

# DStGB DOKUMENTATION N° 126

## Windenergieanlagen auf kommunalem Boden – zwischen Ausschreibung und Vergaberechtsfreiheit



**DStGB**  
Deutscher Städte-  
und Gemeindebund  
[www.dstgb.de](http://www.dstgb.de)

In Kooperation mit

**KDU Krist Deller & Partner**  
Rechtsanwälte

## IMPRESSUM

### **Autoren:**

Beigeordneter Norbert Portz  
Deutscher Städte- und Gemeindebund

Dr. Matthias Krist

Dr. Christof Schwabe

KDU Krist Deller & Partner Rechtsanwälte

Reiner Paul, LL.M (oec.)

Gemeinde- und Städtebund Rheinland-Pfalz

### **Herausgeber:**

- Deutscher Städte- und Gemeindebund

- KDU Krist Deller & Partner Rechtsanwälte

### **Verantwortlich für den Deutschen Städte- und Gemeindebund:**

Beigeordneter Norbert Portz

### **Verantwortlich für KDU Krist Deller & Partner:**

Dr. Matthias Krist

Dr. Christof Schwabe

### **Verantwortlich für den Gemeinde- und Städtebund Rheinland-Pfalz:**

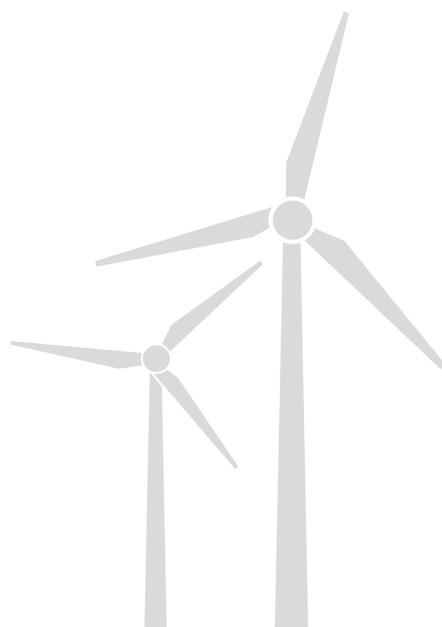
Reiner Paul, LL.M (oec.)

### **Fotos**

Titel: [www.siemens.com/presse](http://www.siemens.com/presse); S. 6: Melanie Klutz/  
pixelio.de; S. 10: Nordex; S. 13: Marikond/shutter-  
stock.com; S. 17: Repower; S. 23: Morgan DDL/shut-  
terstock.com

## INHALT

Vorwort des Deutschen Städte- und Gemeindebundes und des Gemeinde- und Städtebundes Rheinland-Pfalz	4	<b>D Vergaberechtliches Verhandlungsverfahren</b>	<b>17</b>
Vorwort der KDU Krist Deller & Partner Rechtsanwälte	5	I. Begründung eines Verhandlungsverfahrens	17
<b>A Ausgangssituation für Windenergieanlagen</b>	<b>6</b>	II. Vorbereitung und Leistungsbeschreibung	17
I. Der Ausbau der erneuerbaren Energien	6	III. EU-Bekanntmachung	18
II. Potenzialflächen der öffentlichen Hand	7	IV. Teilnahmewettbewerb mit Eignungsprüfung	19
III. Planungsrechtliche Situation	9	V. Angebotsphase, Verhandlung, Zuschlag	19
IV. Entwicklung des Beschaffungsrechts	9	VI. Vorabinformation	20
<b>B Realisierungsmodelle im Fokus des Vergaberechts</b>	<b>10</b>	VII. Dauer, Erfahrungen und Fazit	20
I. Grundstücksverpachtung mit Umsatzbeteiligung	10	<b>E Perspektive: Die große Vergaberechtsreform 2014 / 2016</b>	<b>21</b>
1. EU-Schwellenwert als Weichenstellung	10	I. In-House-Vergaben und horizontale Vergaben	21
2. Unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil	11	1. Inhouse-Vergaben	21
3. Bauvorgaben im Pachtvertrag?	11	2. Horizontal vergaberechtsfreie Vergaben	22
II. Bauvergabe und Betrieb in Eigenregie	11	II. Verbindliche Einführung der elektronischen Angebotsabgabe	22
1. Nationale Bauvergabe	12	III. Umwelt- und sozialpolitische Ziele	22
2. Europaweite Bauvergabe	12	IV. Erweiterung des Verhandlungsverfahrens	22
3. Gemeindewirtschaftsrecht	12	V. Neuregelung bei Eignungs- und Zuschlagskriterien	22
III. Grundstücksverkauf oder Grundpacht	12	VI. Vergaberechtsfreiheit von Auftragsänderungen	23
IV. Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungen	12	VII. Konzessionsrichtlinie	23
V. Zusammenfassung und Überblick	13	VIII. Umsetzung in nationales Recht	23
<b>C Freiwilliges Interessenbekundungsverfahren</b>	<b>14</b>		
I. Vorbereitung und Leistungsbeschreibung	14		
II. Öffentliche Bekanntmachung	14		
III. Teilnahmeverfahren und Bieterauswahl	15		
IV. Aufforderung zur Abgabe von Angeboten	15		
V. Präsentationen und Vertragsschluss	15		
VI. Dauer, Erfahrungen und Fazit	16		



## VORWORT DES DEUTSCHEN STÄDTE- UND GEMEINDEBUNDES UND DES GEMEINDE- UND STÄDTEBUNDES RHEINLAND-PFALZ



*Dr. Gerd Landsberg,  
Geschäftsführendes  
Präsidialmitglied des  
Deutschen Städte-  
und Gemeindebundes*



*Winfried Manns,  
Verbandsdirektor  
Gemeinde- und  
Städtebund  
Rheinland-Pfalz*

Für die Umsetzung der Energiewende kommt dem Ausbau der erneuerbaren Energien und insbesondere der Windenergie als Hauptsäule eine vorrangige Bedeutung zu. So waren Ende des Jahres 2013 in Deutschland 23645 Windenergieanlagen installiert. Das Tempo des Zubaus zeigt sich daran, dass allein im letzten Jahr 1154 Windenergieanlagen neu installiert und in Betrieb genommen worden sind.

Für die Kommunen und ihre Bürgerschaft ist für die Planung und den Ausbau der Windenergie neben der dezentralen Versorgung „vor Ort“ sowie dem Ressourcen- und Klimaschutz auch die Generierung von Wertschöpfungspotenzialen wesentlich. Derartige Mehrwertmodelle, etwa in Form von Bürger- oder Energiegenossenschaften, tragen zur Steigerung der Akzeptanz von Windenergieanlagen bei.

Für die Ansiedlung von Windenergieanlagen sind neben der Bürgerschaft und den privaten Grundstückseigentümern auch die Investoren entscheidende Partner der Kommunen. Die Auswahl geeigneter Investoren, die strategisch in die kommunalen Ziele bei der Nutzung der Windenergie eingebunden werden und mit denen die Städte und Gemeinden die Flächen entwickeln, ist daher eine Grundvoraussetzung. Dies gilt erst recht dann, wenn die Kommunen Eigentümer der Grundstücksflächen sind, auf denen die Windenergieanlagen errichtet werden.

Das wettbewerbliche Verfahren zur Auswahl der Investoren, das in einem Vertragsschluss endet, muss von Beginn an strukturiert werden. Die Städte und Gemeinden müssen dabei die richtigen Weichenstellungen vornehmen, damit auch der geeignetste und wirtschaftlichste Investor die Windenergieanlagen errichtet und betreiben kann. Dieser Auswahlprozess der Kommunen kann – je nach den rechtlichen Voraussetzungen – entweder in einem strukturierten Auswahlverfahren ohne Anwendung des Vergaberechts erfolgen oder es muss ein Vergabeverfahren durchgeführt werden.

Die gemeinsame Dokumentation des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, des Gemeinde- und Städtebundes Rheinland-Pfalz und der KDU-Rechtsanwälte in Koblenz zeigt insbesondere die verschiedenen Verfahren und Realisierungsmodelle bei der Auswahl von Investoren zur Ansiedlung und zum Betrieb von Windenergieanlagen auf. Die unterschiedlichen Fallgestaltungen in den Städten und Gemeinden sowie das vergaberechtliche Auswahlverfahren und das freiwillige Interessenbekundungsverfahren werden ausführlich erläutert. Am Ende wird ein Ausblick auf die Auswirkungen der am 17. April 2014 auf der EU-Ebene in Kraft getretenen Vergaberechtsreform, die bis zum 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen ist, gegeben.

Berlin, im Juli 2014

Dr. Gerd Landsberg

Mainz, im Juli 2014

Winfried Manns

## VORWORT DER KDU KRIST DELLER & PARTNER RECHTSANWÄLTE, KOBLENZ/KÖLN/WIESBADEN

Energiewende und Vergaberecht – zwei Themenfelder, die gar nicht oder nur schwer miteinander in Einklang zu bringen sind, könnte man vermuten. Viele Praktiker in Städten und Gemeinden, in denen schließlich die „Energiewende“ zu weiten Teilen realisiert werden muss, werden dieser Vermutung womöglich sofort beipflichten.

Wie so oft, wenn sich derlei auf den ersten Blick unversöhnliche Positionen gegenüber stehen, lohnt der Blick auf die Einzelheiten, und als anwaltliche Berater, die tagtäglich mit dem Vergaberecht umgehen, müssen wir dieses Rechtsgebiet im Rahmen der Diskussionen rund um die Energiewende ein Stück weit in Schutz nehmen. Denn das Vorurteil, dass das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe nun auch noch eine zügige Umsetzung der Energiewende behindere, ist unberechtigt. Man kann fast sagen, dass das Gegenteil der Fall ist: Unter gezielter und strategisch kluger Anwendung der vergaberechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten lässt sich das wirtschaftliche Potenzial, welches in der Ansiedlung und in dem Betrieb von Windkraftanlagen schlummert, durchaus in nachhaltiger Art und Weise nutzen. Das erscheint weitaus effektiver, als die Versuche, gegebenenfalls bestehende Ausschreibungspflichten zu umgehen.

Die vorliegende Dokumentation befasst sich praxisnah mit den gängigen unterschiedlichen vergaberechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten und gibt so einen Überblick über die Realisierung der Energiewende vor Ort und im Wettbewerb. Die Zusammenarbeit mit dem Deutschen Städte- und Gemeindebund und dem rheinland-pfälzischen Gemeinde- und Städtebund war dabei gleichermaßen angenehm wie fruchtbar. Wir danken diesen Partnern für die Kooperation und wünschen den Lesern eine anregende, gewinnbringende Lektüre.



*Dr. Matthias Krist,  
Rechtsanwalt  
und Fachanwalt für  
Verwaltungsrecht*

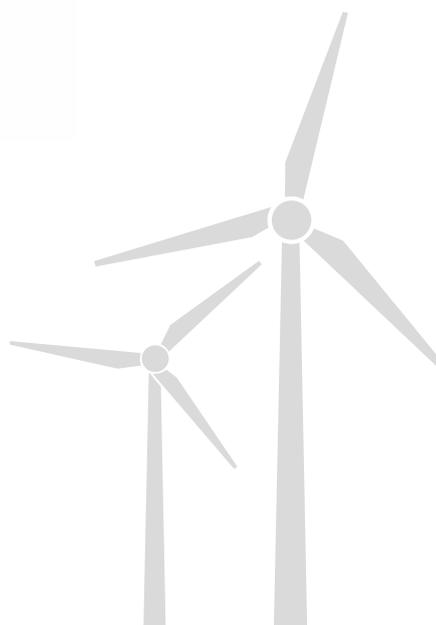


*Dr. Christof Schwabe,  
Rechtsanwalt*

Koblenz, im Juli 2014

Dr. Matthias Krist

Dr. Christof Schwabe





Der Kehdinger Bruch,  
Niedersachsen

# A Ausgangssituation für Windenergieanlagen

## I. DER AUSBAU DER ERNEUERBAREN ENERGIEN

Am 11. März 2011 kam es in dem japanischen Kernkraftwerk Fukushima Daiichi zu der schwersten Nuklearkatastrophe seit dem Unglück von Tschernobyl. Die Kernschmelzen in drei Reaktorblöcken setzten große Mengen an Radioaktivität frei und kontaminierten einen ganzen Landstrich. Fukushima hat die Politik zum Atomausstieg und zur Energiewende in Deutschland nachhaltig geprägt. Die deutsche Bundesregierung gab nach einem dreimonatigen Atommoratorium am 6. Juni 2011 ihre Absicht zum Atomausstieg bekannt. Der Deutsche Bundestag beschloss ihn am 30. Juni 2011 mit großer Mehrheit. Da Deutschland die gestaffelte Abschaltung seiner Atomkraftwerke bis zum 31. Dezember 2022 kompensieren muss, wurde die Beschleunigung der Energiewende gleich mit beschlossen.<sup>1</sup>

Der Windstrom hat sich heute neben den anderen erneuerbaren Energien, Wasserkraft, Biomasse, Geothermie und Photovoltaik, als die tragende Säule der Energiewende etabliert. Zum 31. Dezember 2013 waren in Deutschland 23645 Windkraftanlagen installiert (Abbildung 1). Die im Jahr 2013 zugebauten 1154 Windenergieanlagen führten unter Berücksichtigung des Repowering zu einer Steigerung der jährlich installierten Leistungen von 29 Prozent (Abbildung 2). Die durchschnittliche Anlagenleistung der neu errichteten Windkraftanlagen stieg im Vergleich zum Jahr 2012 um 9,3 Prozent, die durchschnittliche Leistung des gesamten Anlagenbestandes um 5,4 Prozent auf durchschnittlich 1,4 kW pro Anlage an (Abbildung 3). Die meisten Windkraftanlagen, rund 90 Prozent der installierten Leistung, befinden sich im Norden und in der Mitte Deutschlands. Süddeutschland liegt weit zurück (Abbildung 4).

