas ist vom Gesetzgeber ein lückenhafter Regelungsrahmen vorgegeben. § 46 EnWG enthält rudimentäre Regelungen zum Konzessionsvergabeverfahren, welche durch die Rechtsprechung und Behördenpraxis unter Rückgriff auf Kartellrecht und europäisches Primärrecht (ranghöchstes Recht innerhalb der EU) weiter ausdifferenziert wurden. Wesentliche Eckpunkte in rechtlicher Hinsicht sind:

- Das formelle Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB (hierzu zählen u.a. Transparenz, Einhaltung der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit, Wettbewerbsgebot, Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot) findet keine Anwendung, jedoch ist das Konzessionsvergabeverfahren durch die Rechtsprechung mehr und mehr einem formellen Vergabeverfahren angenähert.
- Es ist ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren unter Achtung des Grundsatzes des Geheimwettbewerbs (keine Absprachen unter den Bietern) und des Neutralitätsgebotes durchzuführen.
- Das Auslaufen des Konzessionsvertrages muss im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden, um insoweit einen Wettbewerb zu eröffnen (vgl. § 46 Abs. 3 EnWG). Bei Binnenmarktrelevanz ist zusätzlich eine Bekanntmachung im EU-Amtsblatt erforderlich. Binnenmarktrelevanz bedeutet, dass die Erteilung eines öffentlichen Auftrags für Bewerber aus dem EU-Binnenmarkt interessant sein kann. Dies kann bejaht werden, da die Entfernung des Gemeindegebiets der Stadt Ulm z.B. zur österreichischen Grenze in diesen Bereich fällt.
- Der Stadt Ulm müssen durch den bisherigen Konzessionsvertragspartner die relevanten Netzdaten zur Verfügung gestellt werden (vgl. § 46a EnWG), damit abgeschätzt werden kann, welchen technischen Zustand und welchen wirtschaftlichen Wert das Netz hat.
- Den Interessenten müssen durch die Stadt Ulm die für eine Bewerbung relevanten Daten zum örtlichen Energieversorgungsnetz zugänglich gemacht werden (vgl. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG). Dies kann gegen Zeichnung einer Vertraulichkeitsvereinbarung (Vereinbarung welche das Stillschweigen über Verhandlungen, Ergebnisse und vertrauliche Unterlagen regelt) geschehen.
- Die Konzessionsvergabe muss in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren erfolgen, insbesondere müssen den Bietern die Auswahlkriterien und deren Gewichtung vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (siehe nähere Informationen unter Ziffer 3.4 "Festlegung Auswahlkriterien und Verfahrensablauf").
- Die Stadt unterliegt dem Neutralitätsgebot. Jegliche Vorfestlegung auf einen bestimmten

Bieter ist unzulässig und führt zur Nichtigkeit eines mit diesem Bieter abgeschlossenen Konzessionsvertrags. Es ist bei Teilnahmen eines kommunalen Unternehmens am Wettbewerb eine personelle und organisatorische Trennung zwischen der Stadt als Vergabestelle und dem städtischen Unternehmen durchzuführen.

- Die Auswahlentscheidung darf allein anhand der zuvor mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung getroffen werden.
- Die Auswahlkriterien müssen vorrangig die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG, nämlich eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, umsetzen.
- Bieter haben die Obliegenheit, Rügen zu erheben, wenn sie eine Rechtsverletzung erkennen können (vgl. § 47 EnWG).

Hinsichtlich der Inhalte des abzuschließenden Konzessionsvertrages sind die Vorgaben der Konzessionsabgabenverordnung vom 09.01.1992 zu beachten. Danach dürfen Konzessionsabgaben nur in einem bestimmten Maximalumfang vereinbart und neben den dort vorgesehenen Ausnahmen insbesondere keine Nebenleistungen durch das Energieversorgungsunternehmen versprochen werden, denen keine angemessene marktübliche Gegenleistung der Gemeinde gegenübersteht. Bestimmte Ausnahmen sind in der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) vorgesehen, insbesondere hinsichtlich Folgekosten, Kommunalrabatt und Verwaltungskostenbeiträgen.

