

STÄDTE- UND GEMEINDEBUND SACHSEN-ANHALT



SGSA, Postfach 4009, 39015 Magdeburg

Per E-Mail an die

1. **kreisfreien Städte**
2. **hauptamtlich geführten Städte und Gemeinden**
3. **Verbandsgemeinden**

4. *nachrichtlich:*
Zweckverbände

im Städte- und Gemeindebund Sachsen-Anhalt

Städte- und Gemeindebund
Sachsen-Anhalt (SGSA)
- Landesgeschäftsstelle -
Sternstraße 3, 39104 Magdeburg

Telefon: 0391 5924-300
Telefax: 0391 5924-444

E-Mail: post@sgsa.info
www.kommunales-sachsen-anhalt.de

IBAN: DE56 8105 3272 0036 0029 00
BIC/SWIFT: NOLADE21MDG

Auskunft erteilt: Frau Kagelmann
Durchwahl: 0391 5924-390

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen
60-30-00/Ka

Datum
1. Dezember 2017

Öffentliches Auftragswesen; Hinweise zur Vergabe von Wasserkonzessionen an Dritte

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Landesgeschäftsstelle ist bekannt, dass bei einer Reihe von Städten und Gemeinden in absehbarer Zeit die Konzessionsverträge im Trinkwasserbereich auslaufen.

Zur Vorbereitung auf die Vergabe neuer Wasserkonzessionen geben wir folgende Hinweise:

1. Aufgabe der Gemeinden

Die Gemeinde ist Aufgabenträger der Wasserversorgung auf ihrem Gebiet, § 70 Wassergesetz für das Land Sachsen-Anhalt (WG LSA).

2. Vorüberlegungen

Wie die Gemeinde die Aufgabe erfüllt, entscheidet sie im Rahmen ihrer Organisationshoheit.

Sie kann die Aufgabe

- a) entweder selbst erfüllen durch einen Regiebetrieb (kostenrechnende Einrichtung), durch einen Eigenbetrieb, eine Anstalt öffentlichen Rechts oder durch eine Eigengesellschaft
- b) sowie im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit (Zweckvereinbarung, Zweckverband, Anstalt des öffentlichen Rechts)
- c) oder sie kann sich zur Erfüllung dieser Aufgabe Dritter bedienen (§ 70 Abs. 2 WG LSA) z.B. eines privatwirtschaftlichen Unternehmens.

Daher hat die Gemeinde zunächst zu entscheiden in welcher Rechtsform die Trinkwasserversorgung nach Auslaufen der Wasserkonzession zukünftig organisiert werden soll.

Sollte sich die Gemeinde für die Aufgabenwahrnehmung durch einen Dritten entscheiden, sind bei der Vergabe einer Wasserkonzession die nachfolgenden Hinweise zu beachten:

3. Allgemeines zur Vergabe von Wasserkonzessionen

Bei der Vergabe von Wasserkonzessionen sind nachfolgende Besonderheiten zu beachten:

- 3.1 Die europäische Konzessionsvergabe-Richtlinie (RL 2014/23/EU vom 26.02.2014, Amtsblatt EU 2014, Nummer L 94 vom 28.03.2014) findet gemäß ihres Art. 12 ausdrücklich keine Anwendung auf Wasserkonzessionen.

Für die Einräumung von Wasserkonzessionen gilt gemäß § 149 Nr. 9 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eine Bereichsausnahme, sodass die Vergabevorschriften des vierten Teils des GWB (§§ 97 bis 184) nicht anwendbar sind.

Allerdings hat der Bundesgesetzgeber in der Begründung zu § 149 Nr. 9 GWB auf die Beachtung des europäischen Primärrechts bei der Vergabe von Konzessionen im Wasserbereich hingewiesen (s. BT-Drs. 18/6281, Erl. zu § 149 Nr. 9 GWB).

Dies bedeutet, dass Wasserkonzessionen zwar grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegen, allerdings nach den Grundprinzipien des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu vergeben sind.

Die Rechtsprechung hat die Verfahrensanforderungen der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit aus § 19 GWB hergeleitet (so LG Köln, Urteil vom 01.12.2016, Az: 90 O 57/16). Folglich gelten für die Bereichsausnahmen grundsätzlich auch das aus den Grundfreiheiten folgende Transparenzgebot sowie das Diskriminierungsverbot, wenn an der Wasserkonzession ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse (in Bezug auf die EU-Mitgliedsstaaten) besteht.

