



## **Vergabe von Trinkwasser- und Abwasserkonzessionen**

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.  
am 11. September 2018 in Hannover**

### **Thesen**

**erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.**

#### **1. Marktverhältnisse und Organisationsformen in der Niedersächsischen Wasserwirtschaft**

Heike Zinram, Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung, Hannover

- Die Struktur des Marktes zeichnet sich dadurch aus, dass es sehr viele kleine und nur wenige große Unternehmen gibt. Generell werden die Leistungen von Abwasser und Abwasser getrennt angeboten. Letztlich spiegelt die Struktur dieses Marktes die Struktur des Landes wieder.
- Bei Wasser findet im Ergebnis kein Wettbewerb im Markt statt, sondern um den Markt.
- Auch wenn die Konzessionsvergabe bei Wasser vom Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB ausgenommen ist, besteht insoweit kein rechtsfreier Raum, es sind die Grundprinzipien des AEUV zu beachten. Dabei stehen die Modalitäten der Vergabe weitgehend im Ermessen der Gemeinde.
- In Niedersachsen ist die Preiskontrolle letztlich ein Teil der Missbrauchskontrolle.
- Eine nachträgliche Kontrolle findet nur von Preisen, nicht von Gebühren statt.
- Eine wirksame Preisfestsetzung setzt die Anmeldung beim Kartellamt voraus. Erst diese bewirkt die Freistellung von § 1 GWB.
- Die Missbrauchskontrolle im Wasserbereich ist letztlich auch eine Effizienzkontrolle. Bei der Untersuchung werden Preise gleichartige Unternehmen herangezogen. Verlangt das untersuchte Unternehmen ungünstigere Preise als Vergleichsunternehmen, kommt es zu seinen Lasten zu einer Beweislastumkehr.

- Der Kartellbehörde steht bei ihren Untersuchungen ein Aufgreifermesser dar. In regelmäßigen Abständen wird dabei eine Sektor-Untersuchung vorgenommen.
- Im Bereich Abwasser gibt es bisher keine Sektor-Untersuchung. Kontrollen erfolgen bisher eher vereinzelt, in der Regel aufgrund von Bürger-Beschwerden.
- Bei Abwasser erfolgt die Kontrolle der Gebühren nicht nach dem GWB.
- Auch Änderungen von Verträgen müssen dem Kartellamt angezeigt werden, insbesondere Verlängerungen über 30 Jahre hinaus.

## **2. Rechtlicher Rahmen bei der Vergabe von Wasserkonzessionen**

Dr. Christine Maimann, Vorsitzende Richterin am OLG Düsseldorf

- Auch wenn für die Vergabe von Wasserkonzessionen eine Bereichsausnahme eingreift, bedeutet dies keinen Verzicht auf Wettbewerb und auf strukturierte Verfahren.
- Anzuwenden sind vielmehr die auf den Grundfreiheiten beruhenden primär-rechtlichen Grundsätzen.
- Voraussetzung für eine Binnenmarktrelevanz ist ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse, dabei sind der Wert der Konzession, die Lage und potentiell interessierte Unternehmen zu berücksichtigen.
- Die Suche nach einem strategischen Partner kann getrennt oder zusammen mit der eigentlichen Konzessionsvergabe erfolgen. Die Grenze für die Festlegung ist lediglich die Willkür des Auftraggebers.
- Eine Bekanntmachung sollte bei Binnenmarkt-Relevanz im EU-Amtsblatt erfolgen.
- Kriterien und deren Gewichtung müssen nicht zwingend bekannt gemacht werden, aber rechtzeitig vor Angebotsabgabe den interessierten Unternehmen mitgeteilt werden.
- Auch die Bewertungsmethode muss zwar nicht bekannt gemacht werden, aber vorab festgelegt werden. Bieter müssen erkennen können, worauf es dem Auftraggeber ankommt.
- Vertragslaufzeiten sollten nicht länger sein als für die Refinanzierung notwendig ist.
- Bei der Verfahrensdurchführung ist auf eine organisatorische und persönliche Trennung von anbietenden und wertenden Personen zu achten.

- Bei der Wertung der Angebote hat der Konzessionsgeber einen erheblichen Ermessensspielraum.
- Dabei kommt es zu einer Doppelprüfung, zum einen der Angebote untereinander als auch des einzelnen Angebotes.
- Bei Angriffen gegen die Wertung reicht ein einfaches Behaupten von Wertungsfehlern wohl nicht aus.
- Die ZPO sieht für die Verwendung von Betriebs-Geschäftsgeheimnissen kein in-camera-Verfahren vor. Diese muss der Auftraggeber offenlegen, soweit sie von Bedeutung sind.
- Eine vorherige Information der Bieter vor Zuschlagserteilung ist wohl als solche nicht Gegenstand der Rechtsprechung gewesen. Maßgeblich kommt es darauf an, ob Bieter vorherigen Rechtsschutz erreichen können.