Die Anforderungen an ein Konzessionsvergabeverfahren Strom und Gas sind laufend Gegenstand von Gerichtsentscheidungen, infolge derer sich Änderungen am durchzuführenden Verfahren ergeben können.

### **3.2 Inhouse-Vergabe für die Sparten Strom und Gas**

Eine Inhouse-Vergabe, d. h. der Abschluss des Konzessionsvertrages mit einem städtischen Unternehmen ohne Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, ist nicht möglich (vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 – Stromnetz Heilighafen).

### **3.3 Personelle und organisatorische Trennung für die Sparten Strom und Gas**

Die jüngere Rechtsprechung leitet aus den kartellrechtlichen Vorgaben das Gebot einer personellen und organisatorischen Trennung zwischen der Gemeinde als Vergabestelle und einem kommunalen Unternehmen ab, wenn an dem Wettbewerb ein kommunales Unternehmen teilnimmt. Vorliegend ist absehbar, dass sich die Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm GmbH wieder um die Konzessionsverträge bewerben werden. Daher ist zur Vermeidung von Interessenskonflikten und zur Wahrung des Neutralitätsgebotes eine personelle und organisatorische Trennung auf Ebene der Stadt Ulm vorzunehmen. Die Einzelheiten lassen sich einem von der Verwaltung beauftragten Rechtsgutachten der Rechtsanwälte Gersemann & Kollegen entnehmen, welches von den Gemeinderatsmitgliedern bei der Verwaltung, der Abteilung Zentrale Steuerung und Dienste/ Finanzen und Beteiligungen (ZSD/F) eingesehen werden kann.

Für diejenigen Gemeinderatsmitglieder, die zugleich Mitglied des Aufsichtsrates der SWU Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm GmbH bzw. der Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm Netze GmbH sind,

bedeutet dies, dass sie zum freiwilligen Verzicht auf Informationen aus und Mitwirkung an Sitzungen des Gemeinderates oder anderer kommunaler Gremien betreffend die Konzessionsvergabeverfahren Strom und Gas aufgerufen werden. Die Gemeinderatsmitglieder werden über die Modalitäten und den Umfang separat im Einzelnen informiert.

Auf Ebene der Verwaltung wird mittels einer Dienstanweisung sichergestellt, dass die Konzessionsvergabeverfahren von einer bestimmten, unabhängigen Organisationseinheit in der Verwaltung begleitet werden. Es wird über organisatorische Maßnahmen sichergestellt, dass diese Organisationseinheit keine Bezüge zu den Beteiligungen an der SWU Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm GmbH sowie deren Tochter- bzw. Enkelgesellschaften SWU Energie GmbH bzw. Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm Netze GmbH hat und auch kein Informationsfluss möglich ist. Es wird insoweit ein Vertrauensbereich („Chinese Wall“) geschaffen.

### **3.4 Wesentlicher Ablauf eines Konzessionsvergabeverfahrens für die Sparten Strom und Gas**

Die wesentlichen Schritte eines durchzuführenden Konzessionsvergabeverfahrens Strom und Gas stellen sich wie folgt dar:

#### **Übermittlung Netzdaten**

Im Vorfeld des Konzessionsvergabeverfahrens sind der Stadt drei Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrages vom bisherigen Konzessionär diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages erforderlich sind (Netzdaten). Diese Daten wurden der Stadt Ulm vor Jahresende 2019 übermittelt.

#### **Bekanntmachung**

Ausgangspunkt des eigentlichen Konzessionsvergabeverfahrens ist eine Bekanntmachung im Bundesanzeiger, vgl. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG, mit welcher potentielle Interessenten am Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages zur Interessenbekundung aufgefordert werden. Es ist eine mindestens dreimonatige Interessenbekundungsfrist vorzusehen. Da im Fall der Stadt Ulm aufgrund der Größe der Stadt, der Laufzeit des Konzessionsvertrages und der geographischen Lage nicht von vorneherein auszuschließen ist, dass Binnenmarktrelevanz gegeben ist, ist vorsorglich auch eine parallele Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vorgesehen. Binnenmarktrelevanz bedeutet, dass die Erteilung eines öffentlichen Auftrags für Bewerber aus dem EU-Binnenmarkt interessant sein kann. Dies kann bejaht werden, da die Entfernung des Gemeindegebiets der Stadt Ulm zur österreichischen Grenze in diesen Bereich fällt.