Somit sind folgende primärrechtliche Grundsätze zu beachten:

- der Gleichbehandlungsgrundsatz,
- die Diskriminierungsfreiheit,
- das Transparenzgebot und
- der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

- 3.2 Diese Verfahrensvorgaben können nur dann außer Acht gelassen werden, wenn
- ein Inhouse-Geschäft vorliegt,
 - die Grundsätze der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gelten oder
 - die durch Art. 4 II EUV geschützte Kompetenzverlagerung, beispielsweise auf einen Wasserzweckverband, vorliegt.
- 3.3 Zur weiteren Information ist die 6-seitige „*Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen*“ vom 01.08.2016 in der [Anlage 1](#) beigefügt, da diese Grundsätze auch bei der Konzessionsvergabe im Trinkwasserbereich zu beachten sind.

4. Hinweise zum Vergabeverfahren bei Trinkwasserkonzessionen

Im Rahmen des Vergabeverfahrens von Wasserkonzessionen sind vor allem folgende Punkte zu berücksichtigen:

4.1 Konzessionsbeschreibung

Die diskriminierungsfreie Beschreibung des Konzessionsgegenstandes ist besonders wichtig. Bei der Aufstellung der Kriterien für die Vergabe der Wasserkonzession ist die Gemeinde mangels gesetzlicher Vorgaben im Wesentlichen frei.

Die generelle Verpflichtung zur transparenten Bekanntmachung der Wasserkonzession geht untrennbar mit der Pflicht einher, ein faires und unparteiisches Verfahren sicherzustellen, u.a. durch die diskriminierungsfreie Beschreibung des Konzessionsgegenstandes.

Beispielsweise könnte neben der Trinkwasserversorgung auch die Löschwasserversorgung zum Konzessionsgegenstand erklärt und die zu vergebene Konzession auf die leitungsgesundene Löschwasserversorgung entsprechend den Vorgaben des DVGW Arbeitsblattes W 405 (s. www.dvgw.de) erstreckt werden.

Die Beschreibung des räumlichen Geltungsbereiches der Konzession (= des Versorgungsgebietes) ist sinnvoll, soweit das Konzessionsgebiet nicht mit dem Gebiet der Gemeinde identisch ist. Sollten mehrere benachbarte Gemeinden beabsichtigen, eine gemeinsame Konzession für das gesamte Gebiet der beteiligten Gemeinden zu vergeben, so bedarf es zuvor einer entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen den beteiligten Gemeinden.

4.3 Bekanntmachung

Die Gemeinde hat zugunsten potenzieller Teilnehmer einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, der einen Wettbewerb um die Erbringung der Dienstleistung sowie die Nachprüfung ermöglicht, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde. Dabei kommen je nach Relevanz der Vergabe die kommunale Homepage, Vergabeportale, nationale Amtsblätter, lokale, regionale und überregionale Zeitungen oder auch das Amtsblatt der EU in Betracht.

Der Transparenzgrundsatz verpflichtet auch dazu, den in einem anderen Unionsstaat niedergelassenen Unternehmen Zugang zu angemessenen Informationen über die jeweilige Konzession vor deren Vergabe zu ermöglichen, sodass sie ggf. ihr Interesse am Erhalt der Konzession bekunden können. Bei Erreichen des EU-Schwellenwertes empfiehlt sich stets die Bekanntgabe im EU-Amtsblatt. Die Bekanntmachung muss eine Beschreibung der Konzession und die Bedingungen für die Teilnahme am Konzessionsvergabeverfahren enthalten (z. B. Mindestumsatz, Besitz bestimmter Ausrüstungen, Erfahrungen mit bestimmten Bau- oder Dienstleistungen).

Entweder durch die Konzessionsbekanntmachung oder durch andere Konzessionsunterlagen sind potenzielle und tatsächliche Teilnehmer am Verfahren über die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien zu informieren. Alle Teilnehmer sind zusätzlich über den Verfahrensablauf und den voraussichtlichen Zeitplan informieren (sind spätere Änderungen wahrscheinlich, weil beispielsweise die Verhandlungen mehr oder weniger Zeit in Anspruch nehmen, müssen die Teilnehmer hierüber im Voraus unterrichtet werden).

