

Whitepaper; 03.02.2017



# **5 Fakten zur Befreiung der Energieversorgung vom Vergaberecht**

von Elmar Bormacher

## Fakt 1: Beschaffungen für den Vertrieb von Energieversorgern vergabefrei

Auf Antrag des BDEW hat die EU-Kommission die Freistellung von Aufträgen, die im Zusammenhang mit Vertriebsaktivitäten stehen und nicht die Grundversorgung von Kunden betreffen, von den strengen Regeln des EU-Vergaberechtes befreit. Nachdem 2012 schon Beschaffungsvorgänge für die Erzeugung und den Erstabatz von Strom aus konventionellen Quellen freigestellt wurden, hat die EU-Kommission mit Beschluss vom 15. September 2016 (2016/1674/EU) nun auch Aufträge, die den Strom- und Gaseinzelhandel mit SLP- und RLM-Kunden ermöglichen sollen, vom europäischen Vergaberecht freigestellt. Energieversorgungsunternehmen, die in irgendeiner Form kommunal beherrscht werden, sollen in einem Bereich, der sich derart im Wettbewerb befindet, keine Nachteile im Gegensatz zu privaten Unternehmen erleiden, indem sie Aufträge nur in einem formalisierten Verfahren vergeben können.

Der Beschluss gilt nach § 3 SektVO und § 140 GWB nach der Bekanntmachung im Bundesanzeiger (erfolgt am 7.11.2016) auch im deutschen Recht, allerdings grundsätzlich nur für Aufträge ab Erreichen der Schwellenwerte.

### Fakt 2: Welche Aufträge sind freigestellt?

Zunächst einmal gilt die Freistellung direkt nur für Aufträge ab Erreichen der Schwellenwerte, diese sind:

- 418.000,00 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich,
- 209.000,00 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge außerhalb des Sektorenbereichs,
- 5.225.000,00 € für Bauaufträge in allen Bereichen.

Die Freistellung betrifft Aufträge und Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem:

- Stromeinzelhandel mit RLM-Kunden,
- Stromeinzelhandel mit SLP-Kunden,
- Erdgaseinzelhandel mit RLM-Kunden,
- Erdgaseinzelhandel mit SLP-Kunden.

Vom Vergaberecht freigestellt werden deshalb die folgend beispielhaft aufgeführten Leistungen:

- Kauf der Energieträger,
- Abrechnungsdienstleistungen,
- Marketing und Werbeaktivitäten, Messebesuche/ -beteiligungen,
- Inkassodienstleistungen,
- IT-Dienstleistungen, Software,
- Portfolio-Managementsysteme,
- Unternehmensberatungen und Wirtschaftsprüfungen,
- Callcenter-Leistungen,
- Errichtung und Unterhalt von Kundencentern oder Verwaltungsgebäuden.

### Fakt 3: Welche Aufträge sind nicht freigestellt?

Weiter ausgeschrieben werden müssen:

- Aufträge, die zur **Grund- oder Ersatzversorgung** von Kunden im Strom- oder Gasbereich dienen,
- der gesamte **Heizstrommarkt** oder die **Wärmeversorgung**,
- Aufträge zum Zwecke der Energieerzeugung aus **erneuerbaren Energien**,
- also auch Aufträge zur alternativen Versorgung, wie z. B. das **Contracting** oder die Installation von **PV-Anlagen**,
- Aufträge, die den **Netzbetrieb** einschließlich des **Messstellenbetriebs** betreffen,
- andere Energiedienstleistungen sowie Beschaffungen für Tätigkeiten **außerhalb der Energieversorgung** (Wasser, Abfall)!

### Fakt 4: Was ist, wenn nicht genau unterschieden werden kann, welchem Bereich eine Leistung zugewiesen werden muss?

Bei gemischten Aufträgen, also solchen, die nicht nur die freigestellten Vertriebstätigkeiten, sondern auch andere Bereiche wie den Netzbetrieb oder solche der Grundversorgung betreffen, muss der Schwerpunkt des Auftrages ermittelt werden. Nach der sogenannten „main-object-Lehre“ ist darauf abzustellen, ob der fragliche Auftrag hauptsächlich dem freigestellten oder dem nicht freigestellten Unternehmensbereich dient.