ABB. 1



	Status des Windenergieausbaus an Land	Leistung [MW]	Anzahl [WEA]
kumuliert 2012	korrigierter kumulierter WEA-Bestand Status: 31.12.2012	30.989,33	22.907
Entwicklung 2013	Zubau im Jahr 2013	2.998,41	1.154
	davon Repowering (unverbindlich)	766,28	269
	Abbau im Jahr 2013 (unverbindlich)	257,91	416
kumuliert 2013	kumulierter WEA-Bestand Status: 31.12.2013	33.729,83	23.645

Die Bundesregierung will nach dem Entwurf des EEG 2014 die Energiewende konsequent und planvoll fortführen. Die letzten Jahre haben gezeigt, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien neue Wachstumsfelder mit erheblichen Arbeitsplatzpotenzialen schafft.<sup>2</sup> Im Jahr 2011 arbeiteten etwa in Nordrhein-Westfalen rund 28200 Beschäftigte im Bereich der erneuerbaren Energien.<sup>3</sup> Für die lokalen und die regionalen Akteure sind vor allem Wertschöpfungseffekte wichtige Gründe, sich für den Ausbau erneuerbarer Energien zu engagieren (vgl. tabellarische Abbildung kommunaler Wertschöpfung, S. 8). Dazu kommen die geopolitischen Entwicklungen in Russland und der Ukraine, die der

2 BT-Drs. 18/1304 vom 5. Mai 2014.

3 Weiss Et.al, Chanc/ge 1/2014, Seite 44-48.

1 BGBl. I 1704, vom 5. August 2011; BGBl. I 1634 vom 4. August 2011.

ABB. 2

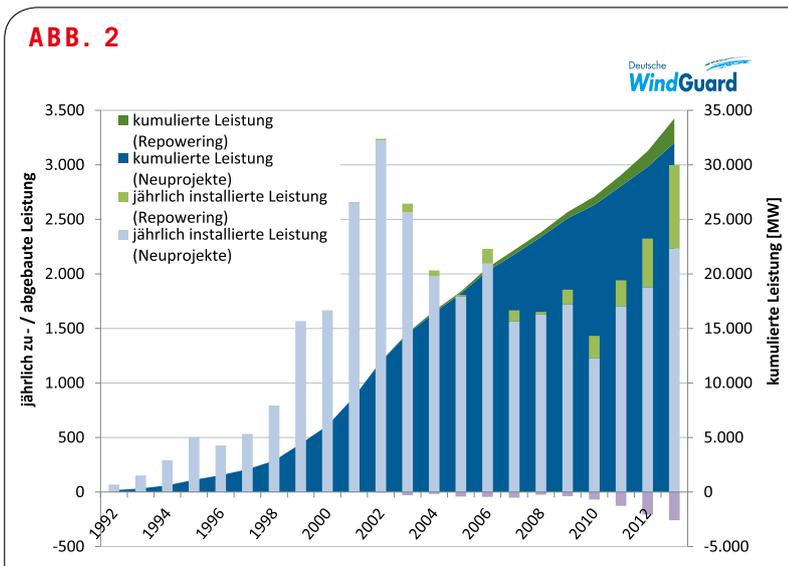


ABB. 3

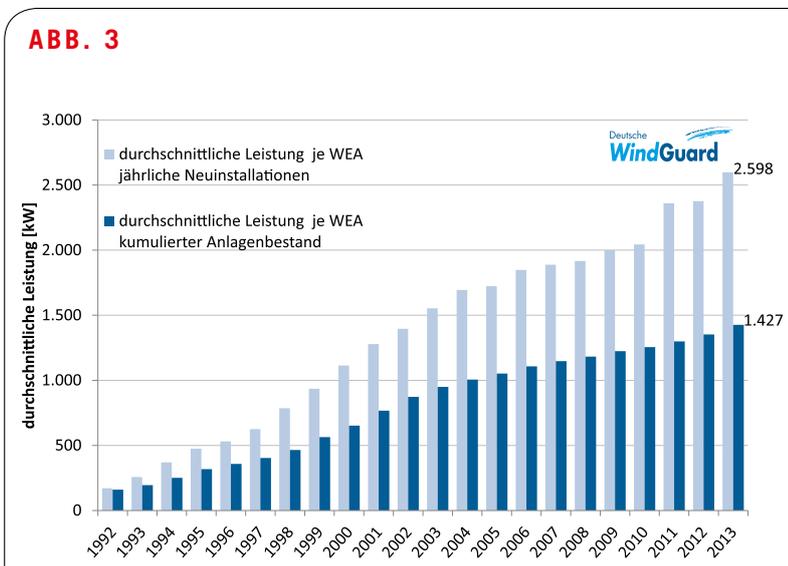


ABB. 4

Deutsche WindGuard

Region/ Bundesland		Kumulierte Leistung Status: 31.12.2013 [MW]	Kumulierte Anzahl Status: 31.12.2013 [WEA]
Norden	Niedersachsen	7.646,12	5.490
	Schleswig-Holstein	3.897,49	2.929
	Mecklenburg-Vorpommern	2.338,53	1.612
	Bremen	151,01	78
	Hamburg	55,15	59
Mitte	Brandenburg	5.047,19	3.204
	Sachsen-Anhalt	4.048,19	2.501
	Nordrhein-Westfalen	3.414,67	2.984
	Sachsen	1.039,14	858
	Thüringen	993,44	675
	Hessen	973,54	754
Süden	Berlin	2,00	1
	Rheinland-Pfalz	2.303,09	1.357
	Bayern	1.120,47	652
	Baden-Württemberg	533,05	391
	Saarland	166,75	100
		<b>33.729,83</b>	<b>23.645</b>

Unabhängigkeit von den fossilen Rohstoffen noch eine ganz andere Dimension verschaffen.

Die Umsetzung der Energiewende steht gleichwohl in der Kritik. Beobachter bemängeln die unzureichende Anpassung der Netzinfrastruktur, die Ausgestaltung der öffentlichen Förderung und die Umverteilung der Mehrkosten zu Lasten der privaten Endverbraucher. Die Bundesregierung strebt mit der grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG 2014) nicht nur die Erhöhung des Anteiles der erneuerbaren Energien an der deutschen Stromversorgung an; bis 2050 sollen mindestens 80 Prozent des deutschen Bruttostromverbrauchs durch erneuerbare Energien abgedeckt sein. Die Reform will auch der Kostendynamik der vergangenen Jahre entgegenwirken. Als Zwischenziele für die Erhöhung des Anteils der erneuerbaren Energien hat sich die Bundesregierung Steigerungen auf 40 Prozent bis 45 Prozent bis zum Jahr 2025 und auf 55 Prozent bis 60 Prozent bis zum Jahr 2035 gesteckt. Der Gesetzesentwurf sieht zur Erreichung der Ausbauziele neue Instrumente der Mengensteuerung vor. Die Förderhöhe will sie von dem tatsächlichen Ausbau abhängig machen.

Der Ausbau der Windkraft ist schon lange aus dem Anfangsstadium heraus. Gleichwohl besteht kein Zweifel daran, dass die Energiewende ein auf Jahrzehnte angelegtes Megaprojekt ist.

## II. POTENZIALFLÄCHEN DER ÖFFENTLICHEN HAND

Wer stellt die Flächen für Windenergieanlagen zur Verfügung? Für die Grundeigentümer Bund, Länder und Kommunen stellt sich zunehmend die Frage der Partizipation, zumal die Energiewende politisch gewollt ist. Diese Dokumentation untersucht zunächst den Flächenbesitz der öffentlichen Hand und den Anteil der Potenzialflächen. Die Verfasser schicken zwei Hinweise voraus: Die Zahlen zum Grundeigentum beruhen auf Quellenmaterial, da keine Daten erhoben wurden. Sie stützen sich auf Erhebungen der Jahre 1974 und 2001, da das statistische Bundesamt keine aktuellen Zahlen führt.<sup>4</sup>

Das Grundeigentum des **Bundes** betrug 1991 nach der Wiedervereinigung zwei bis drei Prozent der Gesamtfläche Deutschlands. Es handelt sich vor allem um militärisch genutzte Flächen oder solche entlang von Bundeswasserstraßen und

<sup>4</sup> Duwendag/Epping, 1974, Seite 63; Behrens, 2001, www.rosalux.de.

**TAB. 1: ZUSAMMENFASSUNG DER WERTSCHÖPFUNGSEFFEKTE BEI WINDENERGIEANLAGEN**

Wertschöpfungsstufe	Unternehmen mit Sitz in der Kommune	Arbeitnehmer	Kommunale Steuereinnahmen		Wertschöpfung
	Nachsteuergewinn	Nettobeschäftigung	Gewerbesteuer (netto)	Kommunalanteil Einkommenssteuer	gesamt
	Euro/kW <sub>el</sub>	Euro/kW <sub>el</sub>	Euro/kW <sub>el</sub>	Euro/kW <sub>el</sub>	Euro/kW <sub>el</sub>
Einmalige Effekte					
Anlagenkomponenten WEA	61	168	10	9	248
Planung, Installation, etc.	8	57	1	3	69
Jährliche Effekte	Euro/(kW <sub>el</sub> *a)	Euro/(kW <sub>el</sub> *a)	Euro/(kW <sub>el</sub> *a)	Euro/(kW <sub>el</sub> *a)	Euro/(kW <sub>el</sub> *a)
Betriebskosten	12	7	1	1	19
Betreibergesellschaft (inkl. Geschäftsführung und Kommandisten)	26	4	4	1	36
Summierte jährliche Effekte über 20 Jahre Betriebszeit	Euro/kW <sub>el</sub>	Euro/kW <sub>el</sub>	Euro/kW <sub>el</sub>	Euro/kW <sub>el</sub>	Euro/kW <sub>el</sub>
Betriebskosten	231	132	14	11	387
Betreibergesellschaft (inkl. Geschäftsführung und Kommandisten)	522	84	84	22	712
Summe	<b>860</b>	<b>452</b>	<b>114</b>	<b>47</b>	<b>1471</b>

Quelle: Bernd Hirschl, Astrid Aretz, Andreas Prah, Timo Böther, Katharina Heinbach, Daniel Pick, Simon Funcke (2010): „Kommunale Wertschöpfung durch Erneuerbare Energien“, Schriftenreihe des IÖW 196/10, Berlin.

Autobahnen. Nach einer Auskunft der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben beabsichtigt der Bund, Konversionsflächen für die Windenergie zur Verfügung zu stellen.

Die **Länder** hatten im Jahr 1973 einen Anteil am Grundeigentum von rund elf Prozent. Zu den neuen Bundesländern liegen keine Zahlen vor. Einen Eindruck über den Anteil der Länder am Grundeigentum der Waldflächen vermittelt die zweite Bundeswaldinventur. Er lag 2001 bei 29,6 Prozent.<sup>5</sup> Ihre Ergebnisse zeigen außerdem, dass rund ein Drittel der Gesamtfläche Deutschlands bewaldet ist. Diese Zahl hebt die Bedeutung des Waldes für die Errichtung von Windenergieanlagen hervor.

Den **Kommunen** gehörten 1973 rund 13 Prozent der Gesamtfläche Deutschlands, den Landkreisen 0,37 Prozent der Fläche. Der Eigentumsanteil der Kommunen an den Waldflächen liegt bei rund 20 Prozent. Der Anteil des Körperschaftswaldes differiert unter den Bundesländern stark. Für Rheinland-Pfalz ist der hohe Körperschaftswaldanteil typisch: Kommunale Gebietskörperschaften besitzen 46 Prozent des rheinland-pfälzischen Waldes. Der Körperschaftswald ist überwiegend in Betrieben über 100 Hektar Größe zusammengefasst. Die durchschnittliche Betriebsgröße liegt bei etwa 200 Hektar.<sup>6</sup>

Das Grundeigentum der öffentlichen Hand könnte sich unter Berücksichtigung des Alters dieser Zahlen bei vorsichtiger Schätzung zwischen 20 und 30 Prozent der Fläche Deutschlands

bewegen. Der Eigentumsanteil an der Waldfläche liegt nach der zweiten Bundeswaldinventur bei rund 50 Prozent.

Für den Bau und den Betrieb von Windkraftanlagen kommt aus diversen Gründen effektiv nur ein Bruchteil der Gesamtfläche in Betracht. Eine vom Umweltbundesamt 2013 in Auftrag gegebene Studie des Fraunhofer-Institutes bezifferte den Anteil der Potenzialflächen auf rund 13,8 Prozent.<sup>7</sup> Davon seien, so die Studie, noch einmal erhebliche Abschläge vorzunehmen, die dem wirtschaftlichen Betrieb, dem Artenschutz, räumlichen Entwicklungszielen oder Einwänden von Anliegern geschuldet sind.

Die Länder und die Kommunen rücken damit als die Eigentümer geeigneter Grundstücke in den Fokus der Investoren. Erfahrungswerte zeigen, dass für potenzielle Entwickler und Betreiber von Windenergieanlagen kommunale Grundstücke einen besonderen Wert aufweisen:

- Meist sind Kommunen Eigentümer exponierter und zusammenhängender Grundstücksflächen, sodass für die Realisierung von Windparks oftmals nur mit einem Eigentümer verhandelt werden muss, wodurch Zeit und Ressourcen gespart werden.
- Kommunen gelten als verlässliche Vertragspartner und genießen oftmals das Vertrauen der Bevölkerung.
- Die Kommunen haben eingespielte Kommunikationswege zu den Trägern öffentlicher Belange und auch eine Kenntnis des politischen und kulturellen Umfeldes der Gemeinde.

<sup>5</sup> www.bundeswaldinventur.de.

<sup>6</sup> www.wald-rlp.de.

<sup>7</sup> Quelle: Umweltbundesamt.

### III. PLANUNGSRECHTLICHE SITUATION

Windenergieanlagen sind privilegierte Vorhaben des Außenbereiches (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB). Ihre Zulässigkeit setzt stets voraus, dass sie keine öffentlichen Belange beeinträchtigen, worunter der Immissions- und der Naturschutz, die Erhaltung des Erholungswertes der Landschaft und die Vermeidung der Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes fallen. Da mit ihrer Errichtung aber gerade Störungen wie Geräusche, Verschattung oder die „Verspargelung“ der Landschaft einhergehen können, kommt für sie von vorne herein nur ein Bruchteil des Außenbereiches in Betracht.

Um einen Wildwuchs zu vermeiden, wird in der Praxis die Ansiedlung von Windenergieanlagen über Regionalpläne oder Flächennutzungspläne gesteuert. Diese Pläne konzentrieren die Windenergieanlagen auf bestimmte Flächen. In Rheinland-Pfalz gibt es zum Beispiel ein Landesentwicklungsprogramm (LEP IV), nach dem mindestens zwei Prozent der Landesfläche und darin mindestens zwei Prozent der Waldfläche zur Verfügung zu stellen sind. Entsprechende Beschlüsse existieren für das Bundesland Hessen.<sup>8</sup>

Die Planungshoheit obliegt bei den Flächennutzungsplänen den Kommunen und bei den Regionalplänen den Bundesländern. Die Städte und Gemeinden genießen bei Windkraftprojekten daher planungsrechtlich gute Voraussetzungen. Zu der Frage, welche Strategien die Kommunen zur Steuerung und Wertschöpfung bei Windkraftprojekten verfolgen können, hat der DStGB eine eigene Dokumentation herausgegeben.<sup>9</sup>

Der Befund zeigt, dass für den Bund, die Länder und die Kommunen gute tatsächliche und rechtliche Rahmenbedingungen bestehen, um Windkraftprojekte in Angriff zu nehmen. Das führt zu der Frage, wann Windkraftprojekte der Ausschreibungspflicht unterliegen.

