



Fachbereich/Eigenbetrieb **Stadtwerke**
Verfasser/in Klaus Schallenberger
Vorlage Nr. 148/2019
Datum 19.08.2019

Beschlussvorlage

Beratungsfolge	Öffentlichkeit	Sitzung am	Ergebnis
Kooperationsausschuss	nicht öffentlich-Vorberatung	12.09.2019	
Gemeinderat	öffentlich-Beschluss	26.09.2019	

Betreff:

Kooperationspartnersuche; hier: Neuer Kriterienkatalog zur Durchführung eines Auswahlverfahrens für die Suche eines Kooperationspartners

Anlagen:

Zuschlagskriterien

Beschlussvorschlag:

1. Das Auswahlverfahren wird in den Stand vor Abgabe der indikativen Angebote zurückversetzt.
2. Die Vergabeunterlagen werden unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu gefasst. Den in der Anlage vorgelegten Zuschlagskriterien zur Durchführung des Auswahlverfahrens für die Suche eines Kooperationspartners wird in der Version 1 zugestimmt. Die Betriebsleitung wird beauftragt, etwaig zur Risikoreduzierung für sinnvoll erachtete Korrekturen an den Kooperationsverträgen vorzunehmen.

Personelle Auswirkungen:

keine

Finanzielle Auswirkungen:

keine

**Lörrach gestalten. Gemeinsam. Das Leitbild der Bürgerschaft in Politik und Verwaltung.
Prioritäre Maßnahmen:**

1. Strategisches Ziel:
2. Ziel aus dem Leitbild der Bürgerschaft:
3. Operatives Ziel:
4. Leitziel der Verwaltung:
5. Prioritäre Maßnahme:

Begründung:

Über den Inhalt der mündlichen Verhandlung sowie über die nachteilige Entscheidung der Vergabekammer wurde mit gesonderter Information berichtet. Die Information enthielt auch die Erwägungen, die hinter dem Entschluss, kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Vergabekammer einzulegen, stehen. Die Beschlusspunkte der Ziffern 1 und 2 dienen nun der Umsetzung dieses Vorgehens und berücksichtigen die Vorgaben der Vergabekammer, in deren Entscheidung es wörtlich heißt:

„Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Vergabeabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Abgabe der indikativen Angebote zurückzusetzen und die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu fassen.“

Der Beschlusspunkt 1 trägt der Vorgabe der Zurückversetzung des Auswahlverfahrens Rechnung. Bieter, welche die Eignungsprüfung bestanden haben, erhalten auf Basis der neu gefassten Zuschlagskriterien erneut eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten.

Mit dem Beschluss entsprechend Ziffer 2 werden die neuen Zuschlagskriterien definiert. Diese Zuschlagskriterien berücksichtigen die von der Vergabekammer vertretene Rechtsauffassung. Es wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Vergabekammer keine Aussage dazu trifft, wie die künftigen Zuschlagskriterien ausgestaltet sein sollen, sondern lediglich ihre Rechtsauffassung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Altkriterien äußert. Wie mit der Information bereits dargelegt, soll die von der Vergabekammer wohl angenommene „Wettbewerbsverengung“ dadurch beseitigt werden, dass weitere Kriterien, insbesondere solche, die den Bietern die Erstellung von Konzepten abverlangen, hinzugefügt werden. Das Risiko eines Punktegleichstands soll damit weiter verringert werden. Dass dies ggf. zu Lasten der Transparenz gehe, sei hinzunehmen und notwendig zur Herstellung eines dem § 127 Abs. 4 GWB entsprechenden Wettbewerbs – so der Vorsitzende der Vergabekammer. Die Hinzunahme der Konzeptkriterien dient der Erhöhung der Chancen im Falle einer – zu erwartenden – erneuten Überprüfung, die unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Rechtsauffassung der Vergabekammer bereits Rechnung getragen wurde, wohl letztlich nach zu erwartender erneuter Befassung der Vergabekammer durch das OLG Karlsruhe zu entscheiden sein dürfte.

