

Leitfaden

VERGABERECHT UND WERTFINDUNG BEI KOMMUNALEN FLÄCHEN

Modellvarianten für den Bau von Windenergieanlagen



KOMMUNEN

Inhalt

A. Vorwort der Herausgeberin	4
B. Anwendung Vergaberecht – Ausschreibungspflicht nach dem GWB	6
B.1. Allgemeine gesetzliche Voraussetzungen – Wer ist an die Vorschriften des GWB gebunden?	6
B.1.1. Öffentlicher Auftrag	6
B.1.2. Öffentlicher Auftraggeber	6
B.1.3. Sektorenauftraggeber	7
B.1.3.1. Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB	7
B.1.3.2. Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB	7
B.1.3.3. Sektorentätigkeit	10
B.1.3.4. Konkrete Einordnung	10
B.1.4. Konzession	11
B.2. Schwellenwerte	12
B.3. Öffentlicher Auftrag	13
B.3.1. Beispiel Verpachtung	13
B.4. Liefer- und Dienstleistungsauftrag	14
B.5. Bauaufträge	14
B.5.1. Fallgruppe des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB	15
B.5.2. Abgrenzung Bauauftrag – Konzession	17
B.5.3. Beispiele	18
B.5.3.1. Beispiel 1	18
B.5.3.2. Beispiel 2	19
B.6. Dienstleistungskonzession	19
B.6.1. Beispiel	20
B.6.1.1 Beispiel 1	20
B.7. Gründung von Gesellschaften	21
B.7.1. Auswahl des privaten Gesellschafters für Tochtergesellschaften öffentlicher Auftraggeber ohne Beschaffungsbezug	21
B.7.2. Suche und Auswahl eines privaten Mitgesellschafters für Tochtergesellschaften öffentlicher Auftraggeber mit Beschaffungsbezug	22
B.7.3. Vergaberechtliche Qualifikation der gegründeten Projektentwicklungs- bzw. Betreibergesellschaft	23
B.7.4. Beispiele	24
B.7.4.1. Beispiel 1	24
B.7.4.2. Beispiel 2	24
B.7.4.3. Beispiel 3	26
B.8. Schätzung des Auftragswertes – Schwellenwert überschritten?	27
B.8.1. Grundsätze der Auftragsschätzung	27
B.8.2. Der funktionale Auftragsbegriff	28

C. Verfahrensgestaltung bei Anwendung des Vergaberechts nach GWB	30
C.1. Welche Verfahrensart kommt in Betracht? – Welche Verfahrensart ist sinnvoll?	30
C.2. Offenes Verfahren	30
C.3. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb	30
D. Investorenauswahl im strukturierten Bieterverfahren	33
D.1. Muss ein Auswahlverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB durchgeführt werden?	33
D.2. Vermeidung beihilferechtlicher Risiken	34
D.3. Feststellung der Marktkonformität	34
D.4. Feststellung einer Pari-passu-Transaktion	35
D.5. Ablauf eines wettbewerblichen Investorenauswahlverfahrens	35
D.5.1. Allgemeine Verfahrensgrundsätze	35
D.5.1.1. Grundsatz der Transparenz	36
D.5.1.2. Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit	37
D.5.1.3. Bedingungsfreiheit	37
D.5.1.4. Anlehnung an die vergaberechtlichen Vorschriften	37
D.5.2. Durchführung des Verfahrens	38
D.5.2.1. Verfahrensablauf	39
D.5.2.2. Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen	39
D.5.2.3. Anforderung an die Bekanntmachung	39
D.5.2.4. Fristsetzung	40
D.5.2.5. Prüfung der eingegangenen Interessenbekundungen	41
D.5.2.6. Ausschluss von Bewerbern	41
E. Festlegung der Bewertungskriterien	42
E.1. Beispiel für Eignungsanforderungen	42
E.2. Bewertungskriterien	43
E.3. Besonderheiten bei der Ausgestaltung der Auswahlkriterien bei Durchführung eines Investorenauswahlverfahrens nach den Vorschriften der AEUV	44
E.3.1. Der Preis als Zuschlagskriterium	44
E.3.2. Möglichkeit der Aufstellung weiterer Zuschlagskriterien	47
E.3.2.1. Konzeptvergabe mit Festpreis	47
E.3.2.2. Konzeptvergabe mit Mindestpreis	47
F. Haushaltsrechtliche Vorgaben	48
G. Bürgerbeteiligung	49
Impressum	50

A. VORWORT DER HERAUSGEBERIN

Die zunehmende Bedeutung der Energiewende stellt Kommunen vor neue Herausforderungen, insbesondere im Umgang mit eigenen Flächen für Energieprojekte. Diese Herausforderungen sind nicht nur technischer oder wirtschaftlicher Natur, sondern berühren auch rechtliche Aspekte, die oftmals Unsicherheiten und Fragen aufwerfen. Vor diesem Hintergrund ergibt sich die Motivation für diesen Leitfaden, der darauf abzielt, Klarheit in einem komplexen Themenfeld zu schaffen.

Ein wesentlicher Punkt, der in vielen Kommunen für Verunsicherung sorgt, ist der Umgang mit den eigenen Flächen in Bezug auf Energieprojekte. Dabei stehen verschiedene Handlungsoptionen, wie die Verpachtung der Flächen, finanzielle Beteiligungen oder die Beteiligung an der Projektierung, im Raum. Die Entscheidung für eine dieser Optionen ist nicht nur eine strategische, sondern wirft auch Fragen hinsichtlich der Vergaberechtsrelevanz auf. Hierbei gilt es, ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der Kommune, den rechtlichen Rahmenbedingungen und den Möglichkeiten zur Förderung von Energieprojekten zu finden.

Darüber hinaus stellt die Werteinschätzung der zur Verfügung stehenden Flächen eine weitere Hürde dar. Kommunen stehen in der Verantwortung, im Sinne des Steuerzahlers zu handeln und sicherzustellen, dass ihre Flächen nicht unter Wert vermarktet werden. Gleichzeitig müssen sie die Anforderungen des Wettbewerbsrechts und des EU-Beihilferechts beachten, die einen fairen und transparenten Umgang mit kommunalen Flächen im Kontext von Energieprojekten fordern.

Dieser Leitfaden zielt darauf ab, durch die Darstellung ausgewählter Fallbeispiele, Licht in das Dunkel der rechtlichen, wirtschaftlichen und strategischen Überlegungen zu bringen. Es soll aufgezeigt werden, welche Rahmenbedingungen und Zeitpunkte für die Entscheidungsfindung in Kommunen eine Rolle spielen und wie ein ausgewogener Ansatz aussehen kann, der sowohl den rechtlichen Anforderungen gerecht wird als auch die Ziele der Energiewende unterstützt.

Die LEA LandesEnergieAgentur Hessen möchte Kommunen dabei unterstützen, rechtliche Fragen rund um die Bereitstellung kommunaler Flächen für Energieprojekte einschätzen zu können. Die Vergaberechtskanzlei FPS Law aus Frankfurt als Autorin hat dafür Fallbeispiele entworfen, die nah an der von uns beobachteten Realität in Kommunen sind.

Der Leitfaden ergänzt zwei weitere Infopapiere der LEA, in denen die Windenergieprojekte selbst, Steuerungs-, Handlungs- und Gestaltungsoptionen sowie Beteiligungsmöglichkeiten im Mittelpunkt stehen: **„Windprojekte in Windvorranggebieten – Steuerung und Beteiligung aus kommunaler Sicht“** sowie **„Finanzielle Bürgerbeteiligung an Windenergieprojekten – Wie Einnahmen vor Ort bleiben“**. Dort bereits angesprochene rechtliche und vergaberechtliche Fragestellungen werden in diesem Leitfaden vertieft behandelt. Außerdem hat die LEA wichtige Aspekte zu kommunalen Energieprojekten online im **„Werkzeugkasten für Kommunen“** zusammengestellt: <https://www.buergerforum-energiewende-hessen.de/toolbox-fuer-kommunen>.

Unser Ziel dabei: dass Sie, als Bürgermeisterinnen und Bürgermeister oder als Mitglieder kommunalpolitischer Gremien und Verwaltungen Ihre Energievorhaben rechtssicher und mit Nutzen für die Kommune auf den Weg bringen können.

Ihre LEA LandesEnergieAgentur Hessen

B. ANWENDUNG VERGABERECHT – AUSSCHREIBUNGSPFLICHT NACH DEM GWB

B.1. Allgemeine gesetzliche Voraussetzungen – Wer ist an die Vorschriften des GWB gebunden?

In Projekten zur Realisierung von Windkraftprojekten kann die Frage nach einer möglichen Anwendung des Vergaberechts auf verschiedenen Ebenen eine Rolle spielen: Neben der Ausschreibungspflicht der Beauftragung durch die Kommune an einen Entwickler kann es z.B. auch um die Ausschreibungspflicht einer im Rahmen der Realisierung eventuell gegründeten Projektentwicklungs- oder Betreibergesellschaft gehen. Daher werden zunächst die hierfür maßgeblichen rechtlichen Grundlagen erläutert:

Ausgangspunkt ist der § 97 Abs. 1 GWB.

Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden [...] im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.



B.1.1. Öffentlicher Auftrag

Ein Öffentlicher Auftrag wird definiert in § 103 Abs. 1 GWB.

*Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder **Sektorenauftraggebern** und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.*



B.1.2. Öffentlicher Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind gem. § 99 GWB:

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen

2. *andere juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen*



3. [...]

B.1.3. Sektorenauftraggeber

Die Eigenschaften als Sektorenauftraggeber sind nach § 100 Abs. 1 GWB gegeben, wenn

1. *öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 ausüben,*
2. *natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 ausüben, wenn*



a) diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder

b) öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können.

B.1.3.1. Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB

Öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB sind in der Regel der Bund, die Länder und Kommunen.

B.1.3.2. Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB

Gem. § 99 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber,

andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern



- a) *sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,*
- b) *ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder*

c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;



dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat.

Ob es die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB gegeben ist, ist anhand der vorliegenden Gesellschaftsstrukturen zu bewerten, insbesondere ob eine überwiegende Beteiligung nach § 99 Nr. 2a GWB oder ob mehr als die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsführung durch einen Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 - 3 GWB bestimmt worden sind.

Die Versorgung der Bevölkerung mit Strom durch die Gewinnung von Windenergie kann als eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe betrachtet werden.

Fraglich ist aber, ob die Gesellschaft auch eine Aufgabe nicht gewerblicher Art übernimmt. Eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe ist nicht allein deshalb gewerblicher Art, weil der Tätigkeitsraum, in dem die betreffende Einrichtung ihre Aufgabe erfüllt, als gewerblicher Markt strukturiert ist. Die Gewerblichkeit einer Aufgabe ergibt sich also nicht daraus, dass sie auch von Privatunternehmen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Denn allein das Bestehen eines Wettbewerbs schließt es noch nicht aus, dass sich eine der staatlichen Sphäre zuzuordnende Stelle von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten lässt und bei ihren Beschaffungsvorgängen bspw. finanzielle Einbußen in Kauf nimmt.

Für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit/Tätigkeit gewerblicher Art sprechen insbesondere:

- Die entspr. Aufgabe besteht (wie die Ausrichtung von Messen, Ausstellungen, uä) im Angebot wirtschaftlicher Dienstleistungen auf dem Markt;
- die Dienstleistung wird gegen Entgelt erbracht;
- die Dienstleistung erfüllt wirtschaftliche Bedürfnisse;
- die Einrichtung arbeitet zwar ohne Gewinnerzielungsabsicht, jedoch nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien – was nicht mit der haushaltsrechtlichen Selbstverständlichkeit der Bindung an den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verwechselt werden darf;
- sie trägt – mangels eines vorgesehenen Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste – selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit;
- die Einrichtung wird in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig.

Gegen die Gewerblichkeit einer Aufgabe können ausweislich der Rechtsprechung des EuGH sprechen:

- Die Einrichtung wird nicht auf einem Markt für Güter und Dienstleistungen im Wettbewerb mit anderen Wirtschaftsteilnehmern tätig.
- Die betreffende Tätigkeit ist in dem Mitgliedstaat bestimmten juristischen Personen vorbehalten.
- Die Ausübung der Tätigkeit unterliegt geographischen Beschränkungen.
- Die Ausübung der Tätigkeit hängt von der vorherigen Erteilung einer Berechtigung ab, die u.a. an das Vorliegen eines Bedarfs geknüpft ist.
- Es können behördliche Höchsttarife für die betreffenden Leistungen festgesetzt werden.
- Die Aufgabenerfüllung erfolgt ohne Gewinnerzielungsabsicht.
- Der Staat finanziert die Tätigkeit oder trägt subsidiär die Kosten der Leistung, falls sie nicht von anderer Seite gedeckt sind, bzw. er rekapitalisiert die Einrichtung bei drohender Zahlungsunfähigkeit, damit sie weiter die Aufgaben wahrnehmen kann, für die sie gegründet worden ist.¹⁾

Gem. § 122 Abs. 1 Nr. 2 HGO darf sich eine Gemeinde nur als wirtschaftliches Unternehmen betätigen, wenn die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt ist. Hierdurch kann eine Gewerblichkeit angenommen werden, da die Gesellschaft an sich insolvenzfähig ist, da die Gemeinde als Gesellschafterin die Gesellschaft nicht unbegrenzt rekapitalisieren darf.

Zu beachten ist aber, dass das Vorliegen eines der genannten Merkmale nicht automatisch zur Nichtgewerblichkeit führt, sondern hier eine Gesamtschau und dezidierte Prüfung in einer Gesamtschau der Rahmenbedingungen im Einzelfall vorzunehmen ist.

