



dena-LEITFADEN

Energieliefer-Contracting (ELC)

Arbeitshilfe für die Vorbereitung und Durchführung von
Energieliefer-Contracting

Impressum

Herausgeber:

Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena)
Chausseestraße 128 a
10115 Berlin
Tel.: +49 (0)30 66 777-0
Fax: +49 (0)30 66 777-699
E-Mail: info@dena.de, info@kompetenzzentrum-contracting.de
Internet: www.dena.de, www.kompetenzzentrum-contracting.de

Autoren:

maierwoelfert rechtsanwälte partnerschaft mbB, München
Dr. Christoph Maier, Eduard Maier
Ursel Weißleder, dena
Dr. Ronny Bischof, dena

Konzeption & Gestaltung:

Heimrich & Hannot GmbH

Bildnachweis:

Titelbild – [shutterstock.com/Kaspars Grinvalds](https://www.shutterstock.com/Kaspars-Grinvalds)

Stand:

1. Auflage, 08/2018

Alle Rechte sind vorbehalten. Sämtliche Inhalte wurden mit größtmöglicher Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Die dena übernimmt keine Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit der bereitgestellten Informationen. Für Schäden materieller oder immaterieller Art, die durch Nutzung der dargebotenen Informationen unmittelbar oder mittelbar verursacht werden, haftet die dena nicht, sofern ihr nicht nachweislich vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verschulden zur Last gelegt werden kann.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
1. Einführung	7
1.1 Contracting	7
1.2 Contracting-Modelle.....	7
1.3 Anwendungsfälle für Energieliefer-Contracting.....	8
1.4 Vorteile des Energieliefer-Contractings	9
1.5 Umsetzung des Energieliefer-Contractings.....	9
1.6 Faktoren für ein erfolgreiches Contracting	10
2. Rechtliche Rahmenbedingungen	11
2.1 Finanzielle Rahmenbedingungen	11
2.1.1 Haushaltsrechtliche Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	11
2.1.2 Wirtschaftlichkeitsvergleich Energieliefer-Contracting vs. Eigenbetrieb	11
2.1.3 Aufsichtsrechtliche Genehmigung von Energieliefer-Contracting	12
2.1.4 Bindung von Fördermitteln an das Vergaberecht.....	12
2.1.5 Integration von Eigenversorgungsmodellen in Energieliefer-Contracting.....	12
2.2 Ordnungsrecht.....	13
2.2.1 Gebäudeenergiegesetz	13
2.2.2 Energieeinsparverordnung (EnEV)	13
2.2.3 Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG).....	14
2.2.4 Bau- und Immissionsschutzrecht.....	14
2.2.5 Klimaschutzgesetz/Treibhausemissionshandel	15
2.2.6 Netzanschluss.....	15
2.2.7 Drittmengenabgrenzung; Mitteilungspflichten	16
2.2.8 Wärmelieferverordnung (WärmeLV).....	16
2.3 Vertragsrecht	17
2.4 Steuerrecht	17
2.4.1 Energiesteuer und Stromsteuer	17
2.4.2 Umsatzsteuer und Ertragsteuer	17
2.5 Vergaberecht.....	19
3. Durchführung eines Energieliefer-Contractings	20
3.1 Phase 1: Projektfindung	20
3.2 Phase 2: Bestandsaufnahme und Versorgungskonzept	22
3.2.1 Bestandsaufnahme	22
3.2.2 Versorgungskonzept.....	22
3.2.3 Erste Wirtschaftlichkeitsüberlegungen.....	23
3.2.4 Konkrete Festlegung zu Projektumfang, Projektzuständigkeiten, Projektterminplan	23
3.3 Phase 3: Leistungsbeschreibung und Vertragsgestaltung.....	25
3.3.1 Leistungsbeschreibung	25
3.3.2 Vertragsgestaltung	27
3.3.3 Abstrakter Eigenregievergleich	31
3.4 Phase 4: Vergabeverfahren und Vertragsschluss	32
3.4.1 Vorbereitung des Vergabeverfahrens.....	32
3.4.2 Vergabeverfahren und Vertragsschluss.....	41
3.5 Phase 5: Vertragsdurchführung.....	48
3.5.1 Ausführungsplanung und Montageplanung des Contractors.....	48
3.5.2 Qualitätscontrolling und Termincontrolling in der Errichtungsphase	49
3.5.3 Wechselseitige Absicherungen.....	49
3.5.4 Betriebsphase.....	49

Vorwort

Die Bundesregierung hat sich mit dem Energiekonzept 2010 und den Beschlüssen zur Energiewende 2011 ehrgeizige Ziele gesetzt. Eine wichtige Rolle spielt dabei der Gebäudebereich: Hier soll der Wärmebedarf bis 2020 um 20 Prozent und der Primärenergiebedarf bis 2050 sogar um 80 Prozent sinken. Die öffentliche Hand nimmt in diesem Zusammenhang gegenüber Unternehmen und Bürgern eine Vorbildfunktion ein und sollte mit ihren Liegenschaften bei der Erhöhung der Energieeffizienz und dem Einsatz erneuerbarer Energien mit gutem Beispiel vorangehen.

Auch der Ende 2016 vom Bundeskabinett beschlossene Klimaschutzplan 2050 unterstützt dieses Ziel, indem er aufzeigt, wie Deutschland seine Ziele des Pariser Abkommens umsetzen will. Hierin ist festgeschrieben, dass Deutschland bis zum Jahr 2050 treibhausgasneutral sein wird. Für den Sektor Gebäude wurde der „Fahrplan für einen nahezu klimaneutralen Gebäudebestand“ entwickelt.

Bis 2030 soll hier eine Minderung um rund 67 Prozent (gegenüber 1990) erreicht werden. Hierzu sind unterschiedliche Schritte notwendig, von anspruchsvollen Neubaustandards über langfristige Sanierungsstrategien bis hin zur schrittweisen Abkehr von fossilen Heizungssystemen. Bislang geben Bund, Länder und Kommunen jedes Jahr mehrere Milliarden Euro für die Strom- und Wärmeversorgung ihrer öffentlichen Gebäude aus – und das, obwohl die Kassen ohnehin stark belastet sind. Durch Energieliefer-Contracting lassen sich diese Kosten deutlich reduzieren und erhebliche Einsparpotenziale realisieren.

Energieliefer-Contracting ist eine innovative Energiedienstleistung, die mit umfassenden Lösungskonzepten die Energieeffizienz von Energieerzeugungsanlagen steigert. Der Gebäudeeigentümer überträgt Aufgaben rund um die Effizienzsteigerung seiner Energieversorgungsanlagen auf einen spezialisierten Dienstleister, den sogenannten Contractor. Dieser entwickelt ein individuell auf das Gebäude und seine Nutzer zugeschnittenes Konzept zur Verbesserung der Energieeffizienz der Energieversorgungsanlagen. Er realisiert effiziente Energieversorgungsanlagen, tätigt in der Regel alle notwendigen Investitionen und kümmert sich um Wartung und Instandhaltung sowie die kontinuierliche Optimierung der Anlagentechnik.

Der Contractor betrachtet dabei das Gebäude und die angrenzende Peripherie ganzheitlich und entwickelt daraus nachhaltige Effizienzlösungen. Neben der Minderung des Energieverbrauchs ist auch die Energiekosteneinsparung grundsätzlich Bestandteil des Contracting-Modells. Für seine Dienstleistungen und die getätigten Investitionen erhält der Contractor eine monatliche Contracting-Rate.

Energieliefer-Contracting bietet folgende Vorteile:

- Eigene Investitionen können vermieden oder verringert werden (der Contractor refinanziert seine Investitionen über die monatliche Contracting-Rate).
- Energiekosten werden durch den Einbau energieeffizienter Anlagen und den effizienten Betrieb gesenkt.
- Die Energieeffizienz wird gesteigert, gleichzeitig wird ein Beitrag zum Klimaschutz geleistet.
- Fachwissen und Erfahrung des Contractors fließen in den Umbau z. B. einer Heizungsanlage ein.
- Es werden innovative und energiesparende Technologien eingesetzt.
- Die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand wird erfüllt.
- Wirtschaftliche und technische Risiken werden auf den Contractor übertragen.
- In der Regel werden innovativere Maßnahmen umgesetzt, als dies ohne die Einbindung eines Contractors erfolgen würde.

In dem vorliegenden Leitfaden werden das Vorgehen bei der Umsetzung von Energieliefer-Contracting von der Projektentwicklung, der Durchführung der Vergabe bis zum Vertragsabschluss, die weiterführende Projektumsetzung sowie Controlling und Betriebsphase praxisnah dargestellt.

Teil 1 vermittelt Erfahrungen und gibt Antworten auf typische Fragen der Bauverwaltungen:

- Wann kann Energieliefer-Contracting sinnvoll angewendet werden?
- Was sind die Leistungen des Contractors?
- Wie funktioniert die Vergütung beim Energieliefer-Contracting?
- Welche Liegenschaften und welche Maßnahmen sind geeignet?
- Wie wird die Entscheidung über die Beschaffungsvariante vorbereitet?
- Wie wird vergaberechtlich konform ausgeschrieben und vergeben?
- Wie werden die Angebote bewertet und wie wird der Vergleich mit der Eigenrealisierung durchgeführt?

Teil 2 enthält Arbeitsmaterialien. So findet sich dort ein Beispiel-Wärmelieferungsvertrag.

Der vorliegende Leitfaden wurde durch die dena im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für die Umsetzung von Contracting-Vorhaben in öffentlichen Liegenschaften entwickelt. Eine Anwendung des Leitfadens für Bundesliegenschaften, kommunale und landeseigene Liegenschaften ist ausdrücklich erwünscht.

Die Hinweise in den nachfolgenden Abschnitten beruhen auf den rechtlichen Regelungen mit Stand August 2018.

Bitte informieren Sie sich bei der Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens stets über die aktuelle Rechtslage zum Vergabe-, Energie- und Steuerrecht, insbesondere auch im Hinblick auf die landesspezifischen Regelungen in Landesvergabe- und/oder Tariftreuegesetzen.

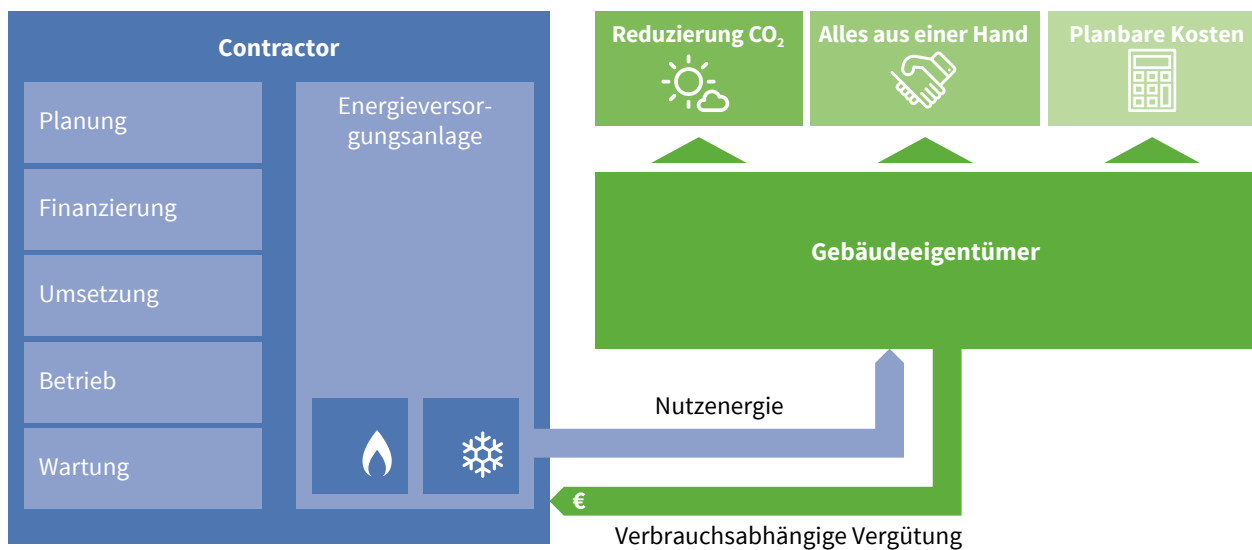
1

Einführung

1.1 Contracting

Der Begriff „Contracting“ ist in Deutschland seit den 1990er-Jahren im Energiebereich geläufig. Er bezeichnet die längerfristige Übertragung von Leistungen im Zusammenhang mit bestimmten Versorgungsaufgaben (zumeist im Bereich der Energie) an einen Dritten.

Ein Contractor modernisiert die Energieversorgungsanlage und liefert dem Auftraggeber Nutzenergie



1.2 Contracting-Modelle

Die DIN 8930 Teil 5 definierte 2003 erstmals vier verschiedene Contracting-Varianten in ihren reinen Ausprägungen.

- Energieliefer-Contracting (auch Anlagen-Contracting oder Nutzenergielieferung)
- Energiespar-Contracting (auch Performance-Contracting oder (Energie-)Einspar-Contracting)
- Finanzierungs-Contracting (auch Third-Party-Financing oder Anlagenbau-Leasing)
- Betriebsführungs-Contracting (auch Technisches Anlagenmanagement)

Neben den reinen Ausprägungen des Contractings gibt es viele Mischformen und Weiterentwicklungen. Dieser Leitfaden behandelt das Energieliefer-Contracting.

1.3 Anwendungsfälle für Energieliefer-Contracting

Energieliefer-Contracting ist die meistverbreitete Form des Liefer-Contractings. Hauptanwendungsbereich sind Erneuerungen oder Erstinstallationen von Energieerzeugungsanlagen durch den Contractor. Übliche Vertragslaufzeiten liegen bei 5–20 Jahren. Mit dem Energieliefer-Contracting wird oft das Ziel verfolgt, anspruchsvollere Technologien unter Verlagerung des Errichtungs- und Betriebsrisikos an einen Contractor auszulagern, möglichst unter Erreichung von wirtschaftlichen Vorteilen gegenüber der Eigenrealisierung. Der Auftraggeber erhält im Ergebnis vom Contractor gegen Zahlung einer Vergütung Nutzenergie geliefert. Alle mit der Lieferung einhergehenden Risiken liegen beim Contractor.

Die Anforderungen an die Nutzenergielieferung werden vom Auftraggeber vorab definiert, auf Basis dieser Festlegungen wird die Leistung im **Wettbewerb** eingekauft. Der Auftraggeber bezahlt an den Contractor üblicherweise einen Grundpreis pro Jahr (Investition und Anlagenbetrieb) und einen Arbeitspreis pro Einheit Nutzenergie (Primärenergiebeschaffung). Beide Preise werden über eine Preisanpassungsklausel transparent über die gesamte Vertragslaufzeit fortgeschrieben.

Im Rahmen eines Energieliefer-Contractings können alle **Nutzenergiearten** (Heiz- und Prozesswärme, Prozessdampf, Strom, Kälte, Licht, Druckluft, Wasser, Abwasser), auch in Kombination, geliefert bzw. abgenommen werden.

Das Energieliefer-Contracting ist völlig **technologieoffen**. So können insbesondere Erzeugungsanlagen, welche Querschnittstechnologien zum Einsatz bringen, wie z. B. Kraft-Wärme-Kopplung, Wärmerückgewinnung, Abwärmennutzung, Druckluftlieferung, Raumlufttechnik, Gegenstand der Leistung des Contractors sein.

Der Auftraggeber wird in der Regel bestimmte Erzeugungstechnologien im Rahmen eines Hauptangebots vorgeben, in jedem Fall sollten immer Nebenangebote der Contractoren im Wettbewerb zugelassen werden, im Rahmen derer innovative und praxisbewährte Sonderlösungen vorgeschlagen werden können.

Typische Anforderungen an eine für ein Energieliefer-Contracting geeignete **Versorgungsaufgabe** sind:

- Nutzenergieversorgung im Rahmen eines Neubaus
- Modernisierungsbedarf einer Bestandsenergiezentrale
- Erzeugungsanlagen unter Verwendung innovativer Technologien (Querschnittstechnologien)
- Hohes Errichtungs- und Betriebsrisiko
- Anpassung der Energietechnik im Rahmen der energetischen Sanierung von Gebäuden

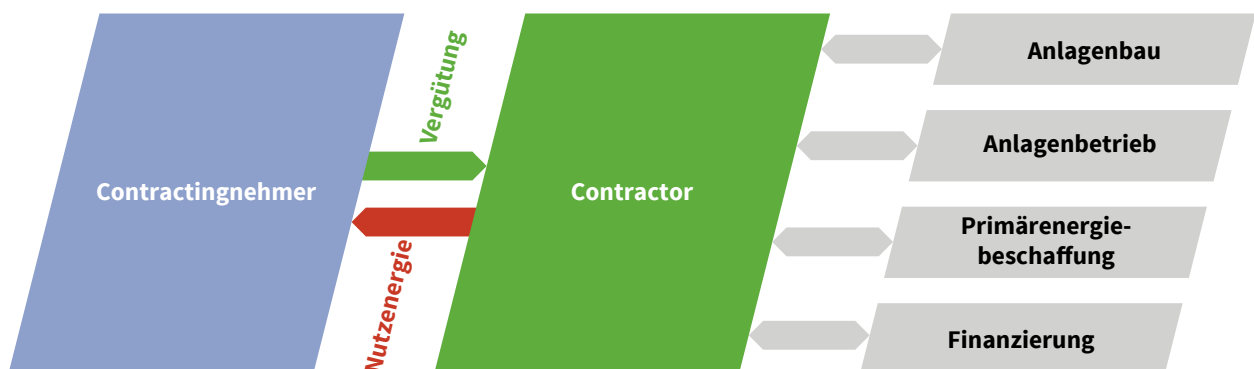
Die bestehenden oder zu erwartenden jährlichen Energiekosten sollten 10.000 Euro nicht unterschreiten, da zum einen die Durchführung einer Contracting-Ausschreibung mit Aufwendungen beim Auftraggeber verbunden ist. Zum anderen besteht für sehr kleine Maßnahmen kaum ein Markt. Hier wäre dann gegebenenfalls an Lösungen im Rahmen des Modells „Handwerker-/KMU-Contracting“ zu denken. Soweit die jährlichen Energiekosten über 80.000 Euro liegen und durch Maßnahmen mit überschaubarem Investitionsaufwand eine erhebliche Einsparung zu erwarten ist, sollte auch über ein Energiespar-Contracting (siehe hierzu dena-Leitfaden ESC) nachgedacht werden.

Hinsichtlich der Bestandsversorgungssituation sollte immer geprüft werden, ob langfristige, nicht oder nur mit negativen wirtschaftlichen Folgen kündbare Versorgungsverträge (z. B. Fernwärme) bestehen.

Der **Auftraggeber** sollte Eigentümer der Liegenschaft sein bzw. die Durchführung der Maßnahme sollte wenigstens im Einvernehmen mit dem Eigentümer erfolgen (Bestellung von Dienstbarkeiten, siehe unten Ziffer 3.3.2.3).

Eine Aufgabe der Nutzung oder Veräußerung der Liegenschaft sollte eher unwahrscheinlich sein (Struktursicherheit).

Das Modell Energieliefer-Contracting



1.4 Vorteile des Energieliefer-Contractings

Die Durchführung eines Energieliefer-Contractings bringt typischerweise eine Reihe von Vorteilen mit sich.

So folgt die gewählte Aufgabenverteilung zuallererst dem ökonomischen **Prinzip der Spezialität** („**jeder macht das, was er kann**“). Hier wird davon ausgegangen, dass jeder, der sich auf eine Aufgabe konzentriert, dort Sonderkompetenz aufbaut, diese anwendet und damit bessere und/oder wirtschaftlichere Ergebnisse erzielt. Originäre Kompetenz beispielsweise einer Universität ist die Vermittlung und Weiterentwicklung von Wissen in Lehre und Forschung. Ein Contractor bringt eine besondere Kompetenz in Auslegung, Errichtung und Betrieb von Versorgungssystemen mit.

Im Vergleich zur Eigenrealisierung bringt der **Contractor** bei der Planung und Auslegung der Anlage einen **Betriebsfokus** mit, da ja die Effizienz des Prozesses der Nutzenergieerzeugung und -lieferung an den Auftraggeber in seinem originären wirtschaftlichen Interesse liegt. Dieser Fokus ist gerichtet auf einen optimierten und effizienten Anlagenbetrieb. In der **Eigenrealisierung** wird von den beteiligten Bauabteilungen und den Haustechnikplanern eher ein auf Spitzen und Puffer ausgelegtes, **überdimensioniertes Anlagenlayout** gewählt. Erfahrungen mit dem Betrieb von Anlagen sind dort oft nur unzureichend vorhanden oder wurden in der Vergangenheit nicht in ausreichendem Maße reflektiert.

Im Rahmen eines Energieliefer-Contractings muss der Auftraggeber die benötigte Infrastruktur **nicht aus eigenen oder am Kapitalmarkt besorgten Mitteln** finanzieren. Interne Vorgaben für Investitionsprojekte aus Eigenmitteln (z. B. vorgegebene Amortisationszeiten) verlieren so an Relevanz.

Ein ganz wesentlicher Faktor ist natürlich die **Auslagerung von technischen und wirtschaftlichen Risiken** im Zusammenhang mit der Planung und Errichtung der Anlage sowie mit dem Energieeinkauf und Betrieb der Anlage. Der Auftraggeber erhält termingerecht eine dauerhaft funktionsfähige Anlage. Der Contractor ist zuständig für Betrieb und Instandhaltung. Der Auftraggeber hat hinsichtlich der getätigten Investitionen volle Kostensicherheit. Durch faire Regelungen zur Preisanpassung orientiert sich die Vergütung des Contractors an der Preis- und Marktentwicklung.

