

schaftlicher Betrieb der Kraftwerke oftmals nicht mehr möglich ist, so der BDEW. Allein in den ersten zehn Monaten ist der Einsatz von Erdgas in den Kraftwerken der Stromversorger zur Strom- und Wärmeerzeugung erneut um über 13 Prozent zurückgegangen. In den Kraftwerken, die nur Strom und keine Wärme erzeugen, ist der Erdgaseinsatz sogar um ein Drittel (33,6 Prozent) eingebrochen. Kernenergie kam auf einen Anteil an der Stromerzeugung von 15,4 Prozent (15,8). Steinkohlekraftwerke trugen voraussichtlich 19,7 Prozent (18,5) bei. Braunkohlekraftwerke halten weiterhin den höchsten Anteil mit 25,8 Prozent (25,5) an der Stromerzeugung. Auf einen Anteil von 5,2 Prozent (5,3) kamen Heizöl, Pumpspeicher und sonstige Anlagen.

Gründe für diese Entwicklungen im konventionellen Kraftwerksbereich sind laut BDEW sowohl der zunehmende Einsatz von Erneuerbaren Energien für die Stromerzeugung, als auch die weiterhin bestehende Differenz zwischen Kohle- und Gaspreisen beziehungsweise der hieraus resultierenden spezifischen Stromerzeugungskosten. Dies sorgt einerseits dafür, dass zunehmend vor allem Gaskraftwerke in Deutschland und auch in anderen europäischen Ländern aus der Merit Order, also der Reihenfolge der Kraftwerkseinsätze nach Wirtschaftlichkeit, gedrängt werden. Andererseits sei momentan der deutsche Strompreis für andere Länder attraktiv.

Diese Effekte und die zentrale geografische Lage Deutschlands in der EU seien auch die wesentlichen Gründe für den Anstieg der physikalischen Stromflüsse ins Ausland im Jahr 2013. Nach vorläufigen BDEW-Zahlen weisen diese im Saldo einen Überschuss ins Ausland von rund 33 Milliarden Kilowattstunden auf (2012: 23 Mrd. kWh) aus. Im vergangenen Jahr seien die größten Strommengen aus Deutschland in die Niederlande geflossen. Dies bedeute jedoch nicht zwangsläufig, dass diese Mengen in den Niederlanden vollständig

verbraucht wurden. Ein gewisser Teil des Stroms fließe zum Beispiel in andere Länder als Transitflüsse weiter, beispielsweise Richtung Belgien oder Großbritannien, so der BDEW.

Der starke Stromfluss aus Deutschland in andere Länder sei auch ein Zeichen dafür, dass der europäische Energiebinnenmarkt funktioniere. Hildegard Müller: „Diese Zahlen zum Stromaustausch sind ausdrücklich kein Indiz für eine beruhigende Situation in Deutschland wie auch die hohe Anzahl der beantragten Kraftwerksstilllegungen bei der Bundesnetzagentur zeigt. Die aktuell hohen Abflüsse ins Ausland bedeuten nicht, dass es überall zu jedem Zeitpunkt einen Überschuss an Strom gibt. Strom muss jederzeit an jedem Ort verfügbar sein. Die Kraftwerkskapazitäten müssen jederzeit ausreichen, um die höchste Leistungsanforderung der Stromkunden abzudecken. Die Situation im Kraftwerksbereich erfordert daher ebenfalls rasches politisches Handeln. Unsere Vorschläge dazu liegen auf dem Tisch.“

Müller machte darüber hinaus deutlich, was die Energiebranche in diesem Jahr von der neuen Bundesregierung und der EU erwartet: „Kosteneffizienz muss nicht nur bei der Förderung der Erneuerbaren Energien, sondern auch bei der Minderung der CO₂-Emissionen das zentrale politische Ziel für 2014 sein. Dies gilt gleichermaßen für Deutschland und die EU. Die Kosten für die Vermeidung von Kohlendioxidemissionen dürfen nicht weiterhin vor allem den Stromkunden aufgebürdet werden. Wenn wir die CO₂-Emissionen deutlich reduzieren wollen, dann müssen Berlin und Brüssel vor allem den Wärmemarkt und den Verkehrsbereich im Blick haben. Die damit verbundenen Chancen zum Beispiel des Energieträgers Erdgas sollten endlich von der Politik genutzt werden.“

Weitere Informationen unter: www.bdew.de.

Öffentliche Auftraggeber dürfen auch Bieter sein!

