

VERWALTUNGSVORLAGE VL-34/2020 1N

ERSTELLT DURCH	ERSTELLT AM	SITZUNGSTEIL
Rechtsabteilung	25.02.2020	öffentlich

GREMIUM	STATUS	TERMIN	EINLADUNG	TOP
Haupt- und Finanzausschuss	vorberatend	04.03.2020	1/20	2
Rat der Stadt Lünen	beschließend	12.03.2020	1/20	

BEZEICHNUNG DES TAGESORDNUNGSPUNKTES

Beschluss über Ausschreibungsunterlagen i. S. Wasserkonzession

FINANZIELLE AUSWIRKUNGEN

Keine direkten finanziellen Auswirkungen

INKLUSIONSVERTRÄGLICHKEIT

Keine direkten Auswirkungen

KLIMAVERTRÄGLICHKEIT

Keine direkten Auswirkungen

BESCHLUSSVORSCHLAG

Der Rat der Stadt Lünen beschließt:

1. Bei der Durchführung des Wasserkonzessionierungsverfahrens der Stadt Lünen:
 - a) sollen die Auswahlkriterien nebst Gewichtung gem. Anlage 1 für die Auswahlentscheidung zugrunde gelegt werden
 - b) soll die Bewertungsmethode gem. Anlage 2 zur Anwendung kommen
 - c) sollen von den Bietern Eignungsnachweise gem. Anlage 3 abgefordert werden und
 - d) soll die Erfüllung der Mindestanforderungen gem. Anlage 4 verlangt werden.

2. Die verfahrensleitende Stelle zur Durchführung des Wasserkonzessionsverfahrens der Stadt Lünen wird ermächtigt, klarstellende und redaktionelle Änderungen und Ergänzungen an den unter 1.a) -1.d) beschlossenen Unterlagen vorzunehmen und diese in Verfahrensunterlagen einzugliedern.

Der Bürgermeister
In Vertretung

Reeker

SACHDARSTELLUNG

Der Wasserkonzessionsvertrag der Stadt Lünen ist am 31.12.2017 ausgelaufen. Bestandskonzessionär ist die Stadtwerke Lünen GmbH. Mit dem Unternehmen hat die Stadt Lünen zur Sicherung der fortgesetzten Wasserversorgung in der Stadt Lünen einen neuen Wasserkonzessionsvertrag abgeschlossen. Dieser wurde gem. § 31a GWB bei der zuständigen Landeskartellbehörde zur Anmeldung vorgelegt.

Im Rahmen der Anmeldung hat die zuständige Landeskartellbehörde das Zustandekommen des Vertrages geprüft und die erfolgte Inhouse-Vergabe als rechtlich unzulässig eingestuft. Als Folge der dazu erfolgten rechtlichen Auseinandersetzung hat sich die Stadt Lünen letztlich für die Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsverfahrens zum Abschluss eines neuen Wasserkonzessionsvertrages entschieden.

Am 22.12.2018 wurde die Bekanntmachung mit Aufruf zur Interessensbekundung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Am 10.01.2019 erfolgte die entsprechende Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger.

Bis zum Ablauf der Interessensbekundungsfrist am 15.02.2019 haben mehrere Unternehmen Ihr Interesse an der Teilnahme am Wasserkonzessionsverfahren bzw. am Abschluss eines neuen Wasserkonzessionsvertrages mit der Stadt Lünen form- und fristgerecht bekundet.

1. Inhalt des Verfahrens

Das Wasserkonzessionsverfahren bezieht sich auf den Abschluss eines Wasserkonzessionsvertrages, d.h. im Wesentlichen die Regelung der Nutzung der öffentlichen Wege der Stadt, die Zahlung von Konzessionsabgaben und die Verpflichtung der Wasserversorgung im Konzessionsgebiet durch den Konzessionsnehmer. Die rechtlich noch ungeklärte Frage, ob als Folge des Obsiegens eines potentiellen Neukonzessionärs vergleichbar mit Verfahren zur Strom- und Gaskonzession ein Eigentumsübergang folgt, ist nicht Gegenstand des Verfahrens. Inhalt der Auswahlentscheidung ist die Art und Weise des zukünftigen Betriebes der Wasserversorgung auf dem Gebiet der Stadt Lünen sowie die konkrete kommunalfreundliche Ausgestaltung des Konzessionsvertrages.