Daneben kann der Auftraggeber eigene Ressourcen an **Zeit und Personal** einsparen bzw. anderweitig einsetzen.

Auch muss der Auftraggeber sich nicht selbst um erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigungen kümmern.

Durch die Einsetzung eines externen, dauerhaft verfügbaren, spezialisierten Dienstleisters erhält der Auftraggeber insbesondere auch ein Mehr an **Versorgungssicherheit** gegenüber einer Eigenrealisierung mit – vor allem auch – eigenen Betrieb der Anlagen. Dort bleibt der Auftraggeber mit allen personellen und technischen Herausforderungen von Betrieb, Wartung und Instandhaltung selbst verantwortlich für die Funktion der Versorgungssysteme.

1.5 Umsetzung des Energieliefer-Contractings

Ein Energieliefer-Contracting wird typischerweise den nachfolgenden fünf Phasen umgesetzt:

- Phase 1: Projektfindung (Inhalte, Zuständigkeiten und Ablauf)
- Phase 2: Bestandsaufnahme und Versorgungskonzept
- Phase 3: Leistungsbeschreibung und Vertragsgestaltung
- Phase 4: Vergabeverfahren und Vertragsschluss
- Phase 5: Vertragsdurchführung

In der **Phase 1 (Projektfindung)** werden anhand der vorstehend beschriebenen Kriterien Vorüberlegungen zur bestehenden Versorgungsaufgabe und Geeignetheit eines Contractings angestellt. Im Falle eines positiven Ausgangs wird ein Projekt beschrieben, werden die aufseiten des Auftraggebers beteiligten Stellen ausgewählt, Verantwortlichkeiten definiert und zugeordnet sowie ein erster terminlicher Ablaufplan erstellt.

In der **Phase 2 (Bestandsaufnahme und Versorgungskonzept)** wird unter Beteiligung der Bauabteilung, der Nutzer sowie gegebenenfalls externer energiewirtschaftlicher Kompetenz eine eingehende Bestandsaufnahme aller projektrelevanten Energiedaten vorgenommen. Hier kann selbstverständlich idealerweise auf verfügbare Daten aus bestehenden Energiemanagementsystemen zurückgegriffen werden. Sodann wird auf Basis der gewonnenen Daten in der Regel unter Beteiligung externer Planer ein Energieversorgungskonzept für die bestehende Versorgungsaufgabe entwickelt. In der Phase 2 finden auch die Überlegungen und Festlegungen zu Nutzenergiearten und Technologien sowie die Auswahl des geeigneten Contracting-Modells statt. Schließlich werden hierzu erste Wirtschaftlichkeitsüberlegungen insbesondere unter Berücksichtigung eines Vergleiches von Contracting-Kosten mit einer möglichen Eigenrealisierung angestellt.

In der **Phase 3 (Leistungsbeschreibung und Vertragsgestaltung)** wird auf der Grundlage der Bestandsaufnahme und des Energieversorgungskonzeptes eine ausführliche Leistungsbeschreibung für ein „Energieliefer-Contracting“ erstellt, welche die Rahmenbedingungen und Inhalte der vom Contractor als Amtsvorschlag (sogenanntes Hauptangebot) gewünschten Leistungen eingehend beschreibt. Zugleich werden die vom Auftraggeber gewünschten Vertragsinhalte zu Themen wie Preisanpassung,

Versorgungssicherheit, Haftung, wechselseitige Absicherung durch Bürgschaften und Dienstbarkeiten, Versicherung und Schlichtung ausgewählt und in einem Entwurf des Energielieferungsvertrags niedergelegt. Auch sollte der Weg für Nebenangebote der Contractoren, welche deren besondere Kompetenzen mit einspielen, unter Festlegung der Rahmenbedingungen (Mindestanforderungen, Vergleichbarkeit zum Hauptangebot) geöffnet werden. Nachdem die Leistung so technisch, wirtschaftlich und rechtlich konkretisiert wurde, ist ein abstrakter Eigenregievergleich auf der Basis prognostizierter Contracting- und Eigenrealisierungskosten zu führen. Es wird empfohlen, die Phase 3 energiewirtschaftlich und rechtlich durch spezialisierte Anbieter begleiten zu lassen. Zum Abschluss der Phase 3 fällt die Entscheidung, ob die Contracting-Maßnahme in ein Vergabeverfahren eingebracht wird.

In der **Phase 4 (Vergabeverfahren und Vertragsschluss)** wird das Vergabeverfahren mit Festlegungen insbesondere zu Eignungs- und Zuschlagskriterien vorbereitet und durchgeführt. Im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb werden passende Bieter vorausgewählt sowie deren Angebote gewertet und verhandelt. Auf der Grundlage des Preises des Bestbieters wird vor der Vergabeentscheidung ein konkreter Eigenregievergleich vorgenommen, in welchem dann der Preis des Bestbieters den prognostizierten Kosten der Eigenrealisierung gegenübergestellt wird. Fällt dieser Vergleich zugunsten der Contracting-Variante aus, wird mit dem Bestbieter der Energielieferungsvertrag abgeschlossen.

Die **Phase 5 (Vertragsdurchführung)** beginnt mit der außerordentlich wichtigen Errichtungs- und Inbetriebnahmephase. Hier sind in der Regel noch Anpassungen an den Bestand erforderlich und möglich. Ein Qualitätscontrolling des Auftraggebers ist hilfreich. Die rechtzeitige und unterbrechungsfreie Inbetriebnahme der Systeme inklusive gegebenenfalls der Übernahme der Betriebsverantwortung für bestehende Systeme steht besonders im Fokus des Auftraggebers. Soweit eine Inbetriebnahme erfolgt ist, geht es um Messungen und Abrechnungen des Contractors sowie die Preisanpassung nach den vereinbarten Klauseln. Während der Durchführung ist vom Contractor das gewünschte Monitoring zu leisten sowie die erforderliche Instandhaltung abzustimmen.

Über die gesamte Vertragslaufzeit kommt der Schaffung und Erhaltung der Versorgungssicherheit zentrale Bedeutung zu. Die Abwicklung der Vertragsphase sollte im Hinblick auf die langfristige Verbindung der Vertragsparteien partnerschaftlich und lösungsorientiert ablaufen. Vertraglich vereinbarte Schlichtungs- und Mediationsverfahren können dabei helfen.

Einen Überblick zu umgesetzten Maßnahmen finden Sie auf der Internetseite www.kompetenzzentrum-contracting.de/anwendung/weitere-contracting-datenbanken.

1.6 Faktoren für ein erfolgreiches Contracting

Aus der inzwischen langjährigen Erfahrung mit Contracting-Maßnahmen lassen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – verschiedene Erfolgsfaktoren herausarbeiten.

- Besondere Bedeutung kommt einer sorgfältigen Projektvorbereitung zu. Die Auswahl der geeigneten Projektbeteiligten (intern wie extern) ist dabei ebenso wie eine klare Abwicklungsstruktur essenziell.
- Eine gewissenhafte Bestandsaufnahme und ein durchdachtes Energieversorgungskonzept bilden die Basis für eine gelingende Maßnahme. Auch die Auswahl der zu liefernden Nutzenergiearten, der gewünschten Technologien und des passenden Contracting-Modells kann in diesem Zusammenhang auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage erfolgen.
- Je weiter der Auftraggeber seine Vorstellungen konkretisiert und in einer umfassenden Leistungsbeschreibung eingehend und transparent beschreibt, umso mehr wird er einen breiten und wirtschaftlich interessanten Bieterwettbewerb finden. Durch die Zulassung von Nebenangeboten mit klaren Bedingungen kann dann die Spezialkompetenz der Contractoren hinreichend in das Projekt einfließen.
- Das öffentliche Vergabeverfahren mit seinen Grundwerten von Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung führt zu innovativen und wirtschaftlich günstigen Lösungen. Auch private Vergabestellen sollten sich daran orientieren.
- Verträge sind partnerschaftlich anzulegen und zu leben. Auf eine hinreichende Dokumentation des Vertrages mit seinen Anlagen als Ergebnis eines umfangreichen Vergabeprozesses ist zu achten.
- Die Auswahl kompetenter und erfahrener Partner in den Bereichen Planung, Energiewirtschaft und Recht trägt wesentlich zum Projekterfolg bei.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen

Für Contracting-Maßnahmen bestehen vielfältige rechtliche Rahmenbedingungen, die jedoch einem steten Prozess der Weiterentwicklung und Veränderung unterworfen sind. Insbesondere die energierechtlichen Regelungskontexte weisen ein hohes Innovationstempo auf.

Dementsprechend können in einem insoweit statischen Leitfaden (Rechtsstand: 31.12.2018) nicht die jeweils aktuell gültigen Rechtsinhalte dargestellt werden. Vielmehr soll dem Leser hier nur ein Gefühl dafür gegeben werden, welche Regelungskontexte es gibt und welche Inhalte dort typischerweise behandelt werden.

Soweit einzelne rechtliche Fragen in konkreten Projekten klärungsbedürftig erscheinen, sollte stets individueller Rechtsrat eingeholt werden.

2.1 Finanzielle Rahmenbedingungen

2.1.1 Haushaltsrechtliche Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Das Haushaltsrecht wird von mehreren Prinzipien beherrscht. In der Praxis von besonderer Bedeutung sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 BHO, Landeshaushaltsordnungen). Gemäß §§ 6 Abs. 2 HGrG, 7 Abs. 2 Satz 1 BHO sind für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Der „Leitfaden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (WU) bei der Vorbereitung von Hochbaumaßnahmen des Bundes“ (BMU)¹ verweist hierbei auf:

- a) Arbeitsanleitung Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen gemäß Rundschreiben des BMF vom 12.01.2011 an die obersten Bundesbehörden
- b) Leitfaden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten (Stand: September 2006) und Rundschreiben zur Anwendung im Bereich der obersten Bundesbehörden des BMF vom 20.08.2007 an die obersten Bundesbehörden und den BRH

Die Ausrichtung jeglichen Verwaltungshandelns nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit soll die bestmögliche Nutzung von Ressourcen bewirken. Damit gehört zur Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit auch die Prüfung, ob eine Aufgabe durchgeführt und ob sie durch die staatliche Stelle durchgeführt werden muss.

Nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln (Ressourcen) anzustreben. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit umfasst das Sparsamkeits- und das Ergiebigkeitsprinzip. Das Sparsamkeitsprinzip (Minimalprinzip) verlangt, ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erzielen. Das Ergiebigkeitsprinzip (Maximalprinzip) verlangt, mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Bei der Ausführung des Haushaltsplans, der in aller Regel die Aufgaben (Ergebnis, Ziele) bereits formuliert, steht der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit in seiner Ausprägung als Sparsamkeitsprinzip im Vordergrund (Ziffer zu § 7 WV BHO).

Die Verwaltungsvorschriften zu § 7 BHO greifen ergänzend das Thema Erfolgskontrolle als Aspekt von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen während und nach der Umsetzung auf. Die dena spricht sich an dieser Stelle ausdrücklich für die grundsätzliche Evaluation umgesetzter Maßnahmen aus, um die Nachhaltigkeit von Energieeffizienzmaßnahmen zu gewährleisten und aufzuzeigen.

Bei der Versorgung von Liegenschaften mit Nutzenergie handelt es sich um finanzwirksame Maßnahmen, sodass in diesem Bereich die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Anwendung finden. Die Entscheidung, ob die Nutzenergieversorgung in Eigenregie oder über ein Contracting-Unternehmen im Wege eines Energieliefer-Contractings erfolgt, ist daher nach einer angemessenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu treffen.

2.1.2 Wirtschaftlichkeitsvergleich Energieliefer-Contracting vs. Eigenbetrieb

Als Ausfluss aus den vorstehend beschriebenen Haushaltsgrundsätzen ist zunächst vor Einleitung einer Energieliefer-Contracting-Maßnahme und insbesondere nochmals vor Zuschlagserteilung ein Wirtschaftlichkeitsvergleich Energieliefer-Contracting vs. Eigenbau vorzunehmen.

¹ <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2014/leitfaden-wirtschaftlichkeitsuntersuchung.html>.

Nach Angebotsauswertung sind dabei den Einsparungen und Kosten des wirtschaftlichsten Contracting-Angebots die prognostizierten Einsparungen und Kosten bei Eigenbau gegenüberzustellen. Analog zur Contracting-Bewertung sind auch bei der Eigenbauvariante die Einnahmen und Ausgaben mithilfe der Kapitalwertmethode zu bestimmen.

Obwohl bei ganzheitlicher Betrachtung in der Regel (mangels liquider Mittel und/oder personeller Durchführungskapazitäten) das Energieliefer-Contracting zutreffenderweise mit der vollständigen Nichtumsetzung von Maßnahmen verglichen werden müsste (Anknüpfen an die Baseline der Energiekosten als Ausgangspunkt), bleibt der hier vorgestellte Vergleich haushaltsrechtlich üblich.

Ein Hinweis auf die Durchführung des Wirtschaftlichkeitsvergleiches mit einem Eigenbau und ein entsprechender Aufhebungsvorbehalt sollten in jedem Fall zur Erschwerung der Durchsetzung etwaiger Bieteransprüche in die Bekanntmachung bzw. die Aufforderung zur Angebotsabgabe aufgenommen werden.

2.1.3 Aufsichtsrechtliche Genehmigung von Energieliefer-Contracting

Die Durchführung von Energieliefer-Contracting ist für öffentliche Liegenschaften in der Regel haushaltsrechtlich zulässig. Die Einstufung und damit verbunden die Genehmigungspflicht werden in den Bundesländern jedoch unterschiedlich gehandhabt. Dies betrifft insbesondere:

- die Einstufung von Energieliefer-Contracting als kreditähnliches Rechtsgeschäft
- die Anrechnung auf den Kreditrahmen des öffentlichen Haushalts
- die Einzelgenehmigungspflicht

In einigen Bundesländern kann die Genehmigungspflicht entfallen, wenn eine bestimmte Vorgehensweise eingehalten wird (z. B. Sicherstellung eines Anbieterwettbewerbs, Wirtschaftlichkeitsvergleich mit dem Eigenbau).

Eine frühzeitige Anfrage bei der zuständigen Aufsichtsbehörde zu relevanten Vorgaben ist empfehlenswert, sofern diese nicht schon, etwa aus bereits durchgeführten Energieliefer-Contracting-Projekten, zweifelsfrei bekannt sind.

Hinweise zu den Länderregelungen im Haushaltsrecht finden sich im Internet unter www.kompetenzzentrum-contracting.de.

2.1.4 Bindung von Fördermitteln an das Vergaberecht

Bei der Inanspruchnahme von staatlicher Förderung im Rahmen der Verwirklichung von Energieliefer-Contracting (gegebenfalls auch bei Baukostenzuschüssen von Fördergebern für Einzelmaßnahmen) sind die Anforderungen aus den Zuwendungsbescheiden zu beachten. Der Zuwendungsgeber schreibt regelmäßig durch Nebenbestimmungen (ANBest) vor, dass die Beschaffungsverträge unter Beachtung des Vergaberechts ausgeschrieben werden müssen. Diese Pflicht besteht unter Umständen auch in den Fällen, in denen nach dem Vergaberecht keine Ausschreibung erfolgen muss. In diesem Fall ist das Vergabeverfahren mit dem Zuwendungsgeber abzustimmen. Der Zuwendungsempfänger unterliegt Dokumentationspflichten, da der Zuwendungsgeber in der Lage sein muss, die zweckentsprechende Verwendung zu überprüfen. Bei Nichterfüllung der Auflagen oder Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid drohen ein Widerruf des Zuwendungsbescheides und eine (Teil-)Rückforderung von gewährten Fördermitteln.

2.1.5 Integration von Eigenversorgungsmodellen in Energieliefer-Contracting

Es ist gängige Praxis, Eigenversorgungsmodelle in ein Energieliefer-Contracting zu integrieren. Der wesentliche Vorteil besteht darin, dass für den z. B. in einer hocheffizienten KWK-Anlage erzeugten und selbst verbrauchten Strom nur eine verminderte EEG-Umlage entrichtet werden muss.² Eigenversorgung liegt aber nur dann vor, wenn der Betreiber einer Stromerzeugungsanlage den in dieser Anlage produzierten Strom im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Stromerzeugungsanlage selbst verbraucht (**Personenidentität zwischen Erzeugung und Letztverbrauch**)³. Bei einer Eigenversorgung fallen auch die weiteren netzbezogenen Stromnebenkosten nicht an, da der Strom nicht durch ein Netz der allgemeinen Versorgung durchgeleitet wird.

Der **Betreiber einer Anlage** ist derjenige, der – ohne notwendig zivilrechtlich Eigentümer zu sein – einen faktischen Zugriff auf die Anlage (Zutritt, Schlüsselgewalt) und ihren Betrieb (Bestimmung der Fahrweise) hat und zugleich Inhaber der wirtschaftlichen Chancen und Risiken (z. B. Kosten der Erzeugung, Mengenabsatz- und Erlösrisiko) der Anlage ist (vgl. BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung vom 11.07.2016).

² Für hocheffiziente KWK-Neuanlagen wurde mit dem Energiesammelgesetz (dort § 61c EEG 2017) rückwirkend zum 01.01.2018 eine Regelung verabschiedet, nach welcher für aus solchen Anlagen eigenverbrauchten Strom 40 Prozent EEG-Umlage zu bezahlen sind, soweit die Anlagen eine Leistung von bis zu 1 MW oder über 10 MW aufweisen. Für Strom aus Anlagen zwischen diesen Leistungswerten sind bis 3.500 Vollbenutzungsstunden ebenfalls 40 Prozent EEG-Umlage zu bezahlen. Soweit die Vollbenutzungsstunden 3.500 h überschreiten, steigt die EEG-Umlage schrittweise auf 100 Prozent mit dem Ergebnis, dass bei Erreichung von 7.500 Vollbenutzungsstunden 100 Prozent EEG-Umlage auf die gesamte eigenverbrauchte Strommenge (auch die ersten 3.500 Vollbenutzungsstunden – sogenannte „Claw back“-Regelung) zu bezahlen sind (siehe § 61c EEG 2017). Ebenso wurden Übergangsvorschriften für bestehende Anlagen normiert.

³ § 3 Nr. 19 EEG 2017.

Mehrheitlich wird im Zusammenhang mit der Personenidentität eine **stark formalistische Betrachtung** vertreten. Die Personenidentität liegt nur vor, wenn ein und dieselbe natürliche oder juristische Person die Anlage betreibe und den Strom verbrauche. Diese Auffassung kann im Bereich der hoheitlichen Verwaltung sowie beim verfassungsmäßigen Zusammenwirken hoheitlicher Einrichtungen derselben Gliederungsebene im Feld der Immobilienbewirtschaftung (z. B. Bundesland, Universitäten, Universitätskliniken, Studentenwerke, Forschungseinrichtungen der Länder) eine Aufweichung dahingehend erfahren, dass Eigenversorgung auch dann vorliegt, wenn ein Träger der unmittelbaren Staatsverwaltung (z. B. ein Bundesland) Eigentümer eines BHKW ist und dieses betreibt und der in diesem BHKW erzeugte Strom durch andere Träger der mittelbaren Staatsverwaltung (z. B. öffentlich-rechtlich organisierte Forschungseinrichtungen) verbraucht wird.

Die Rechtslage zu dieser Thematik muss allerdings als unklar bezeichnet werden, es ist grundsätzlich jeweils für den konkreten Fall Rechtsrat einzuholen.

Zur Umsetzung von Eigenversorgungsmodellen im Rahmen von Energieliefer-Contracting wurde vielfach auf ein sogenanntes „**Pachtmodell**“ zurückgegriffen, in welchem der Contractor die Erzeugungsanlage an den Auftraggeber verpachtet und zugleich die Betriebsführung übernimmt. Nachdem in solchen Modellen oftmals zur Erreichung der Risikoallokation beim Auftraggeber diesem auch Instandhaltungsverpflichtungen übertragen wurden, lag hier im Ergebnis in vielen Fällen ein **BaFin-genehmigungspflichtiges Finanzierungsleasing** gemäß § 32 Kreditwesengesetz (KWG) vor, da eine Gebrauchsüberlassung stattfindet und das Vertragsverhältnis dominiert wird von einer Finanzierungsfunktion („Vollamortisation während Vertragslaufzeit“). Die Rechtsfolgen der Erlaubnispflicht bzw. eines Geschäftsbetriebes ohne Erlaubnis können gravierend sein.⁴ Einzelne Vertragsmodelle wurden von der BaFin ausdrücklich als solches Finanzierungsleasing eingestuft. Soweit im Energieliefer-Contracting auch die Vorteile einer Eigenversorgung gehoben werden sollen, ist eher auf eine Anschaffung der Stromerzeugungsanlage im Rahmen eines – gegebenenfalls bankmäßig (nicht vom Contractor!) finanzierten – **Anlagenbauvertrages** zurückzugreifen. Mit der dort üblichen Gewährleistung sowie einem umfassenden Betriebsführungsvertrag mit einer klaren Regelung zum bestimmenden Einfluss des Auftraggebers auf die Fahrweise können die beim Pachtmodell bestehenden Probleme vermieden werden. Auch bei der vertraglichen Umsetzung solcher Modelle ist qualifizierter Rechtsrat einzuholen.

Das KWKG 2017 hat die **Förderung von KWK-Anlagen** zum Gegenstand.

