

Freiburg, 3. Januar 2024
Ge/ko-HP

Vergabe von Wasserkonzessionen

In der Vergangenheit wurden Wasserkonzessionsverträge in der Regel ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens abgeschlossen. Als Begründung wurde die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 9 GWB angeführt, danach findet das Kartellvergaberecht keine Anwendung auf die Vergabe von Wasserkonzessionen. Auch andere gesetzliche Regelungen, wie z.B. für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen in §§ 46 ff. EnWG, die ein wettbewerbliches Verfahren erfordern, liegen nicht vor.

Anwendung des Vergaberechts bei Binnenmarktrelevanz

Das OLG Düsseldorf hat 2018 entschieden (vgl. Urteil vom 13.06.2018, VI-2 U 7/16 [Kart]), dass EU-Primärrecht zu berücksichtigen sei, bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz müsse ein diskriminierungsfreies und transparentes Vergabeverfahren durchgeführt werden.

Bei der Prüfung der Binnenmarktrelevanz ist eine Prognose darüber anzustellen, ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen, d.h. mit Blick auf die angesprochenen Branchenkreise und ihre Bereitschaft, Aufträge gegebenenfalls in Anbetracht ihres Volumens und des Ortes der Auftragsdurchführung auch grenzüberschreitend durchzuführen, für ausländische Anbieter interessant sein können (vgl. BGH, Leitsatz a) X ZR 55/10).

Zu prüfen ist folglich, ob ein grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann, wobei der Auftragswert, örtliche Nähe, Qualität der Leistungserbringung, etc. zu berücksichtigen wären. Eine konkrete Beurteilung aller Umstände für die Feststellung eines grenzüberschreitenden Interesses muss vorliegen, um die Binnenmarktrelevanz bejahen zu können. Wird sie bejaht, ist ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Bei Vorliegen der Binnenmarktrelevanz erfordert das Transparenzgebot des EU-Primärrechts die Herstellung eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit, die z.B. durch einen EU-weiten Aufruf zur Interessenbekundung oder Abgabe eines Teilnahmeantrages hergestellt werden kann.

Für die Auswahlentscheidung ist weiterhin das Diskriminierungsverbot zu beachten. Die Kommune ist marktbeherrschende Anbieterin bezüglich der Vergabe der Wasserkonzession. Der rechtliche Markt ist örtlich in der Regel auf das Gebiet der jeweiligen Kommune beschränkt, der relevante Markt umfasst alle Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Wasserrohrleitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern in der Kommune eignen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018 – VI-2 U 7/16 [Kart]).

Bei der Ausgestaltung des Verfahrens ist weiterhin der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz zu berücksichtigen sowie die primärrechtlichen Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit.

Bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Verfahrens haben die Kommunen einen weiten Gestaltungsspielraum, sie müssen Auswahlkriterien und deren Gewichtung festlegen sowie die Bewertungsmethodik benennen, Daten zur Versorgungssituation müssen Bewerbern zur Verfügung gestellt werden, der Umgang mit Rügen muss geregelt sein, etc. Eine gewisse Anlehnung an die Vergabeverfahren für Strom- und Gaskonzessionen gem. §§ 46 ff. EnWG ist vorstellbar und gegebenenfalls sinnvoll, kommunale Belange können außerdem berücksichtigt werden.

Inhouse-Vergaben grundsätzlich möglich

Anders als bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen ist im Bereich von Wasserkonzessionen eine Inhouse-Vergabe grundsätzlich zulässig.

Die Voraussetzungen dafür sind im Einzelnen anhand des Beherrschungs- und Wesentlichkeitskriteriums zu prüfen. Die Vorgaben sind strikt und stringent zu handhaben, sodass nur ein enger Anwendungsbereich verbleiben dürfte (vgl. z.B.: OLG Naumburg, Urteil vom 03.06.2022 – 7 U 6/22). In der Praxis scheitert die Annahme von Inhouse-Geschäften bei bestehenden Gesellschaften häufig daran, dass die Umsätze in einem hohen Maße aus wettbewerblichen Tätigkeiten stammen. Sinnvoll kann unter Umständen die Gründung einer neuen inhousefähigen Gesellschaft sein.

Dieter Gersemann
Rechtsanwalt