2. Gestaltungsmodell

§ 13 des Konzessionsvertrages regelt in der sogenannten „Endschaft“, dass zum Ende des Vertrages die Stadt „berechtigt und verpflichtet“ ist, die Anlagen zu übernehmen. Durch das Wort „verpflichtet“ wird klar ausgedrückt, dass die Stadt die Wasserversorgungsanlagen übernehmen muss. Dies ist nur obsolet, wenn der bisherige Konzessionär erneut mit der Wasserversorgung beauftragt wird (Eigentumsmodell).

Die Ausschreibung eines „Pachtmodells“ im Zusammenhang mit einer reinen Konzessionsvergabe ist äußerst ungewöhnlich und für die Stadt wenig praktikabel. Um ein Pachtmodell ausschreiben zu können, müsste das Eigentum an den Wasserversorgungsanlagen zunächst von der Stadtwerke Lünen GmbH auf die Stadt Lünen übertragen werden. Anderenfalls würde sie das Nutzungsrecht (die Pacht) an Wasserversorgungsanlagen ausschreiben, über die sie gar nicht unmittelbar verfügt. Es ist rechtlich zudem nicht geklärt, ob die Stadt, die mit der Konzession eigentlich nur die Wegenutzung bzgl. der öffentlichen Wege ausschreibt, auch die Stellung eines Pächters ausschreiben kann. Das Auseinanderfallen von Anlageneigentum und Stellung als Konzessionsnehmer bringt noch weitere Probleme mit sich.

Im Falle der Umsetzung eines Pachtmodells müsste das Eigentum an den Wasserversorgungsanlagen unabhängig vom Verfahrensausgang bei der Stadt liegen. Im Sinne des

Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es nicht möglich, die Frage des Eigentumsübergangs davon abhängig zu machen, welches Unternehmen letztlich im Wasserkonzessionsverfahren obsiegt. Der Altkonzessionär Stadtwerke Lünen GmbH muss wie jeder dritte Bewerber behandelt werden und das Pachtmodell müsste auch im Falle der Neukonzessionierung der Bestandskonzessionärin angewendet werden.

Die Stadt Lünen müsste alle Aufgaben eines Verpächters gegenüber dem Pächter und Konzessionsnehmer wahrnehmen. Aus dem Modell ergäbe sich eine neue Aufgabe in der Verwaltung, deren Inhalt die fortgesetzte und dauerhafte Anlagenverwaltung wäre. Es würde eine zusätzliche Kommunikationsschnittstelle entstehen. Ggf. ist die Einstellung eines Mitarbeiters mit dem notwendigen Know-how zur Anlagenverwaltung von Wasserversorgungsanlagen in der Kameralistik notwendig. Als Verpächterin und Eigentümerin müsste die Stadt letztlich auch erforderliche Investitionen veranlassen, den Investitionsplan dauerhaft mit dem Pächter abstimmen und für die Investitionen aufkommen. Im Zusammenhang mit den erforderlichen Investitionen wäre auch die Zahlung des jährlichen Pachtentgelts zu überwachen und mit der Wasserpreiskalkulation des Wasserversorgungsunternehmens abzustimmen.

Die Umsetzung des Pachtmodells im Wasserkonzessionsverfahren ist aus den genannten Gründen für die Stadt grundsätzlich nachteilig.

3. Grundlagen für die Auswahl des zukünftigen Konzessionärs

Zur Durchführung des Wasserkonzessionsverfahrens wurden zum Eigentumsmodell passende, sachliche, ausgewogene, diskriminierungsfreie und transparente Auswahlkriterien nebst einer Gewichtung erarbeitet (Anlage 1). Die Auswahlkriterien und deren Gewichtung werden den Unternehmen, die fristgerecht ihr Interesse bekundet haben, rechtzeitig vor Abgabe der Angebote in Textform mitgeteilt. Die von den Bietern einzureichenden Angebote im Wasserkonzessionsverfahren werden dann anhand der Auswahlkriterien ausgewertet. Auf dieser Auswertung wird die darauf folgende Auswahlentscheidung basieren. Dabei soll die Bewertungsmethode gem. Anlage 2 zur Anwendung kommen, die den Bietern ebenfalls rechtzeitig im Verfahren mitgeteilt wird.

Darüber hinaus sollen von den Bietern Eignungsnachweise gem. Anlage 3 abgefordert werden, um die grundsätzliche Eignung der Bieter für das Wasserkonzessionsverfahren feststellen zu können. Weiter soll die Erfüllung der Mindestanforderung gem. Anlage 4 verlangt werden, bei deren Nichterfüllung Bieter aus den Wasserkonzessionsverfahren ausgeschlossen werden.