Eine gesetzlich festgelegte Förderung erhalten danach nur KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis einschließlich 1 MW oder mehr als 50 MW. Im Leistungsbereich zwischen 1 MW und 50 MW finden Ausschreibungen statt. Gefördert werden dann nur solche KWK-Anlagen, die sich in einer Ausschreibung durchsetzen.

2.2 Ordnungsrecht

2.2.1 Gebäudeenergiegesetz

Die nachfolgend behandelten Normen sollen gemeinsam mit dem Energieeinsparungsgesetz (EnEG) im Laufe des Jahres 2019 im dann neuen Gebäudeenergiegesetz (GEG) zusammengeführt werden.

2.2.2 Energieeinsparverordnung (EnEV)

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 EnEV besteht der Zweck der Verordnung darin, die Einsparung von Energie in Gebäuden voranzutreiben. In diesem Rahmen und unter Beachtung des gesetzlichen Grundsatzes der wirtschaftlichen Vertretbarkeit soll die Verordnung dazu beitragen, dass die energiepolitischen Ziele der Bundesregierung, insbesondere ein nahezu klimaneutraler Gebäudebestand bis zum Jahr 2050, erreicht werden, § 1 Abs. 1 Satz 2 EnEV.

Gemäß § 2 Nr. 6 EnEV sind erneuerbare Energien: solare Strahlungsenergie, Umweltwärme, Geothermie, Wasserkraft, Windenergie und Energie aus Biomasse.

Die EnEV unterscheidet zwischen Wohn- und Nichtwohngebäuden.

In § 3 EnEV sind die Anforderungen an Wohngebäude festgelegt. Nach § 3 Abs. 1 EnEV sind die zu errichtenden Wohngebäude so auszuführen, dass der Jahres-Primärenergiebedarf für Heizung, Warmwasseraufbereitung, Lüftung und Kühlung den Wert des Jahres-Primärenergiebedarfs eines Referenzgebäudes gleicher Geometrie, Gebäudenutzfläche und Ausrichtung mit der in Anlage 1 Tabelle 1 EnEV angegebenen technischen Referenzausführung nicht überschreitet. Nach § 4 EnEV sind die zu errichtenden Nichtwohngebäude so auszuführen, dass der Jahres-Primärenergiebedarf für die Medien gemäß § 3 Abs. 1 EnEV einschließlich der Anordnung der Nutzungseinheiten den Wert in Anlage 2 Tabelle 1 EnEV (Referenzausführung) nicht überschreitet.

Des Weiteren sind die zu errichtenden Wohngebäude so auszuführen, dass die Höchstwerte des spezifischen, auf die wärmeübertragende Umfassungsfläche bezogenen Transmissionswärmeverlusts nach Anlage 1 Nr. 1.2 EnEV nicht überschritten werden (§ 3 Abs. 2 EnEV). Entsprechende Pflichten für die Nichtwohngebäude sind in § 4 EnEV enthalten.

⁴ Siehe §§ 37, 44c KWG.

Der Jahres-Primärenergiebedarf für die Wohngebäude wird nach dem in Anlage 1 Nr. 2 EnEV genannten Verfahren berechnet. Die Berechnung des Jahres-Primärenergiebedarfes für die Nichtwohngebäude erfolgt nach dem in Anlage 2 Nr. 2 oder Nr. 3 EnEV genannten Verfahren, § 4 Abs. 3 EnEV. Die Verwendung des Stromes aus erneuerbaren Energien führt zur Verringerung des Endenergiebedarfes und hat beim Energieliefer-Contracting vor allem Relevanz bei der Errichtung von Solar- und gegebenenfalls KWK-Anlagen. Dies gilt gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EnEV aber nur, soweit der Strom im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang zu dem Gebäude erzeugt wird und vorrangig in dem Gebäude unmittelbar nach Erzeugung oder nach vorübergehender Speicherung selbst genutzt und nur die überschüssige Energiemenge in ein öffentliches Netz eingespeist wird.

2.2.3 Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG)

Der Betrieb von Energieerzeugungsanlagen beim Energieliefer-Contracting kann auch zur Erfüllung der Anforderungen nach dem EEWärmeG genutzt werden.

Gemäß § 1 EEWärmeG besteht der Zweck des Gesetzes darin, insbesondere im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten, eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Wärme und Kälte aus erneuerbaren Energien zu fördern. Gemäß § 1 Abs. 2 EEWärmeG verfolgt das Gesetz das Ziel, dazu beizutragen, den Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme und Kälte bis zum Jahr 2020 auf 14 Prozent zu erhöhen. Öffentlichen Gebäuden kommt dabei eine Vorbildfunktion zu (§ 1a EEWärmeG).

In § 2 Abs. 1 EEWärmeG ist geregelt, welche Einsatzstoffe als erneuerbare Energien im Sinne des Gesetzes gelten. Erneuerbare Energien sind die dem Erdboden entnommene Wärme (Geothermie), die der Luft oder dem Wasser entnommene und technisch nutzbar gemachte Wärme mit Ausnahme von Abwärme (Umweltwärme), die durch Nutzung der Solarstrahlung zur Deckung des Wärmeenergiebedarfs technisch nutzbar gemachte Wärme (solare Strahlungsenergie), die aus fester, flüssiger und gasförmiger Biomasse erzeugte Wärme und die dem Erdboden oder dem Wasser entnommene und technisch nutzbar gemachte oder aus Wärme technisch nutzbar gemachte Kälte.

Gemäß § 3 Abs. 1 EEWärmeG sind die Eigentümer von Gebäuden, die neu errichtet werden, verpflichtet, den Wärme- und Kälteenergiebedarf durch die anteilige Nutzung von erneuerbaren Energien zu decken. Gemäß § 3 Abs. 2 EEWärmeG sind die Anforderungen an die öffentliche Hand noch strenger. So muss die öffentliche Hand den Wärme- und Kälteenergiebedarf nicht nur bei neu errichteten Gebäuden, sondern **auch bei bereits errichteten öffentlichen Gebäuden**, die grundlegend renoviert werden, erfüllen.

Bei der Verwendung von KWK-Anlagen im Rahmen von Energieliefer-Contracting ist zu beachten, dass nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EEWärmeG die Pflicht nach § 3 Abs. 1 oder 2 EEWärmeG als erfüllt gilt, wenn die Anlage den Wärme- und Kälteenergiebedarf zu mindestens 50 Prozent aus KWK-Anlagen nach Maßgabe der Nr. VI der Anlage zum EEWärmeG deckt.

2.2.4 Bau- und Immissionsschutzrecht

Bei der Einbindung von Energieerzeugungsanlagen im Rahmen von Energieliefer-Contracting sind die Anforderungen des Baurechts einzuhalten. Bauplanungsrechtlich regelmäßig unproblematisch sind die Errichtung und der Betrieb von Energieerzeugungsanlagen, die sich in einem Gebäude befinden. Anders verhält es sich bei den Anlagen, die außen angebracht oder aufgestellt werden, so insbesondere bei Photovoltaik-Anlagen. Hier muss unter Berücksichtigung der lokalen Bebauungspläne und der jeweils einschlägigen Bauordnung beurteilt werden, ob ihre Errichtung zulässig ist. Regelmäßig können die Anlagen, die auf, an und in Gebäuden installiert werden, genehmigungsfrei errichtet werden.

Aus bauordnungsrechtlicher Sicht (landesspezifische Bauordnungen sind zu berücksichtigen) muss darauf geachtet werden, dass Anlagen so errichtet werden, dass keine Gefahren oder vermeidbare Belästigungen entstehen, die errichteten Anlagen standsicher sind und die übrigen baulichen Anlagen nicht beeinträchtigt werden. Es sind Vorkehrungen gegen Brandentwicklung und unzumutbare Geräusche zu treffen.

Größere Energieerzeugungsanlagen unterfallen zudem der Genehmigungspflicht nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) in Verbindung mit der 4. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchV). Der Vorteil einer Genehmigung nach dem BImSchG besteht in der Konzentrationswirkung gemäß § 13 BImSchG. Nach dieser Norm schließt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung andere, die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein. Dies trifft insbesondere auf öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen mit Ausnahme von Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördlichen Entscheidungen aufgrund atomrechtlicher Vorschriften und wasserrechtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen nach § 8 i. V. m. § 10 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) zu.

Gemäß § 6 BImSchG ist die Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer aufgrund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

Mit diesen Verweisen sind somit regelmäßig auch die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft) bzw. Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm) angesprochen, denn in § 5

Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist festgelegt, dass genehmigungsbedürftige Anlagen so zu betreiben und zu errichten sind, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können.

Nach § 3 Abs. 1 BImSchG sind schädliche Umwelteinwirkungen Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Gemäß § 3 Abs. 2 BImSchG sind Immissionen die auf Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur- und sonstige Sachgüter einwirkende Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme, Strahlen und ähnliche Umwelteinwirkungen.

Daher sind insbesondere die Luftverunreinigungen, die von einer KWK-Anlage ausgehen, und die Lärmbelastigungen besonders von Bedeutung. Die Erheblichkeitsschwelle wird von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, nämlich der TA Luft und der TA Lärm, festgelegt. Die TA Luft stellt Grenzwerte für die luftverunreinigenden Stoffe, die TA Lärm für Geräuschimmissionen auf.

Der Bundesrat hat zudem am 14.12.2018 die 44. BImSchV (Verordnung über mittelgroße Feuerungs-, Gasturbinen- und Verbrennungsmotoranlagen) verabschiedet, welche u. a. die MCP-Richtlinie (Richtlinie über mittelgroße Feuerungsanlagen (EU) 2015/2193) umsetzt.

2.2.5 Klimaschutzgesetz/Treibhausemissionshandel

Für 2019 befindet sich ein Klimaschutzgesetz in Vorbereitung, in welchem u. a. verbindliche Einsparziele für die einzelnen Sektoren und deren Realisierung geregelt werden.

Leistungsstarke Energieerzeugungsanlagen unterfallen zudem schon jetzt dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG), da es sich um Anlagen handelt, die Strom, Prozesswärme und erhitztes Abgas in einer Gasturbinen- oder Verbrennungsmotoranlage durch den Einsatz von diversen Stoffen wie beispielsweise Erdgas, Holz, Heizöl EL (Extra Leicht) und Pflanzenöl erzeugen. Dem Betreiber werden kostenlose Zertifikate zugeteilt. Wenn diese aufgebraucht sind, müssen zusätzliche Zertifikate erworben werden.

2.2.6 Netzanschluss

Der Netzanschluss einer Energieerzeugungsanlage (z. B. bei Integration einer KWK-Eigenversorgungsanlage in das Energieliefer-Contracting) ist mit dem Netzbetreiber der Anschlussnetzebene abzustimmen. In engen Ausnahmefällen kann die Herstellung eines Netzanschlusses aus technischen oder wirt-

schaftlichen Gründen vom Netzbetreiber verweigert werden.⁵ Die Ausnahmeregelungen sind eng auszulegen, da die Energieerzeugungsanlagen an das Netz anzuschließen sind, und zwar zu Bedingungen, die angemessen, diskriminierungsfrei, transparent und nicht ungünstiger sind, als sie in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens angewendet werden.

Bei der Regelung des Netzanschlussverhältnisses unterscheidet man drei Vertragsarten.

Im **Netzanschlussvertrag** wird das Verhältnis zwischen dem Anschlussnehmer und dem Netzbetreiber geregelt. In diesem Vertrag werden u. a. die Eigentumsgrenze, die Spannungsebene, die Netzanschlusskapazität und die technischen Anforderungen geregelt.

Im **Netznutzungsvertrag** zwischen dem Netznutzer und dem Netzbetreiber, dessen Inhalt durch die verbindlichen Festlegungen der Bundesnetzagentur⁶ vollständig vereinheitlicht wurde, wird im Kern die Netznutzung zur Durchleitung der Energie vertraglich vereinbart. Zum Inhalt dieses Vertrages gehören die Fragen der Zahlung der Netznutzungsentgelte an den Netzbetreiber, die Abwicklung der Netznutzung, Messung und Haftung bei Störungen und Unterbrechungen.

Der **Anschlussnutzungsvertrag** zwischen dem Anschlussnutzer und dem Netzbetreiber betrifft die Nutzung des errichteten Netzanschlusses und enthält insbesondere Regelungen zu den Themenfeldern Entnahmestelle, Netzanschlusskapazität, Voraussetzungen der Anschlussnutzung, Wechsel des Stromlieferanten.

Der Netzbetreiber erhält von den Netznutzern Netzentgelte dafür, dass der jeweilige Energieträger durch das Netz durchgeleitet wird. Die Netzentgelte sind staatlich reguliert. Im Rahmen der Anreizregulierung werden Regulierungsperioden von fünf Jahren gebildet. Die BNetzA und die Landesregulierungsbehörden, soweit sie ihre Zuständigkeit nicht auf die BNetzA übertragen haben, legen vorab fest, welche Erlöse dem Netzbetreiber Jahr für Jahr während der Regulierungsperiode maximal zur Verfügung stehen. Hierzu werden zunächst nach einem aufwendigen Erhebungsverfahren die betriebsnotwendigen Kosten des Netzbetreibers geprüft. Diese bilden gemeinsam mit einem Effizienzvergleich der Netzbetreiber untereinander den Ausgangspunkt für die vorgegebenen Erlöse.

Für die Dauer der Regulierungsperiode werden die Kosten und Erlöse des Netzbetreibers voneinander entkoppelt. Durch die Festlegung der Erlöse entsteht beim Netzbetreiber der Anreiz, die Produktivität zu steigern und Kosten zu senken, um seine erzielbaren Gewinne zu maximieren oder mögliche Verluste zu verringern. Gelingt es dem Netzbetreiber, seine Kosten unter die vorgegebene Erlössumme abzusenken, so kann er in der Regulierungsperiode einen zusätzlichen Gewinn für besonders kosteneffizientes Wirtschaften einbehalten.

⁵ Siehe § 17 EnWG.

⁶ Siehe grundlegend BNetzA BK6-13-042, Beschluss vom 16.04.2015; die zum 31.12.2018 aktuelle Fassung war seit dem 01.04.2018 anzuwenden.

Beim **Netzanschlussdesign** im Zusammenhang mit einem Energieliefer-Contracting ist darauf zu achten, dass Belastungen aus parallelen Anschlusssituationen (Auftraggeber und Contractor sind parallel an Netze angeschlossen) vermieden werden.

2.2.7 Drittmengenabgrenzung; Mitteilungspflichten

Soweit Eigenversorgungsmodelle zum Einsatz kommen, muss auf eine gesetzeskonforme Abgrenzung von Drittmengen, d. h. Strommengen, welche aus der Eigenerzeugungsanlage an Dritte geliefert werden, geachtet werden.⁷ Die Rechtsfolgen einer nicht gesetzeskonformen Abgrenzung können erheblich sein.⁸ Nach dem Energiesammelgesetz muss diese Abgrenzung ab dem 01.01.2020 grundsätzlich mit geeichten und (wie schon bisher) 0,25h-scharfen Messungen erfolgen.⁹ Dabei sind sowohl die erzeugten, die eigen- und die drittverbrauchten Mengen zu messen, nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sind abweichende Messungen und Schätzungen zulässig. Für den Zeitraum vor dem 01.01.2020 wurden Übergangsbestimmungen normiert.

Der Betreiber von Energieerzeugungsanlagen unterliegt zahlreichen Mitteilungspflichten.

Eigenversorger müssen darüber hinaus ihrem erhebungs zuständigen Netzbetreiber (bei anteiliger Drittversorgung immer der ÜNB) mitteilen, wonach die EEG-Umlage abgewickelt wird, welche Leistung die Stromerzeugungsanlage aufweist und – im Falle der Drittversorgung – welche Strommengen EEG-umlagepflichtig sind. Ebenso müssen Eigenversorger, bei denen die EEG-Umlagebefreiung im Kalenderjahr 500.000 Euro oder mehr beträgt, der BNetzA den Umfang der Befreiung und zusätzliche Angaben nachmitteilen.¹⁰

Auf Verlangen des ÜNB müssen Eigenversorger zudem ihre Verbräuche durch einen Wirtschaftsprüfer testieren lassen.¹¹

Bei Drittbelieferung muss der Eigenversorger auch in seiner Eigenschaft als Elektrizitätsversorgungsunternehmen die gelieferte Strommenge an den ÜNB mitteilen.¹²

Bei Verletzung von Mitteilungspflichten droht eine Erhöhung der EEG-Umlage auf 100 Prozent¹³, sodass auf die Einhaltung der Bestimmungen strikt zu achten ist. Die aktuelle höchst-

richterliche Rechtsprechung hält die Sanktionsfolgen bei einem Verstoß gegen die Mitteilungspflichten für verhältnismäßig.

Betreiber von **KWK-Anlagen** sind des Weiteren verpflichtet, das BAFA und den Netzbetreiber während der Dauer der Zuschlagszahlung monatlich über die Menge des erzeugten KWK-Stroms zu unterrichten.¹⁴

Ferner müssen die Betreiber von Erzeugungsanlagen ihre Anlagen im **Marktstammdatenregister** (eingerrichtet nach der MaStRV) registrieren. Diese Registrierungspflicht bezieht sich auf die wesentlichen Basisdaten einer Anlage.

Umfassende Ausführungen zu den Anzeige- und Meldepflichten für KWK-Anlagenbetreiber werden im dena-Leitfaden „Rahmenbedingungen für KWK-Anlagen in Eigenbau und Contracting“ dargestellt.

Nach der **EnSTransV** müssen sich diejenigen, die etwa nach dem EnergieStG oder StromStG begünstigt sind und eine geringere Steuerlast zu tragen haben (beispielsweise Privilegierung nach §§ 9b, 10 StromStG), gegenüber dem zuständigen Hauptzollamt erklären. Hierfür stellt der Zoll auf seiner Internetseite **www.zoll.de** umfangreiche Formulare und Ausfüllhinweise zur Verfügung.

Die Umsetzung von **Messungen und Mitteilungen** kann auch zum Gegenstand der **Leistungen des Contractors** gemacht werden.

2.2.8 Wärmelieferverordnung (WärmeLV)

Im Jahr 2013 ist die Verordnung zur Wärmelieferung (WärmeLV) erlassen worden, die erstmals einheitlich die Einsatzmöglichkeiten von Contracting für alle Mietwohnungen in Deutschland definiert. Eine zentrale Vorgabe bei der Umstellung auf Wärmelieferung ist die Kostenneutralität, die anhand eines Kostenvergleichs vor und nach der Umstellung nachgewiesen werden muss. Für öffentliche Auftraggeber ist die WärmeLV dann relevant, wenn sich in der zu versorgenden Liegenschaft auch Mietwohnungen befinden.

Die dena-Berechnungshilfe für den Kostenvergleich Wärmelieferung bei vermietetem Wohnraum unterstützt die Gebäudeeigentümer darin, den vorgeschriebenen Vergleich der Betriebskosten durch Eingabe von Preisen und Verbrauchsdaten durchzuführen, und ist auf **www.kompetenzzentrum-contracting.de** abrufbar.

⁷ Siehe §§ 62a und 62b EEG 2017.

⁸ Nach der Gesetzesbegründung zu § 62b EEG 2017 sollen bei nicht gesetzeskonformer Abgrenzung 100 Prozent EEG-Umlage auf alle erzeugten und nicht gesetzeskonform gemessenen abgegrenzten Verbräuche anfallen (siehe BT-Drs. 19/5523, S. 81): „Werden Strommengen, die einer EEG-Umlagepflicht in unterschiedlichen Höhen unterliegen, entgegen Abs. 1 Satz 2 nicht durch mess- und eichrechtskonforme Messeinrichtungen voneinander abgegrenzt, führt dies nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast dazu, dass auf die gesamten unabgegrenzten Strommengen der für diese Strommengen geltende höchste EEG-Umlagesatz zu zahlen ist, da insoweit der Nachweis anteilig privilegierter Strommengen nicht gelingt.“

⁹ Siehe § 62b EEG 2017.

¹⁰ Siehe § 74a EEG 2017.

¹¹ Siehe § 75 EEG 2017.

¹² Siehe § 74 EEG 2017.

¹³ Siehe § 61i EEG 2017.

¹⁴ Siehe § 15 KWKG 2017.

2.3 Vertragsrecht

Der Energieliefer-Contracting-Vertrag ist ein atypischer gemischter Vertrag. Im Zentrum steht die Lieferung von Nutzenergie, anders als beispielsweise bei der Fernwärme jedoch aus Erzeugungsanlagen und gegebenenfalls über Verteilnetze, welche der Contractor nach Vorgaben des Auftraggebers plant, errichtet, instandhält und/oder betreibt.

Der Auftraggeber räumt dem Contractor dabei notwendig auch Nutzungsrechte an Teilen seines Grundstücks ein, mitunter sogar flankiert durch dingliche Rechte wie beschränkt persönliche Dienstbarkeiten.

Ein solcher Vertrag wird üblicherweise über einen längeren Zeitraum zwischen 5 und 20 Jahren abgeschlossen, um die Investitionen des Contractors amortisieren zu können. Die Langfristigkeit wird sichergestellt durch einen weitgehenden Ausschluss von Kündigungsmöglichkeiten während der Vertragslaufzeit.

Für Errichtung, Instandhaltung und Betrieb der Anlagen erhält der Contractor einen sogenannten Grundpreis, für die Lieferung der Nutzenergie aus diesen Anlagen einen Arbeitspreis, welcher nach dem konkreten Verbrauch abgerechnet wird.