Schließlich müsste die Projekt- oder Betreibergesellschaft von überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 GWB (Gebietskörperschaften, also Kommunen) einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden, die Leistung der Aufsicht nach § 99 Nr. 1 GWB unterliegt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach § 99 Nr. 1 GWB bestimmt sind.


Hierfür ist maßgeblich die gesellschaftsrechtliche Struktur und daher muss dieses Tatbestandsmerkmal immer einer Prüfung des Einzelfalls unterzogen werden.

1) Ziekow/Völlink/Ziekow, 4. Aufl. 2020, GWB § 99 Rn. 64 ff.

B.1.3.3. Sektorentätigkeit

Darüber hinaus muss der öffentlichen Auftraggeber oder die juristische Person eine Sektorentätigkeit ausüben.

Als Sektorentätigkeit wird in § 102 Abs. 2 GWB im Bereich der Elektrizität definiert:

- 
1. *die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Elektrizität,*
 2. *die Einspeisung von Elektrizität in diese Netze, es sei denn,*
 - a) *die Elektrizität wird durch den Sektorenauftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 2 erzeugt, weil ihr Verbrauch für die Ausübung einer Tätigkeit erforderlich ist, die keine Sektorentätigkeit nach den Absätzen 1 bis 4 ist, und*
 - b) *die Einspeisung hängt nur von dem Eigenverbrauch des Sektorenauftraggebers ab und macht bei Zugrundelegung des Durchschnitts der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 30 Prozent der gesamten Energieerzeugung des Sektorenauftraggebers aus.*

B.1.3.4. Konkrete Einordnung

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB einzuordnen ist, wird diese durch die Einspeisung von Elektrizität in Netze Sektorenauftraggeber und **damit an die Vorschriften der SektVO gebunden**.


Verneint man hingegen die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB, weil die Voraussetzungen nicht vorliegen, kommt dennoch eine Einordnung als öffentlicher Auftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2b) GWB in Betracht.

Dies ist dann einschlägig, wenn ein öffentlicher Auftraggeber gem. § 99 Nr. 1 - 3 auf eine weitere Gesellschaft, die die Sektorentätigkeit ausübt, einen beherrschenden Einfluss ausübt.

Ausweislich § 100 Abs. 3 GWB wird die Ausübung eines beherrschenden Einflusses vermutet,

wenn ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3


- 
1. *unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt,*

- 
2. über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder
 3. mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

Eine Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber liegt danach dann vor, wenn die Kommune und ggf. die sich ebenfalls beteiligten Stadtwerke, sofern sie als öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 bis 3 GWB zu qualifizieren wären, mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs- oder Leitungsorgans bestellen würde.

B.1.4. Konzession

Die Konzession ist in § 105 GWB geregelt.

- 
- (1) Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen
 1. mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (Baukonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung; oder
 2. mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.
 - (2) In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn
 1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und
 2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

In § 101 GWB ist normiert, dass Konzessionsgeber derjenige ist, der öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 - 3 GWB ist und eine Konzession vergibt.

„...öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Nr. 1 - 3 GWB, die eine Konzession vergeben.“



B.2. Schwellenwerte

Die Vorschriften des GWB finden nur Anwendung, wenn die Schwellenwerte des § 106 GWB erreicht sind.

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen oberhalb der Schwellenwerte findet das GWB-Vergaberecht Anwendung.



Wird der Schwellenwert nicht überschritten, finden die Vorschriften des GWB keine Anwendung.

Öffentliche Auftraggeber sind jedoch auch dann nicht vollkommen frei: Will ein öffentlicher Auftraggeber einen Bauauftrag vergeben, sind hier die Vorschriften der VOB/A 1. Abschnitt maßgeblich im Zusammenspiel mit dem Gemeinsamen Runderlass zum öffentlichen Auftragswesen vom 10.08.2021. Zudem ist hier das Hessische Tariftreuegesetz (HVTG) zu beachten.

Soll eine Liefer- oder Dienstleistung vergeben werden, und der Schwellenwert ist nicht erreicht sind in Hessen die Vorschriften der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) mit der Modifizierung des Gemeinsamen Runderlasses zum öffentlichen Auftragswesen sowie die Vorschriften des HVTG zu beachten.

Die Schwellenwerte werden alle zwei Jahre neu festgesetzt. Die Schwellenwerte für die Jahre 2024 / 2025 netto sind:

Bauleistung	5.538.000.EUR
Liefer-/Dienstleistung	221.000 EUR
Liefer- und Dienstleistungen im Anwendungsbereich der SektVO	443.000 EUR
Bau-/Dienstleistungskonzession	5.382.000 EUR

B.3. Öffentlicher Auftrag

Öffentliche Aufträge sind, wie oben dargestellt, entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Nur wenn diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen, ist ein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang gegeben.

Nicht unter die Definition des öffentlichen Auftrags fallen hingegen Verträge, bei denen es um die reine Vermietung, Verpachtung von Grundstücken durch den öffentlichen Auftraggeber geht. Hier tritt die öffentliche Hand nur als Anbieter einer eigenen Leistung auf dem Markt auf und fragt keine Leistungen nach.

Die reine Beschaffung von Einnahmen (Mieteinnahmen, Pachteinahmen) ist keine Beschaffung und unterliegt daher nicht den Vorschriften des Vergaberechts, bzw. des GWB. Gleiches gilt für die reine Veräußerung von Grundstücken.²⁾

Auch bei der Bereitstellung von Grundstücken im Wege der Verpachtung oder des Verkaufs durch die Kommune für die Windenergienutzung tritt die Kommune zunächst nur als Anbieter einer Leistung auf dem Markt auf. Dieser Vorgang fällt nicht unter das Vergaberecht.

Dies führt dann jedoch gleichwohl zu einem Beschaffungsvorgang der Kommune, wenn sich der Vertrag in der konkreten Ausgestaltung nicht auf die Überlassung beschränkt, sondern die Merkmale eines Bauauftrages oder einer Baukonzession erfüllt.

B.3.1. Beispiel Verpachtung

Die Kommune verbindet mit der Verpachtung eines bestimmten Grundstücks keine konkreten Vorgaben der Ausführung, die über die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Vorgaben hinausgehen.

Hier obliegt der Kommune keine Ausschreibungspflicht nach Vergaberecht, es handelt sich im Ergebnis um einen reinen Pachtvertrag der vergaberechtsfrei abgeschlossen werden kann.³⁾

Es fehlt an einer hinreichenden Einflussnahme durch die Stadt und mithin um einen Beschaffungsvorgang.

2) Beck VergabeR/Hüttinger, 4. Aufl. 2022, GWB § 103 Abs. 1 Rn. 62.

3) Beck VergabeR/Hüttinger, 4. Aufl. 2022, GWB § 103 Abs. 1 Rn. 66.

Es handelt sich demnach um eine klassische Verpachtung eines Grundstückes durch die Kommune, die keine vergaberechtliche Relevanz entfaltet und somit nicht den Vorschriften des Vergaberechts unterliegt. Die alleinige Ausübung von städtebaulicher Zuständigkeit begründet kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse.⁴⁾

Nichts anderes kann gelten, wenn statt einer fixen Pacht eine Umsatzpacht oder Ertragspacht vereinbart wird. Dadurch kann zwar ein unmittelbares, wirtschaftliches Interesse im Sinne des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB vorliegen. Es wird in diesem Beispiel aber kein entscheidender Einfluss auf die Ausführung der Bauleistung genommen. Da die Voraussetzungen des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB kumulativ vorliegen müssen, ist auch bei der Vereinbarung einer Umsatz- oder Ertragspacht von keinem öffentlichen Auftrag auszugehen.

Der Verkauf eines Grundstückes an einen Investor wird in der Regel nicht stattfinden, da dieser aufgrund von Erwerbsnebenkosten (Notarkosten, Grunderwerbssteuer, etc) in der Regeln unwirtschaftlich sein wird, aber auch dieser wäre mangels Beschaffungsvorgang grundsätzlich vergaberechtsfrei.⁵⁾

B.4. Liefer- und Dienstleistungsauftrag

Lieferaufträge nach § 103 Abs. 2 GWB sind entgeltliche Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbes. Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen.⁶⁾

Der Begriff des Dienstleistungsauftrags wird in § 103 Abs. 4 GWB nicht definiert, sondern es erfolgt eine Negativabgrenzung: Dienstleistungsaufträge sind alle Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht Liefer- oder Bauaufträge sind. Sie bilden damit eine Auffangkategorie.⁷⁾

B.5. Bauaufträge

Baufträge sind nach § 103 Abs. 3 S. 1 GWB definiert als Verträge über die Ausführung von Bauleistungen oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber. Bei den vom Auftragnehmer übernommenen Pflichten muss es sich um einklagbare vertragliche Verpflichtungen handeln.⁸⁾

4) OLG Düsseldorf 9. 6. 2010 – VII-Verg 9/10, NZBau 2010, 580; Beck VergabeR/Wollenschläger, 4. Aufl. 2022, GWB § 105 Rn. 63; so auch OLG Rostock (Senat für Vergabesachen), Beschluss v. 21.11.2023 – 17 Verg 3/23.

5) Beck VergabeR/Hüttinger, 4. Aufl. 2022, GWB § 103 Abs. 1 Rn. 63.

6) Ziekow/Völlink/Ziekow, 4. Aufl. 2020, GWB § 103 Rn. 70.

7) Ziekow/Völlink/Ziekow, 4. Aufl. 2020, GWB § 103 Rn. 70.

8) EuGH, Urteil v. 25.03.2010 – C451/08.

Eine Baukonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen mit Bauleistungen betraut, die Gegenleistung dabei aber ausschließlich im Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zugleich eine Zahlung liegt.

Sowohl beim Bauauftrag als auch bei der Baukonzession ist es maßgeblich, dass der öffentliche Auftraggeber ein eigenes Interesse an der Bauleistung verfolgt und der Auftragnehmer vertraglich verpflichtet wird, die Leistung zu erbringen.

B.5.1. Fallgruppe des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB

Beachtet werden muss hierbei besonders die Fallgruppe des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB.

Ein Bauauftrag liegt auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.



Hierbei stellt sich aufgrund des Wortlautes des § 103 Abs. 3, S. 2 GWB in einem ersten Schritt die Frage, ob die Voraussetzungen (Einfluss auf die Art des Bauwerkes und Planung der Bauleistung) kumulativ vorliegen müssen oder ob es ausreichend ist, wenn nur eines der Kriterien vorliegt.

Unter „gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ ist nach der Auffassung des EuGH in der Rechtssache „Helmut Müller“ zu verstehen, dass der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf die Konzeption auszuüben.⁹⁾

Einen entscheidenden Einfluss nimmt der Auftraggeber auf die Art oder die Planung der Bauleistung, wenn der Auftraggeber konkrete auftragsbezogene Maßnahmen ergreift. Ausreichend ist nicht, wenn er von seiner städtebaulichen Regelzuständigkeit oder bauaufsichtsbehördlichen Prüfbefugnis Gebrauch macht.¹⁰⁾

Bloße rechtliche Hinweise sind hier ebenfalls noch nicht ausreichend, wohl aber vertragliche Regelungen, die inhaltliche Vorgaben für die Art des Bauwerks oder die Errichtung des Bauwerks machen, und dies dem Auftraggeber dadurch ermöglichen Einfluss auf die Planung zu nehmen.¹¹⁾

9) EuGH, Urteil v. 25.03.2010 – C451/08.

10) Ziekow in: Ziekow/Völlink, § 103 GWB, Rn. 95.

11) Ziekow in: Ziekow/Völlink, § 103 GWB, Rn. 96.

HINREICHENDER EINFLUSS WIRD ANGENOMMEN:

- Die Kommune verlangt vor Abschluss des Kaufvertrages substanzielle Änderungen und Anforderungen, die der Investor zu berücksichtigen hat.¹²⁾
- Erheblicher Einfluss liegt auch vor, wenn der Auftraggeber die ursprüngliche Planung des Privaten erheblich abändert und das zu errichtende Objekt spürbar von der ursprünglichen Konzeption abweicht.¹³⁾



Dies wurde durch die aktuelle Entscheidung des EuGH in Sachen Wiener Wohnen aus dem Jahr 2021 bestätigt.

EuGH, Urt. v. 22.04.2021 – C-537/19 „Wiener Wohnen“

Wann hat der AG „entscheidenden Einfluss auf die Planung“?

„Öffentliche Auftraggeber gestalten ein geplantes Gebäude im Sinne eines Bauauftrages entscheidend mit, wenn die architektonische Gebäudestruktur beeinflusst wird, wie Größe, Außenwände und tragende Wände. Anforderungen dagegen, welche die bloße Gebäudeeinteilung betreffen, müssen sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben, um einen entscheidenden Einfluss zu belegen.“



Die Frage, ob und wann dies bei einer Windkraftanlage der Fall sein kann, ist bislang nicht Gegenstand der Rechtsprechung gewesen. Bei Entscheidung für eine Beauftragung außerhalb des EU-Vergaberechts sollte daher vorsorglich von Vorgaben, die über die Einhaltung allgemein geltender planungsrechtlicher Vorgaben hinausgehen, abgesehen werden.

Die Bezeichnung allein als „Mietvertrag“ ist dabei für die Einordnung, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, nicht entscheidend.¹⁴⁾ Auch wie das Bauvorhaben finanziert wird, ist nicht ausschlaggebend für die Einordnung.¹⁵⁾

Für die Annahme eines Bauauftrages muss die Maßnahme weiterhin der öffentlichen Hand unmittelbar Zugutekommen.

12) Ziekow in: Ziekow/Völlink, § 103 GWB, Rn. 104.

13) VK Bund Beschl. v. 17.12.2019 – VK 2 – 88/19.

14) EuGH, v. 10.07.2014 – C-213/13 „Pizzarotti“, Rn. 40.

