

Titel:

Vergaberecht: Übertragungsnetzbetreiber sind keine Sektorenauftraggeber

Normenketten:

GWB § 100 Abs. 1 Nr. 2a, Nr. 2b, Abs. 2 S. 1, § 102 Abs. 2 Nr. 1

EnWG § 4 Abs. 1, Abs. 2

RL 2014/25/EU Art. 4 Abs. 1 Nr. b, Abs. 3

AEUV Art. 106

SektVO § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1, Abs 2

Leitsätze:

1. Private Übertragungsnetzbetreiber sind nicht bereits im Hinblick auf § 4 EnWG als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren. Allein eine dauerhaft lenkende und fördernde Duldung eines bestehenden Oligopols ist einer Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte im Sinne des § 100 I Nr. 2a GWB nicht gleichzusetzen. (Rn. 5 – 6) (redaktioneller Leitsatz)

2. "Auftraggeber" i.S.d. § 4 SektVO sind ausschließlich Sektorenauftraggeber. (Rn. 13) (redaktioneller Leitsatz)

3. Verwenden mehrere öffentliche Auftraggeber einen einheitlichen Vertragsentwurf, der auch das Logo sämtlicher Auftraggeber enthält, ist richtiger Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren stets derjenige Auftraggeber, der Vertragspartner des Bieters werden soll, in dessen Namen mithin das Beschaffungsverfahren durchgeführt wird. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Oligopol, Sektorenauftraggeber, Sektorentätigkeit, Übertragungsnetzbetreiber, fördernde Duldung, mehrere Auftraggeber, Leistungsfähigkeit, Elektrizitätsversorgung, Vertragsentwurf, ausschließliche Rechte

Fundstellen:

VergabeR 2020, 194

BeckRS 2019, 30608

NZBau 2020, 198

LSK 2019, 30608

Tenor

I. Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass nach vorläufiger Einschätzung des Senats die Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte.

II. Es wird Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Hinweisen des Senats gewährt bis 30.09.2019.

Gründe

1

1. Der Nachprüfungsantrag dürfte bereits unzulässig sein.

2

1.1. Nach vorläufiger Einschätzung des Senats ist die A. GmbH kein Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit a) GWB, wie auch die Vergabekammer Nordbayern annimmt.

3

Die A. GmbH übt zwar unstreitig eine Sektorentätigkeit i.S. des § 102 Abs. 2 Nr. 1 GWB aus, da sie Übertragungsnetze für die Elektrizitätsversorgung betreibt. Weitere Voraussetzung ist indessen nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit a) GWB, dass diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden. Hieran dürfte es fehlen.

4

Der Senat verkennt nicht, dass es im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland derzeit nur vier Übertragungsnetzbetreiber gibt und die Übertragungsnetze unter diesen regional aufgeteilt sind. Insoweit besteht ein faktisches Oligopol, worauf die Antragstellerin zutreffend hinweist.

5

Der Senat hat erhebliche Bedenken gegen die von der Antragstellerin unter Verweis auf ein obiter dictum der Vergabekammer Lüneburg (Beschluss vom 13.05.2016, Vgk - 10 / 2016, juris Tz. 80 ff.) vertretene Ansicht, die dauerhaft lenkende und fördernde Duldung eines bestehenden Oligopols sei einer Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit a) GWB gleichzusetzen. Insoweit erscheint dem Senat die ganz überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur überzeugender, dass private Übertragungsnetzbetreiber nicht bereits im Hinblick auf § 4 EnWG als Sektorauftraggeber gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit a) GWB zu qualifizieren sind (so etwa OLG Celle, Beschluss vom 08.08.2013, 13 Verg 7/13, NZBau 2013, S. 659 ff., 660; Gabriel in Münchener Kommentar, 2. Aufl, GWB § 100 Rz. 30 f; Wichmann in BeckOK Vergaberecht, 11. Edition, GWB § 100 Rz. 35; Dörr in Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., GWB § 100 Rz. 24 und 26; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., GWB § 100 Rz. 11 und 16).