### IV. ENTWICKLUNG DES BESCHAFFUNGSRECHTS

Das Vergaberecht spielte bei der Grundstücksverpachtung zum Betrieb von Windkraftanlagen bis 2006 praktisch keine Rolle. Nach der Umsetzung der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinien stand man aber vor der Frage, ob nicht zumindest im „Europabereich“ oberhalb des Schwellenwertes für Bauvergaben von rund fünf Millionen Euro Auftragswert bestimmte kommunale Grundstücksgeschäfte vergabepflichtig sind. Das europäische Vergaberecht (Kartellvergaberecht) definiert den Begriff des öffentlichen Bauauftrages anders als das nationale Vergaberecht (Haushaltsvergaberecht).

Das **nationale Haushaltsvergaberecht** gilt für die wertmäßig „kleineren“ Beschaffungen bis zu einem Schwellenwert von derzeit 5,186 Millionen Euro bei Bauleistungen und 207 000 Euro bei Lieferungen und Dienstleistungen. Es ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in der Vergabeverordnung, VOB/A (EG), VOL/A (EG), Sektorenverordnung und VOF geregelt. Der Bund, die Länder und die Kommunen schreiben ihre kleinen und mittleren Beschaffungen grundsätzlich national öffentlich aus. Die Vergabenachprüfungsinstanzen (Vergabekammer, Oberlandesgericht) sind nicht zuständig.

Das **europäisierte Kartellvergaberecht** gilt für die wertmäßig „großen“ Beschaffungen oberhalb der oben genannten Schwellenwerte. Es ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und in den zweiten Abschnitten VOB/A (EG), der VOL/A (EG) und in der VOF geregelt. Ihm liegen die europäischen Richtlinien zugrunde. Der Bund, die Länder und die Kommunen sowie deren funktionale Auftraggeber (z. B. Stadtwerke) schreiben ihre „großen“ Beschaffungen grundsätzlich europaweit aus. Die Vergabenachprüfungsinstanzen sind zuständig.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf postulierte 2007 mit seiner berüchtigten Ahlhorn-Entscheidung eine weit gehende Vergabepflicht für kommunale Grundstücksgeschäfte.<sup>10</sup> Das Oberlandesgericht Bremen übertrug diese Rechtsprechung in einer singulär gebliebenen Entscheidung 2008 auf den Bereich der Windpacht, die unter bestimmten Voraussetzungen als Baukonzession gelten sollte.<sup>11</sup>

Die Ahlhorn-Linie zur Vergabepflicht kommunaler Grundstücksgeschäfte blieb Episode. Der Gesetzgeber reagierte bereits mit der Vergaberechtsnovelle 2009 und fasste den Auftragsbegriff enger. Bauwerke Dritter – von Investoren – sollten fortan öffentlichen Bauaufträgen nur dann gleich stehen, wenn die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt“ und außerdem „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ errichtet wird (§ 99 Abs. 3 GWB). Der Europäische Gerichtshof schlug 2010 mit seiner „Helmut Müller“-Entscheidung in die gleiche Kerbe und sprach sich ebenfalls für eine engere Handhabung aus.<sup>12</sup> Welche Freiräume die neuen Rahmenbedingungen den Realisierungsmodellen belassen, ist noch nicht zufriedenstellend beantwortet. Diese Dokumentation soll zur Beantwortung dieser Frage beitragen.

Die Beschaffungsmethodik kommunaler Windkraftprojekte kristallisiert sich erst langsam heraus. Das Recht und seine Umsetzung hinken der Praxis hinterher. Die Verpachtung gemeindlicher Grundstücke ohne Beteiligung des Wettbewerbes

8 www.mwkel.rlp.de; Vermerk RP Kassel vom 20. November 2012.

9 DStGB, Dokumentation Nr. 120, Stand 10/2013.

10 OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 530.

11 OLG Bremen, NZBau 2008, 336.

12 EuGH, VergabeR 2010, 441.

war in Rheinland-Pfalz noch bis 2009 die übliche Praxis. Die Gemeinden schlossen Pachtverträge vorschnell und in der Annahme ab, mit einem Wald- oder Wiesengrundstück ein „gutes Geschäft“ zu machen. Hauptargument dafür war die Schnelligkeit. Schnelligkeit ist bei Windenergieprojekten jedoch nicht erforderlich. Die Genehmigungsverfahren dauern unter Umständen mehrere Jahre, sodass ein parallel durchgeführtes wettbewerbliches Angebotsverfahren keine Zeitnachteile mit sich bringt. Unter Berücksichtigung des Wettbewerbs und des Wertes für die Windenergieanlagenutzung lagen die Angebote häufig weit hinter den Marktpreisen zurück.

Auf Seiten der Kommunen setzt sich erfreulicherweise zunehmend die Erkenntnis durch, dass Wirtschaftlichkeitsvergleiche und Wettbewerb nicht nur lästige Pflichten, sondern geldwerte und politische Vorteile beinhalten. Ohne Wettbewerb fehlt dem Investor der wirtschaftliche Anreiz, hohe Pachtzahlungen, möglicherweise gewünschte Beteiligungslösungen oder Bürgerstrommodelle anzubieten. Sie verringern seine Rendite. Ist dagegen der Wettbewerb eröffnet, zeichnet sich ein ganz anderes Bild ab. Die gebotenen Pachten steigen teilweise erheblich. Die Investoren bieten, um ihre Mitbewerber zu übertrumpfen, Nebenleistungen wie Bürgerstrom, Beteiligungsmöglichkeiten oder sonstige kommunale Wertschöpfungsmöglichkeiten „on top“ an, um den Zuschlag zu erhalten.



## B Realisierungsmodelle im Fokus des Vergaberechts

### I. GRUNDSTÜCKSVERPACHTUNG MIT UMSATZBETEILIGUNG

Eine Beteiligungsmöglichkeit der Kommunen am Windenergiegeschäft ist die Verpachtung geeigneter Grundstücke. Sie erfreut sich immer größerer Beliebtheit. Sie hat vor allem die Einfachheit für sich. Kleineren und mittleren Kommunen bietet sie eine Bewirtschaftungsmöglichkeit, die mit wenig eigenem Know-how und Personal auskommt. Die Kommune bleibt Eigentümerin des Grundstücks, das sie nach dem Rückbau der Windenergieanlage zurückerhält. Das Pachtmodell erspart ihr eigene Investitionen in die Anlagentechnik. Die Risiken bei dem Pachtmodell bleiben vergleichsweise überschaubar. Das gilt jedenfalls, wenn die Kommune mit dem Investor eine Mindestpacht vereinbart. Die Höhe der Umsatzbeteiligung hängt in der Regel von der Windhöffigkeit des Grundstücks und der Auswahl der Anlage ab. Der kommunale Verpächter sollte hier von der Sorgfalt eines professionellen Pächters profitieren, der aus eigenem Interesse eine ertragreiche Anlage installiert. Dieser muss aus seinem Umsatzanteil die Anlage amortisieren und seinen Gewinn erwirtschaften.

Die üblichen Pachtbedingungen bewegen sich heute zwischen sieben und zwölf Prozent der tatsächlichen Einspeisevergütung. Dazu kommen garantierte jährliche Mindestpachten je nach

Anlagenstärke sowie eine Einmalzahlung.<sup>13</sup> Inwieweit sich die im EEG 2014 enthaltenen Änderungen an der öffentlichen Förderung auf die vorgenannten Pachtbedingungen auswirken, bleibt abzuwarten. Das Pachtmodell hat auch Nachteile: Die Kommune hat wesentlich weniger Einfluss auf die technische Realisierung als bei einer kommunalen Eigenentwicklung. Während der Betriebszeit partizipiert die Kommune außerdem an dem Risiko, dass der Investor die Anlage nicht wirtschaftlich betreibt. Schon aus diesem Grund ist die Auswahl eines professionellen Investors im Wettbewerb sehr vorteilhaft.

Eine Entscheidung für das Pachtmodell führt zu der Frage, ob für die Investorenauswahl ein freiwilliges Interessenbekundungsverfahren ausreicht oder ein förmliches Vergabeverfahren geboten ist.

#### 1. EU-Schwellenwert als Weichenstellung

Die formale Vergabepflicht hängt ganz wesentlich vom Gesamtauftragswert ab:

- Das nationale Bauvergaberecht gilt für alle Bauleistungen mit einem Gesamtwert unterhalb 5,186 Millionen Euro. Es

<sup>13</sup> Rheinland-Pfalz, Windenergie und Kommunen, Leitfadens für die Kommunale Praxis, Seite 21; Erfahrungswerte des GSTB Rheinland-Pfalz.

definiert Bauleistungen als Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instandgehalten, geändert oder beseitigt wird (§ 1 VOB/A). Die Grundstücksverpachtung erfasst diese Definition nicht. Näher liegt eine vergabepflichtige Baukonzession. Sie ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrages, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (§ 22 VOB/A). Auch die Baukonzession erfordert einen Bauauftrag, an dem es fehlt, wenn der Verpächter keinen solchen erteilt.

- Das europäische Bauvergaberecht gilt für alle Bauleistungen mit einem Gesamtauftragswert ab 5,186 Millionen Euro. Es fasst den Begriff des öffentlichen Bauauftrages weiter: Bauaufträge sind nach ihm auch Verträge über eine dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommende Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Diese Variante entkoppelt den öffentlichen Auftrag von der öffentlichen Beauftragung. Ihr kommt eine private Beauftragung – der Pächter beauftragt das Bauunternehmen – gleich, wenn die Bauleistung dem Verpächter unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und sie der Pächter nach seinen Erfordernissen errichtet. Ob das Modell der Grundstücksverpachtung mit Umsatzbeteiligung diese Bedingungen erfüllt, wird im Folgenden untersucht.

## 2. Unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil

Der Europäische Gerichtshof hat herausgearbeitet, in welchen Fallgruppen die Bauleistung eines Dritten dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt.<sup>14</sup>

Der öffentliche Auftraggeber

- wird Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks,
- verfügt über einen Rechtstitel, der ihm die Nutzung der Bauwerke im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sichert,
- beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks,
- zieht einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks oder
- übernimmt die Risiken eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks.

Die erste Fallgruppe ist nicht einschlägig. Die rückbaufähigen Windkraftanlagen fallen nicht schon durch ihre Verbindung mit dem Grundstück in das kommunale Eigentum. Einschlägig ist die vierte Fallgruppe, nach der der öffentliche Auftraggeber den wirtschaftlichen Vorteil aus der Nutzung des Bauwerkes zieht. Bei den heute üblichen Pachtverträgen ist das der Fall. Sie sehen einen prozentualen Anteil an der tatsächlichen Einspeisevergütung vor, teilweise auch garantierte jährliche Mindestpachten, die nicht an der Grundstücksgröße anknüpfen, sondern an die Anlagenleistung.

14 EuGH, VergabeR 2010, 441.

## 3. Bauvorgaben im Pachtvertrag?

Ist der unmittelbare wirtschaftliche Vorteil bejaht, kommt es entscheidend auf die zweite Voraussetzung an: Errichtet der Dritte, also der pachtende Investor, die Windkraftanlage nach den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen? Entscheidend hierfür ist der Pachtvertrag.

Nimmt die Kommune in den Grundstückspachtvertrag verbindliche Bauvorgaben auf, wann, wo oder wie der Investor die Windkraftanlagen zu errichten hat, errichtet dieser die Anlagen nach kommunalen Erfordernissen. Denkbar sind Vorgaben zur Anzahl der Anlagen, zur deren Höhe oder Kapazität. Der Fall ist ein vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang.<sup>15</sup>

Vereinbaren die Kommune und der Investor lediglich eine prozentuale Umsatzbeteiligung ohne Bauvorgaben, führt das zu einer schwierigeren Überlegung: Lösen alleine konkrete Bauvorgaben die Vergabepflichten aus (formale Sichtweise)? Oder impliziert bereits die prozentuale Beteiligung am Ertrag den Aufbau einer Windkraftanlage (funktionale Sichtweise)? Da diese Frage von der vergaberechtlichen Rechtsprechung für Windkraftanlagen noch nicht entschieden ist, lassen sich beide Sichtweisen vertreten. Wer seinen Pachtvertrag frei von konkreten Bauvorgaben hält und der formalen Sichtweise folgt, muss kein rechtsförmliches Vergabeverfahren durchführen. Ein freiwilliges Interessenbekundungsverfahren ist empfehlenswert (Kapitel C). Das Restrisiko, dass das Verfahren vor der Vergabekammer oder der EU-Kommission auf den Prüfstand kommt, ist derzeit gering.<sup>16</sup> Wer der funktionalen Sichtweise folgt, führt ein förmliches Vergabeverfahren durch. Häufig ist ein flexibles Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb gerechtfertigt (Kapitel D).

## II. BAUVERGABE UND BETRIEB IN EIGENREGIE

Die kommunale Eigenentwicklung hat die folgenden Merkmale: Die Kommune oder ihre Werke kaufen die Anlieferung, den Aufbau und den Probetrieb der Windenergieanlage am Markt ein. Sie betreiben die Windenergieanlage nach dem Netzanschluss auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko. Diese Ausgestaltung ist bislang die Domäne der größeren Städte und Energiewerke. Sie ist bei den kleineren Kommunen selten, was nicht überrascht, wenn man sich die Vor- und Nachteile genauer betrachtet. Die Gewichtung der Chancen und Risiken verhält sich umgekehrt wie bei dem Verpachtungsmodell. Die Eigenregie bietet die Chance, die volle Rendite der Windkraftanlagen abzuschöpfen, die bei einem optimalen Projektlauf und geeigneten Standorten unter Einbeziehung der Projektierungsgewinne zwischen zehn und 15 Prozent liegen kann.<sup>17</sup> Dazu kommen maximale Einfluss- und

15 EuGH, Urteil vom 10. Juli 2014 – Rs. C-213/13.

16 Im Zeitraum der letzten sieben Jahre gab es nur ein Nachprüfungsverfahren zur Verpachtung eines Grundstückes zu Windkraftzwecken, vgl. OLG Bremen, NZBau 2008, 336.