15) EuGH, v. 10.07.2014 – C-213/13 „Pizzarotti“, Rn. 40.

DURCH DIE RECHTSPRECHUNG DES EUGHS¹⁶⁾ WURDEN FÜNF FALLGRUPPEN ENTWICKELT, BEI DENEN EIN UNMITTELBARES WIRTSCHAFTLICHES ZUGUTEKOMMEN ANGENOMMEN WIRD:



1. Der öffentliche Auftraggeber soll Eigentum an dem Bauwerk erwerben.
2. Der öffentliche Auftraggeber soll über einen Rechtstitel verfügen, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke sicherstellt.
3. Der öffentliche Auftraggeber erhält wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung des Bauwerks.
4. Der öffentliche Auftraggeber beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks.
5. Der öffentliche Auftraggeber übernimmt Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags.

Macht die Gemeinde allein von ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeit und dem Verfolgen städtebaulicher Ziele Gebrauch, kann dies kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse darstellen.

Bei Pachtverträgen, bei denen die Kommunen einen prozentualen Anteil der Einspeisevergütung erhält und die evtl. garantierten Mindestpachten von der Leistung der Windenergieanlagen und nicht vom Grundstück an sich abhängen, ist dieses Merkmal in der Regel erfüllt.¹⁷⁾

Im Lichte der Entscheidung des EuGH in Sachen Wiener Wohnen ist das bei der Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag und ausschreibefreien Bauauftrag immer der Einzelfall heranzuziehen. Hierfür ist insbesondere maßgeblich, in welchem Umfang die Gemeinde Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung nimmt.

B.5.2. Abgrenzung Bauauftrag – Konzession

Ein Vertrag ist dann eine Baukonzession, wenn die vorgenannten Merkmale (Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt) erfüllt sind, anstatt einer festen Vergütung jedoch nur das Recht zur Nutzung des Bauwerks gewährt wird. Mit diesem Nutzungsrecht ist auch der Übergang des Nutzungs- bzw. des Betriebsrisikos auf den Konzessionär und somit des wirtschaftlichen Risikos verbunden. Nur im Fall des Übergangs dieses Nutzungs- und Betriebsrisikos liegt eine Baukonzession im Sinne des § 23 Abs. 1 VOB/A vor.¹⁸⁾

16) EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08.

17) KommJur 2017, 206, 207; DStGB Dokumentation No. 126 – Windenergieanlagen auf kommunalem Boden – Zwischen Ausschreibung und Vergaberechtsfreiheit, S. 11.

18) Christian Braun, in Malte Müller-Wrede: KonzVgV-Kommentar, 1. Auflage, Datenbank VergabePortal, Zugriff am 6.9.2022.

Vom Betriebsrisiko auch mit eingeschlossen ist die Möglichkeit, dass die vom Konzessionär getätigten Investitionen durch den Betrieb des Bauwerkes nicht wieder erwirtschaftet werden können.

Für Kommunen wird es in der Regel interessant sein, eine Baukonzession zu vergeben und gerade keinen Bauauftrag. Denn gerade beim Bau von Windenergieanlagen sind die Kommunen oftmals daran interessiert, nicht selbst die Kosten und Risiken der Errichtung und des Betriebs der Anlage zu tragen.

Risiken sind hierbei insbesondere, dass die Windenergieanlage durch den Betrieb der Anlage die Investitionen oder die Kosten für den Betrieb der Anlage nicht erwirtschaften kann. Zudem sind die Kommunen bei einem Eigenbetrieb immer auch den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt.

B.5.3. Beispiele

B.5.3.1. Beispiel 1

Die Kommune vereinbart die Zahlung eines Pachtzinses und einklagbare Bauverpflichtungen unter dem Vorbehalt der Genehmigungspflicht des Vorhabens. Zudem legt sie zwingende und eindeutige Bauvorgaben, die über allgemein geltende rechtliche Vorgaben hinausgehen, für einen ihren Vorstellungen entsprechenden Windpark fest. Auch soll die Kommune einen prozentualen Anteil an der Einspeisung erhalten.

Aufgrund des Anspruchs auf einen prozentualen Anteil an der Einspeisevergütung ist von einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse seitens der Kommune auszugehen.

In der Regel ist bei Vorliegen dieser Konstellation von einem Bauauftrag/Baukonzession auszugehen, wodurch das Vergaberecht zu Anwendung kommt, da die Kommune hier nicht nur ihre städtebauliche Regelzuständigkeit ausübt, sondern eindeutige Bauvorgaben macht und einen prozentualen Anteil an der Einspeisevergütung erhält. Hierin wird in der Regel ein wirtschaftlicher Vorteil aus der Nutzung des Bauwerkes liegen. Daher liegen die Voraussetzungen des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB vor. In diesem Beispiel wäre der Bauauftrag/Baukonzession bei Überschreiten des entsprechenden Schwellenwertes europaweit auszuschreiben.¹⁹⁾

19) NVwZ 2016, 1200; So auch OLG Bremen, Beschluss vom 13. 3. 2008 - Verg 51/07; NZBau 2008, 336: Hier wurde ein potenzieller Pächter für ein Grundstück gesucht. Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens sollte nur nicht ein Pachtzins für ein Grundstück angegeben werden, sondern auch ein „Konzept zur Nutzung des Standortes“, welches alle für die Errichtung des Windparks auf den angedienten Pachtgrundstücken erforderlichen Baumaßnahme im Detail aufführen musste. Zudem wurde der obsiegende Pächter verpflichtet, innerhalb eines Jahres die Windenergieanlagen gemäß dem eingereichten Konzept zu errichten und in Betrieb zu nehmen. Nach Ansicht des OLG Bremen handelte es sich bei dem ausgeschriebenen Pachtvertrag formal um einen solchen, eingekleidet in eine Baukonzession, auf die das Vergaberecht Anwendung fand. Hierzu führt das OLG Bremen aus: „Vielmehr ordnet § 2 II ausdrücklich die Verpflichtung des Pächters an, „die Windkraftanlagen gemäß dem vorgelegten Nutzungskonzept“ innerhalb eines Jahres ab Nutzung der Pachtsache zu erstellen und ab diesem Zeitpunkt in Betrieb zu nehmen. Damit enthält der Pachtvertrag die ausdrückliche Verpflichtung des Pächters, das von ihm in der Ausschreibung angebotene und von der Vergabestelle geprüfte Konzept zu realisieren, das heißt die in diesem Konzept vorgesehenen Baumaßnahmen durchzuführen.“

B.5.3.2. Beispiel 2

Die Kommune beauftragt konkret beschriebene Arbeiten für die Errichtung einer Windenergieanlage (Erdarbeiten/Fundamentarbeiten/Kauf und Aufbau Windrad) und der Auftragnehmer verpflichtet sich durch einen Vertrag zur Erbringung dieser Leistungen.

Es liegt ein öffentlicher Auftrag vor, denn es handelt sich um einen Beschaffungsvorgang.

Wenn die Kommune das Grundstück einem privaten Bauherrn nur zur Verfügung stellt, ohne dass sich dieser gegenüber der Kommune zum Bau einer Windenergieanlage verpflichtet und steht der Kommune kein einklagbarer Anspruch auf die Leistung (Bau der Windenergieanlage) zu, liegt kein Beschaffungsvorgang vor. Die Kommune ist nur Anbieterin des Grundstücks.

B.6. Dienstleistungskonzession

Bei einer Dienstleistungskonzession handelt es sich um den Vertrag eines öffentlichen Auftraggebers mit einem Wirtschaftsteilnehmer, aufgrund dessen letzterer eine Dienstleistung unter Übernahme des wirtschaftlichen Risikos zu erbringen hat, wobei er dadurch entlohnt wird, dass er die aus der Erbringung der Dienstleistung am Markt erzielten Einkünfte behalten darf.²⁰⁾ Hierbei handelt es sich um ein Dreiecksverhältnis zwischen öffentlichem Auftraggeber, Auftragnehmer und dem Nutzer der Dienstleistung. In der Regel handelt es sich bei den zu erbringenden Dienstleistungen um solche, die im Aufgabenbereich des öffentlichen Auftraggebers stehen, er diese aber an einen Auftragnehmer vergibt, sodass dieser die Dienstleistung für den Nutzer, in der Regel den Bürger, erbringt.

Daher ist der Konzession immer auch ein Beschaffungselement immanent. Miet- und Pachtverträge sind immer dann als Konzessionen einzuordnen, wenn sie einen hinreichenden Beschaffungsvorgang aufweisen.²¹⁾

Wie unter B.3.1. dargestellt, setzt ein Beschaffungsbezug bei Bauleistungen in der Regel ein unmittelbares, wirtschaftliches Eigeninteresse voraus. Wann ein solches bei Dienstleistungskonzessionen vorliegt, ist noch nicht abschließend geklärt und umstritten.²²⁾ Grundsätzlich muss der Konzessionsnehmer nicht dem Konzessionsgeber direkt eine Leistung erbringen. Er tut dies aber beispielsweise indirekt im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge immer dort, wo der öffentliche Auftraggeber mit dem Erwerb der Leistung für Dritte die ihm obliegende Pflicht gegenüber der Bevölkerung erfüllt.²³⁾ Die Energieversorgung fällt als wichtiger Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge in den verfassungsrechtlich gewährleisteten Teilbereich des in Art. 28

20) OLG Schleswig (Vergabesenat), Beschluss vom 16.09.2021 – 54 Verg 1/21.

21) Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 26.

22) BeckOK VergabeR/Bungenberg/Schelhaas, 26. Ed. 30.4.2022, GWB § 105 Rn. 21.

23) OLG München NZBau 2011, 380, 382; BeckOK VergabeR/Bungenberg/Schelhaas, 25. Ed. 30.4.2022, GWB § 105 Rn. 22.

Abs. 2 GG normierten kommunalen Selbstverwaltungsrechts.²⁴⁾ Insofern könnte die Einbindung eines Dritten zur Energieversorgung grds. die Übernahme einer der Kommune obliegenden Aufgabe darstellen.

Eine Dienstleistungskonzession läge aber auch dann nur vor, wenn sich der Konzessionsnehmer gegenüber dem Konzessionsgeber einklagbar verpflichtet, die Dienstleistung zu erbringen. Nur dann kann die Leistung beim Endabnehmer als eine Erfüllung der Leistungsverpflichtung gegenüber dem Konzessionsgeber angesehen werden.²⁵⁾

Zu diesem Thema sollte aber die aktuelle Rechtsprechung im Blick gehalten werden, da die rechtliche Einordnung hier noch nicht abschließend geklärt ist.

B.6.1. Beispiel

B.6.1.1 Beispiel 1

Die Kommune macht neben der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen keine Vorgaben an den Bau. Gegenstand der Vereinbarung sind beispielsweise:

- **Umsatzbeteiligung in Form eines prozentualen Anteils**
- **Kostenloser Strombezug**
- **Mindestanzahl der Anlagen**
- **Einhaltung von Abstandsflächen, die über die gesetzlichen Abstände hinaus gehen**
- **Zuwegung/Zugänge zum Grundstück**
- **Bestimmte Kapazität der Anlagen**

Mit der Entscheidung des EuGH, Urteil v. 25.03.2009, C-536-07 „Messehalle Köln“ aus dem Jahr 2009 wäre hier eine Pflicht zur Ausschreibung abzulehnen, da die Beschaffung der Bauleistung nicht Hauptgegenstand des Vertrages ist. Denn die Kommune hat hier keine Maßnahmen ergriffen, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf ihre Konzeption auszuüben.²⁶⁾ In dem Nutzungsvertrag sind keine exakten, zwingenden Bauvorgaben gemacht worden.²⁷⁾

24) Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, 98. EL März 2022, GG Art. 28 Abs. 2 Rn. 93.

25) Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 21.

26) EuGH, Urteil v. 25.03.2010, C-451-08; EuGH, Urteil v. 10.07.2014, C-213/13.

27) EuGH, Urteil v. 25.03.2010, C-451-08; EuGH, Urteil v. 10.07.2014, C-213/13.

Daher wäre hier im Ergebnis, legt man eine **formale Sichtweise** zugrunde, wohl (noch) nicht von einer vergaberechtlich relevanten Bauleistung auszugehen und die Bauleistung nicht Hauptgegenstand des Vertrages.

Betrachtet man hingegen diese Fallkonstellation aus einer **funktionalen Sichtweise** könnte die Bauleistung auch als Hauptgegenstand des Vertrages gesehen werden und es sich daher um einen Bauauftrag handelt, der dem Vergaberecht unterliegt. Es liegt ein Beschaffungsvorgang vor.

Ausreichend kann nach der funktionalen Betrachtungsweise auch sein, dass andere Indizien dafür vorliegen, dass der Hauptgegenstand des Vertrages eine Bauleistung ist. So zum Beispiel, wenn der Vertrag mit dem Investor nur zustande kommen kann, wenn eine Bauleistung erbracht wird und andernfalls der Abschluss eines anschließenden Nutzungsvertrages nicht in Betracht kommt.²⁸⁾

Die Leistung im Beispiel kann auch als Baukonzession erbracht werden, die dann von der Dienstleistungskonzession abzugrenzen ist. Beide Konzessionen unterliegen den Vorschriften des GWB und sind mithin auszuschreiben. Entscheidend für die Abgrenzung ist auch hier der Schwerpunkt des Vertrages. Bei typengemischten Verträgen kommt es darauf an, ob die Bauleistung den Schwerpunkt der Leistungsanteile ausmacht oder ob diese den beabsichtigten Konzessionsvertrag zumindest wesentlich prägt. Wenn Bauleistungen nur eine untergeordnete Rolle spielen oder es nur um die Nutzung eines bereits bestehenden Bauwerks geht, liegt hingegen eine Dienstleistungskonzession vor.²⁹⁾

B.7. Gründung von Gesellschaften

Gründen Private und die öffentliche Hand zusammen eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft bei gleichzeitiger Auftragsvergabe an diese gemischtwirtschaftliche Gesellschaft oder werden später Gesellschaftsanteile bereits beauftragter Tochtergesellschaften öffentlicher Auftraggeber an Private verkauft – man spricht hier auch von „Gesellschaftsanteilen mit eingekapseltem Beschaffungsverhältnis“ – stellt sich die Frage, ob und welche Vorgänge ausgeschrieben werden müssen.