4.2 Verfahrensbrief

Transparenz und Objektivität gebieten es, alle an der Wasserkonzession interessierten Unternehmen (Teilnehmer am Vergabeverfahren) im Voraus über die geltenden Verfahrensregeln, beispielsweise in einem Verfahrensbrief zu informieren. Die Gemeinde (Konzessionsgeber) kann das Verfahren dabei ein- oder mehrstufig strukturieren, d. h. mit oder ohne Teilnahmephase. Insbesondere bei letzterem kann der Konzessionsgeber die Zahl der Teilnehmer auf ein angemessenes Maß beschränken, soweit dies transparent und diskriminierungsfrei erfolgt, u. a. anhand objektiver Eignungskriterien wie z. B. der einschlägigen Erfahrung der Teilnehmer (Referenzen) oder der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. Verhandlungen über die Konzessionsangebote sind mit den ausgewählten Interessenten ebenfalls zulässig.

4.4 Bewertungsmatrix

Nach der Bestimmung der (zulässigen) Auswahlkriterien (s. *Ziff. 5*) ist festzulegen, in welcher Weise (z. B. anhand von näher erläuterten Unterkriterien) das jeweilige Auswahlkriterium anhand welcher objektiven Methode im Einzelnen bewertet wird. Somit ist eine Bewertungsmatrix (= Auswahlkriterien und Gewichtung in Prozent oder mit Punktesystem) für die Konzessionsvergabe sachgerecht und empfehlenswert.

Zum Ausschreibungsverfahren und möglichen Verfahrensfehlern verweisen wir auf die Entscheidung des LG Köln (Urteil vom 01.12.2016, Az: 90 O 57/16), s. [Anlage 2](#).

5. Auswahlkriterien bei der Vergabe von Wasserkonzessionen

- 5.1 Um das beste Konzessionsangebot ermitteln zu können, sind (von den unternehmensbezogenen Eignungskriterien zu unterscheidende) konzessionsgegenständliche Auswahlkriterien festzulegen und den Teilnehmern mitzuteilen, z. B. durch Aufnahme in den Verfahrensbrief (s. *Ziff. 4.3*). Sie dürfen nachträglich grundsätzlich nicht mehr geändert werden, auch nicht deren Gewichtung, falls eine solche getroffen wurde.

Die Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist sinnvoll, aber rechtlich nicht zwingend, weil selbst förmliche Verfahren nach der Konzessionsvergabeverordnung (die hier nicht einschlägig ist) keine Gewichtung erfordern, s. § 31 Abs. 1 KonzVgV. Daher genügt bei mehreren Auswahlkriterien aus Transparenzgründen deren Angabe in absteigender Rangfolge.

Bei der Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien ist die Gemeinde im Wesentlichen frei. Die Rechtsprechung fordert bei der Festlegung der Auswahlkriterien für Wasserkonzessionen bislang keine zwingend zu beachtenden Ziele, wie etwa bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen nach § 46 IV i. V. m. § 1 EnWG. Dennoch empfiehlt sich eine – von der Rechtsprechung auch bereits anerkannte – Anlehnung an die vom Energiewirtschaftsrecht verfolgten Zwecke.

- 5.2 Zulässige Auswahlkriterien bei der Vergabe von Wasserkonzessionen können v.a. sein:

- **Versorgungssicherheit:**
Gewährleistung der Zuverlässigkeit und Sicherheit des Wasserversorgungsnetzes.
- **Preisgünstigkeit / Preisstabilität:**
Höhe des zu erwartenden Wasserpreises (aber nicht nur unverbindliche Prognosen).