17 Erfahrungswerte der Kommunalberatung Rheinland-Pfalz.

Steuerungsmöglichkeiten, die sich gerade bei umstrittenen Projekten auszahlen können. Den Chancen stehen veritable Risiken und Nachteile gegenüber. Die Eigenentwicklung erfordert eine hohe Anfangsinvestition, zum Beispiel über einen Kommunalcredit. Abgesehen von der kommunalrechtlich ordnungsgemäßen Entscheidungsfindung werden sich die Kommunen für die Planung eines solchen Projektes und für die Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens regelmäßig externen Know-hows bedienen müssen. Die kommunale Eigenentwicklung ist mit einem relativ hohen Aufwand und zudem auch mit hohen Vorlaufkosten von unter Umständen mehreren hunderttausend Euro verbunden. Wer den Betrieb in Eigenregie wagt, muss gleichzeitig bereit sein, das Risiko des Verlusts der Vorlaufkosten und die Mühen einer Rückabwicklung in Kauf zu nehmen, wenn der Eigenbetrieb scheitert.

Bei einem Betrieb in Eigenregie ist die Frage der Vergabepflicht eindeutig. Die Eigenentwicklung setzt voraus, dass ein Dritter die Bauteile der Windkraftanlage heranschafft, diese auf dem Grundstück der Kommune aufbaut, erprobt und anschließt. Windkraftanlagen sind bauliche Anlagen. Ihre Beschaffung betrifft Bauleistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A).

### 1. Nationale Bauvergabe

Kleinere Windkraftanlagen, deren Gesamtauftragswert unterhalb des EU-Schwellenwertes von derzeit 5,186 Millionen Euro für Bauleistungen liegt, sind national öffentlich auszuschreiben. Der Auftraggeber wendet den ersten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) an. Bei Windkraftanlagen der heutigen Dimension wird dieser Fall immer seltener. Der Auftraggeber hat eine umfassende Schätzung des Auftragswertes vorzunehmen, die mitbeschaffte Dienstleistungen erfasst, wie beispielsweise Wartungs- oder Betriebsführungsverträge. Die Schätzung des Auftragswertes verbietet Umgehungen. Eine Kommune handelte vergaberechtswidrig, splittete sie einen Windpark künstlich in mehrere Anlagen auf, die zusammengekommen aber nicht für sich den EU-Schwellenwert erreichen.

### 2. Europaweite Bauvergabe

Windkraftanlagen, deren Gesamtauftragswert den Schwellenwert von derzeit 5,186 Millionen Euro erreicht oder übersteigt, sind europaweit zu vergeben. Ein kommunaler Auftraggeber, der nicht im Bereich der Energieversorgung tätig ist, wendet den zweiten Abschnitt der VOB/A (EG) an. Er vergibt die Bauleistungen im offenen Vergabeverfahren. Ein Verhandlungsverfahren müsste er mit einem Ausnahmetatbestand rechtfertigen. Ist die Kommune oder ihr Werk bereits im Energiesektor tätig, findet die Sektorenverordnung Anwendung. In dem Fall vergibt ein Sektorauftraggeber eine mit einer Sektorentätigkeit zusammenhängende Leistung. Der Sektorauftraggeber darf im Unterschied zum „normalen“ kommunalen Auftraggeber ohne weiteres auf das Verhandlungsverfahren zurückgreifen, worauf im Kapitel zum Verhandlungsverfahren näher eingegangen wird (Kapitel D).

### 3. Gemeindefirtschaftsrecht

Präferiert die Kommune eine Eigenentwicklung, muss sie das Subsidiaritätsprinzip ihrer jeweiligen Gemeindeordnung für kommunale Wirtschaftsunternehmen prüfen. Das Subsidiaritätsprinzip besagt in Rheinland-Pfalz im Grundsatz, dass die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur betreiben darf, wenn der öffentliche Zweck sie rechtfertigt, sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und dem voraussichtlichen Bedarf stehen und der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Einige Bundesländer haben das strenge Subsidiaritätsprinzip zugunsten kommunaler Energieerzeuger gelockert, so auch Rheinland-Pfalz.<sup>18</sup> Hessen hat eine spezielle Regelung für erneuerbare Energien.<sup>19</sup> Vorsicht ist geboten, wenn sich die Kommune außerhalb ihres Gemeindegebietes betätigen will, da viele Gemeindeordnungen hierfür besondere Vorgaben machen.

## III. GRUNDSTÜCKSVKAUF ODER GRUNDPACHT

Der Grundstücksverkauf und die Grundpacht weisen bei Windkraftanlagen wenige Vorteile auf. Sie spielen in der Praxis eine untergeordnete Rolle. Der Grundstücksverkauf ist einfach abzuwickeln. Die Kommune überlässt den Windkraftbetrieb dem Grundstücks Käufer, was ihr eigene Investitionen und die Anschaffung eigenen Know-hows erspart. Die reine Veräußerung ist ein vergaberechtsfreier Vorgang, wenngleich ein Bieterauswahlverfahren nötig ist. Die Kommunen dürfen Vermögensgegenstände nur zum Verkehrswert veräußern.<sup>20</sup> Die Veräußerung ist *prima facie* unwirtschaftlich. Es ist kaum vorstellbar, den Wert eines Windkraftbetriebes vorab in einen Grundstückspreis einzukalkulieren. Ähnlich nachteilig wäre die Verpachtung des Grundstückes als „Wald- und Wiesengrundstück“. Zwar ist diese Verpachtung vergaberechtsfrei, wenn sie die Kommune ohne Rücksicht auf den Windkraftbetrieb zum ortsüblichen Zins vornimmt. Das Vorgehen ist jedoch evident unwirtschaftlich.

## IV. GESELLSCHAFTSRECHTLICHE AUSGESTALTUNGEN

In der kommunalen Praxis werden heute gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungen diskutiert. Sie werden interessant, sobald eine Kommune Grundstücke „vergabefrei“ an einen bestimmten Investor verpachten will, zum Beispiel an eine örtliche Energiegenossenschaft. Soll der Wettbewerb ausnahmsweise vermieden werden, sind rechtssichere Alternativen gefragt. Nach dem derzeit geltenden Stand von Vergaberecht und Rechtsprechung ist das folgende Modell denkbar: Die beteiligten Kommunen

18 § 85 Abs. 1 GO Rheinland-Pfalz.

19 § 121 Abs. 1a HGO.

20 § 79 Abs. 1 GO Rheinland-Pfalz; § 90 Abs. 3 GO Nordrhein-Westfalen.

bringen die Flächen ein. Sie schließen zum Marktpreis einen Flächennutzungsvertrag mit einer Projektgesellschaft der Energiegenossenschaft, der weder Bauvorgaben noch eine Umsatzbeteiligung enthält. Die Projektgesellschaft kümmert sich um die Projektentwicklung. Nach der Fertigstellung der Planung gründet sie als Investorin standortbezogene Betriebsgesellschaften, zum Beispiel als GmbH oder als GmbH & Co. KG. Diese realisieren die Projekte und nehmen die Windkraftanlagen in Betrieb. Der Investor überträgt den Kommunen nach der Fertigstellung Kommanditistenanteile an den Betriebsgesellschaften. Das Kommanditistenmodell realisiert die Umsatzbeteiligung nicht über die Grundstückspacht, sondern gesellschaftsrechtlich über die Beteiligung der Kommunen als Gesellschafter.

Vergaberechtlich beinhaltet die Grundstücksvermietung der Kommune zum Marktpreis keine „dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommende Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“. Sie kapselt keinen Bauauftrag ein. Die spätere Beschaffung der Gesellschaftsanteile ist ihrerseits nicht vergabepflichtig. Das Modell beinhaltet als Präzedenzfall das geringe Restrisiko einer verbotenen Umgehung. Der Vorwurf der Umgehung lässt sich allerdings aus dem geltenden Recht nicht ableiten. Er bedürfte einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung. Eine Kommune, die dieses Modell anwenden möchte, kann das Restrisiko dadurch minimieren, indem sie kurz nach dem Abschluss der Flächennutzungsverträge eine sogenannte Ex-ante-Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union schaltet. Die Veröffentlichung setzt eine Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit von 30 Kalendertagen nach Veröffentlichung der Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt in Gang. Nach Ablauf der Frist ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit des Vertrages durch einen Mitbewerber vor der Vergabekammer ausgeschlossen.<sup>21</sup> Eine juristische Begleitung bei der Umsetzung dieses Modells ist empfehlenswert.

## V. ZUSAMMENFASSUNG UND ÜBERBLICK

Die Kommunen haben die Wahl unter diversen Realisierungsmodellen. Die Modelle unterscheiden sich sowohl wirtschaftlich als auch bei der Frage der Vergabepflicht.

- Für kleinere und mittlere Kommunen ist die Grundstücksverpachtung an einen professionellen Investor eine gute Wahl. In Abhängigkeit von dem Gesamtauftragswert und der Ausgestaltung des Pachtvertrages mit oder ohne Bauvorgaben entscheidet sich, ob der Kommune ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder die Durchführung eines freiwilligen Interessenbekundungsverfahrens zu empfehlen ist.
- Für größere Städte und ihre Werke, für Zweckverbände oder engagierte kleinere Kommunen kommt als Alternative zur Verpachtung die Eigenentwicklung in Betracht. Die eigene Realisierung verbindet die Chancen einer wesentlich höheren Rendite mit wesentlich mehr Aufwand, Investitionen und höheren Risiken. Die kommunale Eigenrealisierung muss gemeindefortschaftsrechtlich zulässig sein und bedarf stets der Vergabe der Bauleistungen.
- Für Kommunen, die im Einzelfall mit einem bestimmten Investor zusammenarbeiten wollen, wie einer Energiegenossenschaft, kommt das Kommanditistenmodell in Betracht. Die Kommune bringt in diesem ihre Flächen in einen Mietvertrag mit dem Investor ein, der sich um die Projektrealisierung kümmert. Anstelle einer Pacht tritt die Kommune später als Kommanditistin in die Betriebsgesellschaft ein und erhält hierüber ihre Beteiligung.



21 § 101 b Abs. 2 GWB.

## C Freiwilliges Interessenbekundungsverfahren

Freiwillige Interessenbekundungsverfahren sind eine Möglichkeit der öffentlichen Hand, eine Investorenauswahl innerhalb eines strukturierten Beschaffungsverfahrens zu treffen. Bei ihnen handelt es sich um eine seit zwei Jahren in Rheinland-Pfalz mit großem Erfolg praktizierte Form des strukturierten Auswahl- und Entscheidungsfindungsprozesses. Da die öffentliche Hand das Interessenbekundungsverfahren auf freiwilliger Basis durchführt, ist das Verfahren, abgesehen von den allgemeinen Grundsätzen der sparsamen und wirtschaftlichen Beschaffungen, keinen expliziten Verfahrenszwängen unterworfen.

Das hier von dem Gemeinde- und Städtebund Rheinland-Pfalz formulierte Verfahren lehnt sich an § 7 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) an und kombiniert dazu Elemente eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A). Das Verfahren kombiniert Fragen der Wirtschaftlichkeit und der Steuerungs- und Lenkungsmöglichkeiten der Windenergie mit kommunaler Wertschöpfung, verbunden mit einer Auswahlentscheidung für einen strategischen Partner, unter Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger. Im Gegensatz zu einem originären Interessenbekundungsverfahren nach der BHO, welches relativ formfrei und rein funktional eigentlich nur ein „Markterkundungsprogramm“ darstellt, ergänzt das modifizierte Interessenbekundungsverfahren zum Zwecke der Transparenz und der Dokumentation der Entscheidungen wesentliche vergaberechtliche Elemente aus der VOB/A. So konnte ein strukturiertes, effizientes, flexibles und vor allem bei den Protagonisten des Marktes, den Investoren, anerkanntes Auswahlverfahren geschaffen werden. Sein Ablauf gestaltet sich wie folgt:

### I. VORBEREITUNG UND LEISTUNGS-BESCHREIBUNG

Interessenbekundungsverfahren ersetzen in keinem Fall die eigenen Vorüberlegungen und Vorarbeiten der öffentlichen Hand, die für erfolgreiche Windenergieprojekte erforderlich sind. Der Auftraggeber muss bei Interessenbekundungsverfahren wie bei einem Vergabeverfahren die Beantwortung aller Vorfragen und die Entwicklung der Leistungsbeschreibung in die eigene Hand nehmen, gegebenenfalls unter Zuziehung von Experten. Stets gilt es unter anderem folgende grundsätzliche Fragestellungen abzuarbeiten:

- kommunale Ziele bei der Nutzung der Windenergie, einschließlich Steuerung der Windenergie durch Auswahl der Suchräume und Konzentrationsflächen,
- Einbindung privater Grundstückseigentümer (Abstandsflächen, Zuwegung und Zuleitung), falls nicht ausschließlich kommunale Flächen im Potenzialgebiet vorhanden sind,
- eigene Beteiligung am Windpark und Einflussnahme,

- Einbindung strategischer Partner, langfristig und nachhaltig betrieblich ausgewählte Investoren vs. Betrieb durch Finanzinvestoren und reinen Windenergieanlagenprojektierern,
- inter- und intrakommunale Solidarisierung und Sozialisierung der Windenergie durch Solidarpakt(e) und Bürgerbeteiligungen,
- Klärung von Netzanschluss und Energieanschluss (Netzbetrieb) und
- Entwicklung geeigneter Flächen und Maßnahmen für den naturschutzrechtlichen Ausgleich nach Maßgabe des § 15 Bundesnaturschutzgesetz und bei Waldstandorten auch für den forstrechtlichen Ausgleich.

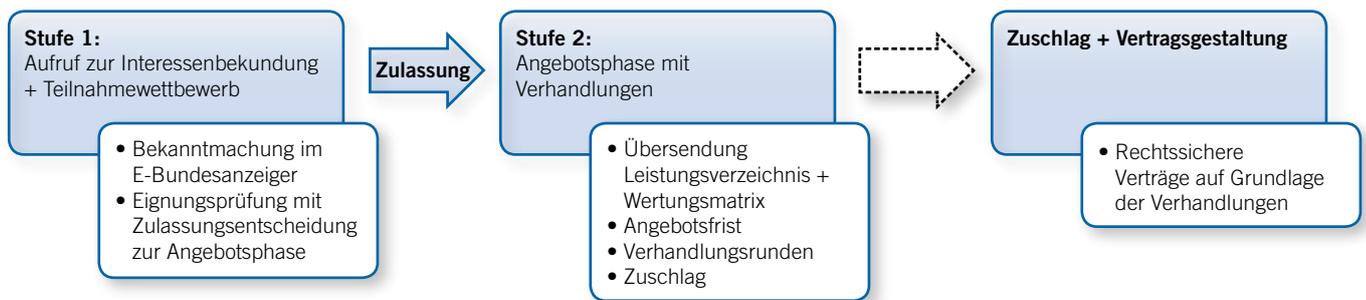
Diese Aufzählung ist nur ein kleiner Ausschnitt aus den zu beantwortenden Fragen, die sich der Kommune im Vorfeld eines Windenergieprojektes stellen.