Kommunale Stadtwerke-Konzerne unterhalten neben der Ver- und Entsorgung häufig umfassende Leistungsangebote in den Bereichen Gebäudemanagement, IT, Grünpflege, Technik und Personal. Zuweilen interessieren auch sie sich für öffentliche Aufträge. Nicht selten können sie die Leistungen ebenso wirtschaftlich wie die private Konkurrenz erbringen. Die Frage ist: Dürfen sie dies auch? Das OLG Düsseldorf (07.08.2013, VII-Verg 14/13) hat dies aus Sicht des Vergaberechts grundsätzlich bejaht, und zwar ungeachtet der Rechtsform des Auftraggebers. Einzige Bedingung: Das nationale Recht erlaubt die Leistungserbringung.

Eine Kreispolizeibehörde in Nordrhein-Westfalen schrieb in einem europaweiten Verhandlungsverfahren mit Teilnehme-



wettbewerb die Neuunterbringung der Polizeiwache in einer kreisangehörigen Stadt aus. Es sollte ein Mietvertrag über ein nach den Anforderungen der Auftraggeberin neu zu errichtendes oder über ein nach diesen Anforderungen umzubauendes Gebäude abgeschlossen werden. Das Grundstück sollte also der Auftragnehmer zur Verfügung stellen. Neben einigen Unternehmen der Privatwirtschaft beteiligte sich auch eine andere kreisangehörige Stadt (im Folgenden „Kommune“) als Bieterin an dem Verfahren. Sie verfügte über ein gut geeignetes Grundstück.

Die Auftraggeberin sah jedoch eine sehr enge Terminplanung vor. Außerdem ließ sie keine Nebenangebote zu. Aus diesen Gründen nahm die Kommune zunächst Abstand von einer weiteren Teilnahme. Für den Fall einer Änderung dieser Bedingungen signalisierte sie aber weiterhin Interesse an dem Auftrag. Später passte die Auftraggeberin die Terminplanung an. Die Kommune informierte sie jedoch nicht. Diese erfuhr erst aus der Tagespresse davon und rügte ihre unterbliebene erneute Beteiligung mit einem Nachprüfungsantrag.

Zu Recht, wie der Vergabesenat entschied. Denn mit ihrer Bereitschaft zu einer erneuten Teilnahme unter den veränderten Bedingungen signalisierte die Kommune ihr fortbestehendes Interesse am Auftrag. Dass sie sich zunächst aus dem Verfahren zurückzog, lässt deshalb ihre Antragsbefugnis nicht entfallen. Insoweit besteht kein Unterscheid zu einem Unter-

nehmen der Privatwirtschaft. Das OLG Düsseldorf hatte auch im Übrigen keine Einwände dagegen, dass die Kommune als öffentliche Auftraggeberin in die Rolle eines Bieters schlüpfen und ein Angebot abgeben wollte. Trotzdem wurde der Nachprüfungsantrag abgewiesen! Begründung: Die Kommune hat sich wettbewerbswidrig verhalten. Deshalb hätte sie zwingend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Dass die Auftraggeberin ihr vergaberechtswidrig keinen Hinweis auf die veränderten Bedingungen gab, wirkte sich deshalb nicht zum Nachteil der Kommune aus.

Beteiligungsverbot verstößt gegen EU-Recht

Was war passiert?

Zunächst ist es grundsätzlich vergaberechtlich unproblematisch, dass sich die Kommune mit einem geeigneten Grundstück als Bieterin an dem Vergabeverfahren für die Neuunterbringung der Polizeiwache beteiligte, auch wenn sie selbst zugleich öffentliche Auftraggeberin ist. Zwar bestimmt § 6 Abs. 1 Nr. 3 EG VOB/A:

„Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen sind zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen.“

Unter Verweis auf ein Urteil des EuGH vom 23.12.2009 (Rs. C-305/08 – Universitäten als Bieter) erklärte der Vergabesenat die Vorschrift jedoch für europarechtswidrig. Denn das EU-Recht beschränkt die Teilnahme an Vergabeverfahren nicht auf unternehmerisch strukturierte Wirtschaftsteilnehmer oder auf bestimmte Rechts- oder Organisationsformen. Das generelle Verbot der öffentlichen Hand und ihrer Einrichtungen, als Bieter an Vergabeverfahren teilzunehmen, ist damit nicht vereinbar.