- **Verbraucherfreundlichkeit:**
Beispielsweise Kundenservice bei Hausanschlüssen, Zählerablesungen und Netzstörungen, Beschwerdemanagement.
- **Effizienz:**
Maßnahmen zur Minimierung des Wasserverlustes und die Informationen der Verbraucher über Maßnahmen zur Einsparung von Wasser.
- **Umweltverträglichkeit:**
Einsatz umweltschonender Materialien und Maßnahmen zum Schutz der Natur bei der Errichtung und dem Betrieb von Wasserversorgungsanlagen.
- **Wasserqualität:**
Sicherstellung der Langlebigkeit z. B. von Rohren und Armaturen im Wasserversorgungsnetz, wobei das Kriterium „Wasserqualität“ nicht auf das einzige Unterkriterium der „gleichbleibenden Wasserhärte“ sachwidrig beschränkt sein sollte.
- **Wasserbezug nach Herkunftsart:**
Soweit das Kriterium nicht willkürlich oder diskriminierend gewählt wird. Gemäß § 50 Abs. 2 WHG ist der Wasserbedarf der öffentlichen Wasserversorgung vorrangig aus ortsnahen Wasservorkommen zu decken, soweit überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen. Der Bedarf darf insbesondere dann mit Wasser aus ortsfernen Wasservorkommen gedeckt werden, wenn eine Versorgung aus ortsnahen Wasservorkommen nicht in ausreichender Menge oder Güte oder nicht mit vertretbarem Aufwand sichergestellt werden kann.
- **Notversorgung zur Sicherstellung der Wasserversorgung:**
Konzept der Notversorgung zur Sicherstellung der Wasserversorgung in Not- und Havariefällen bei Teil- oder Komplettausfall der Wasserversorgung.
- **Beschäftigungsort des netznotwendigen Personals:**
Steht als Auswahlkriterium in sachlichem Zusammenhang mit dem Konzessionsgegenstand und wirkt nicht diskriminierend und nicht unverhältnismäßig, da der Beschäftigungsort mit Blick auf die Reaktionszeit und Vor-Ort-Verfügbarkeit, etwa bei Havariefällen im Wasserversorgungsnetz von Bedeutung ist.
- **Zertifizierungen des künftigen Konzessionärs:**
Etwaige Zertifizierungen sind zwar kein eigenständiges Auswahlkriterium, können jedoch zum Nachweis eines zulässigen Auswahlkriteriums geeignet sein und beispielsweise die Angaben zu den Auswahlkriterien Versorgungssicherheit, Verbraucherfreundlichkeit oder Effizienz belegen.

6. Hinweise zur Auswahlentscheidung

- 6.1 Im Hinblick auf die gemäß § 45 Abs. 2 Ziff. 8 KVG LSA oder § 45 Abs. 1 S. 1 KVG LSA vom Gemeinderat zu treffende Auswahlentscheidung über die Vergabe einer Wasserkonzession gelten die im Vergaberecht allgemein anwendbaren Grundsätze.

Damit sind:

- die festgelegten Auswahlkriterien zugrunde zu legen und
- zu fordern, dass die in die Auswahl einbezogenen Teilnehmer die Mindestanforderungen / Zuschlagskriterien erfüllen.

Dementsprechend sind Angebote abzulehnen, die die Voraussetzungen nicht erfüllen und Interessenten auszuschließen, die wegen strafrechtlich relevanter Verfehlungen wie Betrug oder Geldwäsche verurteilt wurden.

- 6.2 Zur weiteren Information ist der 40-seitige Leitfaden „*Auslaufende Konzessionsverträge – Ein Leitfaden für die kommunale Praxis*“ (Stand: 08/2017) des Deutschen Städte- und Gemeindebundes in der [Anlage 3](#) beigefügt, dem auch allgemeine Informationen zum Thema Konzessionsvergaben zu entnehmen sind. Dieser Leitfaden ist auch in unserem Internetangebot unter www.kommunales-sachsen-anhalt.de in der Rubrik Mitgliederservice / Mitgliederinformationen / Arbeitshilfen / Bauen, Umwelt & Vergabe / Sonstige Arbeitshilfen eingestellt.

7. Abschluss eines Wasserkonzessionsvertrages

Im Regelfall wird mit der Vergabeentscheidung auch ein Beschluss über den Wasserkonzessionsvertrag erfolgen, der insbesondere auch Regelungen zu Laufzeit, Leistungsgegenstand (Inhalt der Konzession) und Rahmenbedingungen enthält. Ein aktueller Mustervertrag für Sachsen-Anhalt wird in den kommenden Wochen vorbereitet.

Über die weitere Entwicklung werden wir aktuell berichten.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrage



Elke Kagelmann

Anlagen