6

Nach dem Wortlaut des § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit a) GWB, der insoweit Art. 4 (1) b) der Richtlinie 2014/25/EU wortgenau umsetzt, kommt es auf ein „Recht“ an, das durch eine zuständige Behörde „gewährt“ wurde. Ein faktisch bestehendes Oligopol ist indessen kein staatlich gewährtes Recht. Dass bei Einführung der Genehmigungspflicht nach § 4 EnWG bzw. § 3 EnWG (1998) diese nur für Unternehmen eingeführt wurde, die den Betrieb des Netzes neu aufnehmen wollten, nicht aber für schon tätige Betriebe (s. BT-Drs. 13/7274, S. 15) ist der Gewährung eines Rechts nicht gleichzusetzen.

7

Zudem definiert § 100 Abs. 2 Satz 1 GWB besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit a) GWB als Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Art. 4 (3) der Richtlinie 2014/25/EU führt aus, im Sinne dieses Artikels seien „besondere oder ausschließliche Rechte“ Rechte, die eine zuständige Behörde eines Mitgliedsstaats gewährt habe, „um die Ausübung von in den Artikeln 8 bis 14 aufgeführten Tätigkeiten auf eine oder mehrere Stellen zu beschränken, wodurch die Möglichkeit anderer Stellen zur Ausübung dieser Tätigkeit wesentlich eingeschränkt wird“. Hieran fehlt es vorliegend ebenfalls.

8

Nach § 4 Abs. 1 EnWG bedarf die Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes der Genehmigung durch die nach Landesrecht zuständige Behörde. Gemäß § 4 Abs. 2 EnWG darf die Erteilung der Genehmigung nur versagt werden, wenn der Antragsteller nicht die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt. Im Umkehrschluss ist jedem Unternehmen, das die Voraussetzungen an die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit erfüllt, die Genehmigung zu erteilen. Auf die Frage, ob es im jeweiligen regionalen Gebiet bereits andere Netzbetreiber gibt und ob für weitere Betreiber ein Bedürfnis besteht, kommt es nicht an. Den bisherigen Netzbetreibern sind daher gerade keine Rechte übertragen, durch die die Tätigkeitsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigt würden. Dass es dennoch keine weiteren konkurrierenden Netzbetreiber gibt, mag an den hohen Anforderungen liegen, die an Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gestellt werden. Dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Möglichkeit, eine entsprechende Genehmigung zu erhalten.

9

Im Übrigen erschienen die Regelungen in § 11 Abs. 3 Satz 4 bis 6 EnWG, wonach Aufträge u.a. über den Betrieb besonderer netztechnischer Betriebsmittel im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben sind, Teil 4 des GWB unberührt bleibe, wenig nachvollziehbar, wenn ohnehin jeder Netzbetreiber als Sektorauftraggeber zu qualifizieren wäre und schon deshalb die entsprechenden vergaberechtlichen Vorschriften einzuhalten hätte.

10

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ergibt sich nach vorläufiger Einschätzung des Senats aus dem Beschluss des OLG München vom 12.05.2011, Verg 26/10 (juris) nichts anderes. Der in diesem Beschluss maßgebliche Sachverhalt ist mit dem hiesigen nicht vergleichbar. Zum einen war der dortigen privaten

Kraftwerksbetreiberin ursprünglich durch einen Staatsvertrag aus dem Jahr 1950 eine Monopolstellung eingeräumt worden, die andere Interessenten ausdrücklich ausschloss (OLG München, a.a.O., Tz. 60). Zum anderen hatten die Interessenten auch im Zeitpunkt der Entscheidung gerade keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Genehmigung zur Kraftwerksbetreibung, sondern nur auf eine fehlerfreie Ermessensausübung. Bei dieser hatte die Behörde eine Interessenabwägung vorzunehmen und eine Auswahlentscheidung zu treffen. Der Prüfung bedurfte dabei auch, ob das schadlos nutzbare Potential des Gewässers schon erschöpft sei (OLG München, a.a.O., Tz. 61).

