

# Newsletter Vergaberecht

Oktober 2021



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht,  
Ausgabe Oktober 2021.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



**Vergabe von Stromkonzessionen nach dem EnWG – Pflicht, den  
Zuschlag zu erteilen**

## **Newsticker**

Wettbewerbsverzerrung muss für einen Ausschluss nicht feststehen

UVgO in Rheinland-Pfalz eingeführt

EU-Kommission: Neuer Leitfaden für eine innovationsfördernde Vergabe

---

## **Vergabe von Stromkonzessionen nach dem EnWG – Pflicht, den Zuschlag zu erteilen**

Die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen erfolgt nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers nicht nach der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV), sondern nach dem "Sondervergaberecht" der spezielleren §§ 46ff. des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG). Aus diesem ergibt sich unter anderem die Pflicht für Kommunen, die erforderlichen Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG spätestens alle 20 Jahre neu in einem fairen Wettbewerb zu vergeben. Bislang hat sich die Rechtsprechung bei verschiedenen Fragen stark an den im GWB-Vergaberecht aufgestellten Grundsätzen orientiert. Umso interessanter, dass der BGH im vorliegenden Fall (Urteil vom 9. März 2021, Az.: KZR 55/19) nunmehr auch signifikante Unterschiede zwischen EnWG-Vergaberecht und GWB-Vergaberecht herausarbeitet. Anders als im GWB-Vergaberecht (Ausnahme: sog. "Scheinaufhebungen") gibt es bei der Stromkonzessionsvergabe einen gemeindlichen Kontrahierungszwang in bestimmten Fällen; eine "Flucht" in die – nicht im EnWG geregelte – Aufhebung kann unzulässig sein.

### **DER SACHVERHALT**

Das beklagte Land Berlin leitete durch Bekanntmachung Ende 2011 ein Verfahren zur Neuvergabe der Gaskonzession ein. Neben den beiden Klägerinnen zu 1) und 2) bewarb sich auch ein eigens hierfür durch die verfahrensleitende Stelle im Frühjahr 2012 geschaffener Landesbetrieb. Die Zuständigkeit wurde erst im Laufe des Verfahrens von der verfahrensleitenden Stelle auf eine andere Senatsverwaltung übertragen. Sein Angebot erhielt die beste Wertung, obwohl ihm unter anderem auch ein finanzieller Eignungsnachweis fehlte. Es wurde dem Abgeordnetenhaus zur Zustimmung vorgelegt, die jedoch noch nicht

erteilt wurde. Die Klägerinnen beanstanden die Angebotswertung und die Beteiligung des Landesbetriebs und klagten auf Annahme des eigenen Angebots der Klägerin zu 2).

## **DIE ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Der BGH erklärte den in der Revision durch die Klägerin zu 2) gestellten Antrag auf Abschluss eines Konzessionsvertrages für zulässig und begründet. Zwar sei dem GWB-Vergaberecht eine Pflicht zum Vertragsabschluss grundsätzlich fremd, diese Grundsätze seien indes auf die Vergabe von Strom- oder Gaskonzessionen nicht übertragbar. Anders als im Vergaberecht beruhe die Vergabe hier nicht auf einem autonomen Beschaffungsbeschluss, sondern sei Teil der Daseinsvorsorge. Die Pflicht zur Neuvergabe aus § 46 Abs. 2 EnWG zwingt deshalb jedenfalls dann zum Vertragsschluss, wenn die Einhaltung der zwanzigjährigen Frist zur Neuvergabe andernfalls gefährdet wäre. In solchen Fällen hätten Bieter nicht nur ein Recht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren, sondern auch auf eine abschließende Vergabeentscheidung. Nur so sei das Ziel einer regelmäßigen Neuvergabe sichergestellt. Der Anspruch stehe dem Bieter zu, der bei fehlerfreier Anwendung der Kriterien das beste Angebot gemacht habe.

Vorliegend sah der BGH unter anderem in der Teilnahme des Landesbetriebs einen schweren Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot. Die erforderliche organisatorische und personelle Trennung zwischen dem Landesbetrieb und der Vergabestelle sei erst mit der Zuordnung zu einem anderen Teil der Senatsverwaltung im Laufe des Verfahrens erfolgt. Auch eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens in ein früheres Stadium oder ein neues Verfahren scheidet hier aus, da der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bereits zu Beginn des Verfahrens vorlag. Auch für die Durchführung eines neuen Verfahrens fehle es an einem schwerwiegenden Grund. Der Landesbetrieb müsse keine zweite Chance erhalten, ein Angebot abzugeben.

## **PRAXISTIPP**

Die Entscheidung erhöht den Druck auf die Gemeinden weiter, ihre Konzessionsvergaben nach dem EnWG (Strom und Gas) besonders sorgfältig vorzubereiten und durchzuführen. Dies gilt gerade, wenn politisch ein bestimmter Ausgang des Verfahrens gewünscht wird (Stichwort "Rekommunalisierung"). Die Möglichkeit, Fehler im Verfahren zu korrigieren, wird eingeschränkt, da der BGH bei Konzessionen nach

dem EnWG – anders als im GWB-Vergaberecht – nicht jeden sachlichen Grund für eine Aufhebung oder Zurückversetzung genügen lässt, es muss ein "schwerwiegender Grund" (vgl. § 63 VgV) sein. Unter Umständen muss eine Gemeinde einen Vertrag mit einem Bieter schließen, wenn dieser das einzig wertungsfähige Angebot abgegeben hat. Die ohnehin sehr bieterfreundliche Rechtsprechung zur Konzessionsvergabe nach dem EnWG hat eine weitere Facette dazubekommen.