Diesem Beschlussvorlage sind vier Versionen der zukünftigen Zuschlagskriterien angefügt:

- Version 1: Ergänzte Konzeptkriterien mit relativer Bewertungsmethode; kein Losentscheid
- Version 2: Ergänzte Konzeptkriterien mit relativer Bewertungsmethode; Losentscheid
- Version 3: Ergänzte Konzeptkriterien mit überwiegend absoluter Bewertungsmethode; kein Losentscheid
- Version 4: Ergänzte Konzeptkriterien mit überwiegend absoluter Bewertungsmethode; Losentscheid

Von diesen Versionen ist eine für das Auswahlverfahren zu verwenden. Die Betriebsleitung empfiehlt die Verwendung der Version 1. Die verschiedenen Versionen beinhalten alle gegeneinander abzuwägende Chancen und Risiken, deren Darstellung sich nachstehend findet:

Vor- und Nachteile des Losentscheids:

Soweit die Vergabekammer in ihren Entscheidungsgründen ausführt, die Tatsache, dass ein Losentscheid vorgesehen war, belege, dass der Punktegleichstand vorhersehbar war, ist sehr Streitbar. Der theoretische Fall einer Punktegleichheit kann selbst im Falle der Verwendung einer vergleichenden relativen Bewertungsmethode mit beliebig vielen Zuschlagskriterien nie gänzlich ausgeschlossen werden. In dem unwahrscheinlichen Fall eines Punktegleichstands dürfte richtigerweise die vorherige Festlegung des dann zur An-

wendung kommenden Verfahrens (Losentscheid) einen rechtlichen Vorteil bringen. Wird nichts definiert, müsste eine Entscheidung darüber gefällt werden, ob der Losentscheid auch dann zulässig ist, wenn dieser im Rahmen der Kriterien nicht festgelegt und den Bietern auch nicht kommuniziert wurde.

Verzichtet man auf die Festlegung eines Verfahrens im Fall des Punktegleichstands (Losentscheid), dürfte dies aber wohl eher der Rechtsauffassung der Vergabekammer entsprechen. Nachteilig wäre dieses Vorgehen bei dem vorstehend beschriebenen Fall der Punktegleichheit, der allerdings angesichts der neu hinzugenommenen Konzeptkriterien (noch) unwahrscheinlicher geworden ist.

Vor- und Nachteile der relativen Bewertungsmethode im Vergleich zur absoluten Bewertungsmethode:

Bei der Anwendung der auch bislang verwendeten absoluten Bewertungsmethode werden bestimmten Angebotsinhalten bestimmte Punktzahlen zugewiesen. Die transparenteste Methode ist dabei die Vorgabe der Angebotsinhalte. Diese Methode kommt bei den vertraglichen Klauseln zur Anwendung. Die relative Bewertungsmethode zeichnet sich dadurch aus, dass die Angebotsinhalte zueinander ins Verhältnis gesetzt werden und das beste Angebot die höchste Punktzahl erhält. Maßstab für alle anderen Angebote ist mithin ein Bieterangebot. Alle weiteren Angebote erhalten niedrigere Punktzahlen im Verhältnis der aufgetretenen Qualitätsunterschiede zum besten Angebot. Nur wenn zwei Angebote gar keine Unterschiede aufweisen, ist bei dieser Methode Punktegleichstand denkbar.