Kommunalwirtschaftsrecht als Grenze

Allerdings muss der betreffende Bieter – hier die Kommune – nach nationalem Recht auch berechtigt sein, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Eine Grenze zieht hier vor allem das Kommunalwirtschaftsrecht, das eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen nur unter bestimmten Bedingungen zulässt. § 107 Abs. 1 GO NRW (bzw. die vergleichbare Norm der anderen Bundesländer) lässt eine kommunalwirtschaftliche Betätigung nur zu, wenn:

- ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert,
- die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Kommune steht und
- der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann (gilt nicht bei Wasserversorgung, Öffentlichem Verkehr und Telekommunikation).

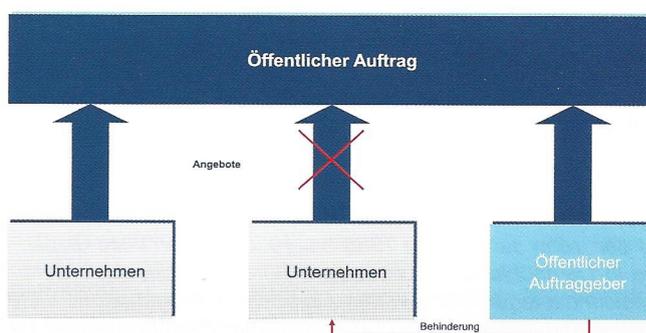
Hieran gemessen hält der Vergabesenat eine Teilnahme der Kommune als Bieterin an dem konkreten Vergabeverfahren für zulässig. Als Eigentümerin des für die Polizeiwache in Frage kommenden Grundstücks ist sie verpflichtet, dieses wirtschaftlich zu verwalten (§ 90 Abs. 2 GO NRW). Demnach darf sie versuchen, dieses Grundstück, etwa zur Verwendung für einen öffentlichen Auftrag, bestmöglich wirtschaftlich zu nutzen. Das Vorhaben steht auch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune, die auf einen ausgeglichenen Haushalt verweisen kann. Ob andere Unternehmen die Neuunterbringung der Polizeiwache besser und

wirtschaftlicher realisieren können, soll schließlich gerade in dem Vergabeverfahren ermittelt werden.

Diese letzte Voraussetzung muss allerdings nicht erfüllt sein, wenn es sich um eine Tätigkeit in den Bereichen der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs oder des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telekommunikationsdienstleistungen handelt. § 107a GO NRW enthält weitere Erleichterungen für eine Betätigung in der Strom-, Gas- oder Wärmeversorgung.

Auch Kommunen bei Wettbewerbsverstößen auszuschließen

Die als Bieterin teilnehmende Kommune war jedoch wegen eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens gemäß §§ 97 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EG VOB/A vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die unterbliebene erneute Beteiligung an dem Vergabeverfahren konnte sie deshalb nicht in ihren Rechten verletzen, denn einen Zuschlag hätte sie ohnehin nicht erhalten dürfen.



Ein konkurrierender Bieter wollte ein im Gebiet der Kommune liegendes Grundstück für die Auftragsausführung verwenden. Ein entsprechender Bauantrag lag bereits vor. Als die weiterhin am Auftrag interessierte Kommune hiervon erfuhr, änderte sie den bestehenden Bebauungsplan kurzerhand ab, so dass die Errichtung einer Polizeiwache auf dem Grundstück des Konkurrenten bauplanungsrechtlich nicht mehr zulässig gewesen wäre. Damit hätte der Konkurrent auch keinen Zuschlag mehr erhalten können.

Das OLG Düsseldorf stellt klar: Auch ein behördliches Handeln kann den Tatbestand des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens erfüllen. Entscheidend ist, dass die Kommune ihre Planungshoheit zu ihrem eigenen Wettbewerbsvorteil missbraucht. Für diese Feststellung genügte dem Vergabesenat der Umstand, dass sie sich bei der geforderten Abwägung der berührten Belange überhaupt nicht mit der Bieterstellung des von der Planänderung betroffenen Unternehmens auseinandergesetzt hat. Unerheblich ist auch, ob der Auftraggeber die Kommune bereits ausgeschlossen hat. Denn liegt – wie hier – ein zwingender Ausschlussgrund vor, kann dieser auch von den Vergabenachprüfungsinstanzen aufgegriffen werden.

Praxistipp

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist konsequent und begrüßenswert. Denn sie stellt die für einen intakten Wettbewerb unverzichtbare Augenhöhe zwischen privaten Unternehmen und als Bieter auftretenden öffentlichen Auftraggebern her. Die Freiheit öffentlicher Auftraggeber, als Bieter an Vergabeverfahren teilzunehmen, ist nur um den Preis der damit verbundenen vergaberechtlichen Bindungen zu haben.