B.7.1. Auswahl des privaten Gesellschafters für Tochtergesellschaften öffentlicher Auftraggeber ohne Beschaffungsbezug

Grundsätzlich fällt die Suche und die Auswahl eines privaten Mitgesellschafters für eine Tochtergesellschaft eines öffentlichen Auftraggebers nicht in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Sucht ein öffentlicher Auftraggeber einen privaten Mitgesellschafter und ist damit weder indirekt noch direkt ein ausschrei-

28) DStGB Dokumentation No. 126 – Windenergieanlagen auf kommunalem Boden – Zwischen Ausschreibung und Vergaberechtsfreiheit, S. 11.

29) Christian Braun, in Malte Müller-Wrede: KonzVG-Kommentar, 1. Auflage, Datenbank VergabePortal, Zugriff am 19.1.2023.

bungspflichtiger Beschaffungsvorgang verbunden, tritt er nicht als Nachfrager von Leistungen, sondern als Anbieter auf. Es fehlt somit an einem öffentlichen Auftrag. Daraus folgt, dass diese Vorgänge grundsätzlich ausschreibungsfrei sind.³⁰⁾

Somit wäre die Auswahl eines privaten Mitgesellschafters durch die Kommunen ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens möglich, wenn damit weder direkt noch indirekt ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsbezug verbunden ist. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn der weitere Gesellschafter als stiller oder als Minderheitsgesellschafter ohne Gewinnbeteiligungsanspruch Mitgesellschafter würde oder auf andere Art ausgeschlossen werden kann, dass die Kommune von dem Mitgesellschafter Dienstleistungen gegen Entgelt bezogen würde.

B.7.2. Suche und Auswahl eines privaten Mitgesellschafters für Tochtergesellschaften öffentlicher Auftraggeber mit Beschaffungsbezug

Werden Gesellschaftsanteile an einer Tochtergesellschaft eines öffentlichen Auftraggebers veräußert oder eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft durch einen öffentlichen Auftraggeber und einen privaten Mitgesellschafter neu gegründet und weisen diese Vorgänge einen Beschaffungsbezug auf, ist der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts grundsätzlich eröffnet.³¹⁾

Der Beschaffungsbezug wird angenommen, wenn die Gesellschaftsgründung zu dem Zweck erfolgt, Leistungen für den öffentlichen Auftraggeber zu erbringen.³²⁾

Grund dafür ist, dass ein Beschaffungsverhältnis rechtlich gleichwohl einen öffentlichen Auftrag darstellt, auch wenn dieses Beschaffungsverhältnis in einen Gesellschaftsanteil eingekapselt ist oder die Gründung einer Gesellschaft mit der Vergabe von ausschreibungspflichtigen Verträgen einhergeht.³³⁾

Es ist hinsichtlich des Beschaffungsbezugs also zwischen zwei Verhältnissen zu unterscheiden: Zum einen dem Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem öffentlichen Auftraggeber an sich und zum anderen das innergesellschaftliche Verhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber als Gesellschafter und dem privaten Mitgesellschafter.

30) vgl. Dreher, aaO, S. 247; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl. 2007, § 99, Rn. 24; Eggers/Malmendier: Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, S. 780; Ganske, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 99, Rn. 154. i. E. so auch OLG Rostock, Beschluss vom 30.09.2021-17 Verg 3/21; OLG Brandenburg, Beschluss v. 13.07.2001 – Vergl. 3/01 = NZBau 2001, S. 645 ff.; VK Düsseldorf, Beschluss v. 07.07.2000 – VK-12/00-L = IBRRS 2013, 3417.

31) vgl. Dreher, aaO, S. 248, OLG Brandenburg, Beschluss v. 13.07.2001 – Verg 3/01 = NZBau 2001, S. 645 ff.

32) vgl. VK Brandenburg, Beschluss v. 30.08.2004 – VK 34/04; Beschluss v. 17.09.2002 – VK 50/02; VK Münster, Beschluss v. 08.06.2012 – VK 6/12; VK Sachsen, Beschluss v. 29.12.2004 – 1/SVK/123-04; VK Lüneburg, Beschluss v. 05.11.2004 – 203-VgK-48/2004; VK Thüringen, Beschluss v. 23.02.2007 – 360-4003.20-62/2007-001-G; Beschluss v. 17.02.2006 – 360-4003.20-001/06-G-S).

33) vgl. Dreher, aaO, S. 248; Schimanek, aaO, S. 306.

Um im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem öffentlichen Auftraggeber einen Beschaffungsbezug zu vermeiden, dürfte der gemischten Gesellschaft unter Beteiligung des Energieunternehmens nicht die Erbringung einer Dienstleistung gegen Entgelt übertragen werden.

Will ein öffentlicher Auftraggeber zusammen mit einem Privaten eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft neu gründen und mit dieser ausschreibungspflichtige Beschaffungsbeziehungen aufnehmen, wird von einer untrennbaren wirtschaftlichen Einheit ausgegangen. Die Ausschreibungspflicht bezieht sich dann notwendigerweise auf den gesamten Vorgang. Ausgeschrieben werden muss somit der Gesamtvorgang der Suche nach einem Mitgründungsgesellschafter und der beabsichtigten Begründung einer Leistungspflicht.³⁴⁾

B.7.3. Vergaberechtliche Qualifikation der gegründeten Projektentwicklungs- bzw. Betreibergesellschaft

Im Anschluss stellt sich die Frage, ob die Beauftragung von Leistungen zur Entwicklung bzw. zum Bau der Windenergieanlage durch diese Gesellschaft den Vorschriften des Vergaberechts unterfällt. Dies ist im Ergebnis davon abhängig, ob die Projektentwicklungsgesellschaft selbst die Merkmale des öffentlichen Auftraggebers erfüllt.

BEI DER PROJEKTGESELLSCHAFT HANDELT ES SICH DANN UM EINEN ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBER, WENN ES SICH UM EINE JURISTISCHE PERSON HANDELT, DIE



- zu im Allgemeininteresse liegende Aufgaben
- nicht gewerblicher Art übernimmt,
- überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 GWB (Gebietskörperschaften, also Kommunen) einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden, die Leistung der Aufsicht nach § 99 Nr. 1 GWB unterliegt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach § 99 Nr. 1 GWB bestimmt sind.

34) vgl. Dreher, aaO, S. 248, Jaeger, aaO, S. 10.

B.7.4. Beispiele

B.7.4.1. Beispiel 1

Die Kommune und ein privater Investor gründen gemeinsam eine Projektgesellschaft, die die Projektierung und den Bau des Vorhabens übernimmt.³⁵⁾

Die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft unterliegt isoliert betrachtet nicht den Regelungen des Vergaberechts. Die anschließende Verpflichtung dieser Gesellschaft mit Beteiligung eines Privaten zur Erbringung einer Leistung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber wäre bei dieser isolierten Betrachtung ausschreibungspflichtig. Für die rechtliche Einordnung dieser beiden Vorgänge ist zunächst maßgeblich, ob die beiden abzuschließenden Verträge trennbar sind. Ist dies der Fall, so bleibt die Gesellschaftsgründung ausschreibungsfrei, während die Leistungserbringung durch die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft dem Vergaberecht unterliegt.

Sind die Gründung der Gesellschaft und die Leistungserbringung ein untrennbares Ganzes, so ist maßgeblich, was den Hauptteil des Vertrages ausmacht. Ist die Gesellschaftsgründung als Hauptgegenstand anzusehen, so bleibt auch die Übertragung der Leistungserbringung an die Gesellschaft dem Vergaberecht entzogen.³⁶⁾ Andernfalls handelt es sich um einen sog. eingekapselten Beschaffungsvorgang, bei dem das Vergaberecht Anwendung findet. Im vorliegenden Fall ist wohl davon auszugehen, dass der Hauptteil des Vertrages den Bau und Betrieb der Anlage darstellt, sodass, bei einem Schwerpunkt auf den Betrieb, es sich im Ergebnis um eine Dienstleistungskonzession handelt. Die Vergabe der Dienstleistungskonzession unterfällt den Vorschriften des Vergaberechts.

Bei der Durchführung anhand des dargestellten Beispiels empfiehlt sich die juristische Begleitung bei der Umsetzung.

B.7.4.2. Beispiel 2

Vorgesehen ist folgende Projektstruktur: Die Entwicklung des Windenergieparks beginnt mit der Gründung einer Projektierungsgesellschaft bestehend aus einem Entwicklerkonsortium und der Kommune. Die Kommune erhält einen Kapitalanteil von bis zu 50 %. Ziel dieser Projektierungsgesellschaft ist die Projektentwicklung an deren Ende die Erteilung der Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) steht. Nach erfolgreicher Genehmigung des Projekts verkauft die Projektgesellschaft die Projektrechte an die Betreibergesellschaft. Bei der Betreibergesellschaft handelt es sich um eine zu gründende Gesellschaft bestehend aus dem Entwicklerkonsortium und der Kommune und ggf. Bürgern der Kommune. Die Kommune behält gemeinsam mit den weiteren Gesellschaftern aus dem kommunalen Umfeld (Bürgerbeteiligung, Stadtwerke)

35) Siehe hierzu auch EnK-Aktuell 2023, 010126, beck-online.

36) Ziekow/Völlink/Ziekow, 4. Aufl. 2020, GWB § 103 Rn. 59.

die Mehrheit. Die Beteiligungsgesellschaft wird in einem ersten Schritt das Projektierungsergebnis umsetzen um im Anschluss den Windpark zu betreiben.

Bei der Frage, inwiefern in dieser Konstellation das EU-Vergaberecht anzuwenden ist, muss zwischen den verschiedenen Phasen unterschieden werden.

a) Gründung der Projektierungsgesellschaft mit der Kommune als Gesellschafterin

Die Gründung einer gemischten Gesellschaft unterliegt isoliert betrachtet nicht den Regelungen des Vergaberechts. Die anschließende Verpflichtung dieser Gesellschaft mit Beteiligung eines Privaten zur Erbringung einer Leistung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber wäre bei dieser isolierten Betrachtung aber ausschreibungspflichtig. Für die rechtliche Einordnung dieser beiden Vorgänge ist zunächst maßgeblich, ob die beiden abzuschließenden Verträge trennbar sind. Ist dies der Fall, so bleibt die Gesellschaftsgründung ausschreibungsfrei, während die Leistungserbringung durch die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft dem Vergaberecht unterliegt.

Die neu zu gründende Projektierungsgesellschaft soll eine Projektierungsdienstleistung übernehmen, diese Leistung soll der private Gesellschafter erbringen, weil die Kommune in der Regel dies nicht selbst erbringen werden kann. Die Gründung der Gesellschaft und die Erbringung der Projektierungsdienstleistung werden in dieser Konstellation untrennbar miteinander verknüpft sein, sodass in der Regel von einem sog. eingekapselten Beschaffungsvorgang auszugehen ist.³⁷⁾

Zudem ist aus kommunalrechtlicher Sicht immer auch der § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO zu beachten. Danach muss bei der Gründung einer Gesellschaft, aber der sich die Kommune beteiligt, diese einen angemessenen Einfluss auf das entsprechende Überwachungsorgan haben, in dem Fall die Projektierungsgesellschaft.

b) Kommune als Gesellschafterin der Betreibergesellschaft – Ankauf des Projektierungsergebnisses

Der Ankauf des Projektierungsergebnisses durch die neu zu gründende Gesellschaft unterliegt dann den Vorschriften des Vergaberechts, wenn die Betreibergesellschaft ein öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist und wenn der Ankauf des Projektierungsergebnisses dem Inhalt nach einen öffentlichen Auftrag darstellt.

Die Eigenschaft als Sektorenauftraggeber kann sich entweder aus nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 oder § 100 Abs. 1 Nr. 2b) GWB ergeben. Die Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 Nr. 1 liegen vor, wenn die Betreibergesellschaft selbst ein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1-3 GWB ist und eine Sektorentätigkeit ausübt. In Betracht kommt hier insbesondere eine Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2a oder 2c GWB. Ausschlaggebend ist hier die konkrete Gesellschaftsstruktur, die im Einzelfall bewertet werden muss. Darüber hinaus muss die Betreibergesellschaft eine Sektorentätigkeit nach § 102 Abs. 2 GWB ausüben. Dies wird der Betrieb eines

37) vgl. Dreher, aaO, S. 248, OLG Brandenburg, Beschluss v. 13.07.2001 – Verg 3/01 = NZBau 2001, S. 645 ff.

Windparks und der Einspeisung der dort gewonnenen Energie in das Netz der Allgemeinheit in der Regel darstellen.

Darüber hinaus ist im Ergebnis davon auszugehen, dass der Ankauf des Projektierungsergebnisses dann einen öffentlichen Auftrag darstellt, wenn es sich hierbei um einen entgeltlichen Vertrag handelt. Maßgeblich ist auch hier die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall.