11

Schließlich dürfte auch das Urteil des EUGH vom 12.12.2013, C-327/12, (juris) die Ansicht der Antragstellerin nicht stützen. Vielmehr hat der EuGH entschieden, ein „besonderes Recht“ im Hinblick auf Art. 106 AEUV liege nicht vor, wenn eine Zertifizierung allen Unternehmen erteilt werde, die die aufgestellten Voraussetzungen erfüllten (a.a.O. Tz. 41 ff).

12

1.2. Das Nachprüfungsverfahren ist nach derzeitiger Einschätzung des Senats auch nicht nach § 4 Abs. 2 Satz 1 SektVO gegen die A. GmbH zulässig.

13

§ 4 SektVO setzt voraus, dass mehrere „Auftraggeber“ vereinbaren, bestimmte Aufträge gemeinsam zu vergeben. Nach § 1 Abs. 1 SektVO ist diese nur anwendbar bei der Vergabe von Aufträgen durch „Sektorenauftraggeber“. Somit meint jede einen „Auftraggeber“ betreffende Regelung in der SektVO die Sektorenauftraggeber i.S. des § 100 GWB (Dietrich in Greb / Müller, SektVO, 2. Aufl, § 1 Rz. 10). Die A. GmbH dürfte indessen, wie ausgeführt (oben Ziff. 1.1) gerade kein Sektorenauftraggeber sein und mihin von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des § 4 SektVO fallen. Dass § 4 Abs. 1 SektVO im Unterschied zu sämtlichen anderen Normen der SektVO einen weiteren Begriff des Auftraggebers zugrunde legte, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen erschiene wenig nachvollziehbar, dass ein privater Auftraggeber bei der gemeinsamen Beschaffung mit einem weiteren privaten Auftraggeber nicht an die Regelungen der SektVO gebunden wäre, bei der gemeinsamen Beschaffung mit einem Sektorenauftraggeber hingegen nunmehr selbst im Rahmen des § 4 Abs. 2 Satz 1 SektVO für die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verantwortlich wäre.

14

Im Übrigen wird vorliegend auch bereits in Ziff. VI 3.8 und Ziff. VI 4.3 der Auftragsbekanntmachung (Bl. 146 der Akte der Vergabekammer) klargestellt, dass die A. GmbH kein Sektorenauftraggeber sei, ein Anspruch auf Anwendung des 4. Teils des GWB und der SektVO nicht bestehe und nicht dem Vergabenachprüfungsrecht unterfalle, sondern zuständiges Gericht das LG Dortmund sei.

15

Selbst wenn man grundsätzlich § 4 SektVO auch zu Lasten der A. GmbH für anwenbar hielte, wäre wohl jedenfalls nach § 4 Abs. 2 Satz 3 SektVO bezogen auf die hier streitgegenständliche Entscheidung ein Nachprüfungsverfahren unzulässig. Die Antragstellerin greift die Entscheidung der A. GmbH an, mit der diese die Antragstellerin ausgeschlossen und das Vergabeverfahren aufgehoben hat. Dieser Teil des Vergabeverfahrens wurde von der A. GmbH i.S. des § 4 Abs. 2 Satz 3 SektVO alleinverantwortlich durchgeführt (s. dazu auch unten Ziff. 2). Damit greift aber die gemeinsame Verantwortlichkeit nach § 4 Abs. 2 Satz 1 SektVO nach derzeitiger Einschätzung des Senats ohnehin nicht.

16

2. Der Senat hält nach vorläufiger Einschätzung das Nachprüfungsverfahren in Bezug auf die Antragsgegnerinnen T. TSO GmbH und Tr. BW GmbH für unzulässig, da diese zwar unstreitig Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit b) GWB, aber nicht die richtigen Antragsgegner sind (vgl. zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gegen den falschen Antragsgegner H.-P. Müller in Münchener Kommentar, 11. Edition, VgV, § 4 Rz. 31).