Dem Leistungsverzeichnis kommt beim Interessenbekundungsverfahren entscheidende Bedeutung zu. In dem Leistungsverzeichnis, gewissermaßen einem Katalog der kommunalen Anforderungen, werden alle für die Verpachtung oder spätere Investorenauswahl maßgebenden Vorgaben zusammengefasst, abgefragt und mittels der Gewichtungskriterien aus der Wertungsmatrix bewertet.

In einem nächsten Schritt gilt es, zwei Wertungsmatrizes zu erstellen. Für die Auswahlentscheidung unter den Bewerbern (Teilnahmephase), entwickelt die Kommune eine Eignungsmatrix. Diese ermöglicht transparente und objektive Auswahlentscheidungen unter Berücksichtigung von Fachkunde und Leistungsfähigkeit, wenn die Kommune eine vorgegebene Anzahl an Bewerbungen aus einer Vielzahl an Bewerbungen für die Angebotsphase auswählen muss. Für die Auswahlentscheidung unter den Angeboten (Angebotsphase) erstellt die Kommune eine zweite Bewertungsmatrix. Diese gewichtet die jeweiligen Präferenzen der kommunalen Entscheidungsträger zu den Angeboten, sodass die spätere Auswahl an individuellen, transparenten und nachvollziehbaren Entscheidungsgründen festgemacht werden kann. Neben den wirtschaftlichen Kriterien der Angebote, wie zum Beispiel garantierte Mindestpachten, dynamische Beteiligungen an Nettoenergieerträgen oder Nebenleistungen, werden unter anderem auch weitere, für die kommunale Entscheidung wichtige Punkte die Wertschöpfung, Betreibermodelle, Bürgerstromangebote oder Bürgerbeteiligungen an künftigen Betreibergesellschaften hinterfragt.

### II. ÖFFENTLICHE BEKANNTMACHUNG

Die Vorbereitung des Interessenbekundungsverfahrens endet mit einem öffentlichen Aufruf zur Interessenbekundung und zur Abgabe einer Bewerbung im Teilnahmewettbewerb, die die Kommune im Bundesanzeiger oder in anderen Veröffentlichungsmedien bekannt macht.



### III. TEILNAHMEVERFAHREN UND BIETERAUSWAHL

In einem Interessenbekundungsverfahren dient das Teilnahmeverfahren nicht nur einer ersten Information der potenziellen Bewerber, sondern auch einer Markterkundung und der Eignungsprüfung der Bewerber. Die Bewerber werden daraufhin geprüft, ob sie geeignet sind, im Sinne der Kommune zu agieren, also leistungsfähig sowie fachlich und finanziell in der Lage sind, das Windenergieprojekt (zeitnah) umzusetzen. Zur Durchführung der Eignungsprüfung verlangt die Kommune unter Fristsetzung den Bewerbern zum Teil an die VOB/A angelehnte Erklärungen und Unterlagen ab. Die Bewerber erhalten bereits grundlegende Informationen zu dem Projekt (u. a. Standorte und Suchräume, Stand der Bauleitplanung, bekannte Restriktionen, maximale Anzahl von Windenergieanlagen usw.). Die Kommune gibt den Bewerbern außerdem entweder in der Bekanntmachung oder separaten Bewerbungsunterlagen ihre Auswahlkriterien bekannt, sodass die Bewerber im Hinblick auf die Zulassungsentscheidung wissen, worauf es dem Auftraggeber besonders ankommt.

Die Eignungsprüfung endet mit einer Zulassungsentscheidung. In der Vergangenheit hat es sich bewährt, aufgrund der Vielzahl von Bewerbern bereits vorab darauf hinzuweisen, dass die Zahl der Bewerber, die zum eigentlichen Bieterverfahren zugelassen werden, beschränkt wird. Das optimiert die zeitlichen Abläufe im späteren Verhandlungsverfahren, ohne dass ein substantieller Verlust an Bieterqualität die Folge wäre. Gleichwohl darf die Anzahl der Bewerber nicht derart reduziert werden, dass ein angemessener Wettbewerb konterkariert wird. Erfahrungswerte zeigen, dass mindestens fünf und maximal acht Bewerber optimale Ergebnisse bringen können. Übersteigt die Anzahl der gültigen Bewerbungen das Maximum an Bewerbern für die Angebotsphase, trifft die Kommune eine Bewerberauswahl anhand der ausgereichten Eignungsmatrix (Bewerberauswahl): In dem freiwilligen Interessenbekundungsverfahren hat die Kommune ebenfalls die Möglichkeit, bestimmte Bewerber von vornherein zu setzen, wobei hiervon bisher selten Gebrauch gemacht wurde. Die übrigen Bewerber werden in der Reihenfolge ihrer Bewerbungen zum Verfahren zugelassen. Nicht zugelassene Bewerber werden ebenfalls unter Mitteilung ihres Bewertungsergebnisses informiert.

Erfahrungswerte zeigen, dass aufgrund der guten Kenntnisse der Bewerber über das Interessenbekundungsverfahren das Teilnahmeverfahren im Regelfall sehr schnell, das heißt innerhalb von vier bis sechs Wochen abgeschlossen wird. Das Zulassungsverfahren war auch bereits Gegenstand kommunalaufsichtlicher Prüfung, wobei bescheinigt wurde, dass hierdurch in besonderer Weise rechtsstaatliche Grundsätze beachtet werden und die Auswahlentscheidung transparent, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei war. Die Beschwerden wurden daher als unbeachtlich zurückgewiesen.

### IV. AUFFORDERUNG ZUR ABGABE VON ANGEBOTEN

Die Bieter erhalten im unmittelbaren Anschluss an die Zulassung zur Angebotsphase die Angebotsunterlagen, einschließlich dem gemeinsam mit der Kommune erarbeiteten Leistungsverzeichnis, den Verfahrenshinweisen und der Wertungsmatrix für die Angebotswertung. Innerhalb einer Frist von sechs bis zehn Wochen, je nach Komplexität des möglichen Vorhabens, erstellen die Bewerber ihre Angebote und geben diese bis zu einem Eröffnungstermin (ähnlich der Submission) ab. Verspätete Angebote bleiben in Anlehnung an vergaberechtliche Vorschriften unberücksichtigt.

### V. PRÄSENTATIONEN UND VERTRAGS-SCHLUSS

Die Präsentationen beziehungsweise die Verhandlungen mit den zugelassenen Bietern stellen den Kern des Interessenbekundungsverfahrens dar. Die öffentliche Hand fordert die Bieter auf, ihr erstes Angebot in den kommunalen Gremien zu präsentieren. Neben dem ersten Kennenlernen hat sich hierbei eine 3D-Visualisierung der Standorte bewährt, aus der die Auswirkungen der Anlagen auf das Landschaftsbild ersichtlich werden. Eine solche Visualisierung kann aufgrund der Bewerbungsbedingungen zwingend vorgeschrieben sein.

Die Veranstaltung verschiedener Verhandlungsrunden dient dem Ziel, den geeigneten Bieter beziehungsweise Investor zu identifizieren. Jede Verhandlungsrunde ermöglicht die Verhandlung spezieller Schwerpunkte, worin ein entscheidender Vorteil gegenüber einer öffentlichen Ausschreibung oder einem offenen Vergabeverfahren liegt. Nach jeder Verhandlungsrunde werden

die Ergebnisse bewertet und dokumentiert, sodass die kommunal Verantwortlichen die Möglichkeit haben, Bieter für die weiteren Verhandlungsrunden auszuschließen. Die stringenten Vorgaben im Leistungsverzeichnis stellen vergleichbare Angebote sicher, was auch deren Quervergleich ermöglicht. Somit kann ein optimaler Vergleich der Angebote der Bieter untereinander vorgenommen werden. Die zu erwartenden Windgeschwindigkeiten, Energieerträge, betriebsoptimale Anlagentypen und Abschläge für Unsicherheiten können miteinander verglichen werden. Bieter, die hierbei mit unseriösen oder überschätzten Kalkulationsgrundlagen arbeiten, werden auf diese Weise ohne Mühe identifiziert.

In der kommunalen Praxis hat es sich bewährt, drei Verhandlungsrunden durchzuführen, wobei Endverhandlungen immer mit den drei letztverbliebenen Bietern durchgeführt werden. Die Verhandlungen müssen nicht immer vor Ort geführt werden, sondern können auch in einem formalisierten Verfahren schriftlich abgehandelt werden. Das Interessenbekundungsverfahren sieht Endverhandlungen durch einen sogenannten „last call“ vor. Er bietet den verbliebenen Bietern ein letztes Mal und abschließend die Möglichkeit, ihr Angebot in allen entscheidungsrelevanten Punkten zu überarbeiten und zu verbessern. Hierbei wurden in der Vergangenheit erstaunliche Ergebnisse erzielt. Bieter, die nach den Verhandlungsrunden eher dem Mittelfeld zuzuordnen waren, verbesserten die Angebote erheblich und obsiegten letztendlich im Verfahren. Es konnten Ergebnisverbesserungen bei Mindestpachten in Höhe von bis zu 20 Prozent verzeichnet werden.

Das Interessenbekundungsverfahren schließt mit einer Beschaffungsentscheidung durch die kommunalen Gremien und einer Mitteilung an die unterlegenen Mitbieter ab. Die Praxis zeigt auch hier, dass zumindest die seriösen Bieter keinen Verdruss hegen, sondern aller Orten die transparente Vergabepaxis loben. Oftmals äußern Investoren die Absicht, bei weiteren Verfahren wieder „ins Rennen“ gehen zu wollen. Nicht selten siegen die vormals unterlegenen Bieter in folgenden Verfahren, wenn sie die kommunalen Belange bei der Angebotserstellung stärker berücksichtigen.

Die Vertragsgestaltung, die an das Interessenbekundungsverfahren anschließt und eng mit letzterem verbunden ist, ist durchaus komplex und kann ohne Einbeziehung erfahrener Juristen in den Fachbereichen Windenergie, Interessenbekundungsverfahren, Vergaberecht, Kommunalrecht sowie Vertragsrecht im Allgemeinen nicht bewerkstelligt werden. Diese Rechtsgebiete sind komplex und eng miteinander verzahnt. Die vorher gut ausgehandelten Ergebnisse können vergeblich sein, wenn bei der Vertragsgestaltung der erforderliche Sachverstand nicht waltet oder gängige Fallstricke unbeachtet, respektive unsauber abgearbeitet werden. Die Ergebnisse müssen daher allumfassend und vor allem in rechtssichere Vertragswerke eingearbeitet werden, um das Interessenbekundungsverfahren letztlich auch rechtlich zum Ende zu führen.

## VI. DAUER, ERFAHRUNGEN UND FAZIT

Die bisher in Rheinland-Pfalz durch die Kommunalberatung durchgeführten rund zwanzig Verfahren sowie mehrere durchgeführte europaweite Ausschreibungen im Rahmen einer Baukonzession waren durchweg positiv zu bewerten. Neben bis zu 40 Prozent höheren Pachterlösen wurden unter den Beteiligten (Kommunen und Bieter) die nachfolgenden Vorteile genannt:

- Vergleichbarkeit der Angebote und Vergleichbarkeit der Annahmen zu den für das Angebot zugrundeliegenden Kalkulationsgrundlagen (u. a. Windgeschwindigkeiten, Nettoenergieerträge, Abschläge für Unsicherheiten usw.),
- bestmögliche Einbindung des Wettbewerbs, wirtschaftlich herausragende Angebote bei hoher zusätzlicher Wertschöpfung vor Ort,
- Möglichkeiten, die Bewerber direkt in das Verfahren einzubeziehen,
- hohe Strukturierung des Verfahrens und sehr hohe Transparenz bei der Entscheidung,
- Identifikation unseriöser Angebote und vermindert leistungsfähiger Bieter sowie Identifikation eines geeigneten Investors/Partners,
- Dokumentation aller Verfahrensschritte (Nachvollziehbarkeit),
- frühzeitiges Erkennen möglicher Probleme durch ein strukturiertes Ablaufverfahren,
- schnelle Verfahrensabläufe.

Es hat sich in Rheinland-Pfalz gezeigt, dass das Interessenbekundungsverfahren zu einer hochgradigen Individualisierung der kommunalen Beschaffungsentscheidungen führt, da nahezu jede Gemeinde andere Schwerpunkte setzte. Infolge dieser unterschiedlichen Schwerpunktfestsetzungen erfolgte eine starke Durchmischung des potenziellen Investorenkreises, sodass in bisher rund zwanzig durchgeführten Verfahren kein Bieter zweimal den Auftrag erhielt. Beachtlich war, dass nahezu alle Bieter das Verfahren als transparent und diskriminierungsfrei erachteten und bei Interessenbekundungsverfahren immer wieder im Bieterkreis zu finden waren.

Die Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens ist im Regelfall nach rund sechs Monaten abgeschlossen. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, insbesondere der meist erforderlichen Fortschreibung von Flächennutzungsplänen oder der naturschutzrechtlichen (Vor-) Untersuchungen der Windenergiepotenzialflächen, kann dieses Verfahren parallel betrieben werden, sodass das Gesamtprojekt in Gänze nicht verzögert wird. Erfahrungswerte zeigen, dass erwartungsgemäß infolge der harmonisierten Abläufe der beiden Verfahren zwischen europaweiter Ausschreibung und Interessenbekundungsverfahren in wirtschaftlicher Hinsicht keine Unterschiede bestehen. Aufgrund der vergaberechtlich kodifizierten Mindestfristen unterscheiden sich allerdings die zeitlichen Abläufe teils erheblich. So kann bei einer europaweiten Ausschreibung im Regelfall eine bis zum Faktor 1,5 längere Verfahrensdauer angesetzt werden.

# D Vergaberechtliches Verhandlungsverfahren

Ob der öffentliche Auftraggeber auf ein Verhandlungsverfahren zurückgreifen darf, richtet sich zunächst danach, ob der Gesamtauftragswert des Windkraftprojektes den EU-Schwellenwert für Bauvergaben von derzeit 5,186 Millionen Euro erreicht oder übersteigt. Ist die Voraussetzung – wie häufig – erfüllt, wird er sich fragen, ob er ein offenes Vergabeverfahren durchführen muss oder ausnahmsweise auf das flexiblere Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zurückgreifen darf.