Zudem ist aus kommunalrechtlicher Sicht immer auch der § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO zu beachten. Danach muss bei der Gründung einer Gesellschaft, aber der sich die Kommune beteiligt, diese einen angemessenen Einfluss auf das entsprechende Überwachungsorgan haben, in dem Fall die Betreibergesellschaft.

c) Kommune hat die Option als Gesellschafterin der Betriebsgesellschaft mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile zu erwerben

Die Betreibergesellschaft wird in dieser Konstellation nach dem Erwerb von mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile in jedem Fall Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2b.

Grundsätzlich ist maßgeblich für den Zeitpunkt, ob das EU-Vergaberecht anzuwenden ist der Zeitpunkt der potenziellen Bekanntmachung bzw. des Vertragsschlusses, wenn kein Vergabeverfahren durchgeführt wird.

Wird die Betreibergesellschaft gegründet und ist zunächst mangels beherrschenden Einflusses der Kommune die Eigenschaft als Sektorenauftraggeber abzulehnen, wäre der Erwerb des Projektierungsergebnisses zunächst vergaberechtsfrei. Kommt es zeitnah im Anschluss hierzu zum Erwerb der Kommune von weiteren Gesellschaftsanteilen und mithin zu mehr als 50 % und darin die Begründung eines beherrschenden Einflusses nach § 100 Abs. 1 Nr. 2b) GWB könnte die Umgehung des Vergaberechts im Raum stehen.

B.7.4.3. Beispiel 3

Ein Privater Investor baut die Windenergieanlage und betreibt durch eine Betreibergesellschaft (GmbH oder GmbH & Co. KG) die Anlage, die Kommune stellt das Grundstück hierfür zur Verfügung. Es werden keine Bauvorgaben vereinbart. Die Kommune behält sich vertraglich im Pachtvertrag vor, sich an der Betreibergesellschaft nach Fertigstellung des Baus zu beteiligen. Nach der Fertigstellung des Baus überträgt der Investor Anteile der Betreibergesellschaft an die Kommune, sie wird Kommanditist der Betreibergesellschaft. Die Umsatzbeteiligung wird nicht über die Zahlung eines Pachtzinses realisiert, sondern gesellschaftsrechtlich über die Beteiligung der Kommune an der Betreibergesellschaft.³⁸⁾

38) DStGB Dokumentation No. 126 – Windenergieanlagen auf kommunalem Boden – Zwischen Ausschreibung und Vergaberechtsfreiheit, S. 13.

Die Vermietung/Verpachtung eines Grundstücks ist ein vergaberechtsfreier Vorgang. Der Vorbehalt der späteren Beteiligung an der Gesellschaft kann vertraglich vereinbart werden.

Der Kauf von Gesellschaftsanteilen, bzw. der Beitritt zu einer Gesellschaft ist kein Beschaffungsvorgang, der dem Vergaberecht unterfällt. Der spätere Beitritt in die Betreibergesellschaft ist ebenfalls kein Beschaffungsvorgang und daher auch vergaberechtlich nicht relevant. Dies kann anders bewertet werden, wenn der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen erwirbt, um von diesem angebotene Produkte, hier den Windpark, zu nutzen.³⁹⁾ Ebenfalls anders zu bewerten ist, wenn die Gesellschaft verpflichtet wird, Leistungen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu erbringen. Hierbei handelt es sich dann um eine Dienstleistungskonzession, wenn ein wirtschaftliches Interesse besteht und der Betrieb im Interesse der Kommune vertraglich vereinbart ist.

Ein bestehendes Restrisiko, dass es sich bei diesem Vorgehen um eine Umgehung des Vergaberechts handelt, kann dadurch minimiert werden, dass eine Ex-Ante Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wird. Nach der Veröffentlichung muss eine Unwirksamkeit eines Vertrages von einem Wettbewerber innerhalb von 30 Kalendertagen geltend gemacht werden. Wenn dies nicht geschieht, kann gegen den Vertragsschluss nicht mehr vorgegangen werden, § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB.

Hinzuweise ist aber darauf, dass eine Ex-Ante-Bekanntmachung nicht vor einer Kündigung nach § 133 Abs. 1 Nr. 3 GWB infolge einer EuGH-Entscheidung in einem Vertragsverletzungsverfahren schützt.

B.8. Schätzung des Auftragswertes – Schwellenwert überschritten?

B.8.1. Grundsätze der Auftragsschätzung

Liegt eine Konstellation vor, die einen Beschaffungsbezug aufweist, ist für die Entscheidung, ob die Vorschriften des GWB Anwendung finden, maßgeblich, ob die unter B.2. genannten Schwellenwerte überschritten werden.

Bei Bauaufträgen ist nach § 3 Abs. 6 VgV zunächst der Auftragswert der Bauleistung maßgeblich.

Bei Bauleistungen ist zusätzlich zu beachten, dass nach § 3 Abs. 6 VgV neben dem Auftragswert der Bauleistung auch der geschätzte Gesamtwert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen sind, die für die Ausführung der Bauleistung maßgeblich sind und der Kommune ebenfalls zu Verfügung gestellt werden sollen.

39) Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 4 Öffentliche Aufträge Rn. 42.

Grundlage für die Schätzung des Auftragswertes ist der voraussichtliche Gesamtwert der vorgesehenen Leistung, ohne Umsatzsteuer, einschließlich aller Optionen und Vertragsverlängerungen.

Schätzgrundlage muss hierbei eine realistische Menge und Laufzeit sein. Zudem ist der aktuelle Marktpreis zugrunde zu legen. Der Auftraggeber ist verpflichtet anhand objektiver Kriterien eine ernsthafte Prognose über den voraussichtlichen Auftragswert zu stellen.⁴⁰⁾

Der maßgebliche Zeitpunkt ist nach § 3 Abs. 3 VgV der Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung oder der Tag, an dem das Vergabeverfahren anderweitig eingeleitet wird.

Grundstückswert und Erschließungskosten⁴¹⁾ sind nicht zu berücksichtigen. Gleiches gilt für Finanzierungskosten und Versicherungen.⁴²⁾

Für Konzessionen gilt ebenfalls der unter B.2. genannte Schwellenwert. Nach § 2 KonzVgV ist danach der voraussichtliche Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer, den der Konzessionsnehmer während der Vertragsleistung als Gegenleistung erzielt.

Wichtig bei der Auftragswertschätzung einer Konzession ist, dass die Gesamtlaufzeit zugrunde zu legen ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung ist auch hier die Absendung der Bekanntmachung, bzw. die Einleitung des Vergabeverfahrens.

B.8.2. Der funktionale Auftragsbegriff

Bei der Bewertung eines komplexen Vorhabens ist bei der Schätzung des Auftragswertes und mithin bei der Entscheidung, ob die Vorschriften des GWB und der VOB/A EU oder „nur“ die Vorschriften der VOB/A Anwendung finden und somit eine nationale Vergabe durchzuführen ist, ein funktionaler Auftragsbegriff zugrunde zu legen.

Hierbei ist wichtig, dass eine Aufteilung des Auftrages nicht gerechtfertigt ist, wenn die Leistung im Hinblick auf die technische und wirtschaftliche Funktion einen einheitlichen Charakter aufweist. Ob es sich also um ein zusammenhängendes Gesamtvorhaben handelt.

Von der Addition der ggf. einzelnen Leistungen ist auch dann auszugehen, wenn einzelne Leistungen in Losen vergeben werden, diese aber dennoch einen funktionalen Zusammenhang haben und mithin einen einheitlichen Charakter aufweisen.

40) vgl. OLG Celle v. 29.06.2017 – 13 Verg 1/17.

41) VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 06.03.2013 – 1 VK 2/13.

42) Dietlein/Fandrey in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 7 Rn. 26.

Eine Ausnahme hiervon gilt nur insoweit, als dass das „20 % Kontingent“ eingreift. Danach muss gem. § 3 Abs. 9 VgV eine europaweite Vergabe des Loses dann nicht erfolgen, wenn das Los nicht mehr als 20 % des geschätzten Gesamtwertes des Auftrages überschreitet.

Gleiches gilt, wenn der Wert des Loses bei Bauleistungen 1 Mio. EUR nicht überschreitet.

Gleiches gilt nach § 2 Abs. 6 KonzVgV für die Vergabe von Losen im Rahmen der Konzessionsvergabe. Hier gilt, dass wenn ein Bauvorhaben oder eine geplante Dienstleistung zur Vergabe von Konzessionen in Form mehrerer Lose vergeben werden, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zu berücksichtigen. Erreicht oder übersteigt der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, ist die KonzVgV für die Vergabe jedes Loses anzuwenden.

C. VERFAHRENSGESTALTUNG BEI ANWENDUNG DES VERGABE- RECHTS NACH GWB

C.1. Welche Verfahrensart kommt in Betracht? – Welche Verfahrensart ist sinnvoll?

Sobald der EU-Schwellenwert überschritten ist, sind die Vorschriften der VOB/A EU oder der KonzVgV anzuwenden. Die VOB/A EU sieht für die Durchführung einer Bauvergabe nach § 3a VOB/A EU als Regelfall ein Offenes Verfahren oder ein Nichtoffenes Verfahren vor. Grundsätzlich ist durch das Gesetz hier kein Vorrang definiert. Nur für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit oder ohne Teilnahmewettbewerb sowie eines Wettbewerblichen Dialoges bedarf es der Erfüllung gesetzlich vorgesehener Ausnahmetatbestände.

Die KonzVgV sieht kein Regelverfahren für die Vergabe vor. Der Konzessionsgeber darf nach § 12 KonzVgV das Verfahren frei wählen. Er kann sich dabei an dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb der VgV orientieren. Das Verfahren kann ein- oder zweistufig durchgeführt werden und der Konzessionsgeber darf mit den Bietern Verhandlungen durchführen.

C.2. Offenes Verfahren

Ein offenes Verfahren kommt in Betracht, wenn der Auftraggeber schon abschließend bestimmen und beschreiben kann, wie die Ausgestaltung des Windenergieprojekts zu erfolgen hat. In dieser Verfahrensart können keine Verhandlungen über den Vertrag und Änderungen der eingereichten Angebote vorgenommen werden.

Im Offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl an Teilnehmern aufgefordert ein verbindliches Angebot einzureichen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll. Jedes Unternehmen, das an der Leistungserbringung interessiert ist, kann ein Angebot einreichen und sich dadurch am Verfahren beteiligen.

C.3. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb kommt in Betracht, wenn der Auftrag eine innovative oder konzeptionelle Lösung umfasst und der Auftrag deswegen nicht abschließend beschrieben werden kann. Dies ist in § 3a VOB/A EU Abs. 2 Nr. 1b i.V.m § 3a Abs. 4 VOB/A EU geregelt.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift darf der Auftrag „aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden“ können. Es müssen „konkrete Umstände“ auf das Vorliegen der „besonderen Komplexität“ hindeuten. Das Merkmal der „konkreten Umstände“ wird weit ausgelegt und erfasst alle rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte des Projekts, insbesondere komplex strukturierte Finanzierungen, deren rechtliche Konstruktion nicht im Voraus festgeschrieben werden kann.⁴³⁾

Aus dem Erwägungsgrund 43 der Richtlinie 2014/24/EU ergibt sich hierzu, dass diese Ausnahmeregelung insbesondere auf Bauleistungen Anwendung findet, bei denen es sich nicht im Normbauten handelt und auch dann, wenn es sich um innovative oder konzeptionelle Leistungen handelt.

Diese Voraussetzung kann bei Windenergieanlagen erfüllt sein, wenn diese technisch innovativ sind oder aus anderen Gründen keine Normbauten darstellen.⁴⁴⁾

Ein anderer Ausnahmetatbestand für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb oder wettbewerblichen Dialog ist gegeben, wenn der Bauauftrag **aufgrund der Komplexität der rechtlichen oder finanziellen Rahmenbedingungen** nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann, § 3a VOB/A EU Abs. 2 Nr. 1c i.V.m § 3a Abs. 4 VOB/A EU. In diesen Fällen hat sich das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, bzw. der Wettbewerbliche Dialog als vorteilhaft herausgestellt, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Mittel zur Befriedigung ihres Bedarfs zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat.⁴⁵⁾

Für die Bejahung des Ausnahmetatbestandes war es nach der alten Rechtslage Voraussetzung, dass es dem Auftraggeber objektiv nicht möglich war, die technischen Mittel oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben. Nach der neuen Rechtslage genügt es, wenn konkrete Umstände dafür vorliegen, dass der Auftrag nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann.

In der Praxis ist es hier wichtig, dass das Vorliegen eines der Ausnahmetatbestände für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb genau geprüft und in der Vergabeakte dokumentiert werden.

Für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb sollten aufgrund der verschiedenen zu durchlaufenden Phase 5 – 6 Monate eingeplant werden, auch je nachdem wie viele Verhandlungsrunden durchgeführt werden sollen.

43) Butler, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 10 Offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, Rn. 3.

44) Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung, Fachagentur Windenergie, S. 8.

45) Kapellmann/Messerschmidt/Stickler, 7. Aufl. 2020, VOB/A § 3aEU Rn. 16.

Daher ist im Fall der Durchführung des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb – anders als im Offenen Verfahren – grundsätzlich mehr Zeit einzuplanen. Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb hat in der Verfahrensgestaltung die Besonderheit, dass die Prüfung der Eignung und die Angebotsphase separat durchgeführt werden. In einem ersten Schritt, dem Teilnahmewettbewerb, werden diejenigen Bieter ausgewählt, die geeignet sind und die ggf. aufgestellten Mindestanforderungen an die Eignung erfüllen. Im Anschluss werden diese Unternehmen zur Abgabe eines ersten (ggf. indikativen) Angebotes aufgefordert. Hieran anschließend können sich weitere Angebotsrunden mit dazwischen geschalteten Verhandlungsrunden anschließen, bis der Auftraggeber zu Abgabe eines „best and final offer“ auffordert. Auf dieses wird dann der Zuschlag erteilt.