Der Langfristigkeit des Vertrages wird durch eine Preisanpassungsklausel Rechnung getragen, welche die beiden Preisbestandteile durch Bindung an verschiedene Indizes über die Vertragslaufzeit wertsichert.

Zur Absicherung der Versorgungssicherheit werden durch Vertragsstrafen hinterlegte maximale Ausfallzeiten vereinbart. Auch Vertragserfüllungssicherheiten und eine umfassende versicherungsrechtliche Absicherung sind üblich.

Ein umfassendes Reporting und Monitoring zur Leistungserbringung des Contractors und zu ihrer Abstimmung auf die sich gegebenenfalls auch ändernden Nutzungen des Auftraggebers ist zu empfehlen.

Die oftmals als eheähnliche Verbindung bezeichneten Contracting-Verträge zeichnen sich durch eine partnerschaftliche und lösungsorientierte Grundstruktur aus. Damit der Vertrag dann auch so gelebt wird, sichern Schlichtungs- und Mediationsklauseln die einvernehmliche Streitbeilegung ab.

Eine besondere Anforderung an Contracting-Verträge sind dabei sicherlich auch die sich schnell und oft verändernden energie- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen. Auch diesbezüglich ist eine partnerschaftliche Fortschreibung der Rechte und Pflichten oberstes Gebot.

2.4 Steuerrecht

2.4.1 Energiesteuer und Stromsteuer

Im Bereich der Stromsteuer kommt eine Steuerbefreiung des in einer zur Eigenversorgung eingesetzten Anlage erzeugten Stromes in Betracht.¹⁵

Ebenso kann im Bereich der Energiesteuer eine teilweise oder vollständige Steuerbefreiung auf Energieerzeugnisse erfolgen, die zur gekoppelten Erzeugung von Kraft und Wärme in einer ortsfesten Anlage eingesetzt wurden.¹⁶

Bei nicht öffentlichen Unternehmen (dort produzierendes Gewerbe) könnten noch weitere Befreiungs- und Erstattungstatbestände einschlägig sein.¹⁷

2.4.2 Umsatzsteuer und Ertragsteuer

Die hier behandelten Tatbestände entstehen im Wesentlichen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Strom- oder Wärmeerzeugungsanlagen durch den Auftraggeber (also insbesondere auch bei Wahl eines Eigenversorgungsmodells), von welchen eine Einspeisung in Netze der öffentlichen Versorgung oder eine Lieferung an Letztverbraucher erfolgt, welche nicht der hoheitlichen Nutzung der Liegenschaft unterfallen (z. B. Kiosk, Kantine, öffentliche Tiefgarage, Hausmeisterwohnung) bzw. personenverschiedenen Nutzern (z. B. privatrechtlich organisierter Forschungsgesellschaft innerhalb eines Universitätsgebäudes) zuzuordnen sind.

Diese Tatbestände werden aber völlig unabhängig von Contracting-Maßnahmen verwirklicht, sind also bei jedem Anlagenbetrieb zu beachten.

Es wird empfohlen, bei der Umsetzung von Contracting-Maßnahmen, insbesondere soweit Wärme- und Stromerzeugungsanlagen im Rahmen eines Eigenversorgungsmodells neu errichtet und in öffentliche Netze eingebunden werden, steuerlichen Rat konkret vorhabenbezogen einzuholen. Gegebenenfalls sind Umsatz- und Körperschaftsteuererklärungen abzugeben.

Der **Umsatzsteuer** unterliegen die Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausübt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG). Unternehmer ist hierbei, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt. Auch im Bereich der Umsatzsteuer genügt die Einnahmenerzielungsabsicht, eine Absicht, Gewinne zu erzielen, ist nicht Voraussetzung.

¹⁵ Siehe § 9 Abs. 1 Nr. 3 StromStG.

¹⁶ Siehe § 53a EnergieStG.

¹⁷ Siehe §§ 9 und 10 StromStG sowie 54 und 55 EnergieStG.

Bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts werden drei Bereiche unterschieden:

- die Betriebe gewerblicher Art
- der hoheitliche Bereich
- der Bereich der Eigennutzung von Leistungen (z. B. die private Versorgung von Personal)

Der Bereich der Betriebe gewerblicher Art stellt den unternehmerischen Bereich dar. Betriebe gewerblicher Art sind alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben.

Mit der Lieferung von Strom ins Stromnetz erbringt die juristische Person des öffentlichen Rechts eine umsatzsteuerbare und umsatzsteuerpflichtige Leistung. Auch soweit lediglich eine kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung des Stroms (nur Eigenverbrauch ohne Überschusseinspeisung) zur Abwicklung der Vergütung nach § 4 Abs. 3a KWKG erfolgt, wird eine umsatzsteuerbare Hin- und Rücklieferung der gesamten Strommenge fingiert.

Der hoheitliche Bereich wird dem nicht wirtschaftlichen Bereich zugeordnet und ist umsatzsteuerlich insoweit nicht relevant. Die neuere Rechtsprechung stellt bei der Beantwortung der Frage, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechts als Unternehmer im privatrechtlichen oder hoheitlichen Rahmen tätig wird, entscheidend auf die Wettbewerbssituation ab.

Der Bereich der Eigennutzung von Leistungen (z. B. Leistung zur privaten Versorgung des Personals) wird dem Bereich der unternehmensfremden Tätigkeit zugeordnet. Im Bereich der unternehmensfremden Tätigkeit wird die Leistungsabgabe entsprechend den Regelungen zur unentgeltlichen Wertabgabe („Eigenverbrauch“) besteuert.

Die vorstehenden Ausführungen zur umsatzsteuerlichen Behandlung eines Betriebs gewerblicher Art im Sinne von § 2 Abs. 3 UStG gelten in dieser Form noch für das Kalenderjahr 2016 und auf Antrag der steuerpflichtigen juristischen Person des öffentlichen Rechts bis zum 31.12.2020.¹⁸

Mit dem Steueränderungsgesetz 2015 hat der Gesetzgeber § 2 Abs. 3 UStG, der die umsatzsteuerliche Würdigung von Sachverhalten unter Mitwirkung der öffentlichen Hand an das Vorliegen eines Betriebs gewerblicher Art geknüpft hat, mit Wirkung zum 31.12.2016 aufgehoben und mit § 2b UStG eine Sonderbestimmung für die öffentlichen Unternehmen in Anpassung des deutschen Umsatzsteuergesetzes an die europäische Mehrwertsteuersystemrichtlinie eingefügt.

Demnach erfolgt eine vollständige Entkopplung der umsatzsteuerlichen Handhabung vom ertragsteuerlichen Begriff des Betriebs gewerblicher Art. Zukünftig ist die öffentliche Hand in den Bereichen, die nicht dem hoheitlichen Bereich zuzurechnen sind, grundsätzlich Unternehmer im Sinne von § 2 UStG.

Damit ist die öffentliche Hand mit der gewerblichen Tätigkeit, aber auch mit der Vermögensverwaltung grundsätzlich Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes.

Die öffentliche Hand gilt demgegenüber nicht als Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes, soweit sie Tätigkeiten ausübt, die ihr im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn sie im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten Zölle, Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erhebt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn bezüglich der relevanten Tätigkeit eine Behandlung als Nichtunternehmer zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

Stets als Unternehmer gelten juristische Personen des öffentlichen Rechts mit der Ausübung der Tätigkeiten, die in Anhang I der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. L 347 vom 11.12.2006, S. 1) in der jeweils gültigen Fassung genannt sind, sofern der Umfang dieser Tätigkeiten nicht unbedeutend ist (§ 2b Abs. 4 Nr. 5 UStG).

In Anhang I der Mehrwertsteuersystemrichtlinie ist explizit die Lieferung von Elektrizität und thermischer Energie genannt.

Der Körperschaftsteuer unterliegen Betriebe gewerblicher Art juristischer Personen des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG). Gemäß der Legaldefinition in § 4 Abs. 1 KStG sind Betriebe gewerblicher Art alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben. Die Absicht, Gewinne zu erzielen, und eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sind nicht erforderlich. Zudem dürfen die Betriebe nicht überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen (Hoheitsbetrieb).

Entscheidend ist, dass die wirtschaftliche Tätigkeit von einigem wirtschaftlichen Gewicht ist. Hiervon ist nach Auffassung der Finanzverwaltung auszugehen, wenn der Jahresumsatz im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG den Betrag von 35.000 Euro¹⁹ übersteigt (sogenannte Nichtaufgriffsgrenze).

Wird der vorgenannte Jahresumsatz nicht erreicht, ist ein Betrieb gewerblicher Art nur anzunehmen, wenn hierfür besondere Gründe sprechen. Derartige besondere Gründe sind nach

¹⁸ Hier haben auch die Länder zum Teil eigenständige Zeitpfade zur einheitlichen Anwendung des § 2b UStG beschritten.

¹⁹ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Anwendung des Körperschaftsteuerrechts (Körperschaftsteuer-Richtlinien 2015 – KStR 2015); R 4.1 Abs. 5.

Auffassung der Finanzverwaltung z. B. dann gegeben, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts mit der Tätigkeit zu anderen Unternehmen unmittelbar in Wettbewerb tritt. Der Bereich der Stromerzeugung erfüllt keine hoheitliche Aufgabe und wird im Übrigen von privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen übernommen. Daher ist auch bei Unterschreiten der vorgenannten Umsatzgrenze zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen grundsätzlich von einem Betrieb gewerblicher Art auszugehen.

Soweit man die gesamte KWK-Anlage dem Betriebsvermögen zuordnet bzw. zuordnen muss (Wahlrecht Steuerpflichtiger zwischen 10–50 Prozent, zwingend 50 Prozent und mehr betriebliche Nutzung – maßgeblich ist der Anteil der betrieblichen Nutzung an der erzeugten Gesamtenergiemenge Strom und Wärme), liegt im Bereich der systematischen Abgabe/Nutzung des Stromes und gegebenenfalls der Wärme eine verdeckte Gewinnausschüttung („Sachentnahme“) vor, wenn für die Abgabe/Nutzung kein angemessenes Entgelt gezahlt wird. Die verdeckte Gewinnausschüttung ist ertragsteuerlich mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Soweit dem Betrieb gewerblicher Art nur der Bereich der Stromerzeugung zugeordnet wird, besteht die Möglichkeit, anstelle der Zuordnung der KWK-Anlage zum Betriebsvermögen in Abstimmung mit der Finanzverwaltung von einer sogenannten Kosteneinlage auszugehen.

Anders als im Bereich der Körperschaftsteuer ist das BHKW nur dann gewerbesteuerpflichtig, wenn es mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird. Zudem muss es sich um einen stehenden Gewerbebetrieb handeln.

Die Gewinnerzielungsabsicht wird aufgrund der fortlaufend erzielten Jahresergebnisse beurteilt. Soweit sich diese nach einer möglichen anfänglichen Verlustphase positiv entwickeln, würde eine Gewinnerzielungsabsicht angenommen werden.

Ausgangsbasis für die Bemessung der **Gewerbesteuer** ist der Gewerbeertrag, welcher auf Basis der nach körperschaftsteuerlichen Bestimmungen unter Berücksichtigung etwaiger nach gewerbesteuerlicher Vorschriften vorzunehmender Hinzurechnungen und/oder Kürzungen ermittelt wird. Dieser so ermittelte Gewerbeertrag ist auf volle 100 Euro abzurunden und um einen für juristische Personen des öffentlichen Rechts (Betrieb

gewerblicher Art) geltenden Freibetrag in Höhe von 5.000 Euro zu mindern.

2.5 Vergaberecht

Bei der Durchführung eines Energieliefer-Contractings ist von öffentlichen Auftraggebern das Vergaberecht zu beachten.

Dabei ist zunächst zu klären, ob der Auftragswert die Auftragschwellenwerte für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts überschreitet und daher ein EU-weites Vergabeverfahren erforderlich wird oder nur ein nationales Vergabeverfahren durchzuführen ist. Zu klären ist auch, ob die zu vergebenden Leistungen im Schwerpunkt als Bauauftrag einzuordnen sind oder ob der Lieferleistungsanteil überwiegt. Abhängig davon sind unterschiedliche Rechtsregime zu beachten:

Bauleistungen:

- Oberschwellenbereich: GWB²⁰, VgV²¹ 1. und teilweise 2. Abschnitt, VOB/A²² Abschnitt 2
- Unterschwellenbereich: VOB/A 1. Abschnitt

Lieferleistungen:

- Oberschwellenbereich: GWB, VgV
- Unterschwellenbereich: UVgO²³ (soweit bereits umgesetzt) oder VOL/A²⁴, 1. Abschnitt

Durch die Langfristigkeit der Lieferung steht im Energieliefer-Contracting meistens die Lieferleistung im Vordergrund.

Die Auswahl des Contractors wird in der Regel im Verhandlungsverfahren mit einem Teilnahmewettbewerb erfolgen.

Zu den einzelnen Anforderungen des Vergaberechtes in den einzelnen Verfahrensschritten geben die Ausführungen in Ziffer 3.4 eingehend Auskunft. Besonders wichtig ist die jeweils verfahrensbegleitend aktuell zu führende Vergabedokumentation.

²⁰ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Art. 10 Abs. 9 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist.

²¹ Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die durch Art. 8 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.

²² Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A), Ausgabe 2016; in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Januar 2016 (BAnz AT 9.01.2016 B3); geändert durch die Bekanntmachung vom 22. Juni 2016 (BAnz AT 01.07.2016 B4) (19.01.2016 B3).

²³ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), Ausgabe 2017; in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Februar 2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1).

²⁴ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) 2009, Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A), Abschnitt 1: Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen.

3

Durchführung eines Energieliefer-Contractings

3.1 Phase 1: Projektfindung

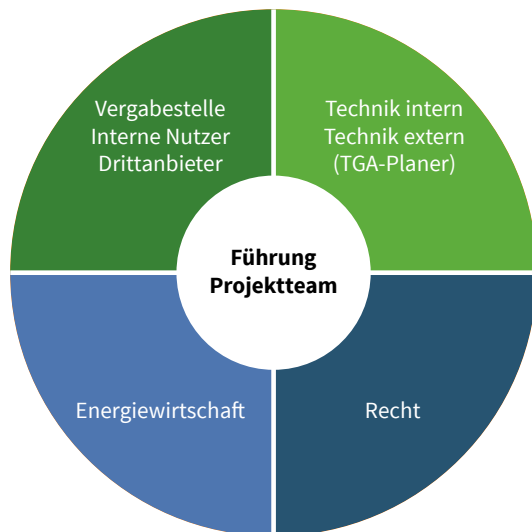
Soweit durch den Auftraggeber oder durch einen Anstoß von außen eine Contracting-Maßnahme als mögliches Lösungsszenario identifiziert wird, ist in einem ersten Schritt das konkrete Projekt zu definieren. Bei der Bestandsaufnahme kann idealerweise auf verfügbare Daten aus bestehenden Energiemanagementsystemen zurückgegriffen werden.

Es geht rein inhaltlich zunächst um:

- Betroffene Liegenschaften
- Infrage kommende Nutzenergiearten
- Versorgungssysteme (Bestand und/oder Neubau)
- Betroffene Nutzer

Zur Umsetzung benötigt der Auftraggeber Strukturen, die ihm eine effiziente Abarbeitung der komplexen Themen ermöglichen. Insbesondere bei größeren Maßnahmen wird ein Projektteam in der Regel wie folgt aussehen.

Das Projektteam beim Energieliefer-Contracting



Inwieweit dabei auf externe Unterstützung zurückgegriffen wird, sollte allein davon abhängen, welche Kompetenzen der Auftraggeber tatsächlich intern bereitstellen kann. Die Erfahrung zeigt, dass sich die Investition in frühen externen Rat in der Umsetzung vielfach zurückzahlt.

Es sollten Aufgaben und Zuständigkeiten mit Blick zunächst auf die Phase 2 (Bestandsaufnahme und Energieversorgungskonzept) verteilt werden. Diese können z. B. in einer Matrix wie folgt abgebildet werden:

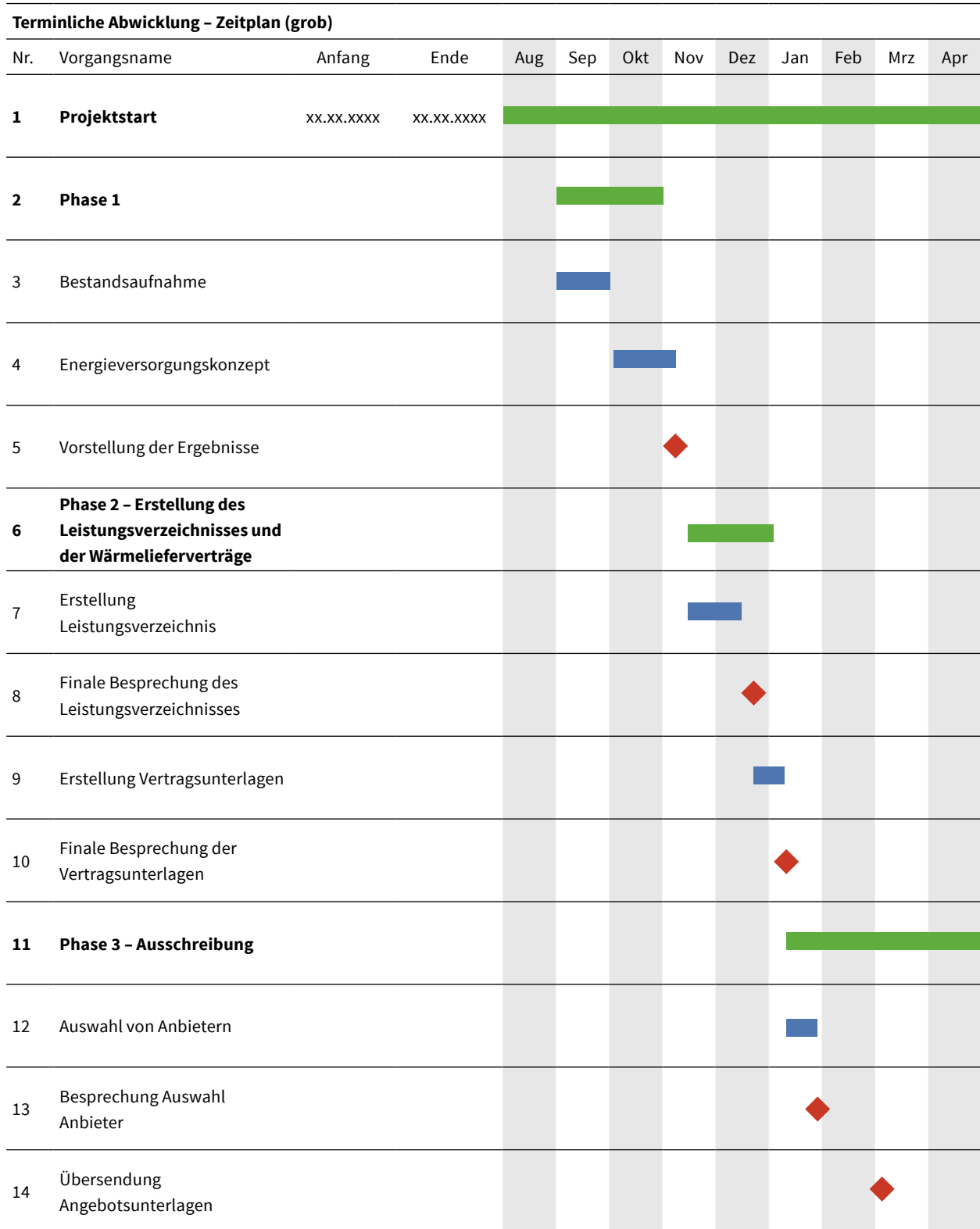
Phase 1 Vorbereitung der Ausschreibung					
Pos.-Nr.	Leistungen	Zuständigkeiten			
		AG	PE1	PE2	PE3
0.	Projektsteuerung		X		
1.	Anfertigung Zeitplan (grob)	M	X	M	M
2.	Bestandsaufnahme				
2.1.	Technische Bestandsaufnahme	M		X	
2.2.	Prüfung Bestandsunterlagen	M		X	
3.	Technische Bearbeitung			X	
4.	Energieversorgungskonzept				
4.1.	Aufbereitung der einzelnen Wärmeabnehmer hinsichtlich des Wärmeverbrauchs	M			X
4.2.	Konzipierung Eigenenergievergleich	M		M	X
4.3.	Auswertung Eigenenergievergleich	M		M	X
4.4.	Projektierung Wärmeerzeugungsvarianten	M		X	M
4.5.	Entscheidung über die anzubietende Maßnahme	X	M	M	M
	Termin zur Vorstellung der Ergebnisse	X	X	X	X

M = Mitwirkung

X = verantwortliche Bearbeitung

Von besonderer Bedeutung ist die Auffindung erster Eckdaten einer terminlichen Abwicklung in Abhängigkeit von Themen wie Restlaufzeit von Verträgen, Zustand der bestehenden Versorgungssysteme, Veränderungen auf der Nutzungs- und Verbrauchsseite. Üblicherweise kann von nachfolgendem zeitlichem Ablauf ausgegangen werden:

Die einzelnen Phasen (mit Ausnahme verbindlicher vergabe-rechtlicher Fristen) können erforderlichenfalls verkürzt werden, die praktische Durchführbarkeit setzt hier jedoch Grenzen.



■ Grün: Phase ■ Blau: Zeitraum ■ Rot: Meilenstein

3.2 Phase 2: Bestandsaufnahme und Versorgungskonzept

3.2.1 Bestandsaufnahme

Hier ist die folgende Auftaktfrage zu klären:

Welche Versorgungsaufgabe besteht, welche Infrastruktur ist vorhanden und in welchem Zustand ist diese?