#### **Festlegung Auswahlkriterien und Verfahrensablauf**

Wenn sich mehrere Interessenten melden, ist die Aufstellung und Gewichtung von Auswahlkriterien, anhand derer der künftige Konzessionär ausgewählt werden soll, erforderlich. Dabei sind die gesetzlichen Anforderungen an die Gestaltung der Auswahlkriterien einzuhalten und die umfangreichen Vorgaben der Rechtsprechung zu beachten. Über die Festlegung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung fasst der Gemeinderat Beschluss. Zudem ist das weitere Verfahren festzulegen. Die Interessenten werden mittels eines "Verfahrensbriefes" jeweils über die Auswahlkriterien und deren Gewichtung sowie den Ablauf des Verfahrens im Einzelnen unterrichtet und aufgefordert, Angebote abzugeben.

### Verhandlungen

Auf Grundlage der eingegangenen Angebote können mit allen Bewerbern diskriminierungsfrei Verhandlungen geführt werden, um Unklarheiten aufzuklären und die Angebote gegebenenfalls zu verbessern.

### Auswertung der Angebote und Vergabeempfehlung

Die finalen Angebote werden anhand der zu Beginn festgelegten und gewichteten Auswahlkriterien ausgewertet und auf dieser Grundlage eine Vergabeempfehlung erstellt.

### Auswahlentscheidung

Der Gemeinderat trifft auf Grundlage der verbindlichen Angebote und der Vergabeempfehlung eine Auswahlentscheidung.

### Information der unterlegenen Bewerber

Die unterlegenen Bewerber sind schriftlich über den Ausgang des jeweiligen Verfahrens zu unterrichten. Dabei sind die Gründe anzugeben, weshalb das jeweilige Angebot nicht zum Zuge kommen konnte.

### Kommunalaufsichtliches Verfahren

Beschlüsse über den Abschluss eines Konzessionsvertrages sind nach § 107 und § 108 Gemeindeordnung (GemO) der Kommunalaufsicht (Regierungspräsidium Tübingen) vorzulegen, die erst nach Bestätigung der Gesetzmäßigkeit vollzogen werden dürfen. Hierbei ist ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorzulegen, der die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe und die wirtschaftlichen Interessen der Stadt im abzuschließenden Konzessionsvertrag bestätigt.

### Abschluss des Konzessionsvertrages

Nach Nichtbeanstandung bzw. Bestätigung der Gesetzmäßigkeit durch die Kommunalaufsicht der Stadt Ulm, also durch das Regierungspräsidium Tübingen und Ablauf der Rügefristen des EnWG kann der Konzessionsvertrag unterzeichnet werden.

### Bekanntmachung des Ergebnisses

Das Ergebnis des Konzessionsvergabeverfahrens ist jeweils öffentlich bekannt zu machen.

### Mögliche Rügen der Bewerber

Die Bewerber haben auf Grundlage der Neuregelung der §§ 46 ff. EnWG die Möglichkeit, Rügen zu erheben. Diese sind auf verschiedenen Verfahrensstufen möglich.

1. Nach Veröffentlichung der Bekanntmachung für Rechtsverletzungen, die aus der Bekanntmachung erkennbar sind
2. Zum Zweiten nach Bekanntgabe der Auswahlkriterien für Rechtsverletzungen, die aus dieser Mitteilung erkennbar sind.

3. Nach Information der unterlegenen Bewerber für Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus dieser Mitteilung erkennbar sind.