4. Weiterer Verfahrensablauf

Nach Festlegung der Verfahrensgrundlagen werden die Interessenten durch die verfahrensführende Stelle zur Einreichung von Eignungsnachweisen und indikativen Angeboten aufgefordert. Die Angebote sind Grundlage für die darauf folgende Verhandlungsrunde. Dabei werden nur solche Bewerber berücksichtigt, die ihre Eignung nachgewiesen haben. Nach Abschluss der Verhandlungsgespräche werden die Bieter dann zur Abgabe verbindlicher Angebote aufgefordert, die auf Basis der vom Rat beschlossenen Kriterien sowie der beschlossenen Bewertungsmethodik ausgewertet werden. Dabei werden Angebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen, vor der Wertung ausgeschlossen. Das Ergebnis der Auswertung wird dem Rat dann zur Entscheidung über den Zuschlag vorgestellt. Im Nachgang zum Zuschlag erfolgt dann die kartellrechtlich vorgeschriebene Anmeldung des Wasserkonzessionsvertrages bei der zuständigen Kartellbehörde (§ 31a GWB).

Würde es im Nachgang dazu zu einer streitigen Auseinandersetzung über die Rechtmäßigkeit Verfahrens kommen, würde sich am Status quo der Wasserversorgung in Lünen zunächst

nichts ändern: Die Bestandskonzessionärin bliebe weiterhin für den Betrieb der Wasserversorgung verantwortlich, bis über die Rechtmäßigkeit der Vergabe entschieden ist, so dass die fortgesetzte Wasserversorgung der Bürger der Stadt Lünen gesichert ist.

Soweit ein Gericht die Konzessionsvergabeentscheidung für rechtswidrig hält, würde es die Vergabeentscheidung für nichtig erklären und die Stadt zur Wiederholung des Verfahrens auffordern. Einem Gericht ist es – bei einer Vergabeentscheidung, die auf einem subjektiven Beurteilungsspielraum beruht – grundsätzlich nicht gestattet, seine Entscheidung an die Stelle der Entscheidung der Stadt zu setzen. Auch für die Dauer dieses Folgekonzessionierungsverfahrens würde die Wasserversorgung durch die Bestandskonzessionärin als Eigentümerin der Wasserversorgungsanlagen fortgeführt.

Hinweis:

Die Rechtsprechung fordert einen geheimen diskriminierungsfreien Bieterwettbewerb. Beteiligt sich die Kommune am Konzessionierungsverfahren, hat sie sicherzustellen, dass sie ihren Eigenbetrieb bzw. ihre Eigengesellschaft weder bevorzugt noch diskriminiert (BGH Urt.v. 17.12.2013 – KZR 65/12). Danach ist zum einen die Neutralität der verfahrensleitenden Stelle gegenüber allen Bietern im Konzessionierungsverfahren zu gewährleisten. Ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot führt zur Rechtswidrigkeit des Verfahrens.

Daher ist eine personelle und organisatorische Trennung zwischen verfahrensleitender Stelle und Bieter vorzunehmen. Auch Funktionsträger in Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung, die gleichzeitig Mitglied eines mit der Entscheidung über die Verfahrensgrundlagen befassten Gremiums sind (Doppelmandatsträger), dürfen keine zusätzlichen Informationen erhalten, welche das kommunale Unternehmen selbst nicht vor Übermittlung der Informationen an alle Bieter im Verfahren erhält. Dies folgt aus dem Neutralitätsgrundsatz und dem Gleichbehandlungsgebot. Daher sind die Doppelmandatsträger aufgefordert, der nichtöffentlichen Beratung und Beschlussfassung fernzubleiben. An der öffentlichen Beschlussfassung im Rat können die Doppelmandatsträger als Teil der Öffentlichkeit teilnehmen. Von einer Beteiligung an der Beschlussfassung ist abzusehen.

Da es sich bei den zu beschließenden Verfahrensgrundlagen um solche Informationen handelt, die allen Bietern einheitlich und gleichzeitig zur Verfügung zu stellen sind, findet im HFA am 04.03.2020 die Beratung in nicht-öffentlichen Sitzung statt. Vor der öffentlichen Sitzung des Rates am 12.03.2020, findet ein vorgeschalteter Erörterungstermin in nichtöffentlicher Sitzung statt, in dem die zur Beschlussfassung vorgelegten Unterlagen erörtert werden. Der Beschluss erfolgt im öffentlichen Teil.

Die Anlagen 1-4 werden den Mitgliedern des Rates der Stadt Lünen, welche nicht als Doppelmandatsträger anzusehen sind, zugesandt um die notwendige Vertraulichkeit zu wahren. Auf die Bedeutung der Vertraulichkeit der Anlagen 1 – 4 für ein rechtssicheres Verfahren wird ausdrücklich hingewiesen.