Die Fragestellung zielt darauf ab, die Bilanzgrenzen der durchzuführenden Maßnahmen aufzufinden. Anhaltspunkte für die Modernisierung oder Neuerrichtung von Anlagenbereichen können z. B. zu hohe Nutzenergiekosten (Gestehungskosten) sowie Ausfallzeiten und Reparaturkosten, defekte Anlagen bzw. Anlagenteile, zu hoher Wartungsaufwand oder Änderungen der energiewirtschaftlichen Rahmenbedingungen (z. B. EEG-Umlage, KWK-Gesetz) sein.

Die Bestandsaufnahme erstreckt sich dann insbesondere auf nachfolgende Themen:

- Datenerhebung (insbesondere Verbrauchsdaten)
- Erstellung einer Übersicht der zu versorgenden Anlagen/ Gebäude
- Aufbereitung der vorhandenen technischen und energiewirtschaftlichen Daten
- Zusammenstellung der derzeitigen Genehmigungen
- Erstellung von Verbrauchsprognosen für eine mögliche Vertragslaufzeit

In diesem Prozess sind unbedingt alle relevanten Stellen des Auftraggebers (insbesondere Bauabteilung und Nutzer) zu beteiligen. Bei der Bestandsaufnahme kann idealerweise auf verfügbare Daten aus bestehenden Energiemanagementsystemen zurückgegriffen werden. Soweit eine solche Datenbasis fehlt, können diese Daten auch durch spezialisierte energiewirtschaftliche Berater beigestellt bzw. durch temporäre und mobile Energieverbrauchsmessungen generiert werden.

Im Ergebnis muss eine Bestandsaufnahme aller projektrelevanten Energiedaten vorliegen.

3.2.2 Versorgungskonzept

Hier ist nun die folgende Frage zu klären:

Was ist die optimale Versorgungsstruktur für die im Rahmen der Bestandsaufnahme festgestellte Versorgungsaufgabe?

Die Erstellung eines solchen Versorgungskonzepts ist ein ganz wesentliches Instrument zur Findung der „richtigen“ Energieversorgung.

Dabei sind u. a. nachfolgende Themen abzuarbeiten:

- umfassende energiewirtschaftliche und immissionsrechtliche Bewertung des Standortes (bestehende Verträge, standortspezifische Rahmenbedingungen wie z. B. Versorgungsmöglichkeiten und Umweltstandards, gesetzliche Rahmenbedingungen, aber auch entsprechende Förderprogramme)
- Prüfung von Energieeinsparpotenzialen, Berücksichtigung von Verbrauchsentwicklungen
- Festlegungen zu gewünschten Nutzenergiearten
- Vergleich von unterschiedlichen Energieerzeugungstechnologien (z. B. Heizkessel, Gasturbinen, Verbrennungsmotoren, KWK, Abwärme, Brennstoffzelle), Brennstoffen (wie Erdgas, Biomasse) sowie Verteilmedien (z. B. Pumpenwärmesystem, Dampf)
- Ermittlung der erwarteten Kosten der Eigenrealisierung (Qualität Kostenschätzung) (siehe Kapitel 3.2.3)

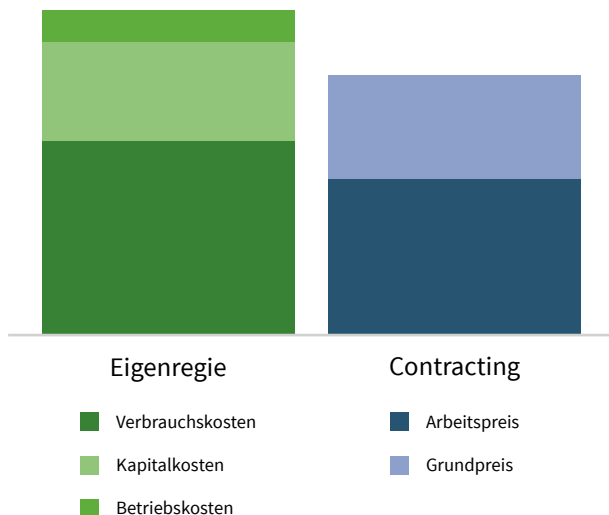
Wichtig ist, dass eine solche Maßnahme bis zur Erstellung des Versorgungskonzeptes medien- und modelloffen ist. Auf der Basis der bis zu diesem Zeitpunkt gewonnenen Erkenntnisse kann dann auch das passende Contracting-Modell, insbesondere in Abgrenzung zwischen einem Liefer- und einem Energiespar-Contracting, getroffen werden. Je höher sich der Investitionsanteil und je komplexer sich der Betrieb der Anlagen darstellt, umso eher wird man eine Entscheidung zugunsten des Liefer-Contractings treffen.

Im Ergebnis sollte ein technisch und energiewirtschaftlich auf die Versorgungsaufgabe zugeschnittenes Versorgungskonzept vorliegen, welches in dem ausgewählten Contracting-Modell umgesetzt werden kann.

3.2.3 Erste Wirtschaftlichkeitsüberlegungen

Auf der Basis der Bestandsaufnahme und des Versorgungskonzeptes ist eine erste vergleichende Wirtschaftlichkeitsüberlegung zu den erwarteten Kosten der Eigenrealisierung und den prognostizierten Kosten einer Contracting-Maßnahme anzustellen.

Kostenstruktur Eigenregie vs. Contracting



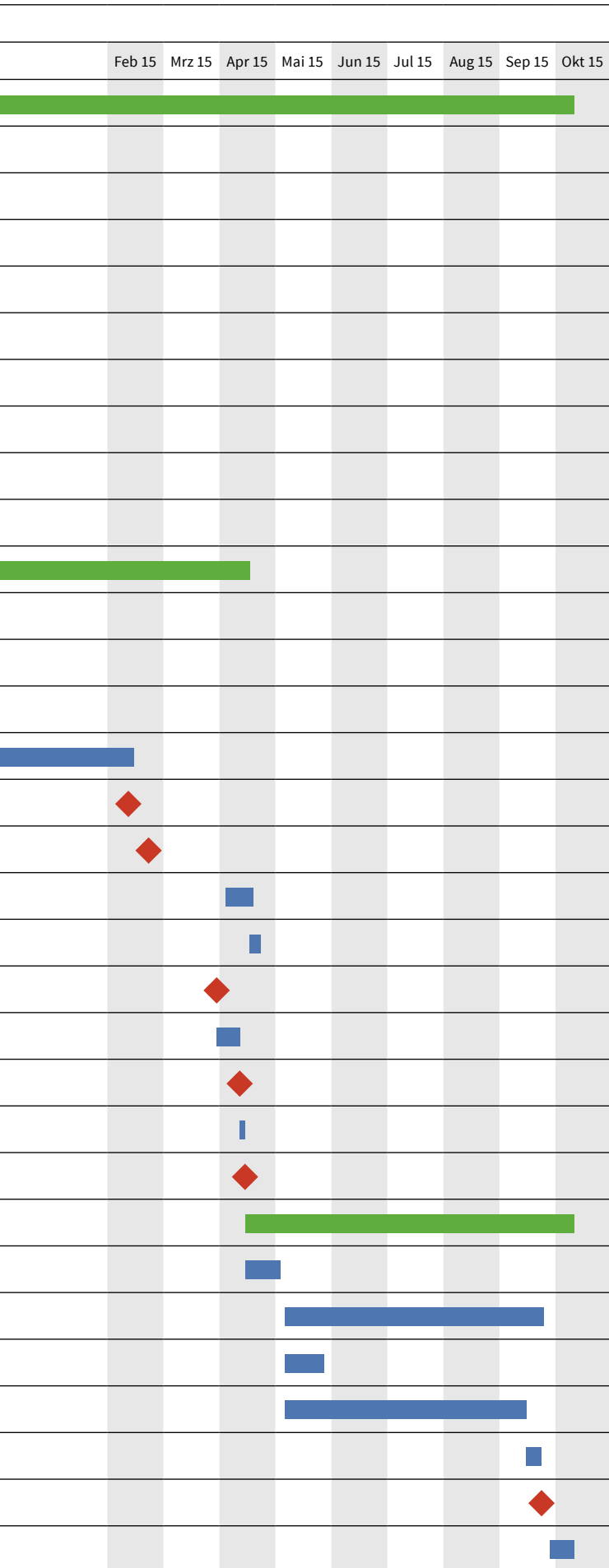
Die Zahlen können zu diesem Zeitpunkt nur eher grob sein (Qualität Kostenschätzung), Prognosen zu erwarteten Contracting-Kosten können realistisch nur von einem markterfahrenen energiewirtschaftlichen Berater eingespielt werden. Nur wenn eine Contracting-Maßnahme hier eindeutig unwirtschaftlicher erschiene, wäre die Weiche direkt in Richtung Eigenrealisierung zu stellen bzw. könnten die Projektparameter nochmals hinterfragt sowie gegebenenfalls nachjustiert werden.

3.2.4 Konkrete Festlegung zu Projektumfang, Projektzuständigkeiten, Projektterminplan

Auf der Basis der gegebenenfalls fortgeschriebenen Zuständigkeitsverteilung sollte dann als Abschluss der Phase 2 ein grober mit entsprechenden Zeitpuffern erstellt werden, welcher die Abarbeitung der einzelnen Zuständigkeiten auf der Zeitachse vom Projektstart „Erstellung der Leistungsbeschreibung“ bis mindestens zur Inbetriebnahme der Anlage realistisch darstellt; gegebenenfalls mit nachlaufendem Probetrieb. Dieser Zeitplan ist dann insbesondere gegenüber allen externen Dienstleistern, aber auch gegenüber internen Abteilungen, verbindlich und sollte dringend als Roadmap für die Abwicklung des Vorhabens ernst genommen werden.

Terminliche Abwicklung – Zeitplan (grob)

Nr.	Vorgangname	Anfang	Ende	Aug 14	Sep 14	Okt 14	Nov 14	Dez 14	Jan 15
1	Projektstart	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
2	Phase 1 – Vorbereitung der Ausschreibung	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
3	Bestandsaufnahme	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
4	Energieversorgungskonzept	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
5	Vorstellung der Ergebnisse	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
6	Phase 2 – Erstellung des Leistungsverzeichnisses und der Wärmelieferverträge	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
7	Erstellung Leistungsverzeichnis	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
8	Finale Besprechung des Leistungsverzeichnisses	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
9	Erstellung Vertragsunterlagen	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
10	Finale Besprechung der Vertragsunterlagen	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
11	Phase 3 – Ausschreibung	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
12	Auswahl von Anbietern	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
13	Besprechung Auswahl Anbieter	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
14	Übersendung Angebotsunterlagen	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
15	Besichtigung und Bieterfragen	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
16	Besprechung Bieterfragen	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
17	Eingang indikative Angebote	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
18	Auswertung indikative Angebote und Nachfordern von Unterlagen	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
19	Vertragsverhandlungen	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
20	Eingang finale Angebote	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
21	Auswertung finale Angebote	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
22	Besprechung finale Angebote	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
23	Erarbeitung Vergabevorschlag	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
24	Auftragserteilung	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
25	Phase 4 – Ausführung und Inbetriebnahme	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
26	Montageplanung	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
27	Provisorischen Heizbetrieb sicherstellen	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
28	Außerbetriebnahme, Entleeren, Demontage	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
29	Neumontage	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
30	Inbetriebnahme, Einregulierenarbeiten	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
31	Abnahme	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						
32	Mängelbeseitigung	XX.XX.XXXX	XX.XX.XXXX						



3.3 Phase 3: Leistungsbeschreibung und Vertragsgestaltung

3.3.1 Leistungsbeschreibung

Bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung sind vergaberechtlich übergeordnet die Grundsätze der „produktneutralen Ausschreibung“ und „eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung“ zu gewährleisten. Die Leistung muss so beschrieben werden, dass sie für alle Bieter im gleichen Sinne verstanden werden kann, um miteinander vergleichbare Angebote zu erhalten (§ 121 Abs. 1 GWB, § 31 VgV).

Bei der Beschreibung der Leistung können auch Aspekte der Qualität, der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte, wie insbesondere die Einbindung von Klimaschutz- oder CO₂-Minderungszielen, berücksichtigt werden (§ 31 Abs. 3 VgV).

Inhaltlich sollte in der Leistungsbeschreibung die abgefragte Versorgungsaufgabe in allen Parametern (inklusive der technischen Planungsergebnisse) beschrieben sein. Dies wird je nach Aufgabe variieren. Welche Themen typischerweise zu erläutern sind, kann dem nachfolgenden Beispiel eines Inhaltsverzeichnis für eine Leistungsbeschreibung einer Wärmelieferung entnommen werden. Bei der Belieferung anderer oder weiterer energetischer Medien muss das Inhaltsverzeichnis entsprechend angepasst/erweitert werden.

- Grün: Phase
- Blau: Zeitraum
- ◆ Rot: Meilenstein

1 Allgemeine Projektbeschreibung und -ziele

2 Beschreibung der Rahmenbedingungen

3 Beschreibung der bestehenden Anlage

3.1 Lage/Grundstückssituation

3.2 Baulicher Zustand der vorhandenen Anlagen

3.3 Derzeit in Betrieb befindliches Wärmeversorgungssystem

3.3.1 Technische Daten Kessel

3.3.2 Wärmeerzeugung

3.3.3 Wasseraufbereitung

3.3.4 Wärmeverteilung

3.3.5 Übergabestationen

3.3.6 Bestandspläne

3.3.7 Anlagenschemata

3.3.8 Technische Dokumentationen

3.3.9 Gewährleistungsansprüche

4 Beschreibung der Wärmenutzer bzw. der mit

Wärme zu versorgenden Objekte

4.1 Erläuterungen zu Vertragslaufzeiten

4.2 Gesamtübersicht aller Wärmenutzer

4.3 Verbrauchsprognose

5 Leistungen des Contractors

5.1 Allgemeine Rahmenbedingungen

5.1.1 Für Anlagenerrichtung zur Verfügung stehende Flächen

5.1.2 Lager- und Baustelleneinrichtungsflächen

5.1.3 Zugänglichkeit

5.1.4 Genehmigungssituation

5.1.5 Gesundheitsrisiken

5.1.6 Schallemissionen

5.1.7 Emissionshandel gemäß TEHG

5.2 Wärmeversorgungssystem

5.2.1 Betrieb, Wartung und Inspektion

5.2.2 Instandsetzungsarbeiten

5.2.3 Erläuterungen zu den bestehenden Wartungsverträgen des Heizkessels und der Wasseraufbereitungsanlage

5.3 Warmwassersystem

5.3.1 Wärmelieferung, Betrieb und Instandhaltung

5.3.2 Erläuterungen zu den bestehenden Wartungsverträgen der Anlage

5.3.3 Beschreibung der umzusetzenden Maßnahmen und des Betriebs der Anlagen

5.3.4 Erweiterung der Wärmeerzeugung

5.3.5 Umbau der Wasseraufbereitung

5.3.6 Erweiterung der PWW-Verteilung

5.3.7 Umbau der Übergabestationen

5.3.8 Planungsunterlagen

5.3.9 Schnittstellen

5.3.10 Besonderheiten

5.3.11 Inhaltsübersicht über die detaillierten Leistungsbeschreibungen

5.4 Mögliches Nebenangebot Wärmeerzeugung

5.4.1 Zugelassene Erzeugungstechnologien

5.4.1.1 KWK-Anlage als BHKW

5.4.1.2 Fernwärme

5.4.1.3 Erneuerbare Energien

5.4.2 Mindestanforderungen an das Nebenangebot

5.4.2.1 Leistung

5.4.2.2 Versorgungssicherheit

5.4.2.3 Versorgungsparameter

5.4.2.4 Platzbedarf der Alternativen Wärmeerzeugungsanlage

5.4.2.5 Einhaltung Schallemissionsgrenzen

5.4.2.6 Einhaltung des EEWärmeG

5.4.3 Anforderungen an technische Darstellung des Nebenangebots

6 Weitere Informationen zur Leistungserbringung

6.1 Bauablauf

6.2 Außerbetriebnahme des bestehenden Wärmeversorgungssystems

6.3 Genehmigungen, Gutachten und Berichte

6.4 Medienversorgung der Anlagen des Contractors

6.4.1 Energieversorgung: Strom

6.4.2 Energieversorgung: Erdgas

6.4.3 Übersicht Energieversorgung

6.4.4 Trinkwasser und Abwasser

6.4.5 Telekommunikation

6.5 Betriebspersonal

6.6 Versorgungssicherheit/Verfügbarkeit

6.7 Energiemengenmessung

7 Angebotskalkulation, Grund- und Arbeitspreise

7.1 Allgemeine Hinweise an den Bieter zur Kalkulation des Wärmepreises

7.2 Grundpreise

7.3 Arbeitspreise

7.4 Preisanpassung

7.4.1 Grundpreise

7.4.2 Arbeitspreise

7.4.3 Abwicklung der Preisanpassung

8 Abrechnung

8.1 Allgemeines zur Abrechnung der gelieferten Wärmemengen mit dem AG

8.2 Abrechnung der Grund- und Arbeitspreise

8.3 Leistungsbestandteil Rechnungsvorbereitung für externe Wärmeabnehmer

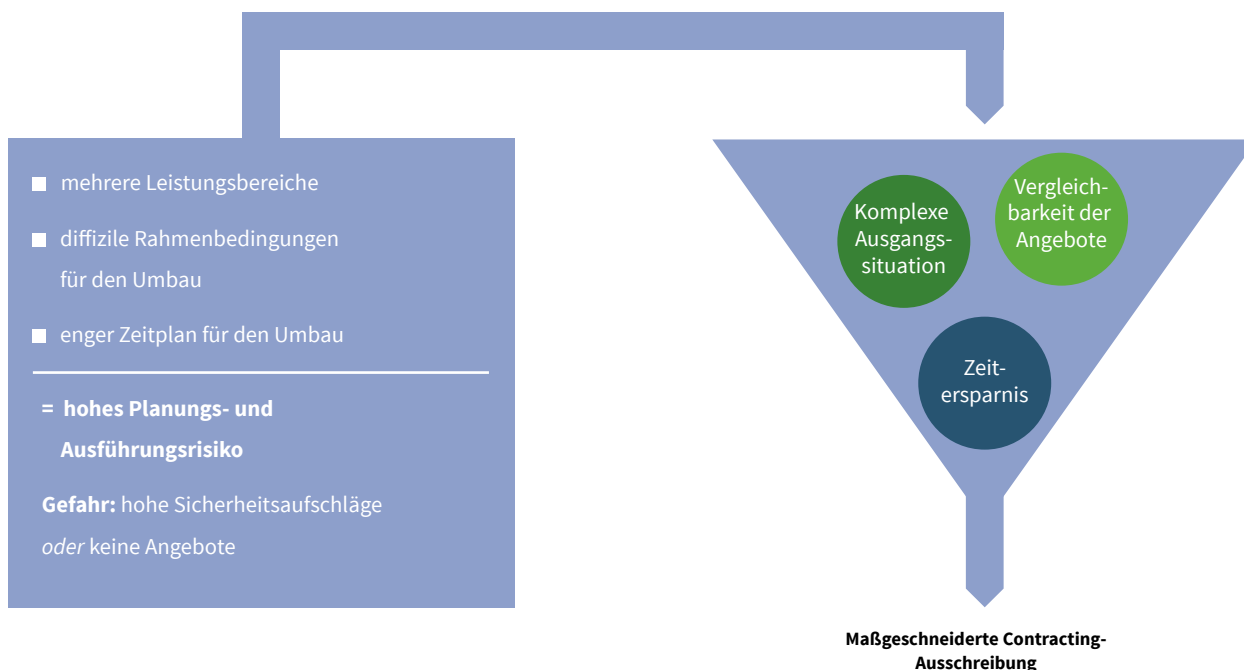
Je sorgfältiger und detaillierter die Aufgabe des Contractors im Hauptangebot (sogenannter Amtsvorschlag) beschrieben wird, desto mehr und wirtschaftlich bessere Angebote wird der Auftraggeber im Wettbewerb erhalten. Ein planerisch hinreichend ausformuliertes Hauptangebot sollte stets Basis der Leistungsbeschreibung sein. Ein solch ausformuliertes Hauptangebot ist schon deshalb geboten, da die Vergleichbarkeit der Angebote in der Angebotsbewertung sichergestellt sein muss. Ebenso sichert es die Ausrichtung des Versorgungskonzeptes an den Interessen des Auftraggebers, welche bei einer Ausarbeitung desselben durch den Contractor eventuell zu kurz kämen.

Hier geht es sicherlich auch um den Ausgleich von Wissensvorsprüngen bei vielleicht schon mit der Liegenschaft in Berührung gekommenen Bietern.

Die Spezialkompetenz der Contractoren kann dann über die Zulassung von Nebenangeboten „eingebündelt“ werden. Hier ist auf die Anforderungen zur Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot ebenso zu achten wie auf die Definition von Mindestanforderungen an das Nebenangebot. In der Regel wird es in solchen Nebenangeboten um alternative Erzeugungstechnologien unter Ausnutzung der energietechnischen, -wirtschaftlichen und -rechtlichen Sonderkompetenz des Contractors gehen.

Beim Design der Gas- und Stromnetzanschlussituation ist darauf zu achten, dass Dopplungseffekte und Degressionsverluste durch parallele Anschlusssituationen vermieden werden.