## I. BEGRÜNDUNG EINES VERHANDLUNGS- VERFAHRENS

**Fall 1 – Kommunalen Verpächter sucht Investor:** Auf die Grundstücksverpachtung mit Bauvorgaben findet der zweite Abschnitt der VOB/A (EG) Anwendung, wenn die Kommune oder ihr Werk noch keine Tätigkeit im Energiesektor ausübt.<sup>22</sup> Praktisch betrifft dies häufig die kleineren Kommunen, die nur Grundstücke verpachten wollen. Da der Grundsatz der offenen Vergabe gilt, bedarf das Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Vergabebeurkundung einer Rechtfertigung. Es ist unter anderem zulässig, „wenn im Ausnahmefall die Leistungen nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung zur Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist.“<sup>23</sup> Vereinfacht gesagt wollte der Gesetzgeber mit diesem Ausnahmetatbestand den Auftraggebern die Möglichkeit der Verhandlungen an die Hand geben, wenn sie nicht alle Details in einem Leistungsverzeichnis festlegen können. Auf die Grundstücksverpachtungen dürfte dies zumeist zutreffen, da sie eine langfristige Zusammenarbeit vereinbaren und detaillieren. Die Kommune sollte die Wahl des Verhandlungsverfahrens stets im Vergabebericht begründen.

**Fall 2 – Städtisches Energiewerk kauft Windkraftanlage:** Die Sektorenverordnung regelt vereinfachende Bestimmungen über die Vergabe von Aufträgen in den Sektoren Trinkwasser, Energie und Verkehr. Der Auftraggeber vergibt auf der Grundlage der Sektorenverordnung, wenn er bereits eine Sektorentätigkeit ausübt und seine Beschaffung eine Sektorentätigkeit betrifft.<sup>24</sup> Bei Energiewerken, die eine Windkraftanlage bestellen, ist dies der Fall.<sup>25</sup> Typischerweise bestellen die Sektorenauftraggeber die Anlieferung, den Aufbau und den Probetrieb von Windkraftanlagen. Nach der Sektorenverordnung dürfen sie frei unter

22 Die Frage, ob kommunale Sektorenauftraggeber Grundstücksverpachtungen formal vergeben müssen, klammert diese Dokumentation aus, vgl. dazu § 1 Abs. 1 Satz 3 Sektorenverordnung.

23 § 3 Abs. 4 Nr. 3 VOB/A-EG.

24 Trautner/Schwabe, Praxishandbuch Sektorenverordnung, 2011, S. 41.

25 Anhang 2 der EU-Richtlinie 2004/17/EG; Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB Ziffer 2.



den Verfahrensarten wählen. Die Wahl fällt bei Windkraftprojekten fast durchweg auf das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Wegen der Wahlfreiheit bedarf dies keiner Rechtfertigung.

Die Durchführung des Verhandlungsverfahrens nach dem Bauvergaberecht und dem Sektorenvergaberecht unterscheidet sich nicht wesentlich, weshalb sich im Folgenden eine einheitliche Darstellung anschließt, die gegebenenfalls auf Unterschiede Bezug nimmt.

## II. VORBEREITUNG UND LEISTUNGS- BESCHREIBUNG

Die erfolgreiche Durchführung eines Verhandlungsverfahrens steht und fällt mit der Verfahrensvorbereitung. Eine schlechte Vorbereitung rächt sich häufig, weil der Auftraggeber während eines laufenden Vergabeverfahrens viele bekannt gemachten Modalitäten nicht mehr ändern kann.

Bei der Verfassung der Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber inhaltlich wie bei dem freiwilligen Interessenbekundungsverfahren vorgehen, weswegen auf das dort gesagte verwiesen sein darf (Kapitel C). Hier wie dort muss er auf die eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung der Windkraftanlage achten. Vergaberechtlich ist sie Pflicht. Die Leistungsbeschreibung darf – im Unterschied zum freiwilligen Interessenbekundungsverfahren – keine konkreten Hersteller- oder Produkttypvorgaben zu den Windkraftanlagen enthalten.

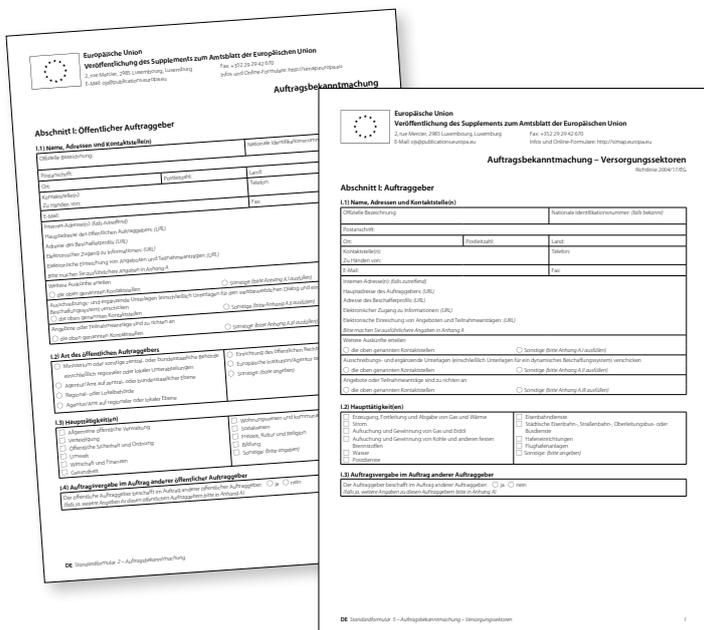
Es gilt der Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung. Der kommunale Auftraggeber sollte außerdem die anderen Vergabeunterlagen vorbereiten, namentlich das Anschreiben und die Vergabesentwürfe. Aus Transparenzgründen ist ihm zu empfehlen, das Verhandlungsverfahren im Anschreiben zu strukturieren.

Das Vergaberecht bietet Vergabereife, das heißt die Fertigstellung der Leistungsbeschreibung und Erteilung aller Genehmigungen, bevor der Auftraggeber die Ausschreibung veröffentlicht.<sup>26</sup> Die Genehmigungsfrage wird beim Verhandlungsverfahren noch virulenter als bei dem freiwilligen Interessenbekundungsverfahren. Andererseits wäre es bei der Dauer der Genehmigungsverfahren unpraktikabel, müsste der Auftraggeber erst den Genehmigungserhalt abwarten. Das Problem ist wie folgt zu lösen:

- Bei den Grundstücksverpachtungen gibt der Auftraggeber dem Investor die Einholung der notwendigen Genehmigungen auf, der für die Erteilung der Genehmigungen das Risiko trägt.
- Bei der Vorbereitung eines Eigenbetriebs leitet der Auftraggeber das Genehmigungsverfahren so frühzeitig wie möglich ein, sobald der Beschaffungsgegenstand feststeht. Die Verfahren vertaktet er so, dass die Beauftragung und die Genehmigung zeitnah zusammenfallen.

### III. EU-BEKANNTMACHUNG

Das Vergabeverfahren im engeren Sinne beginnt mit der Verfassung und Versendung der EU-Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EU. Der Grundstücksverpächter verwendet für einen Bauauftrag das Standardformular Nr. 2, ein öffentlicher Sektorenauftraggeber das Standardformular Nr. 5. Die Formulare stehen unter der Web-Adresse „simap.europa.eu“ zum Download bereit. Von einer händischen Bearbeitung ist dringend abzuraten. Kommerzielle Anbieter und die Europäische Kommission bieten verschiedene elektronische Bekanntmachungsportale an.



Was häufig übersehen wird: Beim Ausfüllen des Bekanntmachungsformulars trifft der Auftraggeber bereits die maßgeblichen Weichenstellungen des Verfahrens. Die EU-Bekanntmachung sollte daher stets der letzte Schritt bei der Fertigstellung aller Vergabeunterlagen sein. Für die Verfassung der Vergabebekanntmachung von Windkraftprojekten können folgende Empfehlungen gelten:

- **Verzicht auf die Losvergabe:** Sowohl bei den Pachtmodellen wie auch bei Beschaffungen zum Eigenbetrieb, bei denen beispielsweise noch ein Wartungsvertrag geschlossen wird, empfiehlt sich in aller Regel die Gesamtvergabe an einen Vertragspartner. Die wirtschaftlichen und technischen Zusammenhänge werden in diesen Fällen meistens die Zusammenarbeit mit nur einem Vertragspartner rechtfertigen können und damit eine Ausnahme von dem Grundsatz der Losvergabe. Die Gesamtvergabe ist im Vergabevermerk zu rechtfertigen.
- **Nichtzulassung von Nebenangeboten:** Von Nebenangeboten in Verhandlungsverfahren ist bei Windkraftprojekten abzuraten. Nebenangebote erfordern stets die komplizierte Verfassung von Mindestanforderungen und verkomplizieren die Wertung, während die Verhandlungsmöglichkeit bereits genügend Flexibilität schafft.
- **Angemessene Eignungsanforderungen:** Die Anforderungen müssen der zu vergebenden Leistung angemessen sein. Weniger ist oft mehr. Inhaltlich fragt der Auftraggeber üblicherweise Referenzen, Unternehmensumsätze und Mitarbeiterzahlen ab. Ein wichtiger Merkposten ist die Betriebspflichtversicherung. Die Eignungsanforderungen gehören allesamt in die EU-Bekanntmachung, damit sie gültig sind. Der Verweis „siehe Vergabeunterlagen“ reicht nicht.
- **Auswahlkriterien:** Der Auftraggeber muss für den Fall, dass er mehr gültige Bewerbungen erhält, als er Plätze in der Angebotsphase hat, Auswahlkriterien festlegen. Diese dürfen die Bieter nicht diskriminieren, das heißt, sie müssen am Auftrag und nicht am Bieter orientiert sein. Taugliche objektive Auswahlkriterien sind beispielsweise die Vergleichbarkeit der Referenzen mit dem auszuführenden Projekt (andere Windkraftprojekte), die Auskünfte der Referenzgeber, oder die Qualifikationen des eingesetzten Personals. Um die Kriterien anwenden zu können, muss der Auftraggeber sich mit den Bewerbungen entsprechendes Wertungsmaterial vorlegen lassen (z. B. Referenzerklärungen, Kopien von Berufsabschlüssen, Lebensläufe o. ä.).
- Die **Zuschlagskriterien** kann der Auftraggeber wahlweise entweder bereits in der Bekanntmachung benennen oder darauf verweisen, dass sie in den Vergabeunterlagen enthalten sind. Empfehlenswert ist es, die Zuschlagskriterien erst nach und in Kenntnis des Ergebnisses des Teilnahmewettbewerbes den ausgewählten Bieter bekanntzugeben, aus folgendem

26 § 2 Abs. 5 VO/A-EG.

Grund: Hat der Teilnahmewettbewerb ein unerwartet gutes oder schlechtes Ergebnis gehabt, kann der Auftraggeber die Zuschlagskriterien noch an die Wettbewerbssituation anpassen. Bei der inhaltlichen Auswahl der Zuschlagskriterien genießt der Auftraggeber weitestgehende Freiheiten. Die gewählten Kriterien müssen lediglich mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Hier darf auf das zum Interessenbekundungsverfahren gesagte verwiesen sein (Kapitel C). Für die Wertungsmatrix ergeben sich von Vergaberechts wegen drei Besonderheiten: Der Auftraggeber hat die Kriterien zu gewichten, er hat sie konkret auftragsbezogen und nicht abstrakt bieterbezogen zu formulieren und er darf das Preiskriterium – zum Beispiel die Pacht – nicht marginalisieren.

Windkraftprojekte mit Investoren sind üblicherweise komplexe Projekte. Der Auftraggeber sollte daher im Allgemeinen die Bekanntmachung so umfangreich und vollständig ausfüllen wie möglich. Ein Ausweichen auf die Vergabeunterlagen („siehe Vergabeunterlagen“) beinhaltet stets das Risiko, dass er mit der Ausreichung der Vergabeunterlagen an die ausgewählten Bieter diese mit seinen Vorgaben überrascht und sie infolgedessen kein Angebot abgeben. Das betrifft insbesondere Vorgaben zu den Kautionen und Sicherheiten sowie zu den Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen.

Die Vorbereitungsphase endet mit Absendung des vollständig ausgefüllten Bekanntmachungsformulars an das Amt für amtliche Veröffentlichungen. Dieses prüft und übersetzt die Bekanntmachung in die Amtssprachen der EU und veröffentlicht sie einige Tage später in dem Bekanntmachungsportal Tenders Electronic Daily. Die interessierten Unternehmen können die EU-Bekanntmachung einsehen und ihre Teilnahmeanträge vorbereiten.

Spätestens mit der Absendung der EU-Bekanntmachung sollte der Auftraggeber seine Verfahrensdokumentation beginnen, das heißt den Vergabevermerk, mit dem er das gesamte Vergabeverfahren von nun an fortlaufend dokumentiert.

#### **IV. TEILNAHMEWETTBEWERB MIT EIGNUNGSPRÜFUNG**

Beim Teilnahmewettbewerb handelt es sich um den Zeitraum zwischen der EU-Bekanntmachung und dem Ende der Teilnahmefrist, in dem die Bieter ihre Teilnahmeanträge erstellen, um sich für einen Platz in der Angebotsphase zu bewerben. Die Länge der Teilnahmefrist beträgt – im Unterschied zu dem freiwilligen Interessenbekundungsverfahren – mindestens 37 Kalendertage. Sie kann bei elektronischer Bekanntmachung auf 30 Kalendertage verkürzt werden. Für die eigene Terminplanung muss der Auftraggeber Zeit für die Prüfung der Teilnahmeanträge und für die Teilnehmersauswahl reservieren. Empfehlenswert sind mindestens drei Wochen, im Zweifel mehr.

Für die Durchführung des Teilnahmewettbewerbs darf im Wesentlichen auf die Ausführungen zum freiwilligen Interessenbekundungsverfahren verwiesen sein, das entsprechend

ausgestaltet ist. Hier wie dort dient er der Eignungsprüfung und der Bewerberauswahl anhand der Auswahlkriterien, wenn mehr gültige Bewerbungen vorliegen, als Plätze für die Angebotsphase vorgesehen sind. Auf folgende Besonderheit des Vergabeverfahrens ist hinzuweisen: Erfüllt ein Bewerber nicht alle Eignungsanforderungen in eigener Person, muss ihm die Bewerbung mit Nachunternehmen erlaubt sein. Der Teilnahmewettbewerb endet wie das freiwillige Interessenbekundungsverfahren mit einer Zulassungsentscheidung. Die unverzügliche Information der abgelehnten Bewerber ist obligatorisch. Eine Begründung muss zwar erst mit der Information vor dem Zuschlag erfolgen, empfiehlt sich aber bei formalen Ausschlussgründen.

