

Vorlage an den Gemeinderat

Beratung der Vergabeempfehlung zum Abschluss eines neuen Gaskonzessionsvertrages für das Gemeindegebiet mit Ausnahme des Ortsteils Steinenstadt

Teilnehmer: Herr Gregor Czernek, LL.M., Gersemann Rechtsanwälte
FBL Marco Prinzbach

I. Sachvortrag

I. Sachverhalt

Die Stadt hat im Bundesanzeiger vom 10.05.2021 bekannt gemacht, dass der mit der badenova AG & Co. KG (Rechtsnachfolgerin: bnNETZE GmbH) abgeschlossene Vertrag über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Gasversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören (Gaskonzessionsvertrag) mit Ablauf des 08.07.2023 endet. Das Vertragsgebiet erstreckt sich auf das Gemeindegebiet der Stadt Neuenburg am Rhein mit Ausnahme des Ortsteils Steinenstadt.

Innerhalb der in der Bekanntmachung gesetzten Frist sind mehrere Interessenbekundungen am Neuabschluss eines Gaskonzessionsvertrages bei der Stadt eingegangen.

Der Gemeinderat hat Auswahlkriterien beschlossen und gewichtet, die den Bietern mitgeteilt wurden, verbunden mit der Aufforderung, ein Angebot einzureichen. Bei Ablauf der gesetzten Angebotsabgabefrist lag lediglich ein Angebot der bnNETZE GmbH vor.

Das Angebot wurde von den rechtlichen Beratern der Stadt geprüft. Das Angebot der bnNETZE lässt danach im Ergebnis erwarten, dass die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG im Gasnetzbetrieb umfassend umgesetzt werden. Es enthält überzeugende Ausführungen zu den von der Stadt aufgestellten Auswahlkriterien und der angebotene Gaskonzessionsvertrag lässt aufgrund der umfangreichen vertraglichen Zusagen in besonderem Maße erwarten, dass die damit von der Stadt vorgegebenen Zielsetzungen auch erreicht werden.

Das Angebot enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der bnNETZE GmbH, weswegen weitergehende Angebotsinhalte und darauf aufbauende Begründungen für die Vergabeentscheidung nicht öffentlich vorgestellt werden können. Das betrifft insbesondere auch die Inhalte des angebotenen Gaskonzessionsvertrages. Der Gemeinderat hat in nicht-öffentlicher Sitzung das Angebot und dabei insbesondere den angebotenen

Gaskonzessionsvertrag geprüft und diskutiert. Im Ergebnis lässt der angebotene Gaskonzessionsvertrag in besonderem Maße erwarten, dass die Ziele der Auswahlkriterien der Stadt ebenso erfüllt werden wie die aktuellen Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG, nämlich eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente, umweltverträgliche und treibhausgasneutrale leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Gas und Wasserstoff, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.

II. Rechtslage und Verfahren

Bei Konzessionsverträgen handelt es sich aufgrund des Regelungsrahmens um qualifizierte Wegenutzungsverträge zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören (§ 46 Abs. 2 Energiewirtschaftsgesetz - EnWG). Lieferverpflichtungen dürfen im Gegensatz zu früheren Zeiten nicht mehr Bestandteil dieser Verträge sein und Aspekte der Gaslieferung dürfen auch bei der Auswahlentscheidung keine Rolle spielen. Unbeschadet dieser Besonderheiten hat sich im Sprachgebrauch der Begriff „Konzessionsvertrag“ gehalten.

Bezüglich der Vergabe und dem Abschluss von Konzessionsverträgen ist vom Gesetzgeber und insbesondere der Rechtsprechung ein umfangreicher Regelungsrahmen vorgegeben. § 46 EnWG enthält rudimentäre Regelungen zur Vergabe der Konzession, welche durch die Rechtsprechung und Behördenpraxis unter Rückgriff auf Kartellrecht und europäisches Primärrecht weiter ausdifferenziert wurden. Wesentliche Eckpunkte sind:

- Das formelle Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB findet keine Anwendung, jedoch ist das Konzessionsvergabeverfahren mehr und mehr einem Vergabeverfahren angenähert.
- Das Auslaufen des Konzessionsvertrages muss im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden, um insoweit einen Wettbewerb zu eröffnen (vgl. § 46 Abs. 3 EnWG).
- Der Gemeinde müssen durch das bisherige Energieversorgungsunternehmen die relevanten Netzdaten zur Verfügung gestellt werden (vgl. § 46a EnWG), um einen diskriminierungsfreien Wettbewerb eröffnen zu können.
- Den Interessenten müssen durch die Gemeinde die für eine Bewerbung relevanten Daten zum örtlichen Energieversorgungsnetz zugänglich gemacht werden (vgl. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG).
- Die Konzessionsvergabe muss in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren erfolgen, insbesondere müssen den Bietern die Auswahlkriterien und deren Gewichtung vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden.
- Jegliche Vorfestlegung auf einen bestimmten Bieter ist unzulässig und führt zur Nichtigkeit eines mit diesem Bieter abgeschlossenen Konzessionsvertrags.
- 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 umsetzen.
- Die 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 (KAV) 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 KAV vorgesehen, insbesondere hinsichtlich Folgekosten, Kommunalrabatt und Verwaltungskostenbeiträgen.

Die rechtlichen Vorgaben für die Eröffnung und Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens hat die Stadt beachtet. Vorliegend war jedoch keine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bietern aufgrund der festgelegten Auswahlkriterien und deren Gewichtung zu treffen, da nur ein Angebot eines Bieters, der bnNETZE GmbH, vorlag. Das Angebot konnte daher unmittelbar auf seine Annahmefähigkeit geprüft und zur Beschlussfassung vorgeschlagen werden.

Gemäß § 107 Abs. 1 Satz 1 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO BW) darf die Gemeinde Konzessionsverträge nur abschließen, wenn dadurch die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Hierüber soll dem Gemeinderat gemäß § 107 Abs. 1 Satz 2 GemO BW vor Beschlussfassung die Stellungnahme eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden. Die Erfüllung dieser Vorgaben ist dem Gemeinderat durch ein entsprechendes Gutachten dargelegt worden. Auch dies musste in nicht-öffentlicher Sitzung erfolgen, da der zugrundeliegende Gaskonzessionsvertrag und damit auch das Gutachten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der bnNETZE GmbH enthält.

Gemäß § 108 GemO BW ist der Beschluss über den Abschluss des Gaskonzessionsvertrages der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen.

III. Wesentliche Inhalte des Gaskonzessionsvertrages

Der Gaskonzessionsvertrag enthält sehr ausdifferenzierte Regelungen, welche die in den Auswahlkriterien der Stadt niedergelegten Ziele umsetzen und sehr kommunalfreundlich ausgestaltet sind. Im Wesentlichen sind folgende Regelungsinhalte vorgesehen:

- Es erfolgt eine Einräumung von Wegenutzungsrechten durch die Stadt zur Verlegung und zum Betrieb des örtlichen Gasversorgungsnetzes in branchenüblichem Umfang.

- Als Gegenleistung werden Konzessionsabgaben im jeweils gesetzlich höchstzulässigen Umfang an die Stadt bezahlt. Ebenso wird der Stadt ein Kommunalrabatt für kommunale Abnahmestellen gewährt.
- Es sind umfangreiche Regelungen zur Koordination, Durchführung und Abnahme von Baumaßnahmen vorgesehen.
- Die Stadt kann eine Entfernung, Änderung, Verlegung oder Sicherung der Gasversorgungsanlagen auf Kosten des Konzessionärs verlangen, wenn dies durch Maßnahmen der Stadt erforderlich wird.
- Es wird die Möglichkeit der Abstimmung und Zusammenarbeit zwischen der Stadt und dem Konzessionär vorgesehen, verbunden mit umfassenden Informationsrechten der Stadt hinsichtlich der Umsetzung der Angebotszusagen zum Netzbetrieb.
- Die wesentlichen Eckpunkte des Netzbetriebskonzeptes zur Umsetzung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG im künftigen Gasnetzbetrieb werden als konkrete vertragliche Zusagen vereinbart.
- Die vertraglichen Zusagen werden durch verschiedene Sanktionsrechte (Vertragsstrafen, Kündigungsrechte) abgesichert.
- Der Vertrag hat eine Laufzeit von 20 Jahren und kann im Wege der laufzeit- und ereignisbezogenen Sonderkündigung durch die Stadt vorzeitig beendet werden.
- Der Vertrag sieht Regelungen zur Berücksichtigung von erneuerbaren Energien im Gasversorgungsnetz sowie zur Erschließung bisher noch nicht versorgter Teile des Gemeindegebietes vor.
- Bei Beendigung des Vertrages hat die Stadt ein Übernahmerecht hinsichtlich des Gasversorgungsnetzes. Ebenso sind Regelungen zur Übernahme des Gasnetzbetriebes durch einen neuen Konzessionär vorgesehen.