Funktionale oder maßgeschneiderte Contracting-Ausschreibung:



3.3.2 Vertragsgestaltung

Parallel und nachlaufend zur Erstellung der Leistungsbeschreibung erfolgt in Kenntnis der wesentlichen Leistungsparameter die Gestaltung des Energieliefervertrages.

3.3.2.1 Vertragsgeschichte/Vertragsbestandteile/Anlagenmanagement

Ein Contracting-Vertrag entsteht am Ende eines langen Planungs- und Vergabeprozesses und besteht dann in der Regel aus einer Vielzahl an Unterlagen. Es ist deswegen von überragender Bedeutung, im Vertrag zum einen die Entstehungsgeschichte des konkreten Vertrages mit allen Angeboten und Verhandlungen darzustellen sowie zum anderen die letztlich gültigen

Vertragsbestandteile klar zu bezeichnen sowie als Anlage zum Gegenstand des Vertrages zu machen. Man muss sich dabei vor Augen führen, dass es angesichts der langen Dauer des Vertrages sehr wahrscheinlich ist, dass die mit der Abwicklung betrauten Personen auf allen Seiten mehrfach wechseln. Insofern empfiehlt sich auch eine feste Verbindung des Vertrages und aller Anlagen in Form einer gebundenen Ausgabe (siehe unten Ziffer 3.4.2.12).

3.3.2.2 Leistungspflichten des Contractors

Hier können – je nach Versorgungsaufgabe – vielfältige Leistungspflichten geregelt werden:

- Nutzenergielieferung aus neuen Anlagen (inklusive Ausführungsplanung, Errichtung, Finanzierung, Betrieb und Instandhaltung)
- Errichtung und Betrieb neuer Verteilnetze und Übergabestationen
- Nutzenergielieferung aus bestehenden Anlagen (inklusive Betrieb und Instandhaltung)
- Betriebsführung neuer Anlagen des Auftraggebers (nach Errichtung in Anlagenbauvertrag)
- Betriebsführung bestehender Anlagen
- Instandhaltung (Wartung, Inspektion und Instandsetzung) bestehender Anlagen
- Weitere begleitende Dienstleistungen wie Rechnungsvorbereitung Drittabnehmer, Energiemanagement (inklusive Reporting und Monitoring)

3.3.2.3 Nutzung und Eigentum

Nutzungsrecht

Der Auftraggeber überlässt dem Auftragnehmer für die Dauer des Vertragsverhältnisses die Nutzung der Nutzungsflächen, in der Regel unentgeltlich oder zu einem symbolischen Pachtzins.

Zivilrechtliches Eigentum

Für Auftraggeber und Contractor ist es wichtig, dass die vom Contractor auf dem Eigentum des Auftraggebers zu errichtenden Anlagen nicht in das zivilrechtliche Eigentum des Auftraggebers übergehen (u. a. Finanzierungssicherheiten, Insolvenzrisiko).

Hierfür gibt es zwei Gestaltungsmöglichkeiten:

Die **sicherste Variante** ist die, nach welcher die Anlagen „in Ausübung eines dinglichen Rechtes des Contractors am Grundstück“ (in der Regel beschränkt persönliche Dienstbarkeit) eingebaut werden. Dies führt dazu, dass die Anlagen gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB sonderrechtsfähig bleiben und nicht Bestandteil des Grundstücks werden. Grundbuchrelevante Erklärungen sind allerdings für etliche öffentliche Liegenschaftsbetreiber aufgrund der Zuständigkeit zentraler Immobilienverwaltungen eher aufwendig zu bewerkstelligen. Dabei ist zu beachten, dass die Dienstbarkeit zwingend vor dem Einbau der Anlagen („in Ausübung“) bestellt und eingetragen sein muss. Im Hinblick auf das sich hieraus ergebende doch wesentliche Vollzugshemmnis ist ein Weg ohne grundbuchliche Sicherheiten zu bevorzugen. Ein Insolvenzrisiko ist in der Regel bei öffentlichen Auftraggebern auch eher nicht gegeben.

In der **zweiten Variante** ist es erforderlich, dass die Anlagen des Contractors „nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden“ werden. Auch in diesem Fall bleiben die Anlagen gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB sonderrechtsfähig und damit im Eigentum des Contractors. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfolgt eine Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck dann, „wenn ihre spätere Aufhebung von Anfang an beabsichtigt ist. Maßgeblich ist der innere Wille des Einfügenden im Zeitpunkt der Verbindung der Sache. Dieser muss allerdings mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen sein.“²⁵

Deshalb ist in den Verträgen eine Regelung aufzunehmen, nach welcher der Einbau der Anlagen nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt und insbesondere die Anlagen nach Ende der Vertragslaufzeit wieder abgebaut werden (sogenannten Endschaftsregelung). Ob die Anlage dann schon verbraucht (bzw. voll beschrieben) ist, soll nach einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofes²⁶ dabei keine Rolle spielen.

Wirtschaftliches Eigentum

Um die rein steuerlich-bilanzielle Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentumes beim Contractor (Abschreibungen, Vorsteuer) sicherzustellen, sind ergänzend Regelungen zu treffen, nach welchen die Einräumung ausschließlicher eigentümergeicher Rechte für den Contractor hinsichtlich der Anlagen („wirtschaftlicher Ausschluss des Auftraggebers von Einwirkungen auf die Anlage“) sowie ein Entschädigungsanspruch des Contractors für den Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung vereinbart wird.²⁷

3.3.2.4 Langfristigkeit des Vertrages

Laufzeit

Ein Contracting-Vertrag wird üblicherweise über einen längeren Zeitraum zwischen 5 und 20 Jahren abgeschlossen. Eine Untergrenze von ca. 5 Jahren wird sinnvoll sein, um zum einen die Investitionen des Contractors amortisieren zu können, zum anderen dem Auftraggeber die sich nach einer gegebenenfalls nicht reibungsfreien Erstellungs- und Übernahmephase einstellenden Vorteile eines Drittbetriebes über einen gewissen Zeitraum zukommen zu lassen.

Eine Obergrenze gibt es nicht, zweckmäßig ist jedoch im Hinblick auf einen üblichen Anlagenverbrauch (Wertminderung) die technologische Innovation sowie die Sicherstellung des Wettbewerbs eine maximale Laufzeit von 20 Jahren. Soweit eine solche Laufzeit vom Auftraggeber selbst vorgeschlagen wird, greift auch nicht die Beschränkung der Laufzeit gemäß § 24 Abs. 1 AVBFernwärmeV, da die dortigen Regelungen nur für Konstellationen gelten, in welchen der Lieferant die Versorgung andient und seine Vertragsbedingungen stellt.

²⁵ Aktuell zusammengefasst in BGH, Urteil vom 07.04.2017 – V ZR 52/16.

²⁶ Ebd.

²⁷ Siehe BFH, Urteil vom 20.11.2003 (III R 4/02, BStBl. II 2004, S. 305).

Es wird deshalb insgesamt empfohlen, die Geltung der AVB-FernwärmeV auszuschließen, da die dortigen Regelungen die Abwicklung des Versorgungsmassengeschäftes und nicht die Abwicklung einer vom konkreten Auftraggeber technisch, energiewirtschaftlich und rechtlich individuell gestalteten Versorgungsmaßnahme im Auge haben.

Kündigung

Da beide Parteien ein hohes Interesse daran haben, die individuell gestaltete Versorgungslösung während der Erstvertragslaufzeit aufrechtzuerhalten, wird in den Verträgen die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen. Eine Kündigung soll nur in eng begrenzten Ausnahmefällen aus wichtigem Grund möglich sein, etwa, wenn der Contractor seiner Versorgungsverpflichtung nachhaltig nicht nachkommt oder bei ihm Insolvenztatbestände vorliegen.

Weitergabeverpflichtung

Wichtig für den Contractor ist eine sogenannte Weitergabeverpflichtung des Auftraggebers, nach welcher dieser verpflichtet ist, alle Pflichten aus dem Vertrag im Falle der Veräußerung der betroffenen Liegenschaft oder von Teilen davon an den Erwerber weiterzugeben.

Anpassung an sich verändernde Rahmenbedingungen

Mitunter werden auch Klauseln aufgenommen, welche eine Fortschreibung des Vertrages auf sich verändernde energie-wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen vorgeben. Eine solche Anpassung der wechselseitigen Rechte und Pflichten kann jedoch für die gegebene lange Vertragslaufzeit in der Gestaltung (wem sind welche Risiken zuzurechnen, mit welchen Inhalten hat eine Anpassung zu erfolgen?) nicht antizipiert werden. Hier müssen die Parteien in der Lage sein, risiko- und interessenangemessene Anpassungen im Vereinbarungswege zu erreichen.

Eine Anpassung an sich ändernde Rahmenbedingungen hat natürlich gegebenenfalls auch bei einer Eigenrealisierung zu erfolgen und ist von daher kein dem Contracting zuzurechnendes Thema.

3.3.2.5 Preisgestaltung und Preisanpassung

Der Preis für die Nutzenergielieferung gliedert sich in einen verbrauchsunabhängigen Jahresgrundpreis und einen verbrauchsabhängigen Arbeitspreis, die in der Abrechnung getrennt auszuweisen sind.

Die Preise enthalten alle zur Durchführung der Nutzenergielieferung anfallenden Kosten. Die nachfolgenden Ausführungen reflektieren beispielhaft ein Modell, welches im Bereich der Wärmelieferung üblich ist.

Hier werden folgende variablen Preisbestandteile angeboten:

Grundpreis

Basiswert Jahresgrundpreis GP_0 (exkl. USt.): _____ Euro/Jahr
(= Preis in 2017)

Fixanteil Jahresgrundpreis FixGP: _____ %

Anteil Jahresgrundpreis Investitionsgüter x: _____ %

Anteil Jahresgrundpreis Lohn y: _____ %

Arbeitspreis

Basiswert Arbeitspreis AP_0 (exkl. USt.): _____ Euro/ MWh
(= Preis in 2017)

Fixanteil Arbeitspreis FixAP: _____ %

Anteil Arbeitspreis Erdgas a: _____ %

Preisanpassung

Der Langfristigkeit des Vertrages wird durch eine Preisanpassungsklausel Rechnung getragen, welche die beiden Preisbestandteile durch Bindung an verschiedene Indizes über die Vertragslaufzeit wertsichert. Die Indizes sollten zu den in den jeweiligen Preisen behandelten Leistungen und Lieferungen möglichst sachnah sein. Es sind unterschiedliche Anpassungsformeln denkbar, ein übliches Modell wird nachfolgend dargestellt:

Die Preisanpassung für den Jahresgrundpreis (Preis für die Vorhaltung der Wärmelieferung) erfolgt auf der Grundlage folgender Formel:

$$GP = GP_0 * (\text{FixGP} + x * I/I_0 + y * L/L_0)$$

Bei der Preisgestaltung gilt zu beachten, dass $\text{FixGP} + x + y = 100$ Prozent ergeben.

GP = Jahresgrundpreis in €/a für das jeweilige Lieferjahr (= Kalenderjahr)

GP_0 = Basiswert Jahresgrundpreis in €/a in 2017

FixGP = unveränderbarer Fixanteil des Jahresgrundpreises in Prozent

x = investitionsgüterindexabhängiger Anteil des Jahresgrundpreises in Prozent

I = aktueller Investitionsgüterindex gemäß Index „Erzeugnisse der Investitionsgüterproduzenten“

Fundstelle: Veröffentlichung des Statistischen Bundesamtes in Fachserie 17, Reihe 2, lfd. Nr. 3. Es gilt jeweils der arithmetische Mittelwert der 12 Monatswerte im Zeitraum 01.07–30.06 vor dem Zeitpunkt der Preisanpassung

I_0 = Basiswert Investitionsgüterindex = arithmetischer Mittelwert 12 Monatswerte im Zeitraum 01.01.2015–31.12.2015; (Index „Erzeugnisse der Investitionsgüterproduzenten“ des Statistischen Bundesamtes in Fachserie 17, Reihe 2, lfd. Nr. 3)

y = lohnkostenabhängiger Anteil des Jahresgrundpreises in Prozent

L = aktueller Index der durchschnittlichen Bruttostundenverdienste

Fundstelle: Veröffentlichung des Statistischen Bundesamtes, durchschnittlicher Bruttostundenverdienst der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer im Wirtschaftszweig „Energieversorgung“, Fachserie 16, Reihe 2.2, Wirtschaftszweig D, Energieversorgung insgesamt, Bruttostundenverdienst Deutschland. Es gilt der arithmetische Mittelwert der 4 Quartalswerte im Zeitraum 01.01.–31.12. des vorletzten Jahres vor dem Zeitpunkt der Preisanpassung.

Beispiel: Für die Belieferung in 2018 gilt der durchschnittliche Wert aus 2016.

L_0 = Basiswert Index der durchschnittlichen Bruttostundenverdienste = es gilt der arithmetische Mittelwert der 4 Quartalswerte im Zeitraum 01.01.2015–31.12.2015

Im Falle einer Umbasierung der Indizes während der vorbenannten Zeiträume gelten für alle Monate während der Zeiträume nur die umbasierten Werte.

3.3.2.6 Versorgungssicherheit

Zur Absicherung der Versorgungssicherheit in der Betriebsphase werden maximale Reaktions- (z. B. 2 h) und Ausfallzeiten (z. B. 6 h) vereinbart. Soweit eine Beseitigung der Störung innerhalb der Ausfallzeit nicht gelingt, muss der Contractor eine Ersatzbeheizung vornehmen. Die diesbezüglichen technischen Voraussetzungen sind vom Contractor zu schaffen und können im Rahmen eines vom Contractor zu erstellenden Betriebsführungskonzeptes im Vergabeprozess abgefragt werden. Gelingt dem Contractor innerhalb eines weiteren Zeitraums von z. B. 4 h auch keine Ersatzbeheizung, kann der Auftraggeber eine Ersatzvornahme auf Kosten des Contractors durchführen (lassen). Die Zeitansätze können natürlich je nach Versorgungsaufgabe und betroffenen Werten verkürzt oder verlängert werden.

Um eine Kumulation von Einzelausfallzeiten zu verhindern, kann eine Vereinbarung von abgestuften maximalen Ausfallzeiten erfolgen. Hier sind Modelle wie folgt üblich:²⁸

- arbeitstäglich von 00:00 bis 24:00 Uhr:
zulässige Gesamtausfallzeit: 6 h
- wöchentlich von Montag 00:00 bis Sonntag 24:00 Uhr: **zulässige Gesamtausfallzeit: 12 h**
- monatlich vom Ersten eines Kalendermonates 00:00 Uhr bis zum Letzten desselben Kalendermonates 24:00 Uhr:
zulässige Gesamtausfallzeit: 18 h
- während der Heizperiode vom 15. September 00:00 Uhr eines Kalenderjahres bis zum 15. Mai 24:00 Uhr des Folgejahres: **zulässige Gesamtausfallzeit: 36 h**
- in einem Abrechnungsjahr:
zulässige Gesamtausfallzeit: 72 h

Die Überschreitung dieser maximalen Ausfallzeiten wird mit einer Vertragsstrafe belegt (z. B. je angefangenem 4-h-Intervall 1 Prozent der monatlichen Vergütung).

Ebenso kann natürlich der Beginn der Nutzenergielieferung zu bestimmten Terminen mit einer Vertragsstrafe belegt werden für den Fall, dass diese nicht wie vereinbart erfolgt.

3.3.2.7 Haftung, Versicherung und Sicherheiten

Der Contractor haftet für alle Folgen von aus seiner Risikosphäre herrührenden Versorgungsstörungen. Da hier mitunter erhebliche Werte betroffen sein können, empfiehlt sich eine umfassende Versicherung des Contractors zugunsten des Auftraggebers. Hier sind nachfolgende Deckungstatbestände möglich:

- Betriebshaftpflichtversicherung (inklusive Bauherrnhaftpflichtversicherung)
- Umwelthaftpflicht-/Umweltschadenversicherung
- Maschinenversicherung (inklusive Risiko Betriebsunterbrechung)
- Bauleistungs- und Montageversicherung

Auf ausreichende Deckungssummen ist jeweils zu achten.

Die vertraglichen Risiken (insbesondere diejenigen während der Erstellungsphase) können darüber hinaus durch eine Vertragserfüllungssicherheit (in der Regel Bürgschaft) abgedeckt werden.

3.3.2.8 Reporting und Monitoring

Ein umfassendes Reporting und Monitoring zur Leistungserbringung des Contractors sowie auch zur Abstimmung der Leistungserbringung auf sich gegebenenfalls ändernde Nutzungen des Auftraggebers ist zu empfehlen.

3.3.2.9 Schlichtung/Mediation

Die oftmals als eheähnliche Verbindung bezeichneten Contracting-Verträge zeichnen sich durch eine partnerschaftliche und lösungsorientierte Grundstruktur aus. Damit der Vertrag dann auch so gelebt wird, sichern Schlichtungs- und Mediationsklauseln die einvernehmliche Streitbeilegung ab.

3.3.3 Abstrakter Eigenregievergleich

Nachdem die Leistung technisch, wirtschaftlich und rechtlich konkretisiert wurde, ist ein abstrakter Eigenregievergleich auf der Basis konkret prognostizierter Contracting- und Eigenrealisierungskosten (Qualität Kostenberechnung) zu führen.

Zum Abschluss der Phase 3 (Leistungsbeschreibung und Vertragsgestaltung) fällt die Entscheidung, ob die Contracting-Maßnahme in ein Vergabeverfahren eingebracht wird.

²⁸ Das hier verwendete Beispiel ist dem Leitfaden „Energiliefer-Contracting für Bayern“ entnommen.

3.4 Phase 4: Vergabeverfahren und Vertragsschluss

3.4.1 Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Für die Vergabe von Energieliefer-Contracting durch öffentliche Auftraggeber gelten die Regeln des Vergaberechts.

Danach ist das Verfahren transparent zu gestalten und durch Wettbewerb das wirtschaftlichste Angebot am Markt zu finden (vgl. § 97 Abs. 1 GWB).

Die Vorbereitung der Vergabe von Energieliefer-Contracting beginnt bereits mit der Dokumentation der in der Phase 2 und 3 erzielten Ergebnisse und getroffenen Entscheidungen.

Zu Beginn der Vorbereitung sind die Zuständigkeiten im Verfahren festzulegen (Vergabestelle).

Zur Vorbereitung des Vergabeverfahrens ist zunächst zu klären, ob der Auftragswert die Auftragschwellenwerte für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts überschreitet und daher ein EU-weites Vergabeverfahren erforderlich wird oder nur ein nationales Vergabeverfahren durchzuführen ist (Wahl der Verfahrensordnung).

Anschließend ist zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens zu klären, ob die Auswahl des Contractors ein- oder zweistufig durchgeführt wird (Wahl der Verfahrensart).

Ebenfalls muss im Vorbereitungsstadium festgelegt werden, ob der Auftragsgegenstand nach Losen aufzuteilen ist (losweise Vergabe).

Auch ist zu klären, ob Nebenangebote zugelassen werden sollen, um einen weiter reichenden Angebotswettbewerb zu erzielen (Zulassung von Nebenangeboten).

Ebenso sollten zur Auswahl der Bieter bereits Eignungskriterien festgelegt werden (Eignungskriterien).

Sofern zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nicht ausschließlich der Preis dient, müssten in der Vorbereitungsphase auch die Angebotszuschlagskriterien festgelegt werden (Zuschlagskriterien).

Zur Wahrung des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes ist es weiter wichtig, den Ablauf des Vergabeverfahrens zu bestimmen und gegebenenfalls in den Vergabeunterlagen eindeutig und nachvollziehbar zu beschreiben (Ablauf des Vergabeverfahrens).

Schließlich ist zu beachten, dass sämtliche Vergabeunterlagen bereits bei der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens und vor Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung zu erstellen sind (Vergabeunterlagen).

Besonders wichtig ist die jeweils verfahrensbegleitend und aktuell zu führende Vergabedokumentation, in welcher die vorstehenden Entscheidungen und Verfahrensschritte dokumentiert und gegebenenfalls besonders zu begründen sind.

3.4.1.1 Vergabestelle und Zuständigkeiten im Vergabeverfahren

Handelt es sich bei dem Auftraggeber um einen öffentlichen Auftraggeber, wird in der Regel ein Vergabeverfahren durchzuführen sein.

Der (öffentliche) Auftraggeber des Energieliefer-Contractings ist im Vergabeverfahren die Vergabestelle.

Weitere Beteiligte können u. a. Eigentümer bzw. Maßnahmen-träger, die Bauverwaltung und gegebenenfalls externe Berater sein. Auch die Belange der Nutzer, insbesondere in Bezug auf Anforderungen an Raumkonditionen und Betriebssicherheit, können zu berücksichtigen sein.

Zu Beginn der Vorbereitung sind die Zuständigkeiten im Verfahren festzulegen, sofern hieran mehrere beteiligt sind.

3.4.1.2 Wahl der Verfahrensordnung

Zu klären ist dazu zunächst, ob die zu vergebenden Leistungen im Schwerpunkt als Bauauftrag einzuordnen sind oder ob der Lieferleistungsanteil überwiegt. Die Abgrenzung erfolgt nach § 110 Abs. 1 GWB danach, welcher Leistungsteil den Hauptgegenstand des Auftrages bildet.

