

**VERGABERECHTLICHES  
GUTACHTEN**

**zur**

**Vergabe eines Vertrages  
für die technische Betriebsführung der Straßenbeleuchtung  
in der Stadt Delitzsch  
an die Stadtwerke Delitzsch GmbH**

  
BUSE HEBERER FROMM

erstellt von

RECHTSANWALT UND FACHANWALT FÜR VERGABERECHT  
DR. STEFAN POOTH

## 1 Ausgangslage

Die Stadt Delitzsch ist Eigentümerin der Straßenbeleuchtungsanlagen im Stadtgebiet mit derzeit 3471 Leuchtpunkten (Stand 01.01.2018). Ihr Eigentum umfasst sowohl die oberirdischen Masten und Leuchten wie auch die Kabel bis zum örtlichen Stromverteilnetz.

Eigentümer des örtlichen Verteilnetzes ist die Stadtwerke Delitzsch GmbH (SWD), vormals firmierend unter „Technische Werke Delitzsch GmbH“. Gesellschafter der Stadtwerke Delitzsch GmbH sind mit 51,2 Prozent die Wohnungsgesellschaft der Stadt Delitzsch mbH, eine Tochtergesellschaft der Stadt Delitzsch, mit 30,5 Prozent die Gelsenwasser Stadtwerkedienstleistungs GmbH und mit 18,3 Prozent die envia Mitteldeutsche Energie AG.

Die Leuchten, Straßenbeleuchtungskabel und Kabelübergangskasten sind teilweise auf Freileitungsmasten (ca. 150 Stück) bzw. Grundstücken montiert, welche im Eigentum der SWD stehen und durch die SWD betrieben werden. Zudem teilen sich das Straßenbeleuchtungsnetz und Netz der allgemeinen Versorgung in Freileitungsbereichen einen PEN (Leiter, welcher gleichzeitig Schutzleiter (PE) als auch Nullleiter (N) ist), wobei das Stromnetz in großen Teilen mit dem Straßenbeleuchtungsnetz verflochten ist (Beleuchtungsfreileitung mitführend: 9.874,3 m).

Die SWD ist Eigentümerin der Kombifreileitungen und der Schaltstellen mit separatem Kabelverteilerschrank, die mit der Straßenbeleuchtung in Verbindung stehen. Die Kabelverteilerschränke der Straßenbeleuchtung befinden sich an Schaltstellen der SWD. Die Grundstücke, auf welchen die Kabelverteilerschränke stehen, gehören oftmals und in vielen Fällen der SWD.

Die SWD gewährleistet zudem die Sicherung der Schaltstellen (bspw. Trafostation), an welchen die Kabelverteilerschränke angebracht sind. Arbeiten auf den Grundstücken der Schaltstellen gefährden ebenfalls den sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Netzbetrieb.

Darüber hinaus sind die Grundstücke der Schaltstellen mitunter durch Sicherungsmaßnahmen (Schutzzaun) für Dritte nicht ohne Zustimmung der SWD zugänglich.

Der Zugriff auf diese Anlagen ist jedoch unerlässlich, um insbesondere die unterirdischen Kabel, die zur Straßenbeleuchtung gehören, warten und instand halten zu können.

Die einzige Alternative wäre, dass eine technische Entflechtung vorgenommen wird, welches es einem Dritten erlauben würde, die Straßenbeleuchtung zu betreiben, ohne dass dazu in das Eigentum der SWD eingegriffen werden müsste. Dies würde jedoch Kosten in beträchtlicher Höhe verursachen.

Die Stadt Delitzsch hat mit der SWD einen den „Vertrag zur Durchführung von Leistungen durch die Technische Werke Delitzsch GmbH (TWD GmbH) für die Stadt Delitzsch Dienstleistungsvertrag Straßenbeleuchtung/ektroarbeiten“ geschlossen. Dieser läuft zum 31.12.2020 aus.

Für die Zeit danach möchte die Stadt Delitzsch auch weiterhin die SWD mit den technischen Dienstleistungen für die Straßenbeleuchtung beauftragen.

Angestrebt wird ein langfristiger Vertrag über 10 Jahre mit 2 Verlängerungsoptionen über jeweils 5 Jahre, dessen Auftragsvolumen mehr als 221.000 Euro (netto) beträgt.