17

Zwar könnte zulasten der Antragsgegnerinnen T. TSO GmbH und Tr. BW GmbH § 4 Abs. 2 Satz 1 SektVO Anwendung finden. Unstreitig haben die drei Antragsgegnerinnen gemeinsam die Vergabeunterlagen erstellt, die jeweils einheitlich den Briefkopf aller drei Antragsgegnerinnen tragen. Dennoch kommt aber eine

Verantwortlichkeit der T.TSO GmbH und der Tr. BW GmbH für die hier inmitten stehenden Entscheidungen schon nach § 4 Abs. 2 Satz 3 SektVO nicht in Betracht:

18

Sofern nur einzelne Teile des Vergabeverfahrens gemeinsam durchgeführt werden, gilt die gemeinsame Verantwortung nur für den gemeinsamen Teil. Für die vom einzelnen Auftraggeber selbständig durchgeführten Teile ist der selbständig agierende Sektorenauftraggeber allein verantwortlich und im Falle eines Nachprüfungsverfahrens nur er der Antragsgegner (Marx in Münchener Kommentar, 2. Aufl, SektVO § 4 Rz. 3; Lichtwitz in BeckOK Vergaberecht, 11. Edition, VgV § 4 Rz. 44). Nach einer anderen Ansicht ist in derartigen Fällen richtiger Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren stets derjenige Auftraggeber, der Vertragspartner des Bieters werden soll, in dessen Namen mithin das Beschaffungsverfahren durchgeführt wird (H.-P. Müller in Münchener Kommentar, 11. Edition, VgV, § 4 Rz. 32 und 35; Zeiss in jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl, § 4 VgV Rz. 9; Fülling in Greb/Müller, SektVO, 2. Aufl, § 4 Rz. 6; Fülling in Müller/Wrede, VgV, § 4 Rz. 26).

19

Nach diesen Grundsätzen dürften für die Überprüfung der hier streitgegenständlichen Entscheidung, den Ausschluss der Antragstellerin und die Aufhebung des Vergabeverfahrens bezüglich der Losgruppe C, allein die A. GmbH die richtige, die T. TSO GmbH und die Tr.BW GmbH hingegen die falschen Antragsgegnerinnen sein.

20

Vertragspartner des erfolgreichen Bieters in den Losen der Losgruppe C sollte nur die A. GmbH werden. Zwar wird von allen drei Auftraggebern ein einheitlicher Vertragsentwurf verwendet, der das Logo sämtlicher drei Auftraggeber enthält. Jedoch ergibt sich aus VI Ziff. 3.3 der Bekanntmachung, dass der Vertragsschluss nur mit dem jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber erfolgen sollte, und dass eine gesamtschuldnerische Haftung der beteiligten Auftraggeber ausgeschlossen wird. Die gleiche Regelung findet sich in Ziff. 1.3 der Angebotsbedingungen (Bl. 170 der Akte der Vergabekammer). Aus dem als Anhang zum Vertragsentwurf beigefügten Preisblatt ist ferner ersichtlich, dass die Losgruppe C nur die A. GmbH als Übertragungsnetzbetreiber und damit als ausschließlichen Vertragspartner betrifft. Auch aus der Losaufteilung in Ziff. 7 der Angebotsbedingungen (Bl. 185 der Akte der Vergabekammer) wird ersichtlich, dass die Losgruppe C sich nur auf die A. GmbH als Übertragungsnetzbetreiber bezieht.

