

Dr. Mathias Dierkes
GELSENWASSER AG
- Leiter Recht -
Willy-Brandt-Allee 26
45891 Gelsenkirchen
Tel.: 0209/708-347
Fax: 0209/708-707

TU Berlin / Europolis

Vor dem Sturm ?

Das neue europäische Recht
der Dienstleistungskonzessionen

28. November 2012

Das neue europäische Recht der Dienstleistungskonzessionen (DLK)

- 1. Vorgeschichte**
- 2. Der Richtlinienvorschlag**
- 3. Bewertung aus Sicht der deutschen Wasserwirtschaft**
- 4. Fazit / Ausblick**

Vorgeschichte I

1992: EU-Vergaberichtlinien erfassen DLK nicht

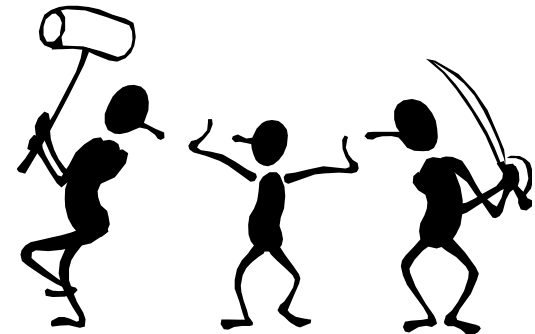
2000: „Teleaustria“-Urteil des EuGH

2000: Konzessionsmitteilung der EU-Kommission

2005: ÖPP-Mitteilung der EU-Kommission

2006: Weiler-Bericht des EP

2010: Rühle-Bericht des EP



Vorgeschichte II

- | | |
|----------------------|---|
| Dezember 2011 | Erster Rili-Entwurf der Kommission: <ul style="list-style-type: none">- Öffentliche Aufträge- Sektorenbereich- Baukonzessionen und DLK |
| 05.07.2012 | Juvin-Bericht des EP |
| 16.10.2012 | Zweiter Rili-Entwurf der Kommission |
| November 2012 | Dritter Rili-Entwurf? |

Der Richtlinienvorschlag: Was wird geregelt?

- **Textumfang ca. 100 Seiten**
- **Definition der Konzession**
- **Anwendungsbereich / Ausnahmen**
- **Allgemeine Regeln und Grundsätze**
- **Vergabeverfahren**
- **Rechtsschutz**

.....

Der Richtlinienvorschlag: Was wird nicht geregelt?

- kein „Nachweis von Verzerrungen beim Funktionieren des Binnenmarkts“ i. S. d. Rühle-Berichts
- keine Ausnahme für
 - energiewirtschaftliche „Gestattungsverträge“
 - wasserwirtschaftliche „Konzessionen“
- keine klaren Vergabekriterien
- kein Analogieverbot zum Recht der öffentlichen Aufträge

Bewertung: Der deutsche Wassermarkt

- **Pr Organisationsformen**
1993: 51 % der Wassermenge
2008: 64 % der Wassermenge
- - öffentliche Aufträge.....?, eher für Teilaufgaben
- *Konzessionen.....häufig*
- Pflichtenübertragung..... Selten
- **Konzessionen vorausgesetzt, aber nicht definiert in § 103 GWB / § 31 GWB neu**

Bewertung: Der deutsche Abwassermarkt

- erheblich kleinerer Anteil pr Organisationsformen
- - öffentliche Aufträge?, eher häufig
 - *Konzessionen* *selten, nur NBL*
 - PflichtenübertragungNie
- Zulässigkeit umstritten
 - Verwaltungsgerichte pro, Vergabe-OLG contra

Bewertung: Definition der Dienstleistungskonzession (DLK)

- **Art. 1 Abs. 3 b) der Sektoren-Richtlinie 2004/17/EG:**

"Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht."

- **Rspr: Konzessionär muss das wirtschaftliche Risiko tragen**
- **Ebenso der Richtlinienvorschlag**

Bewertung: Leitentscheidung WAZV Gotha / Eurawasser



DLK für Wasser und Abwasser:

- Charakter als Pflichtaufgabe steht nicht entgegen
- Anordnung des A+B-Zwangs steht nicht entgegen
- Weiterleitung staatlicher Fördermittel steht nicht entgegen

➡ **Wasserwirtschaftliche Konzessionen sind i. d. R. DLK**

➡ **Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze**

Welche Regeln gelten konkret?

Wasserwirtschaftliche Konzessionen →

DLK → primärrechtliche Grundsätze:

Wie ist der Rahmen zu füllen?

- 1. Anlehnung an das strenge Vergaberecht für öffentliche Aufträge?**
- 2. Anlehnung an das Kartellrecht?**
- 3. Anlehnung an das Verwaltungsrecht?**



Bewertung: Ablauf des Vergabeverfahrens

- **Bekanntmachung:**
gar nicht / lokal / Bundesanzeiger / EU-Amtsblatt?

- **„Strukturiertes Bieterverfahren“**

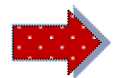
- ➔ **- keine grds. Änderung**
- höhere Transaktionskosten



Bewertung: Vergabekriterien

Deutsche Praxis:

- (Keine) Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien?
- Welche inhaltlichen Kriterien sind zulässig?