Die Nichterhebung einer Rüge hat zur Folge, dass eine Präklusion eintritt, d.h. der Bewerber die Rüge zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr geltend machen kann. Rügen können zu einer erheblichen Verzögerung des Konzessionsvergabeverfahrens führen.

### **3.5 Zeitplan für die Konzessionen Strom und Gas**

Es ist vorgesehen, die Bekanntmachung über das Auslaufen der Konzessionsverträge Strom und Gas zeitnah nach Beschlussfassung durch den Gemeinderat am 24. Juni 2020 durchzuführen. Die Auswahlkriterien können dann bis zum Spätsommer/Herbst aufgestellt und voraussichtlich bis Ende 2020 beschlossen werden. Mit einer Angebotsabgabe kann – das Ausbleiben von Rügen unterstellt – gegen Anfang des Jahres 2021 gerechnet werden. Eine Auswahlentscheidung und ein Abschluss des Verfahrens – ebenfalls das Ausbleiben von Rügen unterstellt – könnte im Laufe des Jahres 2021 erfolgen.

## **4. Konzessionsvertrag für Wasser**

### **4.1 Rechtlicher Rahmen für die Sparte Wasser**

Es existieren keine bereichsspezifischen Regelungen für das Verfahren zum Abschluss von Konzessionsverträgen für Wasser. Formelles Vergaberecht ist nicht anwendbar, vgl. § 149 Nr. 9 GWB. Die aus dem EU-Primärrecht hergeleiteten Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz sind bei Binnenmarktrelevanz zu beachten. Aufgrund der Größe der Stadt Ulm, der Laufzeit des Konzessionsvertrages und der geographischen Lage von Ulm ist nicht von vorneherein auszuschließen, dass Binnenmarktrelevanz gegeben ist.

Auch das Kartellrecht ist zu beachten. Städte und Gemeinde handeln bei Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts (Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, Urteil v. 13.06.2018, Az. VI-2 U 7/16 (Kart), Rn. 101; OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.03.2018, Az. VI-2 U 6/16 (Kart), Rn. 67).

Damit ist das deutsche Kartellrecht anwendbar. Die Städte und Gemeinden sind marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 18 GWB, da nur sie die Wegenutzungsrechte an den öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen im Stadtgebiet einräumen können. Marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre Stellung nicht missbrauchen und insbesondere andere Unternehmen nicht unbillig behindern, § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB. Daraus folgt, dass die Gebote der Nichtdiskriminierung und Transparenz bei der Wasserkonzessionsvergabe zu beachten sind. Aus dem Gebot der Transparenz wird dabei gefolgert, dass grundsätzlich auch ein Wasserkonzessionsvertrag ausgeschrieben werden muss.

Weitergehende Anforderungen an das durchzuführende Konzessionsvergabeverfahren Wasser lassen sich den gesetzlichen Regeln und der Rechtsprechung nicht im Einzelnen entnehmen. Es wird eine Orientierung an den Konzessionsvergabeverfahren Strom und Gas für möglich gehalten.

### **4.2 Inhouse-Vergabe für die Sparte Wasser**

Eine – grundsätzlich unter Bezugnahme auf EU-Rechtsprechungsprinzipien mögliche – Inhouse-

Vergabe kann in der Ulmer Fallkonstellation nicht mit hinreichender Rechtssicherheit vorgenommen werden. Dies insbesondere deswegen, weil die SWU Energie GmbH erhebliche Umsätze in wettbewerblichen Bereichen aufweist, die im Grundsatz einer Erfüllung der Inhouse-Voraussetzungen (Wesentlichkeitskriterium) entgegenstehen. Die Einzelheiten lassen sich einem von der Verwaltung beauftragten Rechtsgutachten der Rechtsanwälte Gersemann & Kollegen entnehmen, welches von den Gemeinderatsmitgliedern bei der Verwaltung, Abteilung Zentrale Steuerung und Dienste/ Finanzen und Beteiligungen (ZSD/F) eingesehen werden kann.

