

Stuttgart, 09.07.2013

**Konzessionsvergabeverfahren  
- Zweiter Verfahrensbrief**

**Beschlußvorlage**

<b>Vorlage an</b>	<b>zur</b>	<b>Sitzungsart</b>	<b>Sitzungstermin</b>
Verwaltungsausschuss	Vorberatung	öffentlich	17.07.2013
Gemeinderat	Beschlussfassung	öffentlich	18.07.2013

**Beschlußantrag:**

1. Den sog. Zweiten Verfahrensbriefen in den Verfahren zur Vergabe der Konzessionen für das Stromversorgungsnetz und das Gasversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in Stuttgart sowie den Verfahren zur Auswahl möglicher Kooperationspartner für die Gründung von Kooperationsunternehmen, sog. „Institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaften“ (IÖPP's), wird zugestimmt.
2. Die Verwaltung wird beauftragt, auf der Grundlage der im Unterausschuss Konzessionsvergabe abgestimmten Vertragsentwürfe mit den jeweiligen Bietern zu verhandeln.
3. Der sog. Zweite Verfahrensbrief im Bereich Fernwärme soll erst nach einer weiteren Aufklärung der Fernwärmeversorgung in Stuttgart und einer Diskussion der Ergebnisse im Unterausschuss Konzessionsvergabe versendet werden. Die Verwaltung wird beauftragt, die notwendigen Schritte für die weitere Aufklärung der Versorgungssituation und die Schaffung der Grundlagen für die Diskussion in die Wege zu leiten und dies den Bietern mitzuteilen.

## **Begründung:**

### **1. Stand der Verfahren zur Vergabe der Konzessionen und zur Auswahl möglicher Kooperationspartner für die Gründung von IÖPP´s**

Der bestehende Konzessionsvertrag für die Bereiche Strom, Gas, Wasser und Fernwärme endet zum 31.12.2013. Zur Neuvergabe der Konzessionen für Strom, Gas und Fernwärme führt die Landeshauptstadt Stuttgart (LHS) jeweils transparente und diskriminierungsfreie Vergabeverfahren entsprechend den Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes (insbesondere § 46 EnWG) sowie der europarechtlichen und kartellrechtlichen Grundsätze durch.

Die Vorgehensweise der LHS mit einem drei-stufigen Verfahren (mit Dialog-, Verhandlungs- und Entscheidungsphase, vgl. GRDRs 312/2012) wurde auch mit dem Bundeskartellamt und der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg (als Landeskartellbehörde Baden-Württemberg) abgestimmt.

Nach den durchgeführten Interessenbekundungsverfahren haben die Interessenten am Abschluss von Konzessionsverträgen (sog. reine Konzessionierung) bzw. an der möglichen Gründung von institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaften (IÖPP´s) im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung die sog. Ersten Verfahrensbriefe mit den gewichteten Auswahlkriterien (GRDRs 477/2012) erhalten und erste indikative (unverbindliche) Angebote abgegeben. Im Rahmen der hierdurch eingeleiteten „Dialogphase“ wurde den Bietern auch die Möglichkeit gegeben, ihre Angebote im Unterausschuss Konzessionsvergabe vorzustellen und diesem gegenüber – nach ergänzenden Briefen der Verwaltung in der Dialogphase – weiter zu konkretisieren.

Am Verfahren beteiligt sind weiterhin folgende Unternehmen:

- Alliander AG
- EnBW Kommunale Beteiligungen GmbH
- EnBW Kraftwerke AG
- EnBW Regional AG
- Energieversorgung Schönau Schwäbisch Hall GmbH
- Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH
- Stadtwerke Stuttgart GmbH
- Thüga AG
- Veolia Wasser GmbH / LHI Leasing GmbH / Braunschweiger Versorgungs-AG & Co. KG (als Bietergemeinschaft)

Zum Abschluss der „Dialogphase“ wurden nun in Abstimmung mit dem Unterausschuss Konzessionsvergabe die sog. Zweite Verfahrensbriefe erstellt. Mit diesen sog. Zweiten Verfahrensbriefen sollen die Bieter überarbeitete Konzessionsvertragsentwürfe und soweit sich die Bieter für Kooperationen interessieren Unternehmenskonzepte inkl. Verträge zur Gründung von Kooperationsunternehmen (Gesellschafts- und Konsortialverträge) nach den Vorstellungen der LHS erhalten. Mit den Verfahrensbriefen werden die Bieter auf die Verhandlungsphase vor Abgabe der verbindlichen Angebote (bzgl. der reinen Konzessionsvergaben und/oder Kooperationen) vorbereitet.