Die Vergabekammer Sachsen hat beispielsweise einen Auftrag zur Erneuerung und Wartung einer Telekommuni-

nikationsanlage im Hinblick auf die schon 2012 erfolgte erste Freistellung dahingehend untersucht, welcher Prozentsatz auf die damals schon freigestellten Bereiche der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels entfallen (VK Sachsen, Beschluss vom 09.12.2014, 1/SVK/032-14). Da die Anlage nur zu 23 % für die freigestellten Bereiche genutzt wurde, musste eine Ausschreibung erfolgen.

Im Hinblick auf die Errichtung einer Vertriebszentrale oder eines Kundencenters müsste dann (bestenfalls vor einer Auftragsvergabe) untersucht werden, zu welchem Anteil das Gebäude für den freigestellten Bereich und zu welchem Anteil für die nicht freigestellte Grundversorgung sowie Netzsachverhalte oder auch für Anfragen im Wasserbereich oder zu erneuerbaren Energien genutzt wird. Dies kann z. B. anhand der Anzahl der das Kundencenter nutzenden Sondervertragskunden oder grundversorgten Kunden ermittelt werden. Eine Aufteilung anhand der gelieferten Menge an kWh an Grundversorgungskunden oder sonstige Kunden wäre ebenfalls denkbar, vermutlich würde dies zu einem Übergewicht an Tätigkeiten für den freigestellten Sektor führen.

Im Bereich der Abrechnung könnte beispielsweise zu überlegen sein, ob und wie der mit abgerechnete Teil der Netzentgelte innerhalb der Gesamtabrechnungen berücksichtigt werden müsste. Ob und wie die Berücksichtigung staatlicher Anteile (Steuern, Abgaben) innerhalb des Bruttorechnungsbetrages sich auf eine Aufteilung auf Netz und Vertrieb auswirken, ist ebenfalls fraglich.

Letztendlich gilt damit das, was man mittlerweile routinemäßig bei nahezu jeder Rechtsänderung sagen kann: Viele Einzelfragen sind noch ungeklärt und müssen erst durch eine obergerichtliche Rechtsprechung beantwortet werden. Zunächst wird es wohl darauf ankommen, den Hauptgegenstand eines Auftrags sauber abzugrenzen und die Entscheidung konsequent - zuerst für den kommunalen Gesellschafter - zu begründen.

**Fakt 5: Was ist mit Leistungen im Unterschwellenbereich (das GWB und die SektVO gelten nur im Oberschwellenbereich)?**

Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte (Fakt 2) wird allgemein angenommen, dass keine landesrechtlichen Vorgaben angewandt werden müssen. Die Grundsätze des Vergaberechts, d. h. Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit sollten jedoch jedenfalls beachtet werden. Die Hoffnung, dass Näheres in Zukunft in der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) geregelt sein wird, hat sich bislang noch nicht bestätigt. Die UVgO ersetzt in Zukunft die bislang bestehende VOL/A. Das Bundeswirtschaftsministerium hat am 16.01.2017 die finale Fassung der UVgO an den Bundesanzeiger übermittelt, die UVgO wird allerdings erst mit einem Anwendungsbefehl der einzelnen Bundesländer in Kraft gesetzt. Eine Bezugnahme oder Erläuterung zur Anwendung der EU-Freistellung ist in der UVgO nicht enthalten, so dass noch keine Klarstellung über den Anwendungsbereich der Freistellung unterhalb der EU-Schwellenwerte erfolgt ist. Es wäre zu wünschen, dass der Verordnungsgeber in Zukunft für die Lieferungen und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich Klarheit schafft.

### **Sprechen Sie uns an**

Wir würden uns freuen, wenn Sie zu diesen oder anderen Themen den Kontakt zu uns aufnehmen. Sprechen Sie uns auch gerne auf (andere) Themenbereiche aus dem Energierecht an.

ENERKO. changing energy.

**RECHTSANWÄLTE Achterwinter**

**Elmar Bormacher**

**0211 / 530 660 20**

**[elmar.bormacher@achterwinter.de](mailto:elmar.bormacher@achterwinter.de)**