#### **4.3 Personelle und organisatorische Trennung für die Sparte Wasser**

Zur erforderlichen personellen und organisatorischen Trennung gilt das oben zu den Konzessionsverträgen Strom und Gas gesagte entsprechend. Die kartellrechtliche Grundlage ist vorliegend dieselbe. Die Einzelheiten lassen sich einem von der Verwaltung beauftragten Rechtsgutachten der Rechtsanwälte Gersemann & Kollegen entnehmen, welches von den Gemeinderatsmitgliedern bei der Verwaltung, Abteilung Zentrale Steuerung und Dienste/ Finanzen und Beteiligungen (ZSD/F) eingesehen werden kann.

Für diejenigen Gemeinderatsmitglieder, die zugleich Mitglied des Aufsichtsrates der SWU Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm GmbH bzw. der SWU Energie GmbH sind, bedeutet dies, dass sie zum freiwilligen Verzicht auf Informationen aus und Mitwirkung an Sitzungen des Gemeinderates oder anderer kommunaler Gremien betreffend das Konzessionsvergabeverfahren Wasser aufgerufen werden. Die Gemeinderatsmitglieder werden über die Modalitäten und den Umfang separat im Einzelnen informiert.

Auf Ebene der Verwaltung wird mittels einer Dienstanweisung sichergestellt, dass das Konzessionsvergabeverfahren von einer bestimmten, unabhängigen Organisationseinheit in der Verwaltung begleitet wird. Es wird über organisatorische Maßnahmen sichergestellt, dass diese Organisationseinheit keine Bezüge zu den Beteiligungen an der SWU Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm GmbH sowie deren Tochter- bzw. Enkelgesellschaften SWU Energie GmbH bzw. Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm Netze GmbH hat und auch kein Informationsfluss möglich ist. Es wird insoweit ein Vertrauensbereich („Chinese Wall“) geschaffen.

#### **4.4 Wesentlicher Ablauf eines Konzessionsvergabeverfahrens für die Sparte Wasser**

Die wesentlichen Schritte eines durchzuführenden Konzessionsvergabeverfahrens für Wasser stellen sich wie folgt dar:

##### **Abfrage Netzdaten**

Zur Ermöglichung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens muss die Stadt vom bisherigen Konzessionär diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes abfragen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages erforderlich sind (Netzdaten).

##### **Bekanntmachung**

Ausgangspunkt des eigentlichen Konzessionsvergabeverfahrens ist eine Bekanntmachung, mit welcher potentielle Interessenten am Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages zur Interessenbekundung aufgefordert werden. Da im Fall der Stadt Ulm aufgrund der Größe der Stadt Ulm, der Laufzeit des Konzessionsvertrages und der geographischen Lage nicht

von vorneherein auszuschließen ist, dass Binnenmarktrelevanz gegeben ist, ist eine Bekanntmachung im EU-Amtsblatt in Anlehnung an die Vorschriften des EnWG für Strom und Gas vorgesehen. Das Auslaufen des Konzessionsvertrages muss im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden, um insoweit einen Wettbewerb zu eröffnen (vgl. § 46 Abs. 3 EnWG). Bei Binnenmarktrelevanz ist zusätzlich eine Bekanntmachung im EU-Amtsblatt erforderlich. Binnenmarktrelevanz bedeutet, dass die Erteilung eines öffentlichen Auftrags für Bewerber aus dem EU-Binnenmarkt interessant sein kann. Dies kann bejaht werden, da die Entfernung des Gemeindegebiets der Stadt Ulm zur österreichischen Grenze in diesen Bereich fällt.

### **Festlegung Auswahlkriterien und Verfahrensablauf**

Wenn sich mehrere Interessenten melden, ist die Aufstellung und Gewichtung von Auswahlkriterien, anhand derer der künftige Konzessionär ausgewählt werden soll, erforderlich. Über die Festlegung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung fasst der Gemeinderat Beschluss. Zudem ist das weitere Verfahren festzulegen. Die Interessenten werden mittels eines Verfahrensbriefes jeweils über die Auswahlkriterien und deren Gewichtung sowie den Ablauf des Verfahrens im Einzelnen unterrichtet und aufgefordert, Angebote abzugeben.