#### **V. ANGEBOTSPHASE, VERHANDLUNG, ZUSCHLAG**

Der Auftraggeber beginnt die Angebotsphase, in dem er die ausgewählten Bewerber unter Beigabe der kompletten Vergabeunterlagen zur Abgabe eines Angebotes auffordert. In der Praxis kommt es häufig vor, dass einer der Bieter den Auftraggeber bereits im Vorfeld des Vergabeverfahrens bei den Planungen beraten oder gar ein indikatives Angebot abgegeben hat. Im formalen Vergaberecht muss der Auftraggeber den Wissensvorsprung des Vorplaners gegenüber den anderen Bietern ausgleichen, in dem er etwa die Ergebnisse der Vorplanung mit einer CD-ROM herausgibt und die Angebotsfristen so festsetzt, dass der Vorplaner gegenüber seinen Mitbewerbern keinen Zeitvorteil hat.

Wie lange der Auftraggeber den Bietern Zeit für die Erarbeitung ihrer Angebote geben muss, ist im Verhandlungsverfahren genauso wenig festgelegt wie im Interessenbekundungsverfahren. In allen vergaberechtlichen Verfahrensarten, so auch im Verhandlungsverfahren, müssen die Fristen dem Auftragsgegenstand „angemessen“ sein. Bei umfangreicheren Windpachtprojekten ist eine Angebotsfrist von zwei bis drei Monaten nicht übertrieben. Hier gilt: Umso aufwendiger der Auftraggeber mit seinen Vergabeunterlagen das Verfahren ausgestaltet, desto mehr Zeit muss er den Bietern für die Angebotserstellung belassen. Zu kurze Angebotsfristen sind der Qualität der Angebote abträglich.

Mit den Vergabeunterlagen legt der Auftraggeber gleichzeitig die Länge der Zuschlagsfrist fest, das heißt, die Dauer zwischen dem Eröffnungstermin und dem Zuschlag. Die Standardfrist von 30 Kalendertagen der VOB/A reicht bei komplexen Verhandlungsverfahren praktisch nie aus, weil alle Verhandlungsrunden und die Angebotsprüfungen stets länger dauern werden. Der Auftraggeber sollte die Zuschlagsfrist in Abhängigkeit der Anzahl der Verhandlungsteilnehmer und -runden realistisch einschätzen und im Vergabevermerk eine Ausnahme zu der 30-tägigen Regelfrist begründen. Das Sektorenvergaberecht regelt die Länge der Zuschlagsfrist nicht. Eine vier- bis fünfmonatige Zuschlagsfrist kann bei komplexen Windpachtvergaben durchaus realistisch sein.

Die Bieter übersenden dem Auftraggeber ihre Angebote bis zum Ende der Angebotsfrist im verschlossenen Umschlag, der sich nicht ohne Beschädigung öffnen lässt. Die Angebotseröffnung erfolgt im Verhandlungsverfahren grundsätzlich im nicht öffentlichen Submissionstermin. Bewegt sich der Auftraggeber im Bereich des Bauvergaberichts, muss er die für die Submissionen geltenden Formalitäten einhalten (Niederschrift etc.). Im Anschluss daran erfolgen die förmliche und die fachliche Angebotsprüfung.

Der Auftraggeber lädt die Bieter mit den gültigen Angeboten zu Angebotspräsentationen und Verhandlungen ein. Wie er diese Termine ausgestaltet, ist im Wesentlichen ihm überlassen, wobei auf die Empfehlungen zum freiwilligen Interessenbekundungsverfahren verwiesen sein darf (Kapitel C).

Wie die öffentlichen Auftraggeber die Verhandlungen durchführen, ist nicht weiter geregelt. Eine Maßgabe enthält ein vergaberechtlicher Beschluss des Oberlandesgerichtes Celle aus dem Jahr 2002: *„Nach Ablauf der Angebotsfrist sind die Angebote nicht nur noch nach dem für alle einheitlichen Maßstab zu bewerten; es beginnt vielmehr ein dynamischer Prozess, in dem sich durch Verhandlungen sowohl auf Nachfrage- als auch auf Angebotsseite Veränderungen ergeben können. Diese dürfen nur nicht dazu führen, dass letztlich andere Leistungen beschafft werden, als angekündigt. Verhandeln heißt in diesem Zusammenhang, dass Auftraggeber und potenzieller Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen so lange besprechen bis klar ist, wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll, zu welchen Konditionen der Auftragnehmer diese liefert und grundsätzlich insbesondere auch, zu welchem Preis geliefert wird.“*<sup>27</sup>

Für die Verhandlungen sollte der Auftraggeber folgendes beherzigen:

- Er führt die Verhandlungen unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, des Wettbewerbs und der Transparenz durch.
- Er führt die Verhandlungen so durch, wie er sie gegebenenfalls in den Vergabeunterlagen angekündigt hat. Wichtig in der Praxis: Änderungen der Verfahrensgestaltung während des Verfahrens sind zulässig, sofern sie unter strikter Wahrung der Bietergleichbehandlung erfolgen.
- Die Präsentationstermine sind in Verhandlungsverfahren stets getrennt und nicht mit allen Bietern gemeinsam abzuhalten. Der Auftraggeber muss die Identität der Bieter und der Angebote geheim halten.
- Zwischensubmissionen nach den Verhandlungsrunden erfolgen stets förmlich im verschlossenen Umschlag und unter Setzung einer erneuten Angebotsabgabefrist.
- Bevor der Auftraggeber die besten und endgültigen Angebote einholt, kündigt er den Abschluss der Verhandlungen mit einem „last call“ an. Dafür gilt das zum freiwilligen Interessenbekundungsverfahren gesagte.

Der Auftraggeber bewertet die besten und endgültigen Angebote formal und fachlich. Er führt eine Preisangemessenheitsprüfung durch, wenn die Angebotspreise (z. B. Pachtzinsangebote) erheblich voneinander abweichen. Stellt er eine erhebliche Abweichung der Preise fest, führt er eine Aufklärung der Preise durch und lässt sich die Kalkulationen erläutern. Bestätigt die Aufklärung die Unauskömmlichkeit des Preises, ist das Angebot auszuschließen.

## VI. VORABINFORMATION

Vor der Zuschlagserteilung hat der Auftraggeber eine wichtige vergaberechtliche Formalie zu beachten. Er muss an alle unterlegenen Bieter (und an alle Bewerber, denen er noch nicht abgesagt hat) ein Schreiben versenden, in dem er seine Absicht, den Zuschlag erteilen zu wollen, ankündigt. Die Pflichtinhalte des Informationsschreibens ergeben sich aus § 101a GWB. Die Übersendung geht mit einer Wartefrist von mindestens 15 Kalendertagen einher, die bei der Versendung per Fax auf zehn Kalendertage abgekürzt werden darf. Der Sinn und Zweck der Information besteht darin, den unterlegenen Bietern eine letzte Einspruchsmöglichkeit vor dem Vertragsschluss zu bieten.

## VII. DAUER, ERFAHRUNGEN UND FAZIT

Öffentliche Auftraggeber vergeben Windparks zunehmend europaweit, auch wenn die Anzahl der Vergabeverfahren in Relation zum Zubau noch gering ist. Dies zeigt der Blick in das Archiv der Ausschreibungsdatenbank Tenders Electronic Daily im Bezugszeitraum der letzten fünf Jahre.<sup>28</sup>

- Die Statistik weist für alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union 251 europaweite Bekanntmachungen über Windkraftparks und Windenergieanlagen aus, davon 112 im Verhandlungsverfahren. Die EU-Bekanntmachungen sind nur teilweise dem speziellen Sektorenvergaberecht (Sektor Energie) zugeordnet, was entweder der unterschiedlichen Umsetzung oder Interpretation der europäischen Vergaberichtlinien geschuldet sein mag.
- Für Deutschland finden sich 50 EU-Bekanntmachungen zu Windkraftparks und Windenergieanlagen, davon 41 im Verhandlungsverfahren. Die weitaus meisten Bekanntmachungen sind in Deutschland dem Sektorenvergaberecht zugeordnet.

Die Durchführung von Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb im Zusammenhang mit der Beschaffung von Windkraftprojekten hat in der Vergangenheit zu positiven Ergebnissen geführt. Das Verfahren ist im Vergleich zu einem freiwilligen Interessenbekundungsverfahren stärker verrechtlicht, ohne dass dies seine Flexibilität entscheidend einschränkt. Unterschiede

27 OLG Celle, VergabeR 2002, 299 ff.

28 Quelle: Tenders Electronic Daily (Archiv).

ergeben sich im Hinblick auf die Dauer der Verfahrensdurchführung, weil der kommunale Auftraggeber bei dem Verhandlungsverfahren zwei Mindestfristen zu beachten hat, zum einen die mindestens rund einmonatige Teilnahmefrist, zum anderen die zehntägige Vorabinformation vor der Zuschlagserteilung.

Kommunale Auftraggeber wenden gegen die förmlichen Vergabeverfahren häufig ein, dass diese erstens sehr formalisiert und zweitens nachprüfungsanfällig seien. Berücksichtigt der Auftraggeber die oben stehenden Rahmenbedingungen, sollte

ihm eine rechtssichere Durchführung gelingen. Der wesentliche Kritikpunkt an den rechtsförmlichen Vergabeverfahren, namentlich das Nachverhandlungsverbot, gilt im Verhandlungsverfahren gerade nicht. Genauso wenig hält das zweite Argument, die Nachprüfungsanfälligkeit vor der Vergabekammer, dem Faktencheck stand. Die Recherche in den einschlägigen Rechtsprechungsdatenbanken weist nur einen einzigen einschlägigen Beschluss aus, die bereits mehrfach zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichtes Bremen aus dem Jahre 2008.<sup>29</sup>

## E Perspektive: Die große Vergaberechtsreform 2014 / 2016

Seit dem 17. April 2014 ist das neue EU-Richtlinienpaket zum Vergaberecht in Kraft. Die Umsetzung in nationales Recht muss nach Artikel 90 Absatz 1 der neuen EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe bis zum 18. April 2016 erfolgen. Die aktuelle Reform schafft ein gänzlich neues Vergaberecht. Erfasst werden alle Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte. Diese belaufen sich seit dem 1. Januar 2014 im Baubereich (VOB) auf 5 186 000 Euro, im Liefer- und Dienstleistungsbereich (VOL/VOF) auf 207 000 Euro und für Sektorenauftraggeber auf 414 000 Euro, jeweils ohne Umsatzsteuer. Das EU-Richtlinienpaket enthält drei separate Inhalte: Die Richtlinie über die klassische öffentliche Auftragsvergabe (2014/24/EU), die Richtlinie über die Sektorenauftragsvergabe (2014/25/EU) und – gänzlich neu – eine Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen.

Die Ziele des neuen EU-Richtlinienpakets lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Einfachere und flexiblere Vergabeverfahren.
- Mehr Rechtssicherheit.
- Stärkere Berücksichtigung strategischer Ziele (Umwelt und Soziales).
- Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU).

Im Folgenden werden die für die Kommunen maßgeblichen Inhalte der neuen EU-Vergaberichtlinien schwerpunktmäßig dargestellt:

### 1. IN-HOUSE-VERGABEN UND HORIZONTALE VERGABEN

Erstmals nehmen die klassische EU-Vergaberichtlinie (Art. 12) sowie die Konzessionsrichtlinie (Art. 17) eine Kodifizierung zur In-House-Vergabe und zur horizontalen Zusammenarbeit vor.

#### 1. Inhouse-Vergaben

Die Richtlinie hält für die vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe zunächst an den EuGH-Voraussetzungen des („Teckal“) Kontrollkriteriums fest. Danach muss beziehungsweise müssen als Voraussetzung eines nicht dem Vergaberecht unterliegenden

Vertrags, etwa zwischen Städten und Gemeinden und einer anderen juristischen Person (Beispiel: Kommunale Eigengesellschaft), die jeweilige Kommune beziehungsweise die Kommunen über diese Einrichtung eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben. Üben mehrere Kommunen (Beispiel: Zweckverband, GmbH oder Anstalt des öffentlichen Rechts) gemeinsam die Kontrolle über eine andere juristische Person aus, müssen insbesondere die Beschlussfassungsgremien dieser juristischen Person sich aus Vertretern aller beteiligten Kommunen zusammensetzen, um vergaberechtsfrei agieren zu können. Auch müssen alle Kommunen gemeinsam – und zwar auch bei einer Minderheitsbeteiligung einzelner Mitglieder – einen entscheidenden Einfluss auf die strategischen Ziele und auf die wesentlichen Entscheidungen der von ihnen kontrollierten juristischen Person ausüben. Diese Voraussetzung lässt sich durch die Verankerung von Veto- oder Mitbestimmungsrechten in den Satzungen etc. erreichen.

Die neue EU-Vergaberichtlinie stellt die interne Beschaffung zwischen den jeweils von einer Kommune vollständig kontrollierten „Töchtern“ in Art. 12 Abs. 2 vergaberechtsfrei (Beispiel: 100-prozentige kommunale Abfall-Entsorgungs-GmbH beauftragt 100-prozentige kommunale Service-GmbH mit IT-Dienstleistungen). Dies gilt, obwohl innerhalb dieser beiden „Töchter“ („Schwestern“) keine gegenseitige Kontrolle besteht. In diesem Kontext wird auch die Beauftragung der von einer Kommune kontrollierten „Tochter“ gegenüber ihrer „Mutter“, also der Kommune selbst, mit Recht ausschreibungsfrei gestellt.

Das „Wesentlichkeitskriterium“ und damit die kumulativ erforderliche zweite EuGH-Voraussetzung für eine Vergaberechtsfreiheit für ein In-House-Geschäft setzt nach Art. 12 Abs. 1b) der EU-Vergaberichtlinie voraus, dass die von der Kommune beziehungsweise den Kommunen beherrschte juristische Person mehr als 80 Prozent ihrer Tätigkeit beziehungsweise des Umsatzes für diese Kommune ausübt oder ausüben.

<sup>29</sup> OLG Bremen, NZBau 2008, 336.