Bevor die Bieter aufgefordert werden, abschließende, verbindliche Angebote vorzulegen, wird die Verwaltung Verhandlungen mit allen Bietern führen.

In der sich daran anschließenden „Entscheidungsphase“ werden nach Abgabe der verbindlichen Angebote die Vergabeentscheidungen auf der Grundlage der im Ersten Verfahrensbrief mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung für die Konzessionsvergaben und die Auswahl möglicher Kooperationspartner anhand der „Bewertungsmatrizen“ gefällt (GRDRs 477/2012). Somit sind in allen Verfahren auch weiterhin beide Optionen der Vergabe (reine Konzessionsvergabe oder Gründung eines Kooperationsunternehmens und Vergabe der Konzession an selbiges) offen. Mit den nach den „Bewertungsmatrizen“ obsiegenden Bietern werden die Konzessions- bzw. Kooperationsverträge geschlossen.

Die von den Bietern vor der Entscheidungsphase abzugebenden endgültigen Angebote werden also ausschließlich an den bereits gewichteten und am 19.07.2012 beschlossenen Auswahlkriterien (GRDRs 477/2012) gemessen.

## **2. Die sog. Zweiten Verfahrensbriefe und ihre Anlagen**

Mit den sog. Zweiten Verfahrensbriefen werden die Bieter über die Vorstellungen der LHS hinsichtlich der weiteren Verfahren und der Erwartungen bezüglich der – nach der Verhandlungsphase – abzugebenden, verbindlichen Angebote zum Abschluss von Konzessionsverträgen und/oder zur Gründung von Kooperationsunternehmen informiert.

Die Bieter, die sich für eine reine Konzessionsvergabe (Alleinkonzession) beworben haben, erhalten mit den sog. Zweiten Verfahrensbriefen für die anstehende Verhandlungsphase genaue Ausführungen der LHS, wie diese sich den jeweiligen Konzessionsvertrag vorstellen würde.

Bieter die auch Interesse an der Gründung von Kooperationsunternehmen haben, welche die Konzessionen erhalten könnten, bekommen darüber hinaus auch die Ausführungen und Vertragsentwürfe für Kooperationsmodelle nach den Vorstellungen der LHS.

### **2.1 Die Zweiten Verfahrensbriefe**

Neben den allgemeinen Ausführungen zum weiteren Verlauf der Vergabeverfahren, möchte die Verwaltung in den Zweiten Verfahrensbriefen aufgrund der Rechtsprechung des Landgerichts München I vom 01.08.2012 (Az. 37 O 22218/11) nochmals eine Klarstellung hinsichtlich der am 19.07.2012 beschlossenen Auswahlkriterien (GRDRs 477/2012) an die Bewerber richten.

Das Landgericht München I hat in einem Fall der streitigen Netzübernahme einen neu abgeschlossenen Konzessionsvertrag für nichtig erklärt, da sich die konzessionsvergebende Gemeinde – entsprechend dem Musterkonzessionsvertrages Baden-Württemberg – die Unterstützung bei Energiekonzepten zugesagt hat. Das Gericht wertete die Regelung zu den kommunalen Energiekonzepten als unzulässige Nebenleistung im Sinne des § 3 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV).

Zwar ist die Entscheidung umstritten und bisher noch ist nicht rechtskräftig, jedoch soll zur Stärkung der Rechtssicherheit des Verfahrens eine Klarstellung gegenüber den Bietern im Verfahrensbrief erfolgen.

In den Auswahlkriterien der LHS (GRDRs 477/2012) ist das Kriterium „Unterstützung bei der Aufstellung und Fortentwicklung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder bei Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit Elektrizität dienen, § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV“ als Unterpunkt der Kriterien-Gruppe B, Untergruppe I mit bepunktet. Entsprechende Regelungen finden sich auch in den Entwürfen der Konzessionsverträge (§ 10 Strom-KV, § 8 Gas-KV, § 13 Fernwärme-KV).

Es wird in den Zweiten Verfahrensbriefen nochmals klargestellt, dass von den Bietern keine unzulässigen Nebenleistungen im Sinne des § 3 KAV in Form von Finanz- oder Sachleistungen gefordert werden, sondern – im Lichte des landgerichtlichen Urteils – eine Art „intellektuelle“ Unterstützung und Anerkennung begrüßt wird. Weitergehendes wird bei der Vergabeentscheidung nicht berücksichtigt.