Der Vorteil der absoluten Bewertungsmethode liegt in der höheren Transparenz. Die Bieter können durch die Zuordnung eines bestimmten Angebotsinhalts zu einer festgelegten Definition eher einschätzen, was von Ihnen erwartet wird. Andererseits werden gerade bei der Bewertung von noch zu erstellenden Bieterkonzepten zu detaillierte Vorgaben als problematisch erachtet, weil sie die Möglichkeiten der Bieter zur konzeptionellen Darstellung einschränken und damit der beabsichtigte Ideenwettbewerb konterkariert würde (OLG Stuttgart Az. 2 U 218/18 vom 06.06.2019). Klassischer Vorwurf im Falle der Verwendung der relativen Bewertungsmethode ist, dass das Bestangebot den Bietern vorher qua Definition nie bekannt sein kann. Im Bereich der Vergabe der Energiekonzessionen gab es in den vergangenen Jahren zahlreiche Rechtsstreitigkeiten um die Zulässigkeit der relativen Bewertungsmethode. Die Rechtsprechung ist mangels höchstrichterlicher Klärung hier noch nicht einheitlich; eine vergleichbare relative Bewertungsmethode wurde in Verfahren zur Vergabe von Energiekonzessionen bereits mehrfach gerichtlich überprüft und bestätigt. Dies bietet allerdings keine Rechtssicherheit, da die Verfahren zur Vergabe von Energiekonzessionen nach § 46 ff. EnWG unstreitig nicht dem klassischen (Kartell-)Vergaberecht unterfallen. Abweichende Entscheidungen bleiben damit möglich. Die VK Baden-Württemberg hat in ihrer Entscheidung vom 08.06.2017 Az. 1 VK 14/17 die Zulässigkeit einer relativen Bewertungsmethode ausdrücklich bestätigt, soweit diese Methode und die Art und Weise der Bewertung vor Angebotsabgabe den Bietern bekannt gegeben wird.

Der Vorteil der relativen Bewertungsmethode liegt darin, dass das Risiko einer Punktegleichheit weiter reduziert werden kann. Dies wiederum dürfte dem Vorwurf der Wettbewerbsverengung wirksam entgegenwirken. Bei der Verwendung der relativen Bewertungsmethode bestehen erhöhte Anforderungen an die Begründung der Bewertung der Konzepte. Es ist zu erwarten, dass die Auswertung der Angebote insbesondere an dieser Stelle einer erneuten Überprüfung unterzogen wird.

In beiden Varianten sind die Konzeptkriterien im Sinne eines funktionalen Leistungsverzeichnisses zu definieren. Die Bieter müssen wissen, was von Ihnen erwartet wird.

Die Betriebsleitung gründet ihre Beschlussempfehlung für Version 1 darauf, dass

- dem Rechtsargument der Vergabekammer, der Losentscheid lasse den Rückschluss auf eine vorhersehbare Punktegleichheit zu, Rechnung getragen wird und
- trotz des Umstandes, dass eine Punktegleichheit, entgegen der Auffassung der Vergabekammer, nie vollständig ausgeschlossen werden kann, das Risiko des Punktegleichstandes durch die Hinzunahme der Konzeptkriterien sowie die teilweise Verwendung der relativen Bewertungsmethode, maximal minimiert wurde.

Inhaltlich sind die hinzugenommenen Zuschlagskriterien so ausgestaltet, dass sie nicht im Widerspruch zu der eingenenommenen Rechtsauffassung stehen. Dies bedeutet, dass kein Preiswettbewerb stattfindet (Argumente: Festpreise und Vermeidung eines Verstoßes gegen § 3 KAV) und keine solchen Kriterien abgefragt werden, die eine Vorfestlegung im Konzessionswettbewerb mit sich bringen könnten (auf § 1 EnWG bezogene Kriterien des Netzbetriebes). In den Entscheidungsgründen der Vergabekammer wird darauf hingewiesen, dass die Vergabekammer den Überlegungen zu § 3 KAV durchaus folgen kann, diese aber bei der Neufassung der Kriterien begründet werden sollten. Hierzu nachstehend:

Der Verzicht auf wirtschaftliche Kriterien ist nach diesseitiger Auffassung vereinbar mit § 52 Absatz 2 Satz 3 SektVO. Anstelle eines preislichen Zuschlagskriteriums werden Festpreise festgelegt. Diese Festpreise müssen nicht in Form eines konkreten Betrages festgesetzt werden. Es ist vielmehr ausreichend, wenn die Ermittlung dieser Festpreise festgelegt wird. Dies gilt umso mehr, als konkrete Festpreisbeträge - wie hier - von der erst später feststehenden Höhe des Netzkaufpreises und den Entscheidungen der zuständigen Regulierungsbehörde abhängen.