Der Energieliefervertrag ist ein typengemischter Vertrag. Bei Energieliefer-Contracting-Projekten liegt der Schwerpunkt der Contractor-Leistungen bei der Erbringung von Lieferleistungen, nämlich der Lieferung von Energie. Zwar errichtet der Contractor auch Anlagen und erbringt damit Bauleistungen, die hierfür aufgewendeten Investitionen machen jedoch in der Regel nur einen Bruchteil der Zahlungen für die Energielieferung aus. Zu wählen sind diejenigen Regelungen, in denen der Schwerpunkt der Leistungen zu erwarten ist. Die Auswahl hängt dabei nicht von den tatsächlichen Ergebnissen der Ausschreibung, sondern von der Einschätzung des Auftraggebers im Vorfeld ab, welche Maßnahmen zur Energieeinsparung voraussichtlich von den Bietern vorgeschlagen werden.

Abhängig davon sind unterschiedliche Rechtsregime zu beachten:

Im Falle des Schwerpunktes auf Bauleistungen:

- Oberschwellenbereich: GWB, VgV. 1. und teilweise 2. Abschnitt, VOB/A Abschnitt 2
- Unterschwellenbereich: VOB/A 1. Abschnitt

Im Falle des Schwerpunktes auf Liefer- bzw. Dienstleistungen:

- Oberschwellenbereich: GWB, VgV
- Unterschwellenbereich: UVgO (soweit bereits umgesetzt, z. B. auf Bundesebene) oder weiterhin VOL/A, 1. Abschnitt

Hinweis: Da regelmäßig der Lieferanteil überwiegen wird, gehen die nachfolgenden Ausführungen von der Anwendung der VgV aus.

Damit zusammenhängend ist zu klären, ob der Auftragswert die Auftragschwellenwerte für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberichts überschreitet und daher ein EU-weites Vergabeverfahren (Oberschwellenbereich) erforderlich wird oder nur ein nationales Vergabeverfahren (Unterschwellenbereich) durchzuführen ist.

Für die Schätzung des Auftragswertes gilt § 3 VgV. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Es muss der voraussichtliche Gesamtwert aller zu vergebenden Leistungen ermittelt werden. Mehrere Lose sind zusammenzurechnen. Die Ermittlung erfolgt immer netto ohne Umsatzsteuer.

Die Pflicht zur Vergabe in Form eines EU-weiten Vergabeverfahrens besteht grundsätzlich erst dann, wenn der Gesamtauftragswert des Vorhabens die jeweils gültigen Schwellenwerte überschreitet. Ab dem 01.01.2018 liegt der Schwellenwert für „normale“ Liefer- und Dienstleistungen bei 221.000 Euro (im Sektorenbereich Verteidigung/Sicherheit bei 443.000 Euro, bei oberen und obersten Bundesbehörden bei 144.000 Euro).

Im Energieliefer-Contracting entspricht der Gesamtauftragswert der Summe aller über die Vertragslaufzeit an den Contractor voraussichtlich zu leistenden Nettozahlungen. In der Regel werden bei einer Vertragslaufzeit von 5 bis 20 Jahren die für die EU-weite Vergabe relevanten Schwellenwerte durch die Summierung der Jahreszahlungen überschritten.

Die Festlegung der Auftragsart und die Schätzung des Auftragswertes und damit zusammenhängend die Wahl der Vergabeordnung sind in der Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten.

Auftragschwellenwerte für das EU-Vergaberecht ab 2018



3.4.1.3 Wahl der Verfahrensart

Bei einer **EU-weiten Vergabe** unter der Anwendung der VgV stehen folgende Verfahrensarten zur Verfügung:

- Offenes Verfahren
- Nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb
- Verhandlungsverfahren mit bzw. ohne Teilnahmewettbewerb
- Wettbewerblicher Dialog

Vorrang haben grundsätzlich das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb nach Wahl des Auftraggebers (§ 119 Abs. 2 GWB).

Das **offene Verfahren** gestaltet sich so, dass:

- allen Interessenten die kompletten Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt werden,
- bis zur Abgabe des Angebots (Angebotsfrist) alle Informationen vorliegen müssen,

- den Zuschlag der Bieter erhält, der die erforderliche Eignung besitzt und das wirtschaftlichste Angebot vorgelegt hat.

Das **nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb** erfolgt in zwei Stufen:

- Auf der ersten Stufe (Teilnahmewettbewerb) wird eine beschränkte Anzahl der öffentlich zur Teilnahme aufgeforderten Bewerber anhand von vorher festgelegten Eignungs- und Auswahlkriterien bestimmt.
- Nur die so ausgewählten Bewerber werden dann auf der zweiten Stufe zur Angebotsabgabe aufgefordert. Verhandlungen finden jedoch nicht statt.

Die anderen Verfahrensarten (Verhandlungsverfahren mit bzw. ohne Teilnahmewettbewerb und Wettbewerblicher Dialog) dürfen nur gewählt werden, wenn im Einzelnen die jeweiligen Voraussetzungen für diese vorliegen.

Das **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** kann durchgeführt werden, wenn:

- die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 VgV),
- der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV),
- der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann (§ 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV),
- die Leistung, insbesondere ihre technischen Anforderungen, vom öffentlichen Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine Europäische Technische Bewertung (ETA), eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne der Anlage 1 Nummer 2 bis 5 beschrieben werden kann (§ 14 Abs. 3 Nr. 4 VgV) oder
- im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens keine ordnungsgemäßen oder nur unannehmbare Angebote eingereicht wurden; nicht ordnungsgemäß sind insbesondere Angebote, die nicht den Vergabeunterlagen entsprechen, nicht fristgerecht eingereicht wurden, nachweislich auf kollusiven Absprachen²⁹ oder Korruption beruhen oder nach Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers ungewöhnlich niedrig sind; unannehmbar sind insbesondere Angebote von Bietern, die nicht über die erforderlichen Qualifikationen verfügen, und Angebote, deren Preis die vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegten und dokumentierten eingeplanten Haushaltsmittel des öffentlichen Auftraggebers übersteigt; der öffentliche Auftraggeber kann in diesen Fällen von einem Teilnahmewettbewerb absehen, wenn er in das Verhandlungsverfahren alle geeigneten Unternehmen einbezieht, die form- und fristgerechte Angebote abgegeben haben (§ 14 Abs. 3 Nr. 4 VgV).

Beim Energieliefer-Contracting ist in den meisten Fällen mehr als eine dieser Voraussetzungen gegeben. So beinhaltet ein Auftrag für das Energieliefer-Contracting in der Regel konzeptionelle und innovative Lösungen. Die Leistungen lassen sich nicht immer im Vorfeld bereits eindeutig und erschöpfend beschreiben (z. B. komplexe Medienversorgung, noch nicht hinreichend definierte Anforderungen an die Medienversorgung oder an den Aufstellungsort der Medienversorgungszentrale). Zudem erlangen viele Vorhaben eine Komplexität, die vorherige Verhandlungen erforderlich macht.

Unter den gleichen Voraussetzungen ist auch der **wettbewerbliche Dialog** zulässig (§ 14 Abs. 3 VgV).

Handelt es sich bei der Energielieferung um eine klar beschreibbare Aufgabe, wie z. B. die Belieferung mit Wärme auf einem definierten Temperaturniveau mit einer maximalen Wärmeleistung, so dürften die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren nicht gegeben sein. In diesem Fall hat die Vergabe im offenen oder nicht offenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb zu erfolgen.

Bei einer komplexen Medienversorgung sowie bei noch nicht hinreichend definierten Anforderungen an die Medienversorgung oder an den Aufstellungsort der Medienversorgungszentrale ist das geeignete Verfahren für die Vergabe von Energieliefer-Contracting in der Regel das **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb**.

Das **Verhandlungsverfahren ist zweistufig** aufgebaut. Zunächst erfolgt im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs die Auswahl von geeigneten Bewerbern. Diese werden dann auf der zweiten Stufe zur Abgabe von Angeboten aufgefordert, über die Verhandlungen stattfinden.

In bestimmten Konstellationen kann aber der **Wettbewerbliche Dialog** den Bedürfnissen der ausschreibenden Stelle besser entsprechen. Ein wettbewerblicher Dialog empfiehlt sich dann, wenn die Ermittlung des Auftragsgegenstands oder der besten Ausführungsvariante für den Auftraggeber schwierig ist. In einem wettbewerblichen Dialog unterbreiten die Verfahrensteilnehmer dem Auftraggeber Lösungsvorschläge.

Bei Unterschreitung der Schwellenwerte kann grundsätzlich auch das **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auf nationaler Ebene** nach § 8 Abs. 4 UVgO zur Anwendung kommen, wenn eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung unzumutbar ist.

Auf Länderebene kann (derzeit noch) die Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 VOL/A zur Anwendung kommen, sofern die UVgO noch nicht umgesetzt und eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung unzumutbar ist. Dies ist nach § 3 Abs. 5 lit. h) VOL/A insbesondere dann der Fall, wenn die Leistungen nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend festgelegt werden können, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können. Die Vergabe erfolgt bei dieser Vergabeart ohne ein förmliches Verfahren, die Gestaltung liegt weitgehend im Ermessen der Vergabestelle.

Gegebenenfalls sind spezifische bundes- und landesrechtliche Regelungen für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte zu beachten. In vielen Bundesländern gelten Vergabe- und Tarifreugesetze, die auch von kommunalen Auftraggebern zu beachten sind.

²⁹ Bewusstes Zusammenwirken zum Nachteil eines Dritten.

Die Vergabestelle hat die Pflicht, das Verfahren in den Vergabeunterlagen transparent und eindeutig zu beschreiben. Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, die Anzahl der Verfahrensteilnehmer zu begrenzen und Verhandlungen mit den Bietern über den Ausschreibungsgegenstand und die Angebotsinhalte zu führen. Die Freihändige Vergabe ist jedoch nicht mit einer privat-autonomen Verhandlung vergleichbar, in der ein Auftraggeber frei entscheiden kann, mit wem er einen Vertrag abschließt. Die Bekanntmachung kann grundsätzlich formfrei erfolgen.

Die Wahl der Verfahrensart ist in der Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten.

3.4.1.4 Losweise Vergabe

Grundsätzlich sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlöse) zu vergeben (vgl. § 97 GWB). Der öffentliche Auftraggeber kann aber festlegen, ob die Angebote nur für ein Los, für mehrere oder für alle Lose eingereicht werden dürfen (vgl. § 30 VgV).

In der Regel werden sich die zu vergebenden Leistungen (z. B. Lieferung von Strom oder Wärme oder Kälte) als einheitliche Liefer- und Dienstleistung nicht für eine losweise Vergabe eignen. Eine Losaufteilung wäre nur hinsichtlich Teillosen sinnvoll, wenn z. B. mehrere Liegenschaften erfasst werden sollen, eine Fachlosvergabe dürfte dagegen ausscheiden.

Der Verzicht auf eine losweise Vergabe bzw. die Aufteilung der zu vergebenden Leistungen in Lose ist in der Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten und zu begründen.

3.4.1.5 Zulassung von Nebenangeboten

Der öffentliche Auftraggeber kann Nebenangebote in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung zulassen oder vorschreiben. Dies ist in der Auftragsbekanntmachung ausdrücklich vorzusehen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 VgV). Fehlt eine entsprechende Angabe, sind keine Nebenangebote zugelassen.

Nebenangebote müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Zudem müssen Mindestanforderungen an die Nebenangebote definiert werden. Dies ist insbesondere dann von großer Bedeutung, wenn der Zuschlag allein nach dem Preis/den Kosten erfolgen soll, um die Angebote vergleichbar zu machen.

Sollen Nebenangebote zugelassen oder vorgeschrieben werden, sind in den Vergabeunterlagen die Mindestanforderungen festzulegen und anzugeben, in welcher Art und Weise Neben-

angebote einzureichen sind. Die Zuschlagskriterien sind dabei so festzulegen, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.

Die Zulassung von Nebenangeboten bzw. deren Nichtzulassung ist in der Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten.

3.4.1.6 Festlegung von Eignungskriterien

Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben werden, bei denen die in den §§ 123 oder 124 GWB aufgeführten Ausschlussgründe nicht vorliegen.

Die Vergabestelle sollte im Fall eines zweistufigen Verfahrens die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, nach § 51 VgV begrenzen. Dabei darf die von der Vergabestelle vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber nicht niedriger als drei (im nichtoffenen Verfahren nicht niedriger als fünf) sein. Die Vergabestelle hat vorab zu klären, welche Gründe zum Ausschluss des Teilnahmeantrags und/oder des Angebots im Vergabeverfahren führen. Zur Erhaltung eines möglichst breiten Wettbewerbs wird den Vergabestellen empfohlen, einen zwingenden Ausschluss des Teilnahmeantrags auf Situationen zu beschränken, in denen die Unterschrift unter dem Teilnahmeantrag fehlt oder der Teilnahmeantrag nicht rechtzeitig beim Auftraggeber eingegangen ist.

Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt (vgl. § 122 GWB).

Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, z. B. Gesamtumsatz und/oder Umsatz im Bereich von Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit, z. B. von Art und Umfang (Umsatz) her mit der zu vergebenden Leistung vergleichbare Projekte in den letzten drei Geschäftsjahren (Referenzen), Qualitätsmanagementsysteme, Zertifizierung und personelle Qualifikation der Mitarbeiter

Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dabei sind jeweils Mindestanforderungen festzulegen, deren Nichteinhaltung zur Nichtberücksichtigung des Bewerbers/Bieters führt. Des Weiteren sind bei zweistufigen Verfahren die Kriterien und deren Gewichtungsmaßstäbe für die Auswahl der Bieter, welche zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, festzulegen (d. h., es ist eine Matrix für die Bewertung der Eignungskriterien zu erstellen).

Beispielhaft können folgende Mindeststandards zur Erfüllung der Eignungskriterien gefordert werden:

- **Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung:**
Nachweis der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister (je nach den Rechtsvorschriften des Staats, in dem Bewerber/Bieter niedergelassen sind) oder der erlaubten Berufsausübung auf andere Weise (vgl. § 44 VgV).
- **Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit:**
Forderung eines bestimmten Mindestjahresumsatzes, einschließlich eines bestimmten Mindestjahresumsatzes in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags (vgl. § 45 VgV). (Der geforderte Mindestjahresumsatz darf das Zweifache des geschätzten Auftragswerts nur überschreiten, wenn aufgrund der Art des Auftragsgegenstands spezielle Risiken bestehen. Die Vergabestelle hat eine solche Anforderung in den Vergabeunterlagen oder im Vergabevermerk hinreichend zu begründen.)
- **Technische und berufliche Leistungsfähigkeit:**
Forderung nach geeigneten Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen mit Angabe des Werts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers (§ 46 VgV).

In der Auftragsbekanntmachung ist neben den Eignungskriterien und den geforderten Mindeststandards ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstigen Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 VgV und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben. Dabei kann der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich die Vorlage von Eigenerklärungen fordern sowie als vorläufigen Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung nach § 50 VgV akzeptieren. Die Festlegungen zu den zu fordernden Unterlagen haben bereits hier zu erfolgen.

Es hat sich als sinnvoll erwiesen, auf der Grundlage der geforderten Erklärungen drei bis sieben qualifizierte Unternehmen auszuwählen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. In der Vergabebekanntmachung wird die Anzahl der Teilnehmer zunächst als Spanne benannt (geplante Mindestzahl/geplante Höchstzahl).

Weiter sollten objektive und nicht diskriminierende Eignungskriterien für die Auswahl der begrenzten Zahl von Bewerbern vorgegeben und bekannt gemacht werden. So kann die Mindestzahl der Bewerber mit der höchsten Bewertung ermittelt und zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Beispielhaft kann eine Gewichtung und Bewertung der Eignungskriterien im Teilnahmewettbewerb wie folgt aussehen:

I. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit: 30 Prozent

Es können maximal 10 Punkte erreicht werden. Die maximale Punktzahl erhält, wer in den letzten 3 Geschäftsjahren durchschnittlich 18 Mio. Euro Umsatz aus Wärmelieferung und Betrieb von Wärmeerzeugungsanlagen aufweist. 1 Punkt erhält, wer die Mindestkriterien erfüllt. Dazwischenliegende Umsatzzahlen werden linear interpoliert und bis zur zweiten Nachkommastelle gerundet.

II. Berufliche und technische Leistungsfähigkeit: 70 Prozent

Es können je Referenzprojekt maximal 1,25, insgesamt also maximal 10 Punkte erreicht werden. Die Wertung der Referenzen erfolgt anhand folgender Wertungssystematik:

Wertung Referenzen Wärmelieferung aus einem WW-System

1. Referenzprojekt:	1,25 Punkte
a) Unterkriterium:	
Gesamtwärmeleistung > 5 MWth:	0,75 Punkte
b) Unterkriterium:	
baulich getrennte Lieferstellen > 3:	0,5 Punkte
2. Referenzprojekt:	1,25 Punkte
a) Unterkriterium:	
Gesamtwärmeleistung > 5 MWth:	0,75 Punkte
b) Unterkriterium:	
baulich getrennte Lieferstellen > 3:	0,5 Punkte
3. Referenzprojekt:	1,25 Punkte
a) Unterkriterium:	
Gesamtwärmeleistung > 5 MWth:	0,75 Punkte
b) Unterkriterium:	
baulich getrennte Lieferstellen > 3:	0,5 Punkte
4. Referenzprojekt:	1,25 Punkte
a) Unterkriterium:	
Gesamtwärmeleistung > 5 MWth:	0,75 Punkte
b) Unterkriterium:	
baulich getrennte Lieferstellen > 3:	0,5 Punkte

Die geforderten Unterlagen sowie die Mindestanforderungen an die Eignung und die Kriterien (inklusive Gewichtung) zur Auswahl der Bieter sind mit der Vergabebekanntmachung zu veröffentlichen.

In der Vergabedokumentation ist verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten, welche Eignungskriterien und Mindeststandards aufgestellt werden und dass diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.

3.4.1.7 Festlegung von Zuschlagskriterien

Der Zuschlag ist nach Maßgabe des § 127 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt in der Regel auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses.

Dabei werden für die Wertung des Kriteriums Preis folgende Parameter herangezogen:

- Beginn und Ende der Vertragslaufzeit (für alle Bieter fest)
- zugrunde zu legende Verbrauchsprognose während der Vertragslaufzeit (für alle Bieter fest)
- Grundpreis und Arbeitspreis mit den einzelnen Preisbestandteilen (für Bieter variabel, dort eigentliches Angebot)
- Preisanpassung über die Vertragslaufzeit (für alle Bieter fest)
- Kalkulationszinssatz (für alle Bieter fest)

Die Bewertung der angebotenen Preise kann dabei mit der Barwertmethode für die gesamte Vertragslaufzeit erfolgen. (Der Barwert ist der Wert, den zukünftige Zahlungen in der Gegenwart besitzen. Er wird durch Abzinsung der zukünftigen Zahlungen und anschließendes Summieren ermittelt.) Die Bezugspreise der einzelnen Vertragsjahre werden nach der Barwertmethode bei einem effektiven Jahreszinssatz (hergeleitet aus der von der Bundesbank veröffentlichten Datei: „Zinsstrukturkurve (Svensson-Methode)/Börsennotierte Bundeswertpapiere/20,0 Jahr(e) RLZ/Monatsendstand“) auf den Barwert zum Zeitpunkt des ersten Vertragsjahres rückgerechnet. Die einzelnen Barwerte werden zum Gesamtbarwert der angebotenen Leistung aufaddiert. Aus den ermittelten Barwerten der einzelnen Angebote kann die Wertungspunktzahl wie folgt berechnet werden:

- 10 Punkte erhält das wertbare Angebot mit dem niedrigsten Barwert.
- 0 Punkte erhält ein fiktives Angebot mit dem 2-Fachen des niedrigsten Barwertes.
- Alle Angebote mit darüber liegendem Barwert erhalten ebenfalls 0 Punkte.
- Die Punkteermittlung für dazwischenliegende Barwerte erfolgt über lineare Interpolation mit bis zu 3 Stellen nach dem Komma.

Neben dem Preis können gemäß § 58 Abs. 2 VgV auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere

- die Qualität, einschließlich des technischen Werts, der Zweckmäßigkeit, umweltbezogener und innovativer Eigenschaften,
- die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder

- die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.

Insoweit kann beispielsweise vom Contractor ein Betriebsführungskonzept abgefordert werden.

Der öffentliche Auftraggeber hat nach § 58 Abs. 3 VgV in der Auftragsbekanntmachung oder spätestens in den Vergabeunterlagen die einzelnen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung anzugeben.

Beispielhaft kann eine Gewichtung und Bewertung der Zuschlagskriterien wie folgt aussehen:

- Preis: 90 Prozent
- Betriebsführungskonzept: 10 Prozent

Bewertung Preis

Aus den ermittelten Barwerten der einzelnen Angebote wird die Wertungspunktzahl wie folgt berechnet: Für die Angebotswertung wird der Barwert (in Euro) wie folgt in eine Punkteskala von 0 bis 10 Punkten normiert:

- 10 Punkte erhält das wertbare Angebot mit dem niedrigsten Barwert.
- 0 Punkte erhält ein fiktives Angebot mit dem 2-Fachen des niedrigsten Barwertes.

Alle Angebote mit darüber liegendem Barwert erhalten ebenfalls 0 Punkte. Die Punkteermittlung für dazwischenliegende Barwerte erfolgt über lineare Interpolation mit bis zu 3 Stellen nach dem Komma.