## **2.2 Die Konzessionsvertragsentwürfe (Anlagen zu den Zweiten Verfahrensbriefen)**

Die Konzessionsverträge für die Bereiche der Strom- und Gasversorgung werden allen Bewerbern mit den Zweiten Verfahrensbriefen übermittelt. Sie enthalten die aus Sicht der LHS günstigsten Regelungen und orientieren sich an den Vertragsentwürfen, die im Juli 2012 bereits beschlossen wurden (vgl. Anlagen 4 – 6 der GRDRs 477/2012).

Es haben sich durch die „Dialogphase“ lediglich kleinere Änderungen ergeben, die insbesondere auf Anregung der Bieter und im Hinblick auf die jüngste Rechtsprechung eingearbeitet wurden.

## **2.3 Vertragsentwürfe zur Ausgestaltung möglicher Kooperationsunternehmen (Anlagen zu den Zweiten Verfahrensbriefen)**

Neben der Bewerbung um die Stellung als Alleinkonzessionär (sog. „reine Konzessionierung“) bietet die LHS den Bietern auch die Möglichkeit, sich um die Stellung als möglicher Kooperationspartner der LHS zu bewerben.

Die Landeshauptstadt Stuttgart hat diesbezüglich bereits in den Ersten Verfahrensbriefen angekündigt, den Bietern ihre Vorstellungen über Kooperationsmodelle darzustellen.

- a.) Die Entwürfe für Konsortialverträge mit den wesentlichen Ausgestaltungen der möglichen Kooperationen

Die LHS schlägt den Bietern, die sich eine Kooperation mit der LHS vorstellen können, die Gründung von Netzeigentumsgesellschaften und Netzbetreiber-gesellschaften – jeweils in der Form einer GmbH – vor.

Für die LHS soll sich die Stadtwerke Stuttgart GmbH (SWS), deren Anteile mittelbar zu 100 % von der LHS gehalten werden, an den möglichen Kooperationsgesellschaften beteiligen.

Das Elektrizitätsversorgungsnetz soll – nach den Vorstellungen der LHS – langfristig (für die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrages) von den Netzeigentumsgesellschaften an die Netzbetreiber-gesellschaften verpachtet werden. Nur für den Fall, dass diese Ausgestaltung zu wirtschaftlichen, finanziellen, rechtlichen oder steuerrechtlichen Nachteilen führt, möchte sich die LHS eine Umstrukturierung vorbehalten.

Die LHS schlägt die Aufteilung in Netzeigentumsgesellschaften und Netzbetreiber-gesellschaften vor, weil sich damit vor dem Hintergrund der Entflechtungsvorschriften des EnWG ein größtmöglicher Einfluss auf die Netzeigentumsgesellschaften erreichen lässt. Darüber hinaus ermöglicht eine solche Aufteilung eine Differenzierung der Anteilshöhen.

Die Entwürfe für Konsortialverträge sehen zwei Varianten vor. Das sog. „Modell A“ schlägt die LHS Bietern vor, die sich unterschiedlich hohe Beteiligungen an der Netzeigentumsgesellschaften und der Netzbetriebsgesellschaften vorstellen können. Das sog. „Modell B“ schlägt die LHS Bietern vor, die eine gleich hohe Beteiligungen an den Netzeigentumsgesellschaften und den Netzbetreiber-gesellschaften anstreben.

Nach den von der LHS im Ersten Verfahrensbrief mitgeteilten Auswahlkriterien gibt es keine Präferenz für das Modell A oder das Modell B.

**Modell A: Für den Fall unterschiedlich hoher Beteiligungen an der jeweiligen Netzeigentums- und der Netzbetreiber-gesellschaft**

Die LHS strebt von Anfang an eine möglichst hohe Beteiligung an der jeweiligen Netzeigentumsgesellschaft an. In jedem Fall möchte die LHS, dass die SWS von Anfang an die Mehrheit der Anteile hält, d.h. mindestens 50,1 %. Liegt die anfängliche Beteiligung der SWS unter 74,9 %, möchte die LHS im Konsortialvertrag vorsehen, dass ihre Beteiligung zu einem möglichst frühen Zeitpunkt auf diesen Wert ansteigt.