Der Verfahrensablauf könnte sich wie folgt gestalten:

VERHANDLUNGSVERFAHREN MIT TEILNAHMEWETTBEWERB (CA. 5-6 MONATE)



(Quelle: Eigene Darstellung)

D. INVESTORENAUSWAHL IM STRUKTURIERTEN BIETERVERFAHREN

Auch in dem Moment, in dem das Projekt zur Errichtung ein oder mehrerer Windenergieanlagen mangels Beschaffungsbezug oder mangels überschreiten des maßgeblichen Schwellenwertes nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, kann die Kommune den Vertragspartner nicht frei wählen. Hierbei gilt es dann zum einen, dass europäische Primärrecht einzuhalten, insbesondere ist sicherzustellen, dass kein Verstoß gegen das Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfolgt.

D.1. Muss ein Auswahlverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB durchgeführt werden?

Wenn eine Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften ausgeschlossen ist, bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass die Kommunen frei auswählen können, mit wem sie einen Vertrag abschließen wollen, wenn mehrere Interessenten zur Auswahl stehen.

Anforderungen an die Auswahl zwischen mehreren Interessenten ergeben sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Europarechts, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV), der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV), der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und der Kapitalverkehrsfreiheit (63 ff. AEUV). Hier ist vor allem die europarechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit relevant. Die Dienstleistungsfreiheit garantiert, dass Dienstleistungen auch in anderen Mitgliedsstaaten der EU vorübergehend erbracht werden können, aber weiterhin in dem Herkunftsland ansässig zu bleiben können und somit die Möglichkeit haben, grenzüberschreitend zu agieren.

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich die Pflicht der öffentlichen Hand, auch außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB bei Rechtsgeschäften mit Relevanz für den europäischen Binnenmarkt Auswahlentscheidungen im Rahmen von transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu treffen, wenn ein Auswahlverfahren durchgeführt wird.⁴⁶⁾

46) Hertwig, NZBau 2011, 9, 11.

D.2. Vermeidung beihilferechtlicher Risiken

Wird ein kommunales Grundstück zudem unterhalb des Marktpreises an einen privaten Investor verkauft, wird dieser gegebenenfalls begünstigt. Hierin kann eine nach Art. 107 Abs. 1 AEUV verbotene Beihilfe gesehen werden, da der Verkauf eines Grundstücks unter dem Marktpreis das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung in Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt.⁴⁷⁾

Im Jahr 2016 wurde die bis dahin relevante „Grundstücksermittlung“, die der Auslegung und eine Richtlinie zur Durchführung von Grundstücksveräußerungen diene, durch die „Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

D.3. Feststellung der Marktkonformität

DER MARKTPREIS KANN MITTELS VERSCHIEDENER METHODEN⁴⁸⁾ FESTGESTELLT WERDEN:

1. Wenn die Transaktion von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten zu gleichen Bedingungen durchgeführt wird („*pari passu*“), oder
2. Wenn sie den Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren betrifft.⁴⁹⁾



Beim Verkauf von Grundstücken reicht grundsätzlich ein vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen aus, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln.⁵⁰⁾

47) EuG Urt. v. 13.7.2022 – T-150/20; hier der EuG wörtlich: „Im Fall der Verpachtung eines Grundstücks zu einem vermeintlichen Vorzugspreis, die mit einem Verkauf eines Grundstücks durch eine öffentliche Stelle an ein Unternehmen vergleichbar ist, ist zu prüfen, ob der vermeintliche Beihilfeempfänger das Grundstück zu einem Preis erworben hat, den er unter normalen Marktbedingungen nicht hätte erreichen können. Unter diesen Umständen entspricht der Wert der Beihilfe der Differenz zwischen dem, was der Empfänger tatsächlich gezahlt hat, und dem, was er zum fraglichen Zeitpunkt unter normalen Marktbedingungen hätte zahlen müssen.“

48) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 86; Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 82 Rechtliche Grundlagen Rn. 69.

49) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 84.

50) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 103.

D.4. Feststellung einer Pari-passu-Transaktion

Eine Pari-passu-Transaktion liegt vor, wenn eine Transaktion zu gleichen Bedingungen von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, durchgeführt werden. So kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass eine Transaktion den Marktbedingungen entspricht. Bei der Prüfung sollte insbesondere berücksichtigt werden:⁵¹⁾

1. Ob die Maßnahmen der öffentlichen Stellen und der privaten Wirtschaftsbeteiligten gleichzeitig beschlossen und durchgeführt werden oder ob zwischen diesen Maßnahmen eine gewisse Zeit vergangen ist und sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geändert haben;
2. ob die Bedingungen für die öffentlichen Stellen und alle beteiligten privaten Wirtschaftsbeteiligten dieselben sind, wobei auch die Möglichkeit, das Risiko im Laufe der Zeit zu erhöhen oder zu senken, zu berücksichtigen ist;
3. ob die Maßnahme der privaten Wirtschaftsbeteiligten von realer wirtschaftlicher und nicht nur von symbolischer oder marginaler Bedeutung; und
4. ob die Ausgangsposition der öffentlichen Stellen und der beteiligten privaten Wirtschaftsbeteiligten in Bezug auf die Transaktion vergleichbar ist, wenn man beispielsweise ihr bisheriges wirtschaftliches Engagement bei den betreffenden Unternehmen, die möglichen Synergien, den Umfang, in dem die verschiedenen Investoren ähnliche Transaktionskosten tragen oder sonstige Umstände berücksichtigt, die für die öffentliche Stelle und den privaten Wirtschaftsbeteiligten spezifisch sind und den Vergleich verfälschen könnten.

D.5. Ablauf eines wettbewerblichen Investorenauswahlverfahrens

Die Durchführung eines Auswahlverfahrens kann damit aus den Grundfreiheiten des Unionsrecht, aber auch zur Wahrung der beihilferechtlichen Aspekte erforderlich sein.

D.5.1. Allgemeine Verfahrensgrundsätze

Grundsätze für die Auswahl eines Vertragspartners sind der Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

⁵¹⁾ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 87.

und das Transparenzgebot. Hinzu kommen die Anforderungen aus der bereits erwähnten „Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“.

EINZUHALTENDE VERFAHRENSGRUNDSÄTZE

- Wettbewerbsgrundsatz
- Grundsatz der Transparenz
- Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit
- Grundsatz der Bedingungsfreiheit



Hier wird normiert, dass das Ausschreibungsverfahren wettbewerblich sein muss, damit alle interessierten und qualifizierten Bieter teilnehmen können.

D.5.1.1. Grundsatz der Transparenz

Das Verfahren muss transparent⁵²⁾ durchgeführt werden, mit allem interessierten Bieter in jeder Phase des Ausschreibungsverfahrens in gleicher Weise ordnungsgemäß informiert sind.

HIERBEI GILT VOR ALLEM:

- Zugang zu Informationen
- Ausreichend Zeit für interessierte Bieter
- Klarheit über Auswahl und Zuschlagskriterien
- Ausschreibung muss hinreichend bekannt gemacht werden, damit alle potenziellen Bieter Kenntnis davon erlangen



52) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 90.

D.5.1.2. Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit

Zudem ist eine diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter in allen Phasen des Verfahrens sowie objektive, vorher mitgeteilte Auswahl- und Zuschlagskriterien unerlässlich, um sicherzustellen, dass die sich aus dem Verfahren ergebende Transaktion den Marktbedingungen entspricht. Damit diese Gleichbehandlung sichergestellt ist, sollten die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen.⁵³⁾

D.5.1.3. Bedingungsfreiheit

Schließlich muss das Verfahren bzw. die Ausschreibungen ohne Bedingung sein.⁵⁴⁾ Dies ist der Fall, wenn es potenziellen Käufer grundsätzlich freisteht, das angebotene Grundstück zu erwerben und für ihre eigenen Zwecke zu nutzen. Einschränkungen aus Gründen des Nachbar- oder Umweltschutzes oder zur Vermeidung rein spekulativer Gebote sowie raumordnungsrechtliche Einschränkungen für den Eigentümer eines Grundstücks beeinträchtigen nicht die Bedingungsfreiheit eines Angebots.⁵⁵⁾

Die Auftragsvergabe ist aber auch dann noch als bedingungsfrei anzusehen, wenn für das öffentliche Interesse besondere Verpflichtungen durch den Käufer einzugehen sind (zB. Veranstaltungssaal ist für eine bestimmte Anzahl an Tagen für kommunale Veranstaltungen freizuhalten). Maßgeblich dafür ist, dass die Verpflichtungen nur das Gebäude oder das Grundstück betreffen und eben nicht auch den Käufer. Hierbei ist wichtig, dass der Käufer die Verpflichtungen erfüllen kann, unabhängig davon, in welcher Branche der Käufer tätig ist.⁵⁶⁾

D.5.1.4. Anlehnung an die vergaberechtlichen Vorschriften

Für die Einhaltung der dargestellten Anforderungen ist es grundsätzlich ausreichend, wenn die Anforderungen des GWB und der Vergaberichtlinie (2014/24/EU) für die jeweils vorgesehen Verfahren eingehalten werden.

Dies kann aber nicht bei Vorliegen besondere Umstände gelten. Besondere Umstände liegen vor, wenn das Verfahren nicht geeignet ist, einen Marktpreis zu ermitteln. Ein Marktpreis kann dann nicht ermittelt werden, wenn ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung durchgeführt wird. Auch wenn nur ein Angebot abgegeben wird, ist es in der Regel nicht ausreichend, um einen Marktpreis zu erhalten, außer wenn

53) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 91.

54) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 89.

55) VergabeR - Vergaberecht 2019, S. 457, 469.

56) VergabeR - Vergaberecht 2019, S. 457, 469.

- bei der Ausgestaltung des Verfahrens besonders strenge Vorkehrungen getroffen wurden, um echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, und nicht offensichtlich ist, dass realistisch betrachtet nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage sein dürfte, ein glaubwürdiges Angebot einzureichen, oder
- sich die Behörden durch zusätzliche Maßnahmen vergewissern, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht.⁵⁷⁾

Gleiches kann im Ergebnis auch bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gelten, weil auch hier keine Bekanntmachung erfolgt und nur eine begrenzte Anzahl an Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert wird.

D.5.2. Durchführung des Verfahrens

Ein Investorenauswahlverfahren durchläuft in der Regel die folgenden Phasen. Diese Phasen werden in der Regel, wenn auch mit einigen Abweichungen, auch bei der Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens durchlaufen.

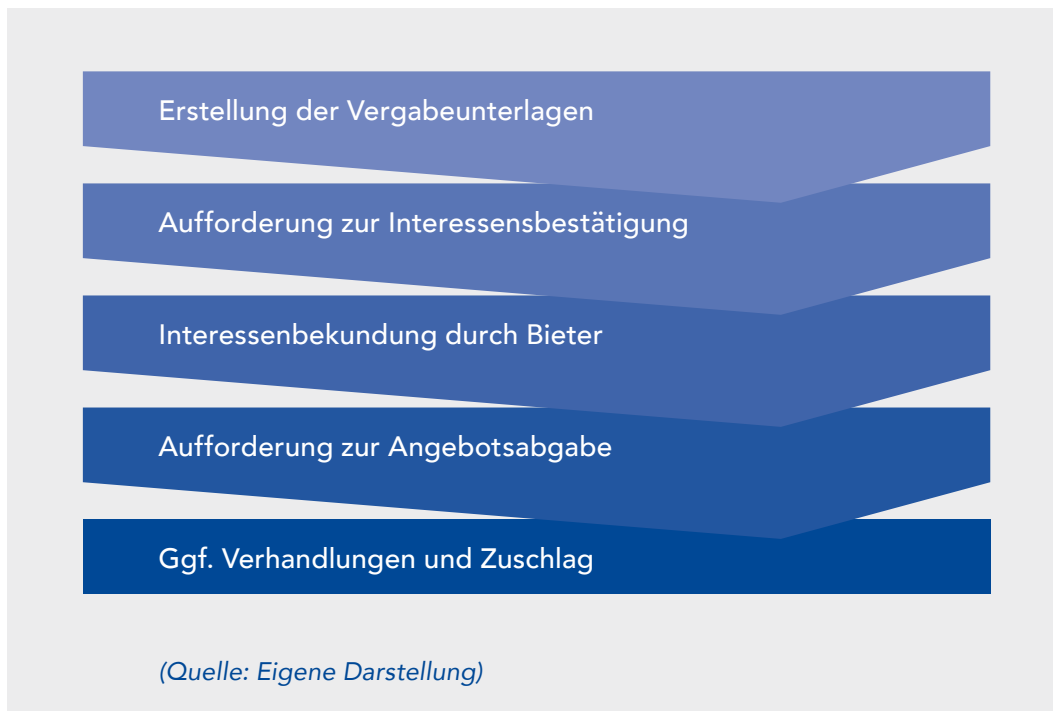
CHECKLISTE FÜR EIN AUSWAHLVERFAHREN⁵⁸⁾

1. Bekanntmachung mit Aufforderung zur Einreichung von Interessenbekundungen
2. Prüfung der Interessenbekundungen
3. Auswahl der Verhandlungspartner
4. Aufnahme der Verhandlungen mit ausgewählten Bewerbern
5. Beendigung der Verhandlungen und Vertragsschluss

57) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 93; Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 82 Rechtliche Grundlagen, Rn. 69.

58) Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung, Fachagentur Windenergie, S. 8, NZBau 2007, 617, 619.