In unserem Verfahren lassen sich die Festpreise durch die vorgesehene Kaufpreisermittlung in § 5 des Konsortialvertrages sowie im Hinblick auf den Pachtvertrag aus der vorgegebenen detaillierten Berechnungssystematik für den Pachtzins ermitteln. Die Vorgabe derartiger Preisermittlungsgrundlagen dürfte für die Vorgabe eines „Festpreises“ im Sinne von § 52 Absatz 2 Satz 3 SektVO ausreichend sein, insbesondere dann, wenn wesentliche Preisparameter erst später feststehen.

Unabhängig davon, dass § 52 Absatz 2 Satz 3 SektVO keine Voraussetzung aufführt, die bei einem Verzicht auf Preiskriterien zu beachten wäre, ist diese Entscheidung darauf gestützt, dass ein Preiswettbewerb, also der Preis als Zuschlagskriterium, die Gefahr mit sich

bringen würde, dass die Preisangebote letztlich gegen § 3 KAV verstoßen und dies im Falle der erfolgreichen Bewerbung um die Stromkonzession dazu führen könnte, dass der Konzessionsvertrag sowie ggf. außerdem die Kooperationsverträge des Bestbieters nichtig sind.

Verstöße gegen § 3 KAV können sich sowohl im Konzessionsvertrag als auch in den Kooperationsverträgen finden und daher unzulässige Preisregelungen im Kooperationsvertrag zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrages sowie der Kooperationsverträge führen. Dieses Risiko hat sich in einem anderen Fall bereits realisiert (LG München, Urteil v. 18.12.2013, 37 O 1781/13; OLG München, Urteil v. 26.09.2013, U 3589/12 Kart.; vgl. hierzu auch: Wolf / Embacher in: RdE 07/2014, Rechtliche Auswirkungen nichtiger Konzessionsverträge auf anlässlich von Konzessionsvergaben errichtete Kooperationsgesellschaften).

Aus diesem Grund erscheint es angezeigt, auf einen Preiswettbewerb zu verzichten und stattdessen feste Preisermittlungsvorgaben vorzusehen. Dies gilt umso mehr, als aufgrund der gesetzlichen Vorgaben gemäß § 3 KAV sowie aufgrund der von der zuständigen Regulierungsbehörde zu treffenden Entscheidungen die zulässigen Preisunterschiede ohnehin nur marginal sein dürften.

Die in dem Vergabenachprüfungsverfahren durch eine Antragsgegnerin aufgezeigten Beispiele für taugliche wirtschaftliche Zuschlagskriterien (Businessplan, Pachtzins und Kaufpreisermittlung) sind die klassischen Beispiele, anhand derer Verstöße gegen § 3 KAV regelmäßig in Verfahren zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen behauptet werden. Dass der Verzicht auf einen Preiswettbewerb zum Zwecke der Verfahrenskonformität mit § 3 KAV zu Lasten der eigentlichen Vorgabe der Sektorenverordnung geht, ist unvermeidbar. Auch die neu aufgesetzten Kriterien dürften durch mindestens einen der Bieter mit entsprechender Begründung angegriffen werden. Angesichts der Äußerungen des Vorsitzenden der Vergabekammer, er könne der Argumentation der Auftraggeberin folgen, wurde bei den Zuschlagskriterien kein Preiswettbewerb eingeführt. Dies hätte wiederum das vorstehend beschriebene Risiko des Verstoßes gegen § 3 KAV begründet. Obergerichtliche oder höchstrichterliche Entscheidungen zu dieser Rechtsfrage sind bislang nicht bekannt.

Um weitere – nicht die Entscheidung der Vergabekammer tragende – Risiken auszuschließen, werden kleinere Korrekturen an den Verträgen vorgenommen, die deren wirtschaftlichen Gehalt aber nicht maßgeblich verändern. Dies betrifft inhaltlich insbesondere die Frage der Vergütung eines „Know-How“-Transfers sowie der Leistungen des Kooperationspartners im Zusammenhang mit der Bewerbung um die Stromkonzession und dem Geschäftsführungsentgelt. Soweit hier Korrekturen vorgenommen werden, dient dies der Risikoverringerung hinsichtlich eines möglichen Verstoßes gegen § 3 KAV.

gez. Wolfgang Droll
Eigenbetriebsleiter Stadtwerke