

ORIGINAL

Berlin, 25. Februar 2013

### Informationsvorlage

PSt B  
a.d.D.

**Betr.:**

**Ihre Anfrage zur Konzessionsrichtlinie**

**Hier: Wasserversorgung in einem interkommunalen Gewerbegebiet**

RTK  
1. Ø PStB  
2. HHeIT  
mit Dank  
zurück.  
17.2.13

le 27/2

18.2.12

1. H. Solbach  
2. H. Bramm  
3. H. Spannagel

2. u. V.

ES 4.3.

Vom Leitungsbereich auszufüllen	
TGB-Nr.	
Eingang Leitung	26.02.2013
V-/U-Nr.	902

Abzeichnungsleiste	
St	4-26/2
AL	i.V. Do, IB 26.02.13
UAL	Do, IB 26.02.13

Referatsinformationen	
Referatsleiter/in	RD Dr. Solbach (-6297) TSol, IB6 25.02.13
Bearbeiter/in	ORR Spannagel (-7389) Spa, IB6 25.02.13
Mitzeichnung	
Referat und AZ	IB6 - 270100/17

#### I. Sachverhalt

Sie hatten um Prüfung gebeten, ob im folgenden Fall nach der geplanten Konzessionsrichtlinie künftig eine Ausschreibung notwendig wäre.

#### Fallkonstellation:

Die Kommunen A und B planen einen gemeinsamen interkommunalen Gewerbepark, der auf dem Gebiet der beiden Kommunen liegt. Die Wasserversorgung soll durch das Stadtwerk der Kommune A sichergestellt werden, die zu 100 % im Eigentum der Kommune A steht. Der Gewerbepark liegt teilweise auf dem Gebiet der Kommune B, so dass in der Folge das Stadtwerk nun auch Leistungen außerhalb des Gemeindegebiets von A erbringt. Bei Ansiedlung eines Großverbrauchers, z.B. einer Großwäscherei, könnten künftig je nach genauer Lage mehr als 20 % des Umsatzes bei der Wasserversorgung außerhalb des Gemeindegebiets von A erwirtschaftet werden. Wäre in diesem Fall nach der geplanten Konzessionsrichtlinie eine EU-weite öffentliche Ausschreibung der Wasserkonzession notwendig?

#### II. Stellungnahme

Nach einer ersten cursorischen Prüfung, die eine tiefergehende und zu empfehlende Rechtsberatung nicht ersetzen kann, ergibt sich folgende vorläufige Einschätzung:

IB/IB6  
D. 7/3  
1.3.13

Eine ausschreibungsfreie **Inhouse-Vergabe** ist nach dem Entwurf der Richtlinie über die Konzessionsvergabe möglich, wenn die vergebende Stelle über die beauftragende Stelle eine **beherrschende Kontrolle** ausübt, **keine private Beteiligung besteht** und die beauftragte Stelle **mind. 80 % ihrer Tätigkeit gemessen am Gesamtumsatz für die beauftragende Kommune erbringt**. Bei einem Stadtwerk, das zu 100 % im Eigentum der Kommune A steht, dürften die ersten beiden Voraussetzungen erfüllt sein. FS

Hinsichtlich der erforderlichen **Tätigkeit für die beauftragende Kommune** sind nach der bisherigen Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe alle Tätigkeiten zu berücksichtigen, die ein Unternehmen als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, ohne dass die **Person des Begünstigten** - sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen - von Bedeutung wäre. Es spielt dabei auch keine Rolle, in welchem Gebiet die genannten Leistungen erbracht werden. Für das betroffene interkommunale Gewerbegebiet bedeutet dies, dass es letztlich unerheblich ist, ob die Umsätze auf dem Gebiet der Kommune A oder B erzielt werden. Entscheidend ist vielmehr, dass die **Umsätze dem Auftrag durch die Kommune A an das Stadtwerk zurechenbar** sind. Nach erster Einschätzung erscheint es daher jedenfalls vertretbar, diesen Umsatz dem Auftrag der Kommune A zuzurechnen, da die Kommune A das Gewerbegebiet mit geplant und beschlossen hat, die Wasserversorgung durch das Stadtwerk der Kommune A erbringen zu lassen.

Nach dem bisherigen Entwurf der Richtlinie muss das beauftragte Unternehmen mindestens 80% seines Gesamtumsatzes für die auftraggebende Kommune erbringen, um eine Konzession ohne EU-weite Ausschreibung erhalten zu können. **Dabei ist zwischen Umsätzen in liberalisierten (z.B. Strom) und nicht liberalisierten (z.B. Wasser) Bereichen zu unterscheiden**. Nach der Rechtsprechung der deutschen Gerichte werden Umsätze in liberalisierten Bereichen dabei nicht für die auftraggebende Kommune erbracht. Es käme im vorliegenden Fall somit darauf an, in welchen Bereichen das Stadtwerk A seine Umsätze erzielt und inwiefern diese für die Kommune A erbracht werden. Sofern das Stadtwerk A jedenfalls mind. 80% seiner Umsätze für die Kommune A erbringt, wäre eine Ausschreibung auch künftig entbehrlich. Ist das Stadtwerk A dabei nur im Wassersektor tätig, würden diese Umsatzzahlen voraussichtlich erreicht. Sofern

das Stadtwerk A allerdings mehr als 20 % des Gesamtumsatzes in liberalisierten Bereichen erzielt, wäre künftig eine Ausschreibung erforderlich.

**EU-Binnenmarktkommissar Barnier** hat unter anderem als Reaktion auf die Kritik am Richtlinienentwurf nun einen **Kompromissvorschlag zum Wassersektor** angekündigt, der die besondere Situation der **Mehrpartenstadtwerke** in Deutschland berücksichtigen soll. Danach soll bei Mehrpartenunternehmen die Wassersparte auch künftig getrennt betrachtet werden. Die erforderlichen 80% Umsatz für die auftraggebende Kommune müssten danach nicht mehr in allen Sparten, sondern nur im Wassersektor erbracht werden. Dies könnte hier dem Stadtwerk A zugute kommen, sofern es als Mehrpartenstadtwerk auch in liberalisierten Bereichen tätig ist. Vorgabe für eine ausschreibungsfreie Konzessionsvergabe an das kommunale Stadtwerk soll nach dem neuen Vorschlag aber sein, etwaige andere Sparten bis spätestens Juli 2020 organisatorisch, zumindest jedoch buchhalterisch von der Wasserversorgung zu trennen. *(Eine solche Änderung der Rechtslage durch Umsetzung der EU-Vorgaben im deutschen Recht dürfte allerdings frühestens Ende 2014 in Kraft treten und damit für diesen Fall möglicherweise ohne Bedeutung sein).*

gez. Spannagel