Richtlinie beseitigt die Unsicherheiten nicht

Bewertung: OLG Hamm vom 26.09.2012 (Fall Bad Sassendorf)



Zulässige Wertungskriterien sind u. a.

- Wasserqualität / Wasserhärtegrad**
- Herkunft des Wassers / Eignung des Wassers**
- Preisgünstigkeit und Verbraucherfreundlichkeit / Hausanschlusskosten**
- Beschäftigungsort des netznotwendigen Personals**

Bewertung: Laufzeit

Deutsche Praxis:

- Keine Laufzeitbeschränkung für Konzessionsverträge
(anders Energiewirtschaft: max. 20 Jahre)
- Regelmäßig wohl Laufzeit von 20 Jahren, z. T. mit
Verlängerungsmöglichkeit

➔ Warum Regelung nur in der
Konzessions-Rili?



Bewertung: Endschaft

- **Wasserwirtschaftliche Konzessionsverträge sehen regelmäßig Ersatz des Sachzeitwertes vor**
- **Keine Parallele zu Energiekonzessionen (Begrenzung des Sachzeitwertes durch den Ertragswert)**
- **Herausgabe des Versorgungsnetzes oder ggf. auch des Wasserwerks?**

 **Keine Rili-Regelung vorgesehen**

Bewertung: Rechtsschutz

Deutsche Praxis:

- **Kartellbehörden nicht in besonderem Maße aktiv**
 - **Kommunalaufsichten nicht in besonderem Maße aktiv**
 - **Zuständigkeit der Landgerichte für Fragen der Konzessionsvergabe**
- ➔ - **Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen bei der Umsetzung in das deutsche Recht**
- **bei weitem höhere Transaktionskosten**

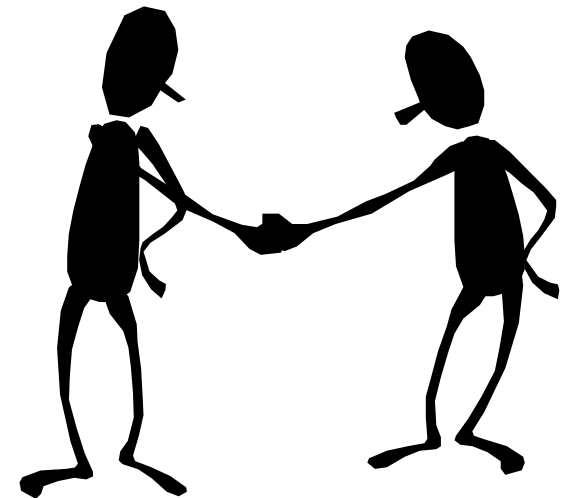


Bewertung: Vergaberechtliche Ausnahmetatbestände

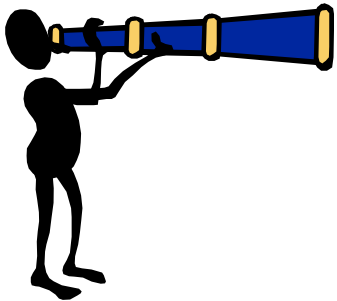
Deutsche Praxis:

- In-House-Geschäfte wohl verbreitet
- Interkommunale Zusammenarbeit verbreitet
- beide Ausnahmen ohne Nutzung der Konzession als Instrument möglich und verbreitet

 **kein spezielles Konzessionsproblem**



Fazit / Ausblick: Sicht der Kommission



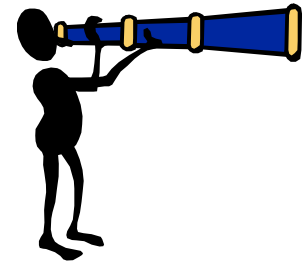
What is the proposal about?

- **Efficient spending of public money**
- **Improved access to market and transparency**
- **Facilitating PPPs (mobilisation of private capital) leading to improved investment opportunities & innovation**

(aus EU-Kommission, Referat am 19.11.2012)

Fazit / Ausblick: Aus Sicht der deutschen Praxis

Folgen für die Wasserwirtschaft?



- Hohe zeitliche und finanzielle Transaktionskosten
- Kaum Unterschiede bei Vergabe
 - öffentlicher Aufträge
 - Konzessionen
- - Rückgang der Konzession als Instrument
 - Rückgang der Beteiligung Privater
 - Flucht in ÖPP und In-House-Vergaben
- ➔ - Weniger Angebotsbreite,
 - weniger Innovation,
 - höhere Kosten

Fazit / Ausblick: Was kann man noch erreichen?

- **Ablehnung der Konzessions-Rili insgesamt?**
- **Ausnahme für Wasserversorgungskonzessionen?**
- **Eigene Richtlinie für die Wasserwirtschaft?**
- **Nur noch „schlanke Regelung“ als Inhalt der Rili?**
- **Erleichterung in Einzelaspekten?**
- **„Begradigungen“ bei anschließender Umsetzung in das deutsche Recht?**