Bei Vergaben im Energiebereich (Strom, Gas) sind das Kriterium der „Wesentlichkeit“ und damit auch die Inhouse-Fähigkeit nach der nationalen Rechtsprechung kaum begründbar. Das Oberlandesgericht Hamburg hat am 14. Dezember 2010 im Falle einer Stromlieferung der damals noch stadteigenen Stadtwerke Hamburg GmbH, die an private Stromkunden außerhalb Hamburgs in einer Größenordnung von 9,5 Prozent und an private Kunden innerhalb Hamburgs in einer Größenordnung von 15,91 Prozent des Gesamtumsatzes erfolgte, entschieden, dass damit das Kriterium der „Wesentlichkeit“ nicht begründbar sei. Insofern hat das OLG Hamburg (ebenso OLG Frankfurt/Main vom 30. August 2011 für Strom- und Gaslieferungen) festgestellt, dass Strom und Energieleistungen nach der Liberalisierung keine Aufgabe der Daseinsvorsorge sind. Da aber auch bei kommunaleigenen Versorgungsgesellschaften im Energiebereich (auch: Windenergie) stets zu einem nicht unmaßgeblichen Teil private Kunden im eigenen Gemeindegebiet sowie private Kunden außerhalb der Gemeindegrenzen Abnehmer sein können und sind, ist regelmäßig bei derartigen kommunalen Versorgungsgesellschaften (Strom und Gas) die Inhouse-Fähigkeit zu verneinen.

Als neue Möglichkeit bei Inhouse-Vergaben ist vorgesehen, dass zwar grundsätzlich auch weiterhin keine private Beteiligung an der „auftragsausführenden“ juristischen Person gegeben sein darf. Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn eine private Beteiligung – wie etwa aufgrund landesrechtlicher Regeln bei bestimmten Wasserverbänden (Lippeverband etc.) – gesetzlich ausdrücklich vorgeschrieben ist.

## 2. Horizontal vergaberechtsfreie Vergaben

Eine horizontale Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen erfasst die Fälle, bei denen das Kontrollkriterium wegen eines Vertrags zwischen mehreren gleichberechtigten Kommunen auf Augenhöhe und damit die Inhouse-Voraussetzungen nicht gegeben sind. Eine derartige horizontale Vergaberechtsfreiheit setzt nach Art. 12 Abs. 4 Buchst. a) bis d) künftig voraus, dass

- die Vereinbarung ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen wird,
- die Zusammenarbeit zur Ausführung öffentlicher Dienste erfolgt,
- die Umsetzung der Vereinbarung nur durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird,
- die beteiligten öffentlichen Auftraggeber weniger als 20 Prozent ihrer Tätigkeit auf dem offenen Markt ausüben und
- keine privaten Dritten beteiligt sind.

Mit diesen Begrenzungen schließen es die Richtlinien aus, dass – wie in der EuGH-Entscheidung vom 13. Juni 2013 („Gebäudereinigung Kreis Düren“) – eine Kommune durch eine andere Kommune vergaberechtsfrei die Gebäudereinigung durchführen lässt. Bei einer derartigen Vertragsgestaltung handelt es sich nicht um eine im öffentlichen Interesse durchzuführende Gemeinwohlaufgabe.

## II. VERBINDLICHE EINFÜHRUNG DER ELEKTRONISCHEN ANGEBOTSABGABE

Die verbindliche Einführung der elektronischen Kommunikation (Art. 22) und damit auch der Abgabe elektronischer Angebote muss innerhalb folgender Fristen erfolgen:

- 36 Monate (18.4.2017) nach dem 17. April 2014: *e-Kommunikation* für Vergaben einer Zentralen Beschaffungsstelle, also einer Bündelbeschaffungsstelle, die die Vergabe für mehrere Kommunen gemeinsam durchführt,
- 54 Monate (18.10.2018) nach dem 17. April 2014: *e-Kommunikation* für alle „anderen“ Auftraggeber, also insbesondere für die einzelnen Kommunen.

Von diesen Vorgaben kann unter anderem nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. c) der Richtlinie abgewichen werden, wenn die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel spezielle Bürogeräte erfordern würde, die den öffentlichen Auftraggebern nicht generell zur Verfügung stehen. Dieser Fall dürfte in der Kommunalpraxis kaum vorkommen.

## III. UMWELT- UND SOZIALPOLITISCHE ZIELE

Die Richtlinien sehen die Möglichkeit der Mitgliedstaaten vor, bestimmte soziale, umwelt- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen in Ausführung des EU-Vertrages bei der Beschaffung von Leistungen vorzugeben (Art. 18 Abs. 2 der Vergaberichtlinie).<sup>30</sup> Die für eine Kommune bestehende Option („kann“), etwa zur stärkeren Berücksichtigung umweltbezogener Verpflichtungen, bedingt einen Auftragsbezug. Daher ist es weiter unzulässig, einem Unternehmen im Rahmen von Vergabeverfahren die Einhaltung generell umweltbezogener Ziele vorzugeben.

## IV. ERWEITERUNG DES VERHANDLUNGSVERFAHRENS

Der Handlungsspielraum der Kommunen könnte durch eine Erweiterung des Verhandlungsverfahrens (Art. 26 IV, 29) vergrößert werden. Das Verhandlungsverfahren soll nach jeweiliger Option der Mitgliedstaaten künftig unter anderem auch bei der gleichzeitigen Planung und Ausführung von Bauarbeiten sowie dann angewandt werden, wenn die „Wesensart, Komplexität und die Risiken“ der Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen es erfordern.

## V. NEUREGELUNG BEI EIGNUNGS- UND ZUSCHLAGSKRITERIEN

Nach Art. 67 Abs. 2b) der EU-Vergaberichtlinie findet künftig bei der Vergabe von Dienstleistungen und der Konzeption von Bauarbeiten die Organisation, Qualität und Erfahrung des Personals

<sup>30</sup> Anmerkung: Insoweit gehen viele Vergabegesetze und Regelungen in den einzelnen Bundesländern durch verpflichtende Vorgaben über diese „Möglichkeit“ hinaus.



als Zuschlagskriterium (nicht: Eignungskriterium) dann Berücksichtigung, wenn die Qualität des Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Dies entspricht dem Umstand, dass derartige konzeptionelle Qualitätskriterien, etwa bei der Vergabe von Beratungs- oder Architektenleistungen, als Zuschlagskriterium im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung ganz entscheidend sein können.

## VI. VERGABERECHTSFREIHEIT VON AUFTRAGSÄNDERUNGEN

Erstmals ausführlich durch verschiedene Tatbestände normiert wurden die „Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“ und damit die Grenzziehung zwischen Ausschreibungspflicht und Ausschreibungsfreiheit nach erfolgtem Zuschlag. Keiner Ausschreibung bedarf es nach Art. 72 Abs. 1a) der EU-Vergaberichtlinie für Kommunen unter anderem dann, wenn ein Vertrag eine Änderung, unabhängig von deren Geldwert erfährt, und die Änderungen in den ursprünglichen Auftragsunterlagen in Form klarer, präziser und eindeutig formulierter Überprüfungs-klauseln, die auch Preisüberprüfungsklauseln beinhalten können, oder Optionen vorgesehen sind. Entsprechende Klauseln (Bsp.: Bei der Ausschreibung der Gebäudereinigung für zwei städtische Schulen wurde die Option für die Reinigung von zwei weiteren Schulen zu einem späteren Zeitpunkt vorgegeben) müssen Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können. Sie dürfen keine Änderungen oder Optionen vorsehen, die den Gesamtcharakter des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung verändern würden.

Zu begrüßen ist auch die Einführung einer „De-Minimis-Regel“ in Art. 72 Abs. 2 der EU-Richtlinie, wonach jedenfalls dann keine Ausschreibungspflicht besteht, wenn der Wert der Vertragsänderung unterhalb des EU-Schwellenwerts liegt und bei Dienstleistungen und Lieferleistungen weniger als zehn Prozent beziehungsweise bei Bauleistungen weniger als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts ausmacht. Dabei darf sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändern.

## VII. KONZESSIONSRICHTLINIE

Durch die gänzlich neue Konzessionsrichtlinie sollen Wettbewerber aus anderen EU-Mitgliedstaaten besseren Zugang zu den sogenannten „Konzessionsmärkten“ erlangen. Bei Konzessionen zahlt der Auftraggeber grundsätzlich kein Entgelt für eine zu erbringende Leistung an den Auftragnehmer (Konzessionär). Vielmehr trägt der Konzessionär selbst das wirtschaftliche Risiko der von ihm übernommenen Aufgabe. Im Gegenzug hat dieser (Konzessionär) aber das Recht zur Nutzung des Werks und damit zur Refinanzierung der von ihm erbrachten Leistung durch die Nutzer. Konzessionen sind künftig unabhängig vom Dienstleistungs- oder Baubereich ab einer Schwelle von 5186000 Euro EU-weit ausschreibungspflichtig. Die Vergabe von Konzessionen im Kommunalbereich reicht über die Stadtmöblierung, die Betreuung von Parkplätzen durch Private, die Schulspeisung bei Ganztagschulen durch sogenannte Caterer über die Alttextilsammlung durch Dritte bis hin zur Breitband- und Wasserversorgung. Jedoch wurde der spezielle Bereich der Wasserversorgung nach Protesten der kommunalen Spitzenverbände sowie einer in insgesamt acht EU-Staaten erfolgreichen EU-Bürgerinitiative am 26. Juni 2013 durch die EU-Kommission vom EU-Vergaberecht ausgenommen.

## VIII. UMSETZUNG IN NATIONALES RECHT

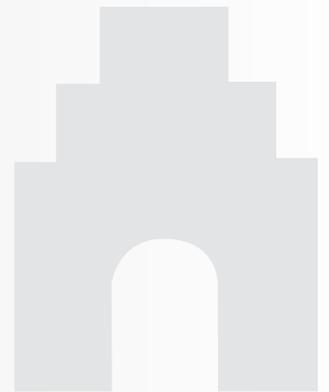
Die EU-Vergaberichtlinien haben grundsätzlich für die Kommunen unmittelbare Rechtswirkungen erst mit ihrer Umsetzung. Daher bleibt mit Spannung in den nächsten zwei Jahren die Art und Weise der Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht abzuwarten. Zwar ist hinsichtlich der Art der Umsetzung noch keine Strukturrechtsentscheidung der Bundesregierung erfolgt. Jedoch sprechen sich sowohl das federführende Bundeswirtschaftsministerium als auch eine Vielzahl von Landesregierungen für eine Umsetzung der EU-Neuregelungen in einem eigenen Vergabegesetz aus. Danach könnten die wesentlichen Bestimmungen, etwa zur Inhouse-Vergabe und zur interkommunalen Zusammenarbeit ebenso wie zu den Fragen der Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit, im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt werden. Daneben würde dann das operationelle Vergaberecht in vier separate Rechtsverordnungen umgesetzt:

- Rechtsverordnung über das Vergabeverfahren im Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich,
- Rechtsverordnung für Sektorenauftraggeber,
- Rechtsverordnung im Bereich der Konzessionen sowie
- Rechtsverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit.

Auf jeden Fall gilt für die nächsten Jahre: Nach der (EU-) Reform ist vor der (nationalen) Reform!

## Bisher in dieser Reihe erschienen

No. 125	Auslaufende Konzessionsverträge – Ein Leitfadens für die kommunale Praxis – 2. Auflage	7-8/2014
No. 124	Förderung des Radverkehrs in Städten und Gemeinden	6/2014
No. 123	Bevölkerungsschutz in Städten und Gemeinden	6/2014
No. 122	Kommunale Europaarbeit – Strukturen und Arbeitsformen	4/2014
No. 121	Mit Reformen vom Vater Staat zum Bürgerstaat – Bilanz 2013 und Ausblick 2014 der deutschen Städte und Gemeinden	1-2/2014
No. 120	Windenergieanlagen – Strategien zur kommunalen Steuerung und Wertschöpfung – Beispielfälle für die kommunale Praxis	10/2013
No. 119	Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben Hinweise für die kommunale Praxis – 3. Auflage	7-8/2013
No. 118	Wirtschaftsförderung – Aufgaben, Organisation und Schwerpunkte der kommunalen Wirtschaftsförderung	7-8/2013
No. 117	Bürgerbeteiligung bei kommunalen Vorhaben und in der Stadtentwicklung	6/2013
No. 116	Städte und Gemeinden gestalten den demografischen Wandel <b>NUR ONLINE VERFÜGBAR</b>	6/2013
No. 115	Besuchersicherheit: Veranstaltungen zeitgemäß umsetzen – Herausforderungen für kleine und mittlere Kommunen	6/2013
No. 114	Strategie: Erneuerbar! – Handlungsleitfaden für Kommunen zur Optimierung der Wertschöpfung aus Erneuerbaren Energien	4/2013
No. 113	Reformkurs einschlagen – Erfolge sichern: Bilanz 2012 und Ausblick 2013 der deutschen Städte und Gemeinden	1-2/2013
No. 112	Demografiefeste Personalverwaltung – Sicherung leistungsfähiger Städte und Gemeinden der Zukunft – Praxisempfehlungen für Städte und Gemeinden mit Blick auf neue Herausforderungen der kommunalen Personalverantwortlichen durch Entwicklungen wie dem demografischen Wandel <b>NUR ONLINE VERFÜGBAR</b>	12/2012
No. 111	Kommunale Handlungsmöglichkeiten beim Ausbau der Windenergie – unter besonderer Berücksichtigung des Repowering <i>(Bestellungen von kostenlosen Print-Exemplaren ausschließlich bei der Kommunalen UmweltAktion U.A.N, Wiebke Abeling, E-Mail: abeling@uan.de)</i>	11/2012
No. 110	Lebensräume zum Älterwerden – Anregungen und Praxisbeispiele für ein neues Miteinander im Quartier	12/2012
No. 109	Von der Gerätegebühr zur Betriebsstättenabgabe – Fragen und Antworten zum neuen Rundfunkbeitrag aus kommunaler Sicht <b>NUR ONLINE VERFÜGBAR</b>	10/2012



**DStGB**  
Deutscher Städte-  
und Gemeindebund  
[www.dstgb.de](http://www.dstgb.de)

Marienstraße 6 · 12207 Berlin  
Telefon 030 77307-0  
Telefax 030 77307-200  
[dstgb@dstgb.de](mailto:dstgb@dstgb.de)  
[www.dstgb.de](http://www.dstgb.de)

**KDU Krist Deller & Partner**  
Rechtsanwälte  
Kanzlei für Bau- und Vergaberecht

Clemensstraße 26 - 30 · 56068 Koblenz  
Telefon 0261 133 9933  
Telefax 0261 133 9934  
[koblenz@kdu.de](mailto:koblenz@kdu.de)  
[www.kdu.de](http://www.kdu.de)

Konzeption und Druck:  
WINKLER & STENZEL GmbH  
Postfach 1207 · 30928 Burgwedel  
Telefon 05139 8999-0  
Telefax 05139 8999-50  
[info@winkler-stenzel.de](mailto:info@winkler-stenzel.de)  
[www.winkler-stenzel.de](http://www.winkler-stenzel.de)