## **2 Frage**

**Darf die Stadt Delitzsch den Vertrag über die Erbringung von technischen Dienstleistungen für die Straßenbeleuchtung ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens mit der SWD schließen?**

## **3 Ergebnis**

Die Stadt Delitzsch darf die SWD ohne einen Vergabewettbewerb mit technischen Dienstleistungen zum Betrieb der Straßenbeleuchtung über 10-20 Jahre beauftragen.

Zwar ist die Stadt Delitzsch als öffentliche Auftraggeberin an das Vergaberecht gebunden, sie darf die SWD jedoch in einem europaweiten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und damit direkt beauftragen. Denn nach den neuen Regelungen der Vergabeverordnung (VgV) liegt ein Ausschließlichkeitsrecht zu Gunsten der SWD vor, weil sie als Eigentümerin ein Ausschließlichkeitsrecht an für den Betrieb der Straßenbeleuchtung wesentlichen technischen Anlagen hat.

Die Stadt Delitzsch ist nicht gezwungen, Leistungen zu vergeben, die aufwändige Entflechtungsmaßnahmen erfordern, nur um Wettbewerb zu schaffen, der aufgrund der Pächterrechte der SWD an für den Betrieb wesentlichen technischen Einrichtungen aus technischen Gründen nicht bestehen würde.

Dies führt dazu, dass eine Direktbeauftragung der SWD im Wege eines europaweiten Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen öffentlichen Aufruf zum Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV zulässig wäre.

Der guten Ordnung halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine Vergabekammer und/oder ein Gericht auch zu einem anderen Ergebnis kommen könnte, weil die technischen Voraussetzungen anders beurteilt werden, die besseren Argumente sprechen jedoch für die Vergabefreiheit.

Restrisiken können dadurch vermieden werden, dass die beabsichtigte Vergabe gemäß § 135 Abs. 3 GWB im EU-Amtsblatt angekündigt wird. Der Vertrag hätte in jedem Fall Bestand, wenn gegen die angekündigte Vergabe innerhalb von 10 Kalendertagen ab Veröffentlichung kein Vergabenachprüfungsverfahren eingeleitet wird.

Zudem wird den Belangen des Wettbewerbs mit der Ankündigung im EU-Amtsblatt Rechnung getragen, denn sie gibt Unternehmen die Möglichkeit, die angekündigte Direktvergabe vor ihrem Vollzug in einem Vergabenachprüfungsverfahren überprüfen zu lassen.

Im Einzelnen:

### **3.1 Anwendungsbereich des Vergaberechts**

Der objektive, subjektive und sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts sind eröffnet.

### **3.1.1 Subjektiver Anwendungsbereich des Vergaberechts**

Die Stadt Delitzsch unterliegt als öffentliche Auftraggeberin nach § 99 Nr. 1 GWB dem subjektiven Anwendungsbereich des Vergaberechts und muss ihren Beschaffungsbedarf daher grundsätzlich nach Maßgabe des Vergaberechts realisieren.

### **3.1.2 Objektiver Anwendungsbereich des Vergaberechts**

Der objektive Anwendungsbereich des Vergaberechtes ist eröffnet, weil die Vergabe eines Straßenbeleuchtungsvertrags für die Stadt Delitzsch ein öffentlicher Auftrag nach § 103 Abs. 1, 4 GWB ist.

Öffentliche Aufträge i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Dies ist für technische Dienstleistungen zum Betrieb der Straßenbeleuchtung gegeben, weil die Stadt Delitzsch technische Leistungen zum Betrieb der Straßenbeleuchtung gegen Entgelt bei der SWD einkaufen möchte.

### **3.1.3 Sachlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts**

Auch der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist eröffnet, weil das Auftragsvolumen den Schwellenwert in Höhe von 221.000 Euro (netto) gem. § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. VO (EU) 2017/2365 übersteigt.