21

Das hier inmitten stehende Schreiben vom 15.01.2019 (Bl. 197 der Akte der Vergabekammer), mit der der Antragstellerin der Ausschluss ihres Angebots und die Aufhebung des Vergabeverfahrens in der Losgruppe C mitgeteilt wurde, stammt eindeutig nur von der A. GmbH. Irgendwelche Anhaltspunkte, diese Entscheidung könnte die A. GmbH nur im Namen der T.TSO GmbH oder der Tr.BW GmbH getroffen oder mitgeteilt haben, finden sich nicht. Vor dem Hintergrund, dass Vertragspartner nach den Unterlagen erkennbar nur die A. GmbH werden sollte, waren die T. TSO GmbH und die Tr.BW GmbH daher wohl ersichtlich falsche Antragsgegner für den auf Aufhebung der Aufhebung und des Ausschlusses gerichteten Nachprüfungsantrag.

22

Die Aufteilung der Verantwortung deckt sich im Übrigen mit Ziff. 2 des Kooperationsvertrags der Antragsgegnerinnen (Bl. 229 d.A. der Vergabekammer), wonach sämtliche Entscheidungen in den jeweiligen Vergabeverfahren ausschließlich durch den betroffenen Übertragungsnetzbetreiber selbständig getroffen werden.

23

3. Nur ergänzend wird darauf verwiesen, dass nach vorläufiger Einschätzung des Senats der Nachprüfungsantrag, unterstellt die A. GmbH wäre Sektorenauftraggeber, auch in der Sache ohne Erfolg bliebe.

24

Ein Anspruch auf Aufhebung einer Aufhebung nach § 57 SektVO steht dem Bieter allenfalls dann zu, wenn er eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (Dietrich in Greb/Müller, SektV, 2. Aufl, § 57 Rz. 6). Daran dürfte es vorliegend fehlen. Das Angebot der Antragstellerin wurde von der A. GmbH nach derzeitiger Ansicht des Senats zurecht ausgeschlossen.

25

In den Angebotsbedingungen ist unter Ziff. 4 „Prüfung“ (Bl. 183 der Akte der Vergabekammer) ausgeführt, dass Angebote, bei denen Änderungen „oder Ergänzungen“ an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden seien, in Abschnitten, in denen die Auftraggeber keine Änderung zuließen, ausgeschlossen würden. Eine solche unzulässige Änderung hat die Antragstellerin vorgenommen, indem sie in Ziff. 20 des Vertragsentwurfs (Bl. 162 der Akte der Vergabekammer) einen Abschnitt zur Rechtsnachfolge auf Bieterseite einfügte. Die Antragsgegner hatten den Abschnitt „Rechtsnachfolge“ samt Überschrift insgesamt und deutlich als nicht verhandelbar gekennzeichnet.

26

Die Argumentation der Antragstellerin, der Abschnitt habe nur die Rechtsnachfolge auf Auftraggeberseite betroffen, eine Ergänzung zur Rechtsnachfolge auf Bieterseite sei daher nicht ausgeschlossen, begegnet erheblichen Bedenken. Bereits die - ebenfalls als nicht verhandelbar gekennzeichnete - Überschrift lautet „Rechtsnachfolge“ nicht „Rechtsnachfolge auf Auftraggeberseite“. Im Übrigen wäre es äußerst ungewöhnlich, wenn sich ein Auftraggeber auf eine Rechtsnachfolge auf Bieterseite einlassen wollte. Damit könnte ihm u.U. ein Auftragnehmer aufgezwungen werden, dessen Zuverlässigkeit und Eignung der Auftraggeber selbst nicht überprüfen konnte. Daher war auch aus Bietersicht erkennbar, dass das Thema Rechtsnachfolge abschließend und nicht verhandelbar in dem Vertragsentwurf geregelt wurde. Ob ein „Schweigen“ des Vertragstexts zu bestimmten Punkten einer Ergänzung entgegenstand, kann daher dahingestellt bleiben.

27

Keiner Entscheidung bedarf, ob ein Ausschluss der Antragstellerin auch wegen der fehlenden Preisangaben in den Positionen Ziff. 7.2 und 7.3 möglich war.

28

Der Senat empfiehlt daher eine Rücknahme der Beschwerde.