Insgesamt handelt es sich um Regelungen, die zugunsten der Stadt und ihrer Einwohner über diejenigen Regelungen hinausgehen, die in den branchenüblichen Musterkonzessionsverträgen regelmäßig enthalten sind. Gegenüber dem bisherigen Konzessionsvertrag enthält der Vertrag erheblich verbesserte Regelungen.

IV. Begründung der Beschlussvorschläge

Mit Beschlussvorschlag Nr. 1 trifft der Gemeinderat die Entscheidung, das einzig vorliegende Angebot der bnNETZE GmbH anzunehmen. Der angebotene Konzessionsvertrag wurde von den rechtlichen Beratern der Stadt geprüft und dessen Annahme empfohlen. Der von bnNETZE GmbH angebotene Gaskonzessionsvertrag ist sehr kommunalfreundlich ausgestaltet und lässt in besonderem Maße erwarten, dass die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG, nämlich eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente, umweltverträgliche und treibhausgasneutrale leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Gas und Wasserstoff, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, erfüllt werden.

Mit Beschlussvorschlag Nr. 2 wird festgehalten, dass der Gemeinderat das Gutachten nach § 107 GemO, welches diesem bezüglich des abzuschließenden Konzessionsvertrages vor Beschlussfassung vorliegen soll,

zur Kenntnis genommen hat. Danach ist die Erfüllung der Aufgaben der Stadt durch den Konzessionsvertrag nicht gefährdet und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Stadt und ihrer Einwohner werden gewahrt. Das Gutachten lag dem Gemeinderat in nicht-öffentlicher Sitzung vor.

Beschlussvorschlag Nr. 3 ermöglicht die Umsetzung der Vergabeentscheidung durch die Verwaltung und die Berücksichtigung gegebenenfalls vorhandener Anmerkungen seitens der Rechtsaufsicht.

IV. Weiteres Verfahren

Die Verwaltung wird nach der Beschlussfassung des Gemeinderates das kommunalaufsichtliche Verfahren einleiten und nach dessen Abschluss den Gaskonzessionsvertrag entsprechend dem Beschluss des Gemeinderates mit der bnNETZE GmbH abschließen. Der Gaskonzessionsvertrag tritt mit Unterzeichnung in Kraft, frühestens jedoch am 01.01.2023. Er hat eine Laufzeit von 20 Jahren.

II. Beschlussantrag

1. Das Angebot der bnNETZE GmbH vom 22.06.2022 auf Abschluss eines Gaskonzessionsvertrages für das Gemeindegebiet mit Ausnahme des Ortsteils Steinenstadt wird angenommen.
2. Der Gemeinderat hat das Gutachten nach § 107 GemO zu dem von der bnNETZE GmbH angebotenen Gaskonzessionsvertrag zur Kenntnis genommen.
3. Der Bürgermeister wird beauftragt, nach Gesetzmäßigkeitsbestätigung bzw. Nichtbeanstandung durch die Kommunalaufsicht den Gaskonzessionsvertrag mit der bnNETZE GmbH abzuschließen. Zu Änderungen des vorliegenden Gaskonzessionsvertrages ist der Bürgermeister befugt, soweit sie redaktioneller Natur sind, Vorgaben der Kommunalaufsicht entsprechen oder soweit sie nicht wesentliche Vertragsinhalte grundlegend verändern.

17.10.2022 / Prinzbach, Marco