## **3.2 Zulässigkeit der Direktvergabe als Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 VgV**

Obschon der Auftrag der Anwendung des Vergaberechts unterliegt, sprechen überzeugende Argumente jedoch für die Zulässigkeit einer Direktvergabe an die SWD. Denn das Vergaberecht kennt selbst Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen die Stadt Delitzsch auf einen Vergabewettbewerb verzichten darf. Dies ist insbesondere dann

der Fall, wenn beispielsweise aus technischen oder rechtlichen Gründen nur ein potenzieller Auftragnehmer für das Erbringen der Dienstleistung in Betracht kommt.

Hierzu bestimmt § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV dass ein Wettbewerbsverzicht erlaubt ist, wenn aufgrund eines Ausschließlichkeitsrechts nur ein Bieter für die Auftragsvergabe in Betracht kommt.

Zudem bestimmt § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV, dass ein Wettbewerbsverzicht erlaubt ist, wenn aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist und es gem. § 14 Abs. 6 VgV keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabe-parameter ist.

Diese Voraussetzungen liegen im Fall der Beauftragung der SWD vor.

### **3.2.1 Ausschließlichkeitsrecht nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV**

Zunächst liegt ein Ausschließlichkeitsrecht nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV vor. Denn die SWD ist Eigentümerin von Anlagen, die für den Betrieb der Straßenbeleuchtung erforderlich sind.

Zu den Ausschließlichkeitsrechten zählen auch das Eigentum und eigentumsähnliche Rechte.

- Hirsch/Kaelble, in Müller-Wrede, VgV Kommentar 2017, § 14 VgV, Rz. 186; OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.8.2011 – 11 Verg 3/11; vgl. auch VK Bund, Beschluss v. 18.2.2016 – VK 2-137/15.

Der Wettbewerbsverzicht ist daher dann erlaubt, wenn die Stadt Delitzsch ihren Beschaffungsbedarf nur mit dinglich Verfügungsberechtigten oder jedenfalls unter dessen Zuhilfenahme decken kann.

- Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. 5. 2003, Az.: Verg 10/03.

In diesen Fällen ist die Verknüpfung des Auftrages mit einem bestimmten Unternehmen eine rechtliche Notwendigkeit bzw. bildet das Ausschließlichkeitsrecht ein rechtliches Hindernis bei der Vergabe an ein anderes Unternehmen.

So verhält es sich hier. Die Stadt Delitzsch kann einen Dritten nur dann mit der Herstellung, Erweiterung, Änderung, Erneuerung, Instandhaltung und dem Betrieb der Straßenbeleuchtungsanlagen beauftragen, wenn ihr das Verfügungsrecht an den Anlagen der SWD, zusteht.

Die Kabelverteilerschränke der Straßenbeleuchtung befinden sich jedoch an Schaltstellen der SWD. Die Grundstücke, auf welchen die Kabelverteilerschränke stehen, gehören ebenfalls der SWD. Die SWD gewährleistet als Eigentümerin die Sicherung der Schaltstellen (bspw. Trafostation) an welchen die KVS angebracht sind. Arbeiten auf den Grundstücken der Schaltstellen gefährden ebenfalls wieder den sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Netzbetrieb. Ohne ihr Einverständnis und das Einverständnis der SWD dürfen die Grundstücke daher nicht betreten werden.

Leuchten, Straßenbeleuchtungskabel und Kabelübergangskasten sind auf Freileitungsmasten der SWD montiert. Ein Zugriff hierauf ist nur mit dem Einverständnis der Eigentümerin SWD möglich.

Das Straßenbeleuchtungsnetz und das Netz der allgemeinen Versorgung teilen sich einen PEN. Instandhaltungsmaßnahmen an den Anlagen der Straßenbeleuchtung durch einen Dritten gefährden den sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Netzbetrieb, welche die SWD als Netzbetreiber schuldet. Daher kann ein externer Dienstleister nur mit Zustimmung der SWD dort tätig werden.