Die LHS möchte dem Kooperationspartner zunächst die Mehrheit der Anteile an der jeweiligen Netzbetreibergesellschaft überlassen. Nach den Vorstellungen der LHS soll aber bereits im Konsortialvertrag vereinbart werden, dass sich die Beteiligung der SWS an der Netzbetreibergesellschaft stufenweise erhöht. Nach dem Ablauf des 10. Jahres nach der Übernahme des Netzes soll die SWS – nach den Vorstellungen der LHS – auch die Mehrheit der Anteile an der Netzbetreibergesellschaft halten. Nach dem Ablauf des 15. Jahres nach der Netzübernahme soll die SWS auch 74,9 % der Anteile an der Netzbetreibergesellschaft halten. Die LHS stellt sich folgende Entwicklung der Beteiligungsverhältnisse an der Netzbetreibergesellschaft vor:

<b>Beteiligungen an den Netzbetreibergesellschaften</b>		
	Anteile SWS	Anteile Partner
Zeitpunkt der Netzübernahme bis Zeitpunkt der Netzübernahme plus 4 Jahre	25,1 %	74,9 %
Ab Zeitpunkt der Netzübernahme plus 4 Jahre	49,9 %	50,1 %
Ab Zeitpunkt der Netzübernahme plus 10 Jahre	50,1 %	49,9 %
Ab Zeitpunkt der Netzübernahme plus 15 Jahre	74,9 %	25,1 %

Graphisch lässt sich die Ausgestaltung des Modells A wie folgt darstellen:  
(-> die Grafik konnte technisch leider nicht zur Verfügung gestellt werden)

Die LHS strebt von Anfang an eine Mehrheit an der jeweiligen Netzeigentumsgesellschaft an, weil sie – auch wenn dafür erhebliche Finanzmittel erforderlich sind – die notwendigen Investitionen in das Netz sicherstellen möchte. Die LHS möchte insbesondere erreichen, dass das Elektrizitätsversorgungsnetz und das Gasversorgungsnetz in Stuttgart zügig an die Anforderungen der Zukunft angepasst werden.

Dem Kooperationspartner soll für eine Übergangszeit die Mehrheit an der Betreibergesellschaft überlassen werden, weil der Kooperationspartner über Erfahrungen beim Betrieb von Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzen verfügt.

Darüber hinaus geht die LHS davon aus, dass die Netzbetreibergesellschaften Dienstleistungsaufträge ohne förmliches Vergabeverfahren an ihre Mehrheitsgesellschafter vergeben darf. Das dürfte – nach den Äußerungen mehrerer Bieter in der Dialogphase – für alle Bieter interessant sein.

Die LHS schlägt vor, für die von der LHS zu übernehmenden Anteile eine Vergütung zu vereinbaren, die dazu führt, dass die Kooperationspartner von steigenden Unternehmenswerten profitieren.

Für den Fall, dass sich die vorgeschlagene Konstruktion als ungünstig erweist, z. B. wegen einer Veränderung des regulatorischen Rahmens oder des Entstehens sog. „negativen Eigenkapitalverzinsungen“, möchte sich die LHS vorbehalten, dass nach dem Ablauf von 4 Jahren Umstrukturierungen erfolgen. Dazu möchte die LHS verlangen können, dass der/die Kooperationspartner seine/ihre Anteile an der jeweiligen Netzbetreibergesellschaft auf die Netzeigentumsgesellschaft überträgt oder dass beide Gesellschaften zu einer sog. „Großen Netzgesellschaft“ verschmolzen werden.

### **Modell B: Für den Fall identischer Beteiligungshöhen an der jeweiligen Netzeigentums- und der Netzbetreibergesellschaft**

Bieter, die von Anfang an eine gleich hohe Beteiligung am Netzeigentum und Netzbetrieb anstreben, schlägt die LHS ebenfalls die Gründung jeweils einer Netzeigentums- und einer Netzbetreibergesellschaft vor, wobei die Anteile der Netzbetreibergesellschaft vollständig von der Netzeigentumsgesellschaft gehalten werden könnten.

Das Modell B lässt sich graphisch wie folgt darstellen:

(-> die Grafik konnte technisch leider nicht zur Verfügung gestellt werden)

Im Modell B strebt die LHS von Anfang an eine möglichst hohe Beteiligung der SWS an der jeweiligen Netzeigentumsgesellschaft und damit mittelbar auch an der Netzbetreibergesellschaft an.

In jedem Fall möchte die LHS, dass die SWS von Anfang an die Mehrheit der Anteile hält, d.h. mindestens 50,1 %. Liegt die anfängliche Beteiligung der SWS unter 74,9 %, möchte die LHS im Konsortialvertrag vorsehen, dass ihre Beteiligung zügig auf diesen Wert ansteigt.

#### b.) Gesellschaftsverträge

In den Gesellschaftsverträgen für die Netzeigentumsgesellschaften und die Netzbetreibergesellschaften sind – nach dem Muster anderen Beteiligungsgesellschaften der LHS – die Organisation mit den konkreten Rechten und Pflichten geregelt.

