

Die Bürgermeisterin

Rechtsfragen hinsichtlich der Lieferung von Strom zur Versorgung städtischer Gebäude

Beratungsfolge:

**Ausschuss für Gebäudeservice
Berichterstattung**

**12.07.2011 (Kenntnisnahme, öffentlich)
Dez. II Paul-Georg Fritz**

Sachdarstellung/Begründung zur Kenntnis:

Der Ausschuss für Gebäudeservice hat die Verwaltung in seiner Sitzung am 16.11.2010 beauftragt, vom Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen prüfen zu lassen, ob vergaberechtsfreie Beziehungen beim Bezug von Energie zwischen der Stadt und den Stadtwerken möglich sind.

Hintergrund:

Die SWW ist daran interessiert, den Strombedarf der Stadtverwaltung zu decken.

Die Stadt hatte die Stromlieferung für den **Eigenbedarf der Stadtverwaltung** europaweit ausgeschrieben. Es handelt sich um ein Auftragsvolumen für Energiedienstleistungen in Höhe von ca. 1 Mio € (bezogen auf 4 Jahre).

Die SWW hatte sich um den Auftrag beworben, ist aber lediglich für das Los „Ökostrom“ als Mindestbieterin aus dem Wettbewerb hervorgegangen.

Um sich zukünftig nicht mehr dem Wettbewerb um das Stromgeschäft mit der Stadt stellen zu müssen, schlägt die Geschäftsführung der SWW die Errichtung einer 100%-igen Tochtergesellschaft vor, die unter Berufung auf § 100 Abs. 2 lit. f) GWB den Strom vergaberechtsfrei bei der SWW einkauft und diesen dann im Rahmen eines Inhouse-Geschäftes an die Stadt liefert. Als Alternative zur Neugründung ist für die SWW die Erweiterung des Zwecks der Städtische Bäder Wesel GmbH um das Geschäftsfeld Stromankäufe für die Stadt Wesel denkbar. Die Geschäftsführung stützt sich hierbei auf eine Expertise des Herrn Dr. Dierkes von der Gelsenwasser AG.

Auch diese Konstruktion ermöglicht jedoch nach Auffassung der Verwaltung keine vergaberechtsfreie Beschaffung.

Von dem Grundsatz, dass öffentliche Auftraggeber Lieferaufträge auszuschreiben haben, kommen zwar folgende Ausnahmen in Betracht:

- Kauft ein Energieversorger, z.B. ein als Eigenbetrieb geführtes Stadtwerk, Strom ein, ist dieser Vertrag gemäß § 100 Abs. 2 lit f) GWB nicht ausschreibungspflichtig. Kauft allerdings eine Kommune zum Zweck des Eigenverbrauchs Strom ein, so gilt diese Ausnahmeregelung auch dann nicht, wenn sie die Beschaffung über ein als Eigenbetrieb geführtes Stadtwerk vornimmt.
- Bei einem Inhouse-Geschäft fehlt es an der Beauftragung eines Dritten, die nur im Wettbewerb erfolgen darf. Ein Inhouse-Geschäft liegt vor, wenn die Stadt
 1. über die Gesellschaft eine **Kontrolle** ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und
 2. wenn diese Gesellschaft zugleich ihre **Tätigkeit im Wesentlichen für die Stadt** verrichtet.

Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle übt die Stadt über eine Gesellschaft nur solange aus, wie kein privater Unternehmer mit einem auch nur minimalen Anteil an deren Kapital beteiligt ist. Unstreitig kann die Stadt die Stromlieferung daher nicht unmittelbar bei der SWW außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens beschaffen.

Die Anfrage der Verwaltung vom 15.12.2010 an das Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen (Anlage 1) hat das Ministerium der Bezirksregierung Düsseldorf zugeleitet, welche wiederum den Kreis Wesel um Erledigung bat.

In seiner Antwort weist der Kreis Wesel darauf hin, dass es im Rahmen der kommunalaufsichtlichen Beratung grundsätzlich nicht leistbar sei, für einzelne Gemeinden ausführliche fachrechtliche Gutachten zu einer sehr speziellen Thematik zu erstellen. Gleichwohl habe er die aufgeworfenen Rechtsfragen, soweit es ihm möglich war, geprüft. Die Stadt Wesel könne seine Prüfergebnisse ggf. bei der von ihr weiter vorzunehmenden Prüfung berücksichtigen (S. 1, 3. Absatz).