Damit liegt ein Ausschließlichkeitsrecht vor. Diese Auffassung wird auch durch die Rechtsprechung gestützt. In einer Entscheidung des OLG Koblenz zu Ausbaumaßnahmen an Straßenbeleuchtungsanlagen heißt es:

*„Nach § 3 Nr. 4a VOB/A ist die freihändige Vergabe eines Auftrages zulässig, wenn die öffentliche oder beschränkte Ausschreibung unzweckmäßig ist, besonders weil für die Leistung aus besonderen Gründen (z.B. Patentschutz, besondere Erfahrung oder Geräte) nur ein bestimmter Unternehmer in Betracht*

*kommt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Bekl. [die Kommune] hat durch Straßenbeleuchtungsvertrag vom 30.4.1986/20.1.1987 sowie Straßenbeleuchtungsvertrag (Anlage zum Zustimmungsvertrag § 4) vom 12.1.1994 dem Energieversorgungsunternehmen - EVU - den Bau, den Betrieb einschließlich der Stromlieferung und die Instandhaltung der gesamten Straßenbeleuchtungsanlage übertragen. Somit kam für die Bekl. [die Kommune] als Unternehmen, das Ausbaumaßnahmen an der Straßenbeleuchtungsanlage durchführt, lediglich das EVU in Betracht. [Hervorhebung nicht im Original]*

- Vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 09.04.1997, Az.: 6 A 12010/96.

Und in einer aktuelle Entscheidung des OLG Frankfurt zur Direktvergabe eines Pacht- und Betriebsführungsvertrages an den Eigentümer von Wasserversorgungsanlagen heißt es:

*„Die Antragsgegnerin [Kommune] kann sich zu Recht darauf berufen, dass der Pacht- und Betriebsführungsvertrag nur mit der Beigeladenen abgeschlossen werden konnte, da nur sie als Eigentümerin über die technischen Einrichtungen zur Wasserversorgung im Gemeindegebiet der Stadt 01 verfügt.“*

- Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.2011, Az.: 11 Verg 3/11.

### **3.2.2 Kein Wettbewerb aus technischen Gründen nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV**

Es lässt sich zudem mit sehr guten Argumenten vertreten, dass der Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV vorliegt und eine Wettbewerbspflicht nicht besteht, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist.

Im Hinblick darauf, dass der Betrieb der derzeitigen Straßenbeleuchtungsanlagen nur unter Nutzung des technischen Anlagen der SWD erfolgen kann, ist die Stadt Delitzsch vergaberechtlich nicht verpflichtet, eine Entflechtung und parallele Infrastrukturen im Bereich der Straßenbeleuchtung zu beauftragen, nur um eine wettbewerbliche Ausschreibung zum Betrieb der Straßenbeleuchtung durchführen zu können, welche aus vorstehenden Gründen nicht möglich ist, wenn man das bisher vorhandene Straßenbeleuchtungsnetz nutzen möchte.

Eine Pflicht zur Durchführung von wettbewerblichen Vergabeverfahren ergibt sich ausschließlich aus den vergaberechtlichen Vorschriften selbst. Die Stadt Delitzsch ist hier nach nicht verpflichtet, den Beschaffungsgegenstand danach auszurichten, dass ein

Bieterwettbewerb durchgeführt werden kann. Allein entscheidend ist ihr Beschaffungsbedarf. Dieser liegt in dem Betrieb der Straßenbeleuchtung unter Nutzung der vorhandenen technischen Infrastruktur.

Ein anderer Anbieter müsste eine technisch aufwändige und kostenintensive Entflechtung durchführen. Dies wäre mit einem zusätzlichen Aufwand, Unannehmlichkeiten und Risiken, wie z.B. Baustellentätigkeiten, verbunden, wenn die Stadt Delitzsch im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens den Bietern vorgeben würde, eine parallele, technische Infrastruktur im Bereich der Straßenbeleuchtung neben der der SWD aufzubauen. Zudem müssten verschiedene, unter Umständen komplexe Rechtsfragen im Hinblick auf die Nutzung von Grundstücken geprüft und geklärt werden.

Es ist keine vergaberechtliche Norm ersichtlich, die es der Stadt Delitzsch auferlegen würde, diesen Aufwand zu betreiben, nur um letztlich nicht auf die bereits vorhandene Infrastruktur zurückzugreifen und „künstlich“ Wettbewerb zu schaffen. Denn die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes obliegt allein dem Auftraggeber.