### **Verhandlungen**

Auf Grundlage der eingegangenen Angebote können mit allen Bewerbern diskriminierungsfrei Verhandlungen geführt werden, um Unklarheiten aufzuklären und die Angebote gegebenenfalls zu verbessern.

### **Auswertung der Angebote und Vergabeempfehlung**

Die finalen Angebote werden anhand der zu Beginn festgelegten und gewichteten Auswahlkriterien ausgewertet und auf dieser Grundlage eine Vergabeempfehlung erstellt.

### **Auswahlentscheidung**

Der Gemeinderat trifft auf Grundlage der verbindlichen Angebote und der Vergabeempfehlung eine Auswahlentscheidung.

### **Information der unterlegenen Bewerber**

Die unterlegenen Bewerber sind schriftlich über den Ausgang des jeweiligen Verfahrens zu unterrichten. Dabei sind die Gründe anzugeben, weshalb das jeweilige Angebot nicht zum Zuge kommen konnte.

### **Kommunalaufsichtliches Verfahren**

Beschlüsse über den Abschluss eines Konzessionsvertrages sind nach § 107 und § 108 Gemeindeordnung (GemO) der Kommunalaufsicht (Regierungspräsidium Tübingen) vorzulegen, die erst nach Bestätigung der Gesetzmäßigkeit vollzogen werden dürfen. Hierbei ist ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständiger vorzulegen, der die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe und die wirtschaftlichen Interessen der Stadt im Konzessionsvertrag bestätigt.

### **Abschluss des Konzessionsvertrages für Wasser und Anmeldung bei der Kartellbehörde**

Nach Nichtbeanstandung bzw. Bestätigung der Gesetzmäßigkeit durch die Kommunalaufsicht (Regierungspräsidium Tübingen) kann der Konzessionsvertrag für Wasser unterzeichnet werden. Enthält der Konzessionsvertrag Ausschließlichkeitsrechte (wie z.B. das Eigentum an den Wasserversorgungsanlagen), so ist dieser zu seiner Wirksamkeit bei der Landeskartellbehörde anzumelden, vgl. § 31a Abs. 1 GWB.

### **Bekanntmachung des Ergebnisses**

Das Ergebnis des Konzessionsvergabeverfahrens für Wasser ist öffentlich bekannt zu machen.

### **Mögliche Rügen der Bewerber**

Die Bewerber können im Laufe des Verfahrens Rügen erheben, die gegebenenfalls eine Verzögerung und Anpassung des Verfahrens nach sich ziehen. Es besteht allerdings kein spezifisches Rüge- und Rechtsschutzsystem.

## **4.5 Zeitplan Konzessionsvergabe für die Sparte Wasser**

Es ist vorgesehen, den Zeitplan für das Konzessionsvergabeverfahren für Wasser analog zu den Konzessionsvergabeverfahren Strom und Gas zu gestalten. Auf obige Ausführungen (siehe Ziffer 3.5) wird verwiesen.

## **5. Weiteres Vorgehen und Auftrag an die Verwaltung**

Die Verwaltung wird beauftragt, zeitnah nach Beschlussfassung durch den Gemeinderat am 24. Juni 2020 die Bekanntmachung des auslaufenden Konzessionsvertrages Strom, Gas und Wasser im Bundesanzeiger bzw. im EU-Amtsblatt (siehe Anlage 1) zu veranlassen. Sofern sich nach Ablauf der dreimonatigen Interessensbekundungsfrist mehrere Bewerber melden, erfolgt als nächster Punkt die Festlegung und Gewichtung der jeweiligen Auswahlkriterien für die drei Konzessionsvergabeverfahren durch den Gemeinderat (siehe hierzu auch Ziffer 3.4 "Festlegung Auswahlkriterien und Verfahrensablauf" für die Sparten Strom und Gas, bzw. Ziffer 4.4 "Festlegung Auswahlkriterien und Verfahrensablauf" für die Sparte Wasser).