Im Umfang seiner Prüfung bestätigt der Kreis Wesel im Ergebnis die Auffassung der Stadtverwaltung.

Er hat sich lediglich mit den Fragen 1 – 3 (zur Vergabefreiheit) befasst; zu den Fragen 4 – 6 (Folgefragen für den Fall der Vergabefreiheit) erübrige sich „eine Stellungnahme vor dem Hintergrund, dass die Möglichkeit einer Vergabefreiheit zur Zeit von hier nicht gesehen wird“ (S. 4, 2. Absatz).

Im Einzelnen:

- Die bereits in der Expertise der RAe Heilmaier pp. geäußerten Bedenken, der Einkauf von Strom durch eine 100 % ige Tochtergesellschaft der Stadt stelle im Ergebnis eine Eigenverbrauchsbeschaffung dar, würden sich möglicherweise nur schwer ausräumen lassen. Ein unter Berufung auf § 100 Abs. 2 lit. f) GWB vergaberechtsfreier Einkauf der Bäder GmbH bei der SWW sei in diesem Fall nicht zulässig (S. 1 unten – S. 2, 1. Absatz).
- Ein Inhouse-Geschäft zwischen der Bäder GmbH als 100 % ige Tochter und der Stadt sei grundsätzlich denkbar (S. 2, 2. und 3. Absatz).

- Falls die Bäder GmbH sich beim Geschäft mit der SWW nicht auf § 100 Abs. 2 lit. f) GWB berufen könne, sei der Gesamtvorgang nur dann vergaberechtsfrei, wenn der Einkauf der Bäder GmbH bei der SWW als Inhouse-Geschäft gewertet werden könne. Denn die Bäder GmbH sei öffentliche Auftraggeberin.
 - Da über die Gelsenwasser AG an der SWW auch Private beteiligt sind, üben Bäder GmbH und Stadt über die SWW keine Kontrolle aus wie über eigene Dienststellen, so dass ein Inhouse-Geschäft bereits aus diesem Grunde nicht möglich sei. Ob dem über einen Beherrschungsvertrag abgeholfen werden könnte, sei rechtlich wie tatsächlich fraglich (S. 2 unten bis S. 3, 1. Absatz).
 - Selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt werde, könnte ein Inhouse-Geschäft am Wesentlichkeitskriterium scheitern: Wenn sich eine hierzu im Dezember 2010 ergangene Entscheidung des OLG Hamburg durchsetze, müsse der Anteil des mit den öffentlichen Anteilseignern erzielten Umsatzes mindestens 90 % des Gesamtumsatzes der SWW ausmachen, um als wesentlich zu gelten (S. 3, 2. Absatz).
- Die SWW kann nicht Geschäftsführerin der Bäder GmbH sein, da sie keine natürliche, sondern eine juristische Person ist. Es bestehen aber keine Bedenken dagegen, dass dieselbe natürliche Person Geschäftsführer beider Gesellschaften ist, solange der Stadt die ausschlaggebende Einflussnahme auf die Bäder GmbH zukomme (S. 3, 3. Absatz).
- Der Geschäftsführer kann beide Gesellschaften bei einem zwischen ihnen abzuschließenden Geschäft vertreten, wenn er von beiden Gesellschaften vom Verbot des Inhouse-Geschäfts (§ 181 BGB) befreit ist. Dies gilt aufgrund der Sonderregelung des § 16 Vergabeverordnung allerdings nicht bei der Erteilung eines öffentlichen Auftrags im Sinne der Vergabeverordnung, d.h. wenn ein Inhouse-Geschäft nicht vorliegt und der EU-Schwellenwert überschritten wird (S. 3 unten bis S. 4 oben).

Abschließend betont der Kreis Wesel, sich nicht in der Lage zu sehen, eine gerichtsfeste verbindliche Empfehlung für das gesellschaftsrechtliche Handeln der Stadt Wesel vorzugeben (S. 4, letzter Absatz).

Anlagen:

1. Schreiben vom 15.12.2010 an das Ministerium für Inneres und Kommunales
2. Expertise der Gelsenwasser AG, Dr. Dierkes vom 23.07.2010
3. Expertise RAe Dr. Heilmaier pp. vom 14.09.2010
4. Schreiben Kreis Wesel vom 21.04.2011