Nicht Gegenstand der Entscheidung war, wie die Rechtsprechung künftig mit Fallgestaltungen umgeht, wo die Gemeinde – nach Auffassung eines Zivilgerichts – die Angebote "falsch" (d. h. unter Missachtung anerkannter Wertungsgrundsätze) bewertet haben soll. Hier dürfte in aller Regel ein Kontrahierungszwang ausscheiden, da ansonsten der gemeindliche Beurteilungsspielraum völlig ausgehöhlt werden würde. Hier muss es nach Auffassung des Verfassers – auch bei einem drohenden oder bereits eintretenden Ablauf der 20-Jahresfrist – bei der Möglichkeit für die Gemeinden bleiben, die Wertung unter Berücksichtigung des Gerichts erneut vorzunehmen.

## KURZ GEFASST

- Bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen nach dem EnWG kann eine Gemeinde gerichtlich verpflichtet werden, einem bestimmten Bieter den Zuschlag zu erteilen ("Kontrahierungszwang");
- Die zum GWB-Vergaberecht entwickelten Maßstäbe für eine Aufhebung oder Rückversetzung des Verfahrens sind nur eingeschränkt auf die EnWG-Konzessionsvergabe übertragbar;
- Die Möglichkeit der Gemeinden, während des Verfahrens bestimmte Anforderungen zu ändern, wird eingeschränkt – Konzessionsvergaben nach dem EnWG müssen noch sorgfältiger vorbereitet und durchgeführt werden!

### **Sascha Opheys**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht

E-Mail



# NEWTICKER

## Wettbewerbsverzerrung muss für einen Ausschluss nicht feststehen

Nach Auffassung der VK Westfalen (Beschluss vom 5. Mai 2021 – VK 1 – 11/21) setzt der Ausschluss eines Bieters wegen wettbewerbsverzerrender Absprachen keine Gewissheit des Auftraggebers voraus.

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB können Bieter von einem Verfahren ausgeschlossen werden, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung getroffen haben. Da beide Bieter über einen gemeinsamen Geschäftsführer verfügten, vermutete die Auftraggeberin einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb. Aus Sicht der Vergabekammer nahm der Auftraggeber zulässigerweise an, dass ein Geschäftsführer zur Umsetzung strategischer Ziele Einfluss auf das operative Geschäft nehmen können müsse. Wenn es sich wie hier um Geschäfte handele, die über das übliche Maß der "laufenden Verwaltung" hinausgingen, rechtfertige diese Möglichkeit der Einflussnahme einen Ausschluss. Hinzu kam im vorliegenden Fall, dass verschiedene andere Indizien, wie personelle Überschneidungen und Vermischung der Angebotsunterlagen, die Annahme nahelegten, dass die Bieter nicht vollumfänglich voneinander getrennt waren. Im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums habe die Auftraggeberin die Bieter aus nachvollziehbaren Gründen ausgeschlossen. Eine Pflicht zu weiteren Nachforschungen lehnte die Kammer ab.

## UVgO in Rheinland-Pfalz eingeführt

Auch in Rheinland-Pfalz gilt nunmehr die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für unterschwellige Vergaben von Liefer- und Dienstleistungen von landes- oder kommunalhaushaltsrechtlich gebundenen, institutionellen Auftraggebern ([siehe hier](#)). Im Unterschied zu anderen landeshaushaltsrechtlichen Regelungen sieht die Verwaltungsvorschrift auch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ein wettbewerbliches Verfahren vor. Die Vergabe von Bauleistungen – die weiterhin nach der VOB/A 1. Abschnitt erfolgt – bleibt von der Neuregelung unberührt. Daneben sind insbesondere die vorbereitenden Regelungen für das kommende Wettbewerbsregister (Ziffer 15) und die Hinweise auf den jüngst eingeführten Rechtsschutz im Unterschwellenbereich durch die Vergabeprüfstelle des Landes (Ziffer 18) von besonderem Interesse.

## EU-Kommission: Neuer Leitfaden für eine innovationsfördernde Vergabe

Mit dem Leitfaden für eine innovationsfördernde öffentliche Auftragsvergabe (2021/C 267/01, [siehe hier](#)) formuliert die EU-Kommission Benchmarks für eine innovationsfreundliche, nachhaltige und resiliente Beschaffungswirtschaft. In der Umsetzung werden insbesondere das Verhandlungsverfahren, der Wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft näher beleuchtet. Die EU-Kommission hebt zudem die Wichtigkeit einer technikneutralen Bedarfsermittlung für Innovationen hervor. Neben der richtigen Wahl quantitativer Zuschlagskriterien erwähnt der Leitfaden auch das Konsumentenverhalten und Fragen der Nachhaltigkeit und regt die Implementierung von Änderungs- oder Ausstiegsklauseln sowie eine flexible Zuweisung von Rechten am erzeugten geistigen Eigentum an.

## Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

### Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 26471-219

#### Frank Obermann

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



#### Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



#### Max Stanko

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

[E-Mail](#)



## Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0

### Sascha Opheys

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

E-Mail



## Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 756095-195

### Christopher Theis

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

E-Mail



## Hamburg

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg  
Tel.: +49 40 688745-145

### Jan Christian Eggers

Rechtsanwalt, LL.M.

E-Mail



## München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452

### Michael Brückner

Rechtsanwalt

E-Mail



### Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Verwaltungsrecht

E-Mail



### Katrin Lüdtke

Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für  
Verwaltungsrecht

E-Mail



REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

[Vergaberecht@advant-beiten.com](mailto:Vergaberecht@advant-beiten.com)

[www.advant-beiten.com](http://www.advant-beiten.com)



## Zur Newsletter Anmeldung

### E-Mail weiterleiten

#### **Hinweise**

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2021

#### **Impressum**

ADVANT Beiten

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.