Hierzu zählen insbesondere auch folgende Regelungen:

- Festlegung auf die Rechtsform der GmbH.
- Höhe des Stammkapitals.
- Höhe der übernommenen Geschäftsanteile und damit der anfänglichen Beteiligungshöhe an den Kooperationsgesellschaften.
- Organisation und Kompetenzen der drei Organe Geschäftsführung, Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung sowie deren Verhältnis zueinander durch Zuweisung von Zuständigkeiten.
- Zustimmungsvorbehalte für Maßnahmen der Geschäftsführung.
- Vinkulierung der Geschäftsanteile.
- Einbeziehung des Corporate Governance Kodex der LHS.

### c.) Pachtverträge

In den vorgestellten Zielmodellen ist vorgesehen, dass die jeweiligen Netzeigentumsgesellschaften die Netze dauerhaft an die jeweiligen Netzbetreibergesellschaften verpachten und diese das operative Geschäft übernehmen.

Zentrale Regelungsgegenstände der dabei zugrundeliegenden Pachtverträge sind:

- Übertragung aller zum Netzbetrieb notwendigen Rechte und Pflichten auf die Pächterin, soweit diese bei der Übertragung der Netze ebenfalls auf die Verpächterin übergegangen sind.
- Pachtentgelt einschließlich der Behandlung von Baukostenzuschüssen.
- Abstimmung zwischen den Geschäftsführern der Kooperationsgesellschaften über Investitionen in die Netze.
- Endschaftsregelungen hinsichtlich der Rückübertragung der von der Verpächterin an die Pächterin zu Beginn des Pachtvertrages übertragenen Rechte und Pflichten, hinsichtlich der Übertragung des Eigentums von betriebsnotwendigen Anlagegütern an die Verpächterin einschließlich entsprechenden Bewertungsregelungen sowie hinsichtlich der Herausgabe der für die Übertragung der Erlösobergrenzen notwendigen Daten sowie Verpflichtung zur gemeinsamen Antragstellung auf Neufestlegung der Erlösobergrenze im Falle eines teilweisen Übergangs der Netze.

### **3. Fernwärme**

Wie in der GRDRs 477/2012 bereits näher ausgeführt, gelten die Regelungen des § 46 EnWG, der die Grundzüge für das Vergabeverfahren für die Strom- und Gasversorgungsnetze vorgibt, nicht für den Bereich der Fernwärmeversorgung. Die Rechtslage ist in diesem Bereich umstritten und noch weitgehend ungeklärt.

Die LHS geht insbesondere nach dem europäischen Primärrecht sowie nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes davon aus, dass auch die Fernwärmeversorgung im Rahmen eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens vergeben werden muss, wenn die LHS die Aufgabe nicht vollständig selbst übernehmen möchte. Jedoch gibt es weder einen speziellen gesetzlichen Eigentumsübertragungsanspruch (entsprechend § 46 Abs. 2 EnWG) noch ist das Verfahren der Konzessionsvergabe eindeutig geklärt. Die LHS sieht gleichwohl aufgrund der Rechtsprechung des OLG Frankfurt einen zivilrechtlichen Übertragungsanspruch als gegeben an und vertritt weiter die Ansicht, dass bei der Vergabe der Konzession nicht nur über die Netze, sondern auch über die gesamte Versorgung (also einschließlich der Kunden-/Lieferverhältnisse) entschieden wird.

Der bisherige Konzessionär im Bereich der Fernwärmeversorgung – die EnBW Erneuerbare und Konventionelle Erzeugung AG (bis zum 01.05.2013 die EnBW Kraftwerke AG) – bestreitet die Notwendigkeit eines Vergabeverfahrens und ist der Ansicht, die LHS müsse auch ohne förmliches Verfahren einen neuen Konzessionsvertrag mit ihr abschließen, so dass ihr demnach im Hinblick auf das bestehende Fernwärmenetz eine Art „Ewigkeitsrecht“ zustehen würde.

Da es für den Bereich der Fernwärmeversorgung keine gesetzlichen Regelungen zur Datenüberlassung gibt, konnte die LHS noch nicht alle Details der Fernwärmeversorgung von Stuttgart aufklären und das weitere Vorgehen sowie die Ziele der LHS im Unterausschuss Konzessionsvergabe diskutieren.

Bis zur Klärung der Details und der Ziele der LHS soll das Verfahren der Konzessionsvergabe ruhen. Dies wird den Bewerbern mitgeteilt.

#### **Finanzielle Auswirkungen**

#### **Beteiligte Stellen**

Fritz Kuhn

#### **Anlagen**

Sog. Zweiter Verfahrensbrief (Strom)