D.5.2.1. Verfahrensablauf



D.5.2.2. Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen

Es sollte sichergestellt werden, dass die Ausschreibungsbedingungen diskriminierungsfrei sind und in einem objektiven Zusammenhang mit dem Ausschreibungsgegenstand und dem jeweiligen Ziel der Ausschreibung stehen. Durch die Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen soll sichergestellt werden, dass das günstigste Angebot auch den Marktbedingungen entspricht. Der Auftraggeber sollte daher die Kriterien so festlegen, dass ein wirksames wettbewerbliches Verfahren durchgeführt werden kann, auf dessen Grundlage der erfolgreiche Bieter eine marktübliche Rendite erzielt.

D.5.2.3. Anforderung an die Bekanntmachung

Das Vorhaben der Kommune, ein Grundstück zu veräußern ist grundsätzlich zu veröffentlichen, um dies dem potenziellen Bewerberkreis bekannt zu machen.

Die Art der Bekanntmachung hängt maßgeblich von den Merkmalen der zu veräußernden Vermögenswerte ab. Wenn die zu veräußernden Vermögenswerte aufgrund ihres hohen Wertes oder anderer Merkmale für europa- oder weltweit tätige Unternehmen von Interesse sein könnten, sollte so ausgeschrieben werden, dass dies von den potenziell internationalen Bietern zur Kenntnis genommen werden kann.⁵⁹⁾

⁵⁹⁾ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 91.

WO IST DAS VERFAHREN BEKANNT ZU MACHEN?⁶⁰⁾

- Überregionale Fachpresse
- Ggf. Amtsblatt der europäischen Union
- Nationale Fachpresse kann ausreichend sein, wenn gewährleistet ist, dass auch Interessenten aus anderen Mitgliedstaaten Kenntnis erlangen können
- Bekanntmachung sollte über einen längeren Zeitraum erfolgen



Die Bekanntmachung muss eine ausreichend ausführliche Beschreibung des zu vergebenden Auftrags bzw. Angabe zu dem jeweiligen Veräußerungsgegenstand enthalten. Erforderlich ist eine diskriminierungsfreie Beschreibung des Auftragsgegenstands, um zu verhindern, dass ausländische Bieter direkt oder indirekt benachteiligt werden.⁶¹⁾

Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit müssen präzisere Angaben in inhaltlicher bzw. leistungsbezogener Hinsicht vom Auftraggeber jedenfalls im Unterschwellenbereich gemacht werden.⁶²⁾

In Bezug auf Windkraftprojekte bedeutet dies, dass konkrete Angaben zu Standort, Umfang und weiteren Spezifika, die im Rahmen des Auftrags erbracht werden sollen. Soweit technisch möglich auch Anforderungen an die Windräder, einzuhaltender Mindestabstand zur bereits bestehenden Bebauung, zu erwartender Jahresenergieertrag der zu errichtenden Anlage, etc.

D.5.2.4. Fristsetzung

Weiter sollte eine angemessene Frist für den Eingang von Interessenbekundungen interessierter Unternehmer gesetzt werden sowie die Kriterien für die Bewertung der Interessenbekundungen bekannt gemacht werden.

Konkrete gesetzliche Fristvorgaben gibt es nicht.

60) Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 85 Vorbereitung und Durchführung primärrechtlicher Bieterverfahren Rn. 4.

61) Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 85 Vorbereitung und Durchführung primärrechtlicher Bieterverfahren Rn. 4.

62) BGH Beschl. V. 30.08.2011 – X ZR 55/10, NZBau, 46 Rn. 20.

Maßgeblich ist allein, dass die Fristen so bestimmt sind, dass die unionsrechtlichen Mindestanforderungen im Hinblick auf die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung interessierter Unternehmen sowie die Transparenz des Verfahrens gewährleistet ist. Die interessierten Unternehmen müssen in der Lage sein, die geforderten Unterlagen und Nachweise in der entsprechenden Zeit zu erbringen und auszuarbeiten.



D.5.2.5. Prüfung der eingegangenen Interessenbekundungen

Nach Ablauf der Frist für die Interessenbekundungen ist zu überprüfen, ob diese form- und fristgerecht eingegangen sind und die ggf. geforderten Eignungskriterien erfüllt sind. Auf dieser Grundlage ist dann die Eignung der Bewerber zu beurteilen. Anschließend ist dann auf Grund der bekanntgemachten Auswahlkriterien eine Auswahl derjenigen Bewerber zu treffen, mit denen ggf. Verhandlungen geführt werden sollen.

Hier ist auf eine stringente Dokumentation und die Einhaltung der oben genannten Verfahrensgrundsätze zu achten.

D.5.2.6. Ausschluss von Bewerbern

Die in der Vergaberichtlinie festgelegten Ausschlussgründe gelten auch nur in deren Anwendungsbereich. Für den Bereich der Auftragsvergabe außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB und der Vergaberichtlinie gilt dies nicht.

Auch die Rechtsprechung des EuGHs befasst sich mit dem Ausschluss von Bewerbern bei Auswahlverfahren, die nur aufgrund des europäischen Primärrechts durchgeführt werden. Hierbei gilt insbesondere, dass sich der Ausschluss von Bewerbern in einem solchen Auswahlverfahren an den Binnenmarktgrundfreiheiten messen lassen muss, denn der Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers aus einem solchen Bewerberkreis bedeutet auch immer eine Beschränkung des Wettbewerbs.⁶³⁾ Durch eine Ausschlussentscheidung soll nicht verhindert werden, dass sich möglichst viele Bieter an dem Verfahren beteiligen.

Eine Beschränkung des Interessentenkreises kann aber gerechtfertigt sein, wenn sie ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgt und soweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt.

Grundsätzlich kann dabei auch auf bereits in der Vergaberichtlinie normierte Ausschlussgründe zurückgegriffen werden.⁶⁴⁾

63) EuGH Urt. v. 10. 7. 2014 – C–358/12, ECLI:EU:C:2014:2063 = EuZW 2014, 738 Rn. 29 – Libor; mAnm Gabriel/Voll EuZW 2014, 738.

64) Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 85 Vorbereitung und Durchführung primärrechtlicher Bieterverfahren Rn. 11.

E. FESTLEGUNG DER BEWERTUNGSKRITERIEN

Bereits mit der Bekanntmachung sind sämtliche Eignungs- und Bewertungskriterien der Öffentlichkeit bekanntzumachen. Diese können zum einen bei der Durchführung eines europaweiten förmlichen Vergabeverfahrens, als auch bei der Durchführung eines Investorenauswahlverfahrens herangezogen. Hierbei ist zu beachten, dass es dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich untersagt ist, die in der Bekanntmachung festgelegten Bewertungskriterien im Lauf des Verfahrens abzuändern. Neue, nicht in der Veröffentlichung genannte Gesichtspunkte dürfen konsequenterweise ebenfalls nicht berücksichtigt werden.⁶⁵⁾

Bei der Aufstellung der Zuschlagskriterien ist zwischen der Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des GWB und einem Investorenauswahlverfahren zu unterscheiden. Da das Investorenauswahlverfahren dazu dient, einen marktgerechten Preis für die Leistung zu ermitteln, steht hier das Kriterium „Preis“ im Vordergrund (siehe hierzu E.3.).

E.1. Beispiel für Eignungsanforderungen⁶⁶⁾

WIRTSCHAFTLICHE LEISTUNGSFÄHIGKEIT

- Umsatz des Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren
- Umsatzerlös im Bereich der Windenergie an Land in den letzten drei Geschäftsjahren

TECHNISCHE LEISTUNGSFÄHIGKEIT

- Erfahrung mit Bau, Betrieb und Planung von Windenergieanlagen durch Angabe von Referenzprojekten
- Mindestanzahl von Mitarbeitern, die in dem Projekt eingesetzt werden können
- Mindestanzahl an umgesetzten Windenergieprojekten

65) EuGH Urt. v. 16. 4. 2015 – C-278/14, EU:C:2015:228 = NZBau 2015, 383 Rn. 27 – Enterprise Focused Solutions; Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 85 Vorbereitung und Durchführung primärrechtlicher Bieterverfahren Rn. 12.

66) Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung, Fachagentur Windenergie, S. 8.

- Erfahrung mit der Durchführung von Planungsverfahren und Genehmigungsverfahren
- Mindest Erfahrung der vorgesehenen Projektleitung
- Angabe der technischen Mitarbeiter im Bereich der Windenergie
- Angaben zu den kaufmännischen Mitarbeitern im Bereich Windenergie
- Mindestanzahl an umgesetzten Projekten mit kommunaler Beteiligung

E.2. Bewertungskriterien⁶⁷

Neben dem Preis und den Kosten, können auch andere Bewertungskriterien in Betracht kommen. Hierbei ist es nicht relevant, ob sich die Bewertungskriterien auf den zu errichtenden Windpark in Gänze beziehen, oder auf eine konkret zu errichtende Anlage. Je nachdem wofür sich der Auftraggeber entscheidet, ist dies aber vor der Durchführung des Verfahrens festzulegen.

PREIS UND KOSTEN:

- Kosten Errichtung des Windparks/der Anlage
- Umsatz- und Mindestentgelt

QUALITATIVE ASPEKTE

- Konzept zur Projektplanung (Erschließung, Umsetzung sonstiger öffentlich-rechtlicher Anforderungen)
- Konzept zur Berücksichtigung der Windsituation vor Ort
- Konzept zur wirtschaftlich aussichtsreichsten Energienutzung
- Umfang einer Verfügbarkeitsgarantie
- Konzept zur Rückbausicherung

67) Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung, Fachagentur Windenergie, S. 9; weitere Beispiele auch in der Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Konzeptqualität des Hessischen Städtetages und der Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, S. 13 .

UMWELTBEZOGENE ASPEKTE

- Konzept zum vorbeugenden Natur- und Artenschutz
- Konzept zur Minimierung von Immissionen
- Konzept zur Integration des Vorhabens in die Biodiversitätsstrategie des jeweiligen Bundeslandes oder lokaler oder regionaler umweltspezifischer Planungen

SOZIALE ASPEKTE

- Konzept zur Bürgerbeteiligung und -kommunikation

ALS ZUSCHLAGSKRITERIUM WOHL UNZULÄSSIG WÄREN:

- Schaffung von Arbeitsplätzen vor Ort, z.B. im Zusammenhang mit der Erbringung von Wartungsleistungen,
- Niederlassung vor Ort
- Forderung, zur Wartung nur sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen.

E.3. Besonderheiten bei der Ausgestaltung der Auswahlkriterien bei Durchführung eines Investorenauswahlverfahrens nach den Vorschriften der AEUV

Besonderheiten bei der Aufstellung der Bewertungskriterien ergeben sich bei der Durchführung eines europaweiten Investorenauswahlverfahrens außerhalb der Vorschriften des GWB.

E.3.1. Der Preis als Zuschlagskriterium

Während der Zeitpunkt der Festlegung identisch mit dem der vergaberechtlichen Vorschriften ist, ist bei der Gewichtung einzelnen Zuschlagskriterien aufgrund von beihilferechtlichen Gesichtspunkten folgendes zu beachten:

Aus beihilferechtlichen Gründen muss die Höhe des Kaufpreises das maßgebliche Zuschlagskriterium sein. Denn das beihilferechtliche Investorenauswahlverfahren wird zur Ermittlung eines marktkonformen Preises genutzt.⁶⁸⁾ Dies muss sich auch aus der Gewichtungshöhe ergeben. Allerdings würde eine Verpflichtung, den Preis als einziges Zuschlagskriterium aufzustellen, nicht zweckmäßig sein, da auf diesem Wege der endverhandelte Vertragsgegenstand nicht berücksichtigt werden kann.

Somit können grundsätzlich auch andere Zuschlagskriterien in die Bewertung der Wirtschaftlichkeit einbezogen werden, zu beachten ist hierbei aber, dass vermieden werden muss, dass monetäre Aspekte keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen. In Ausnahmefällen ist es nämlich denkbar, dass ein preislich auf dem zweiten Platz liegender Bieter den Zuschlag erhalten soll, weil er inhaltliche Zielvorgaben des Auftraggebers besser umsetzt als der „günstigste“ Bieter.⁶⁹⁾ In diesem Zusammenhang wird auch noch einmal auf die Bekanntmachung der Kommission verwiesen, dass bei der Veräußerungen die „Preis“ Komponente ein großes Gewicht beizumessen ist und im Vordergrund stehen muss, um ein wettbewerbsgerechtes Ergebnis zu erzielen.⁷⁰⁾

Zu der zulässigen Gewichtungshöhe gibt es bis zum jetzigen Zeitpunkt keine Beispielfälle oder Präjudizen, sodass eine rechtssichere Aussage welche Gewichtungen der einzelnen Zuschlagskriterien zulässig ist, nicht getroffen werden kann.

Eine Gewichtung des Kriteriums „Preis“ mit weniger als 100% ist immer mit einem gewissen Restrisiko verbunden.

Denn den EU-beihilferechtlichen Maßstäben folgend wird regelmäßig eine Begünstigung i. S. d. EU-Beihilferechts vorliegen, wenn die Vergabe im konkreten Fall anhand von Konzeptkriterien und unter dem Marktpreis erfolgen soll. Eine abschließende Bewertung kann allerdings allein anhand des konkreten Einzelfalls erfolgen.⁷¹⁾

Im Einzelfall kann diese Frage vorab informell mit der Europäischen Kommission geklärt werden. Insgesamt legt die Kommission hier einen strengen Maßstab an.⁷²⁾

Aus der Perspektive des Beihilferechts ist das Grundstück grundsätzlich an den Meistbietenden zu veräußern. Eine Veräußerung an den Bieter mit dem insgesamt wirtschaftlichsten Angebot, der nicht zugleich auch den höchsten Kaufpreis bietet, ist nur ausnahmsweise zulässig. Nämlich dann, wenn auch ein privater Veräußerer in

68) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 95.

69) Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 85 Vorbereitung und Durchführung primärrechtlicher Bieterverfahren Rn. 14; Birnstiel, Bungenberg, Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Auflage 2013, § 1, Rn. 642.

70) Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 96.

71) Konzeptvergabe und EU-Beihilferecht, Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 102/19, S. 9.

72) Dieser strenge Maßstab wurde in einem Beihilfeprüfverfahren gegen Österreich deutlich. In dem Fall hatte eine österreichischer Bieter den Zuschlag erhalten, obwohl ein Mitbewerber rund 50. Mio EUR mehr geboten hatte. Österreich hatte argumentiert, dass der Zuschlag auf das Angebot erteilt wurde, bei dem das Gesamtangebot das wirtschaftlichste war. Die Kommission hatte dies als beihilferechtswidrig eingestuft. Dies wurde sowohl vom EuG als auch vom EuGH bestätigt. - EuGH Urt. v. 24. 10. 2013 – C–214/12 P, C–215/12 P und C–223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682 = EuZW 2014, 36 – Land Burgenland/Kommission.

derselben Situation an diesen verkauft hätte. Dies ist immer durch den Auftraggeber im konkreten Einzelfall nachzuweisen.⁷³⁾ Maßgeblich ist hier immer, dass sichergestellt ist, dass das Grundstück nicht unter dem Marktpreis verkauft wird.⁷⁴⁾

Die Festlegung eines Auswahlkriteriums, z.B. hinsichtlich einer Bürgerbeteiligung, kann beihilfenrechtlich eher als unkritisch angesehen werden. Das dürfte jedoch dann zu einer beihilfenrechtlichen Implikation führen, wenn die Vereinbarung einer Bürgerbeteiligung im Gegenzug zu einer niedrigeren Pacht führt. Im Rahmen des Private-Investor-Test könnte möglicherweise auch dann keine Marktüblichkeit mehr vorliegen, da sich ein privater Investor in einem solchen Fall nicht an einem solchen Projekt beteiligen würde.

Die Meinungen hierzu sind unterschiedlich. Einige Stimmen gehen davon aus, dass wirtschafts-, sozial-, regional- oder umweltpolitischen Ziele bei der Bewertung einer beihilferechtlichen Maßnahme außer Betracht bleiben, wenn sie mit einer beihilfe-relevanten Maßnahme verfolgt werden. Maßstab ist immer ein Privatinvestor. Dieser würde aber keine marktwirtschaftlich »unvernünftige« Entscheidung treffen, um auf lokaler oder regionaler Ebene Arbeitsplätze zu sichern oder den Wirtschaftsstandort zu fördern.⁷⁵⁾

Andere wiederum sind der Auffassung, dass nichtwirtschaftliche Erwägungen, die in marktwirtschaftlich Handelnder nicht akzeptieren würde, nicht als Begründung für einen niedrigeren Preis herangezogen werden können.⁷⁶⁾

73) Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 85 Vorbereitung und Durchführung primärrechtlicher Bieterverfahren Rn. 15.

74) Konzeptvergabe und EU-Beihilferecht PE 6-3000 – 102/19, S. 14.

75) EuGH – Rs. C-124/10 P, *Électricité de France*, EuZW 2012, 581 (Rdnr. 79 bis 81 – nicht in amtlicher Sammlung).

76) Philipp/Vetter/Kriesel: Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand (LKV 2020, 539): „Wählt die öffentliche Hand den Weg der Ausschreibung, ist das höchste Gebot das einzige maßgebliche Kriterium für die Auswahl des Käufers. Nichtwirtschaftliche Erwägungen, z. B. industrie- oder arbeitsmarktpolitische Gründe oder regionale Entwicklungsziele, die ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer nicht akzeptieren würde, können nicht als Gründe für einen niedrigeren Preis herangezogen werden, sondern deuten vielmehr auf das Vorliegen einer Beihilfe hin. Berücksichtigungsfähig sind neben dem Verkaufspreis allenfalls Kriterien, die auch für einen privaten Verkäufer von Bedeutung wären, z. B. Zahlungsbedingungen oder Sicherheiten.“

Vor diesem Hintergrund ist von einer in der Praxis gelegentlich anzutreffenden sog. Konzeptvergabe abzuraten. In diesen Fällen prägt die Qualität des eingereichten Konzepts die Verkaufsentscheidung der öffentlichen Hand, da neben dem Kaufpreis soziale, ökologische, wohnungs- oder städtebauliche Kriterien einbezogen werden. Dabei kann die Gewichtung des Preises innerhalb der Zuschlags- und Wertungskriterien variieren. Bei der Einbeziehung von solchen Konzeptkriterien läuft der Verkäufer Gefahr, das Grundstück unterhalb des tatsächlichen Marktwertes zu veräußern, da er mit seiner bedingten Verkaufs-offerte lediglich einen Ausschnitt des potenziellen Gesamtmarktes angesprochen hat. Eine solche – eben nicht bedingungs-freie – Konzeptvergabe kann letztlich zu einer (ungewollten) Vorteilsgewährung zugunsten des Käufers führen.

Möchte die öffentliche Hand gleichwohl vorbenannte Kriterien in die Verkaufsentscheidung einfließen lassen, sollte sie auf das von der Kommission ebenfalls anerkannte Bewertungsverfahren (z.B. Wertgutachten) zurückgreifen. Ausgehend von dem auf diese Weise ermittelten Marktwert (z. B. als Mindestgebot) kann sie einen Ideenwettbewerb ausschreiben. Eine sich dergestalt an ein Bewertungsverfahren anschließende Ausschreibung (i.w.S.) dient dabei nicht mehr der bereits abgeschlossenen Marktwertermittlung, sondern lediglich der Kontaktaufnahme mit Kaufinteressenten.“

E.3.2. Möglichkeit der Aufstellung weiterer Zuschlagskriterien

Es gibt aber Möglichkeiten ein Verfahren im Einklang mit den beihilferechtlichen Vorschriften durchzuführen, bei dem auch andere Bewertungskriterien als der „Preis“ herangezogen werden können.

E.3.2.1. Konzeptvergabe mit Festpreis

Eine Alternative zu der Möglichkeit, den Preis als einziges Zuschlagskriterium festzulegen wäre, den Preis in dem Verfahren überhaupt nicht zu berücksichtigen. Dies dann möglich und mit dem Beihilferecht vereinbar, wenn der Verkaufspreis vor der Durchführung des Verfahrens durch eine anerkannte Bewertungsmethode ermittelt wird und dem Verfahren als Festpreis zugrunde gelegt wird. Hier kann dann eine Konzeptvergabe unter Anwendung der in E.4 genannten Bewertungskriterien erfolgen.

In dieser Konstellation könnte ein Konzept 100 Prozent der Zuschlagskriterien ausmachen und die Marktkonformität und beihilferechtliche Zulässigkeit wäre gewahrt.⁷⁷⁾

E.3.2.2. Konzeptvergabe mit Mindestpreis

Zur Wahrung der beihilferechtlichen und haushaltsrechtlichen Anforderungen besteht darüber hinaus die Möglichkeit eine Konzeptvergabe mit einem festgelegten Mindestpreis durchzuführen. Hierbei wird der Mindestpreis ebenfalls vor dem Verfahren durch einen Sachverständigen oder eine andere, zulässige Bewertungsmethode festgelegt. Hierdurch wird eine beihilferechtliche Begünstigung ausgeschlossen.

Im anschließenden Verfahren wird das Konzept (z.B. mit 70 %) und der Preis (z.B. mit 30 %) bewertet. Die Bieter haben hier die Möglichkeit, den ermittelten, marktgerechten Mindestpreis anzubieten, aber auch einen höheren. Derjenige Bieter, der den höchsten Preis anbietet, der aber gleichzeitig auch den Marktpreis abbildet, weil er über dem zuvor festgelegten Mindestpreis liegt, erhält die meisten Punkte.

77) Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Konzeptqualität; Hessischer Städtetag und Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, 2017, S. 6.

F. HAUSHALTSRECHTLICHE VORGABEN

Zudem sind die haushaltsrechtlichen Vorschriften des Landes Hessen zu beachten.

Nach § 109 der Hessischen Gemeindeordnung („HGO“) sowie § 63 der Landeshaushaltsordnung Hessen (LHO) dürfen Vermögensgegenstände nur zum vollen Wert veräußert werden, gleiches gilt für die Überlassung oder Nutzung eines Vermögensgegenstandes. Auch Gutachten der Gutachterausschüsse oder andere Sachverständige können ebenfalls zugrunde gelegt werden, wobei zu beachten ist, dass die Ermittlung durch Ortsgerichte oder anhand von Bodenrichtwertkarten nicht als „EU-fest“ gilt.⁷⁸⁾

Beachtung finden müssen in diesem Zusammenhang auch die Hinweise zur Anwendung der haushaltsrechtlichen Vorschriften der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) - Sechster Teil aus denen sich zu § 109 HGO, Nr. 3 ergibt:

Die Veräußerung von Vermögensgegenständen unter ihrem vollen Wert, d. h. in der Regel unter dem am Markt erzielbaren Verkaufspreis, und die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes zu einem unter dem Marktwert liegenden Entgelt sind nur im öffentlichen Interesse zulässig. Dies kann bei der Förderung des Wohnungsbaus, bei der Förderung sozialer und kultureller Einrichtungen aber auch bei städtebaulichen Entwicklungen der Fall sein. Die Gemeinde hat abzuwägen, ob z. B. das öffentliche Interesse an der Förderung der Errichtung eines Pflegeheimes das fiskalpolitische Interesse an der Erzielung eines marktgerechten Verkaufspreises überwiegt und dies zu dokumentieren.



In der folgenden Nr. 4 zu § 109 der Hinweise heißt es aber dann:

Die Veräußerung von Vermögensgegenständen unter ihrem Wert an ein Unternehmen kann eine Beihilfe i. S. der EU-rechtlichen Vorschriften sein und der Notifizierungspflicht unterliegen. Auf die Mitteilung der Kommission betr. Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10. Juli 1997 (ABL 97/C 209/03) wird hingewiesen.



Zu beachten ist, dass das Beihilfenrecht und das Hessische Landesrecht immer separat zu prüfen ist, wenn es zu einer Veräußerung unterhalb des Marktwertes kommen sollte. Wichtig ist dabei, dass landesrechtliche Freistellungsregelungen EU-beihilfenrechtliche Probleme nicht lösen können.

Für eine rechtssichere Umsetzung wäre in Sinne des Haushaltsrecht eine Veräußerung zum Marktpreis vorzunehmen.

⁷⁸⁾ Schneider/Dreßler/Rauber/Risch, HGO Kommentar, 26. Lieferung (Stand: Juli 2020) §109, Rn. 34.

G. BÜRGERBETEILIGUNG

Das Ziel von Bürgerbeteiligungsmodellen ist grundsätzlich, mehr Akzeptanz in der Bevölkerung für das spezifische Vorhaben zu erlangen.

HIERFÜR HABEN SICH ÜBER DIE ZEIT HAUPTSÄCHLICH DREI MODELLE HERAUSKRISTALLISIERT.

- Genossenschaftliche Modelle
- Gesellschaftliche Modelle
- Schuldrechtliche Modelle



Auch hier stellt sich die Frage, inwiefern hierfür eine Ausschreibungspflicht nach dem Vergaberecht besteht.

Denkbar wäre der Fall, dass die Kommune einem Investor zwar keine spezifischen Erfordernisse an die Errichtung der Anlage formuliert, jedoch die Vorgabe macht, dass der Investor eine wirtschaftliche Beteiligung der Bürger an der Projektgesellschaft vorsehen muss.

Diese Frage, die in der Praxis erhebliche Relevanz hat, war bisher nicht Gegenstand von Gerichtsentscheidungen.

Zieht man hier aber die EuGH Entscheidung zu „Wiener Wohnen“ heran, nach der maßgeblich ist, ob der Auftraggeber auf die Bauleistung Einfluss genommen hat, wäre die Ausschreibungspflicht im vorliegenden Fall zu verneinen, da gerade kein Einfluss auf die Bauleistung an sich genommen wird, sondern Vorgaben bezogen auf die Projektgesellschaft gemacht werden. Auch würde die Bürgerbeteiligung nicht der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe der Kommune dienen, denn sie dient nur der Stärkung der Akzeptanz der Maßnahme in der Bevölkerung.

Daher wäre nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung Vergaberecht nicht anzuwenden.

IMPRESSUM

Herausgeber

LEA LandesEnergieAgentur Hessen GmbH
Mainzer Str. 118
65189 Wiesbaden

www.lea-hessen.de

E-Mail: lea@lea-hessen.de

Telefon +49 611 95017-8400

Geschäftsführer: Dr. Karsten McGovern
Sitz der Gesellschaft: Wiesbaden
Registergericht: Amtsgericht Wiesbaden HRB 31562
USt. – IdNr. DE 328598598

Bürgerforum Energiewende Hessen

Unterstützung von Kommunen zur Ausbaustrategie bei Stromprojekten

www.buergerforum-energiewende-hessen.de

E-Mail: buergerforum@lea-hessen.de

Telefon +49 611 95017-8678

Text, Redaktion

Dr. Annette Rosenkötter, Charlotte Thönißen (FPS Law)

Gestaltung

Janin Kalle – Büro für Kommunikationsdesign

Stand

Mai 2024

Bildnachweis

Titel: © AllesSuper21_iStock

Anmerkung zur Verwendung:

Diese Druckschrift wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der LEA LandesEnergieAgentur Hessen GmbH herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlbewerbern oder Wahlhelfern während eines Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf Wahlkampfveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf die Druckschrift nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Landesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Die genannten Beschränkungen gelten unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl die Druckschrift dem Empfänger zugegangen ist. Den Parteien ist es jedoch gestattet, die Druckschrift zur Unterrichtung ihrer eigenen Mitglieder zu verwenden.