### 3. Vertragsgestaltung

Dr. Mathias Dierkes, GELSENWASSER AG, Gelsenkirchen

- Für die Vertragsgestaltung gibt es keinen allgemein anerkannten Mustervertrag. Relativ üblich ist eine Anlehnung an Verträge nach § 46 EnWG, auch wenn dies wegen der bestehenden Unterschiede der Märkte und der Produkte nicht zu empfehlen ist. Wesentliche Unterschiede zu Stromkonzessionen ist etwa, dass es kein bundesweites Netz gibt und Trinkwasser nicht beliebig misch- und lagerbar ist.
- Bei der Wasserversorgung hat die Qualität des Produktes eine überragende Bedeutung.
- Grundsätzlich ist das Konzessionsgebiet auf das Gemeindegebiet beschränkt. Problematisch ist die Einbeziehung neuer Gebiete bei Eingemeindungen.
- Bei den Lieferbedingungen fehlt in der Praxis ein Verweis auf die Grundlagen der Trinkwasserverordnung, was ein Hinweis auf das Fehlen technischer Probleme diesem Bereich ist.
- Dies wird sich möglicherweise zukünftig ändern, wenn durch Vergaben im Wettbewerb Kostendruck entsteht. Insoweit ist dann auf die Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden hinzuweisen.
- Auch Regelungen zum Versorgungspreis sind jedenfalls bisher in Verträgen häufig nicht zu finden.
- Die Laufzeit der Verträge beträgt oft 20 Jahre, oder öfters aber auch deutlich mehr. Ob es die rechtliche Möglichkeit einer Beschränkung gibt, erscheint offen.

- Bei den Regelungen zur Beendigung des Vertrages, der sogenannten Endschafft, ist zu regeln, was genau auf einen neuen Konzessionär übergeht. Es scheint einen Trend dahin zu geben, dass das Eigentum an den Anlagen beim Alt-Konzessionär verbleibt. Kritisch und umstritten ist der Umgang mit Durchgangsleitungen. Wasserrechte und Wasserwerke haben in der Regel nichts mit dem eigentlichen Netz zu tun.
- Bei dem Kaufpreis von zu erwerbenden Anlagen hat sich der Sachzeitwert abzüglich erhaltener Zuschüsse durchgesetzt.
- In den Schlussbestimmungen ist eine weitere Betriebspflicht für die Verzögerung der Vergabe vorgesehen.
- Bisher nicht geregelt ist die Frage, wie der Kundenübergang erfolgt.

#### **4. Verfahrensgestaltung und Rechtsschutzmöglichkeiten**

Rechtsanwalt Dr. Johannes Mosters, BBG und Partner, Bremen

- Auftraggeber sollten den Vergabewettbewerb als Chance begreifen.
- Allein das Eigentum am Netz ist wohl kein Alleinstellungsmerkmal, das eine Wettbewerbseinschränkung zulassen würde.
- Auftraggeber müssen die Voraussetzungen für echten Wettbewerb schaffen. Dies gilt beispielsweise für die Informationen über das Netz und deren Herausgabe. Problematisch sind oft Auskunfts-Ansprüche gegen den Alt-Konzessionär, die als Annex-Anspruch des Herausgabe-Anspruches gesehen werden können.
- Das Informations-Interesse der anbietenden Unternehmen ist mit dem Geheimnisschutz des Alt-Konzessionärs abzuwägen.
- Die Entscheidungen über die Vergabe müssen beim Hauptorgan der Gemeinde liegen. Lediglich die Durchführung der Verfahren liegt bei der Verwaltung.
- Interessenkonflikte sind durch eine personelle und organisatorische Trennung zu vermeiden.
- Der gesamte Verfahrensablauf ist ab Beginn zeitnah zu dokumentieren. Dies umfasst alle wesentlichen Entscheidungen. Besteht ein Ermessensspielraum, ist dessen Gebrauch mit den wesentlichen Erwägungen besonders zu dokumentieren.
- Die Kriterien für Eignung und Wertung sind zu trennen. Dies dient am Ende dazu, zu vermeiden, dass ein ungeeignetes Unternehmen beauftragt wird. Die Anforderungen an eine Eignungsleihe sollten vorgegeben werden.

- Bei der Wertung ist der Spielraum des Auftraggebers nur durch die Verbote von Willkür und Diskriminierung begrenzt. Sachbezogene Interessen dürfen berücksichtigt werden.
- Bei der Verfahrensgestaltung hat der Auftraggeber große Freiheiten. Es ist zu empfehlen, sich an den Vorgaben der VgV und der KonzVgV zu orientieren. Insbesondere sollten angemessene Fristen vorgesehen werden. Die Bekanntmachung sollte im Zweifel im EU-Amtsblatt erfolgen. Im Verfahrensbrief sind den interessierten Unternehmen alle wettbewerbsrelevanten Informationen mitzuteilen.
- Biiterrügen sollte der Auftraggeber als Chance begreifen, Fehler zu beseitigen. Es bietet sich an, Bietern eine Frist für die Einrechnung von Rügen zu setzen.
- Die Auswahl-Entscheidung muss das durch das Zentralorgan erfolgen. Dabei ist es an die gesetzlichen Vorgaben gebunden, insbesondere an kommunalrechtlicher Anforderungen. Gegebenenfalls ist der Vertrag zu beurkunden.
- Sehr wichtig ist die Anzeige nach § 31a GWB.
- Es ist nicht klar, ob Auftraggeber in entsprechender Anwendung von § 135 Abs. 3 GWB durch eine Vorabinformation einen rechtsicheren Abschluss erreichen können.
- Für den Rechtsschutz sind bei zivilrechtlichen Verträgen die ordentlichen Gerichte zuständig. Dabei ist die Zuständigkeitskonzentration für Kartellangelegenheiten zu beachten.