Dazu wird auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf, in der es heißt:

*„Wie der Senat mehrfach entschieden hat, ist der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen im rechtlichen Ansatz ungebunden und weitestgehend frei. Die Entscheidung wird von zahlreichen Faktoren beeinflusst, unter anderem von technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder solchen der (sozialen, ökologischen oder ökonomischen) Nachhaltigkeit. Die Wahl unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Sie muss zunächst getroffen werden, um eine Nachfrage zu bewirken. Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung. Einer besonderen vergaberechtlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf die Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den Auftraggeber nicht. Sie ergibt sich aus der Vertragsfreiheit. Die danach im jeweiligen Fall vorgenommene Bestimmung des Beschaffungsgegenstands ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen im Ausgangspunkt nicht zu kontrollieren (überwiegende Rechtsprechung der Vergabesenate der OLG, vgl. allein OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012, VII-Verg 10/12 – juris Tz. 41 m.w.N.).“*

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2014, VII - Verg 29 / 13

Dabei verbleibt dem Auftraggeber das Recht, den Beschaffungsbedarf auf eine bestimmte technische Konzeption festzulegen, sofern die Festlegung nicht auf sachfremden Gründen beruht.

- OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.11.2013, 15 Verg 5 / 13

In der vorgenannten Entscheidung heißt es:

*„Dennoch verbleibt dem Auftraggeber das Recht, den Beschaffungsbedarf auf eine bestimmte technische Konzeption festzulegen, sofern die Festlegung nicht auf sachfremden Gründen beruht.“*

- OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.11.2013, 15 Verg 5 / 13

Denn das Vergaberecht dient nicht dem Zweck, den Beschaffungsbedarf von öffentlichen Auftraggebern zu determinieren; diese sind nicht verpflichtet, einen Wettbewerb zu erzeugen, der aufgrund der technischen Gegebenheiten nicht existiert. Es soll lediglich gewährleistet werden, dass die Beschaffung in einem transparenten, diskriminierungsfreien und möglichst wettbewerblichen Verfahren erfolgt.

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010, VII-Verg 42/09

Demgemäß ist es legitim, wenn die Stadt Delitzsch den Betrieb der Straßenbeleuchtung unter Nutzung der vorhandenen technischen Anlagen beauftragen möchte. Denn ihr Beschaffungsbedarf geht allein dahin, den Betrieb der Straßenbeleuchtung unter Nutzung der vorhandenen Strukturen zu beauftragen, nicht jedoch dahin Entflechtungsmaßnahmen in Auftrag zu geben, die zudem kostenintensiv wären. Eine vernünftige wettbewerbliche Ersatzlösung oder Alternative im Sinne des § 14 Abs. 6 VgV ist daher nicht ersichtlich.

Dazu ist zu bedenken, dass die Stadt Delitzsch dem Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet ist. Dem würde es widersprechen, wenn sie eine tatsächlich vorhandene Infrastruktur nicht nutzen würde, sondern durch einen Dritten eine Parallelstruktur aufbauen lassen und Mehrkosten in beträchtlicher Höhe bezahlen würde.

Im Übrigen stellt sich die Frage, inwieweit die Stadt Delitzsch ein Wettbewerbsverfahren überhaupt diskriminierungsfrei durchführen könnte, wenn bis auf die SWD alle anderen Anbieter die erheblichen zusätzlichen Entflechtungskosten in ihr Angebot einpreisen müssten.

Daraus folgt, dass eine Pflicht zur Schaffung des Wettbewerbs für die Stadt Delitzsch nicht besteht. Es ist keine vergaberechtliche Norm ersichtlich, die sie verpflichten würden, eine offensichtlich teurere Lösung zum Gegenstand einer wettbewerblichen Ausschreibung zu machen, wenn sich die gleiche Leistung auch mit einer bereits bestehenden Infrastruktur realisieren lässt. Im Gegenteil: Das Vergaberecht erkennt mit dem europaweiten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb für die Fälle, in denen ein Marktteilnehmer eine Monopolsituation im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechtes hat, an, dass der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall auf einen Wettbewerb verzichten darf, statt teure Parallelinfrastrukturen zum Gegenstand eines Vergabeverfahrens und damit auch des Angebotspreises zu machen.

Düsseldorf, den 22.10.2018



Dr. Stefan Pooth  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Vergaberecht