Bewertung Betriebsführungskonzept

Das Betriebsführungskonzept wird wie folgt bewertet:

Ausführungen zum Störungsmanagement: 30 Prozent
Ausführungen zum energieeffizienten Betrieb: 70 Prozent

Die Ausführungen des Bieters in den beiden Bereichen werden nach folgenden Kriterien mit Punkten bewertet:

- 10 Punkte: vollständig überzeugend und vollständig nachvollziehbar
- 7,5 Punkte: grundsätzlich überzeugend und nachvollziehbar mit geringen Schwachstellen
- 5 Punkte: überwiegend überzeugend mit merklichen Schwachstellen
- 2,5 Punkte: wenig überzeugend und wenig nachvollziehbar
- 0 Punkte: nicht überzeugend und nicht nachvollziehbar

Angemessene Berücksichtigung der Energieeffizienz

Die Anforderungen an die vergaberechtlichen Vorgaben gemäß § 67 VgV an die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen werden erfüllt. Die Leistungsbeschreibung gibt für die vom Contractor zu errichtenden technischen Anlagen konkrete Anforderungen an Energieeffizienz vor, die zwingend einzuhalten sind. Bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots (vgl. § 67 Abs. 5 VgV) wird die Energieeffizienz im Rahmen des Unterkriteriums „energieeffiziente Betriebsführung“ angemessen berücksichtigt.

In der Vergabedokumentation sind verfahrensbegleitend und transparent die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und Wertungssystematik festzuhalten und zu begründen.

3.4.1.8 Festlegungen zum Ablauf des Vergabeverfahrens

Ein weiterer Baustein der Vorbereitung einer Vergabe ist die Festlegung des zeitlichen Ablaufs des Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung der wesentlichen Verfahrensschritte.

Insbesondere in einem EU-weiten Vergabeverfahren sieht die VgV eine Vielzahl an zu beachtenden Mindestfristen vor. Grundsätzlich beträgt in einem EU-weiten offenen Verfahren die Angebotsfrist nach § 15 Abs. 2 VgV mindestens 35 Tage nach Absendung der Auftragsbekanntmachung, sofern keine besonderen Umstände eine kürzere Frist (z. B. § 15 Abs. 3 VgV) rechtfertigen.

Bei einer form- und fristgerechten Vorinformation nach § 38 VgV kann die Angebotsfrist auf bis zu 15 Tage im offenen Verfahren bzw. bis zu 10 Tage im nicht offenen und Verhandlungsverfahren verkürzt werden (§ 38 Abs. 3 VgV).

Das Verhandlungsverfahren ist in aller Regel zweistufig mit einem Teilnahmewettbewerb und der Angebotsphase aufgebaut, wodurch der zeitliche Ablauf verlängert wird. Bei EU-weiten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb beträgt die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge (Teilnahmefrist) mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung (§ 17 Abs. 2 VgV). Die Frist für den Eingang der Erstangebote (Angebotsfrist) beträgt nach § 17 Abs. 6 VgV mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Auch die Fristen bei EU-weiten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb können unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen verkürzt (§ 17 VgV) bzw. im Einzelfall teilweise verlängert (§ 20 VgV) werden.

Um einen Überblick über den zeitlichen Ablauf einer Energieliefer-Contracting-Vergabe zu vermitteln, wird nachfolgend ein modellhafter Verfahrensablauf eines EU-weiten Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb vorgestellt und daran anschließend kurz erläutert.

Ablauf der Bieterauswahl – Formalisierter Bieterwettbewerb in enger Terminstruktur



Vorgangsnummer	Dauer/Datum
Vorbereitung der Vergabe	
Erstellung der Vergabeunterlagen	
Vergabebekanntmachung	
Öffentlicher Teilnahmewettbewerb	
Einreichung von Bewerberfragen	
Beantwortung von Bewerberfragen	
Eingang Teilnahmeanträge	
Prüfung der Teilnahmeanträge	
Aufforderung zur Angebotsabgabe und Versand der Vergabeunterlagen an geeignete Bieter	
Ausschluss und Information an nicht berücksichtigte Bewerber	
Angebotserstellung durch Bieter	
Einreichung von Bieterfragen	
Beantwortung Bieterfragen	
Abgabe erste Angebote	
Prüfung der ersten Angebote	
Verhandlungen mit den Bietern	
Abgabe finaler Angebote	
Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots	
Vergabeempfehlung	
Information unterlegene Bieter	
Zuschlagserteilung	
Bekanntmachung des vergebenen Auftrags	
Bindefrist	

3.4.1.9 Erstellung Vergabeunterlagen

Mit der Erarbeitung der Vergabeunterlagen werden verbindliche Rahmenbedingungen für die Angebotserstellung festgelegt. Diese Unterlagen werden den im Teilnahmewettbewerb (siehe Kapitel 4.1.2) ermittelten (geeigneten) Bewerbern zur Angebotsbearbeitung zur Verfügung gestellt. Die Vergabeunterlagen sind vor Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung zu erstellen.

Die eigentlichen Vergabeunterlagen i. S. v. § 29 VgV setzen sich typischerweise aus den nachfolgend aufgelisteten Dokumenten zusammen:

- ✓ Aufforderung zur Abgabe eines Angebots oder Teilnahmeantrags
- ✓ Bewerbungsbedingungen
- ✓ Angebotsformular für die Bieter
- ✓ Hinweise zur Vergabe
- ✓ Energieliefervertrag
- ✓ Leistungsbeschreibung (mit Anlagen) (technische, wirtschaftliche und organisatorische Beschreibung der Versorgungsaufgabe)
- ✓ Preisblätter
- ✓ Eigenerklärung zur Eignung
- ✓ Erklärung Bieter-/Arbeitsgemeinschaft
- ✓ Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen
- ✓ Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen
- ✓ Verzeichnis der Unterauftragnehmerleistungen

Mit den Unterlagen sind auch die Eignungsanforderungen für die Teilnahmeanträge (Ziffer 3.4.6) sowie die Bewertungskriterien für die Angebote (Ziffer 3.4.7) durch die Vergabestelle festzulegen.

Es empfiehlt sich, auch für den Teilnahmewettbewerb ein Dokument zu erstellen, in dem die Eignungskriterien erläutert und das Vorgehen zur Auswahl der am besten geeigneten Bewerber dargestellt wird (z. B. in Form eines Informationsmemorandums).

Die Eignungskriterien sind zwingend mit der Vergabebekanntmachung bekannt zu geben (siehe Ziffer 4.4.1).

Die Kriterien für die Angebotswertung sind spätestens in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots den Bietern bekannt zu geben (siehe Ziffer 4.1.3).

Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung müssen sämtliche Vergabeunterlagen fertiggestellt sein. Das betrifft auch die Vergabeunterlagen, die im Rahmen des Verhandlungsverfahrens erst in der zweiten Stufe (Angebotsphase) zum Einsatz kommen. Denn nach § 41 VgV sollen die Vergabeunterlagen vollständig, direkt und uneingeschränkt angeboten werden. In der Vergabebekanntmachung muss eine Internetadresse genannt werden, unter der die (vollständigen) Vergabeunterlagen abrufbar sind. Für den Zugang zu der Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen darf der öffentliche Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist aber zulässig.

Die erstellten Vergabeunterlagen sind in der Vergabedokumentation verfahrensleitend und transparent festzuhalten.

3.4.1.10 Begründung und Dokumentation der Vergabeentscheidung

Die Vergabestelle ist bei jeder Vergabe dazu verpflichtet, die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen im Vergabeverfahren fortlaufend in der Vergabedokumentation zu dokumentieren.

Zur Begründung und Dokumentation der Vergabeentscheidung können im Einzelfall die oben jeweils erwähnten Unterlagen als Anlagen beigefügt werden.

Die dena-Berechnungshilfe zum Wirtschaftlichkeitsvergleich bei Energieliefer-Contracting findet sich als Praxishilfe im Internet unter www.kompetenzzentrum-contracting.de/umsetzungshilfen/tools-praxishilfen. Diese kann die Dokumentation der Vergabeentscheidung unterstützen. So werden die Ergebnisse des wirtschaftlichen Variantenvergleichs im Excel-Rechenwerkzeug automatisch tabellarisch und in Form von Diagrammen dargestellt.

3.4.2 Vergabeverfahren und Vertragsschluss

3.4.2.1 Auftragsbekanntmachung

Sind die Vergabeunterlagen fertiggestellt, kann die Auftragsbekanntmachung veröffentlicht werden. Dies erfolgt bei europaweiten Ausschreibungen im elektronischen Amtsblatt der Europäischen Union (Tender electronic daily, TED: ted.europa.eu). Das Muster der Auftragsbekanntmachung ist über simap.europa.eu verfügbar. Es muss online ausgefüllt werden. Teilweise bieten elektronische Vergabeplattformen auch Schnittstellen an, mit denen die Auftragsbekanntmachung bearbeitet und eingereicht werden kann.

Auch Vergabeverfahren, die national und öffentlich ausgeschrieben werden, sind bekannt zu machen. Das kann in amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Internetportalen wie www.bund.de erfolgen. Die Vergabestelle kann potenzielle Bewerber zusätzlich individuell über den Beginn des Verfahrens informieren.

Mit der Auftragsbekanntmachung sind alle Angaben und Unterlagen abzufragen, mit denen im sich anschließenden Teilnahmewettbewerb die Eignung der Bewerber bewertet werden kann (siehe Ziffer 3.4.1.6). Gleichzeitig sind die Mindestanforderungen an die Eignung und die Kriterien zur Auswahl der Bieter (siehe Ziffer 3.4.1.6) zu veröffentlichen.

Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung müssen sämtliche Vergabeunterlagen fertiggestellt sein (§ 41 VgV), weil in der Bekanntmachung die elektronische Adresse angegeben werden muss, unter der alle Vergabeunterlagen vollständig abgerufen werden können. Für den Zugang zu der Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen darf der öffentliche Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist aber zulässig. Hier hat sich in der Praxis die Durchführung eines Vergabeverfahrens mithilfe eines elektronischen Datenraums, über welchen auch regelmäßig die Korrespondenz mit Bewerbern und Bietern geführt werden kann, bewährt.

In der Praxis hat es sich außerdem bewährt, den interessierten Unternehmen für den Teilnahmewettbewerb auch ein Informationsmemorandum zur Verfügung zu stellen, in dem die Anforderungen an die Eignung und die zur Auswahl der Bewerber heranzuziehenden Eignungskriterien sowie die gegebenenfalls geltenden Mindestanforderungen an die Eignung erläutert werden.

In der Auftragsbekanntmachung ist auch anzugeben, wie die Teilnahmeanträge der Bewerber und Angebote der Bieter an die Vergabestelle zu übermitteln sind.

Bis einschließlich 18.10.2018 können die betreffenden Vergabestellen verlangen, dass die Teilnahmeanträge und Angebote auf dem Postweg, auf anderen geeigneten Wegen, per Telefax oder in Kombination dieser Mittel übermittelt

werden. Solange ist auch die Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten in Papierform möglich. Sie können aber auch vorher schon die elektronische Übermittlung verlangen.

Ab dem 19.10.2018 gilt für ausnahmslos alle Auftraggeber, dass die Teilnahmeanträge und Angebote dann nur noch in Textform mithilfe elektronischer Mittel übermittelt werden. Damit scheidet die Einreichung von Angeboten ausschließlich in Papierform grundsätzlich aus. Die Anforderungen an elektronisch übermittelte Angebote ergeben sich im Einzelnen aus § 53 VgV in Verbindung mit § 10 VgV.

Der Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung ist in der Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten. Die Vergabebekanntmachung ist als Anlage zur Vergabedokumentation beizufügen.

3.4.2.2 Öffentlicher Teilnahmewettbewerb (beim nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren)

Bei einem nicht offenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb fordert die Vergabestelle eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben.

Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge (Teilnahmefrist) beträgt nach § 16 Abs. 2, § 17 Abs. 2 VgV mindestens 30 Tage und kann unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3, § 17 Abs. 3 VgV auf mindestens 15 Tage verkürzt werden. Die Frist für die Abgabe der Bewerbungsunterlagen beginnt mit dem Zeitpunkt der Absendung der Vergabebekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen. Dieses veröffentlicht die Vergabebekanntmachung spätestens fünf Tage nach der Absendung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (Reihe S) sowie in seiner Online-Datenbank (<http://ted.europa.eu>). Bei der Gestaltung der Frist sollte darauf geachtet werden, dass das Ende der Frist nicht auf einen Sonn- oder Feiertag fällt.

Die Bewerber haben im Rahmen des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs jederzeit die Möglichkeit, zusätzliche Informationen anzufordern. Die Vergabestelle hat diese Auskünfte anonymisiert, unverzüglich und allen Bewerbern in gleicher Weise zu erteilen.

Auf dem Postweg oder direkt übermittelte Teilnahmeanträge sind in einem verschlossenen Umschlag einzureichen und als solche zu kennzeichnen. Bei elektronisch übermittelten Teilnahmeanträgen (ab dem 19.10.2018 verpflichtend) sind die Anforderungen nach § 10 VgV zu beachten.

Die Vergabestelle darf vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Teilnahmefrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Teilnahmeanträge wird von mindestens zwei Vertretern der Vergabestelle gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Teilnahmefrist durchgeführt. Bewerber sind bei der Öffnung der Teilnahmeanträge nicht zugelassen. Über die Öffnung der Teilnahmeanträge ist ein Protokoll zu führen, welches der Vergabedokumentation als Anlage beizufügen ist.

Die Bewerbungsunterlagen sollen eine Beurteilung der Fachkunde, der Leistungsfähigkeit sowie des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB i. V. m. § 42 VgV ermöglichen.

Die Teilnahmeanträge sind im ersten Schritt auf die Einhaltung der Formerfordernisse nach § 53 VgV zu prüfen. Die Teilnahmeanträge sind weiter auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit zu prüfen.

Anhand der bekannt gemachten Eignungskriterien und geforderten Mindeststandards (siehe Ziffer 3.4.1.6) und der von den Bewerbern zur Erfüllung der geforderten Eignung angegebenen Informationen und Nachweise (Bewerbungsunterlagen) ist zu prüfen, ob die Eignung der Bewerber vorliegt.

Neben den grundsätzlich zu fordernden Eigenerklärungen sind zulässige Nachweise in den §§ 44 ff. VgV aufgeführt und werden auf die folgenden Beispiele beschränkt:

Für die Befähigung zur Berufsausübung insbesondere:

- Eintragung in das Berufsregister des Geschäftssitzes
- Gegebenenfalls Eintragung in das Handelsregister

Für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, insbesondere:

- entsprechende Bankerklärungen,
- Jahresabschlüsse oder Auszüge von Jahresabschlüssen, falls deren Veröffentlichung in dem Land, in dem der Bewerber oder Bieter niedergelassen ist, gesetzlich vorgeschrieben ist,
- eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls den Umsatz in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags; eine solche Erklärung kann höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre verlangt werden und nur, sofern entsprechende Angaben verfügbar sind.

Für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit:

- geeignete Referenzen über die in den letzten höchstens drei Jahren ausgeführten Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste,
- Angabe der technischen Fachkräfte,
- Beschreibung der technischen Ausrüstung und der Maßnahmen zur Qualitätssicherung,
- Erklärung, aus der die durchschnittliche jährliche Beschäftigtenzahl des Unternehmens hervorgeht,
- bei Lieferleistungen: Muster, Beschreibungen oder Fotografien der zu liefernden Güter,
- Bescheinigungen, die von als zuständig anerkannten Instituten oder amtlichen Stellen für Qualitätskontrolle ausgestellt wurden.

Der Bewerber/Bieter kann seine Eignung auch vorläufig mit der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) nachweisen (§ 48 Abs. 3 VgV).

Sie ist in allen EU-Amtssprachen verfügbar. Die EEE dient als vorläufiger Nachweis über die Erfüllung der jeweils festgelegten Bedingungen. Mit der EEE sollen die Bewerber entlastet werden; sie sind nicht mehr verpflichtet, umfangreiche Unterlagen oder Formulare beizubringen. Ab Oktober 2018 wird die EEE ausschließlich in elektronischer Form bereitgestellt. Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, die EEE zu verwenden. Sie hat sie aber zu akzeptieren, wenn der Bewerber seine Eignung mit der EEE nachweisen möchte (Akzeptanzpflicht).

Bei Fehlen einzelner Erklärungen oder Nachweise sollte die Vergabestelle in (entsprechender) Anwendung des § 56 VgV von der Nachforderungsmöglichkeit Gebrauch machen.

Im Verhandlungsverfahren fordert die Vergabestelle die für die Angebotsabgabe infrage kommenden Bewerber auf, ihre Eigenerklärungen durch einschlägige Nachweise unverzüglich zu belegen. Anschließend prüft die Vergabestelle diese Nachweise. Auf dieser Grundlage wählt sie die Bewerber aus, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendige Sicherheit bietet.

Dabei greift die Vergabestelle auf das Informationssystem e-Certis zurück und verlangt in erster Linie jene Arten von Bescheinigungen und dokumentarischen Nachweisen, die von e-Certis abgedeckt sind. Nachweise sind nicht erforderlich, wenn die Vergabestelle diese direkt über eine gebührenfreie nationale Datenbank in einem Mitgliedstaat erhalten kann oder wenn sie bereits im Besitz dieser Nachweise ist.

Nur diejenigen (geeigneten) Bewerber, die vom öffentlichen Auftraggeber nach Prüfung der geforderten und übermittelten Informationen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, können als Bieter ein Erstangebot (über welches verhandelt werden soll) einreichen. Dabei dürfen nur solche Bieter zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, die ihre Eignung nachgewiesen haben und nicht ausgeschlossen worden sind.

Bei der Entscheidung kann dann das Ergebnis der Auswertung berücksichtigt werden:

- Bewerber, deren Teilnahmeanträge geringe Punktabstände aufweisen, sollten bis zur benannten maximalen Bieterzahl zugelassen werden.
- Sollten sich aber innerhalb des Bewerberfelds große Abstände zwischen den Bewerbern zeigen, brauchen Bewerber mit einer sehr geringen Punktwertung nicht berücksichtigt zu werden.

Ist ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt worden, wählt die Vergabestelle nach § 51 Abs. 3 VgV die Bewerber aus, die sie dann auffordert, ein Angebot einzureichen.

Es wird empfohlen, diejenigen Bewerber, die ausgeschlossen werden müssen (vgl. § 57 VgV) oder nicht erfolgreich zur begrenzten Bieterauswahl zugelassen wurden, darüber unverzüglich zu unterrichten.

Die Vergabestelle hat auf Verlangen des Bewerbers unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrags in Textform nach § 126b BGB, jeden nicht erfolgreichen Bewerber über die Gründe für die Ablehnung seines Teilnahmeantrags zu unterrichten.

In der Unterrichtung kann etwa die erreichte Punktzahl benannt werden. Beispiel: „Ihr Teilnahmeantrag erreichte 45 Punkte. Die zugelassenen Bieter erreichten Werte zwischen 65 und 85 Punkten.“ Weitere Informationen zur Bewertung hinzuzufügen bzw. auf Nachfrage bekannt zu geben, bleibt der Vergabestelle überlassen. Keinesfalls jedoch dürfen dabei die Namen und Ergebnisse der Wettbewerber bekannt gegeben werden.

Diese Unterrichtung stellt keine Vorinformation nach § 134 Abs. 1 GWB dar. Sie erfolgt erst einheitlich am Ende der Angebotsphase.

Die Durchführung des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs ist in der Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten. Dabei sollen die Anzahl der Teilnehmer, eingereichte Bewerberfragen, eingegangene Teilnahmeanträge sowie die Auswahl der geeigneten Bewerber und die Unterrichtung der ausgeschlossenen bzw. nicht berücksichtigten Bewerber hinreichend dokumentiert werden.

3.4.2.3 Aufforderung zur Angebotsabgabe und Versendung der Vergabeunterlagen

Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs fordert die Vergabestelle die (geeigneten) Bieter zur Abgabe eines ersten Angebots auf.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe muss dabei folgenden Mindestinhalt haben:

- einen Hinweis auf die veröffentlichte Auftragsbekanntmachung,
- die Bezeichnung der gegebenenfalls beizufügenden Unterlagen, sofern nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung enthalten,
- den Tag, bis zu dem ein Angebot eingehen muss, die Anschrift der Stelle, bei der es einzureichen ist, die Art der Einreichung sowie die Sprache, in der es abzufassen ist,
- den Ablauf des Verhandlungsverfahrens unter Bekanntgabe der Zeiträume der geplanten Verhandlungen,
- die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung oder gegebenenfalls die Kriterien in der Rangfolge ihrer Bedeutung, wenn diese Angaben nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung enthalten sind.

Eine Übersendung der Vergabeunterlagen ist nicht erforderlich, da die Vergabeunterlagen nach § 41 VgV ab dem Tag der Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung unter einer elektronischen Adresse vollständig angeboten werden müssen.

Hier hat sich in der Praxis die Durchführung eines Vergabeverfahrens über einen elektronischen Datenraum, über welchen auch regelmäßig die Korrespondenz mit den Bietern geführt werden kann, bewährt.

Die Frist zur Erstellung der Angebote sollte dem Planungsaufwand angemessen gewählt werden und muss nach § 17 Abs. 6 VgV beim EU-weiten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, betragen. Diese Frist kann nach § 17 Abs. 8 VgV auf zehn Tage bzw. nach § 17 Abs. 9 VgV um fünf Tage verkürzt werden, wenn die dortigen Voraussetzungen (hinreichend begründete Dringlichkeit bzw. elektronische Übermittlung der Angebote) dies rechtfertigen. Nach § 41 Abs. 2 und 3 VgV bzw. § 20 Abs. 2 VgV muss im Einzelfall die Angebotsfrist verlängert werden.

Den Bietern sollte je nach Größe und Komplexität der Contracting-Maßnahme eine Frist von zwei bis drei Monaten zur Abgabe ihrer Angebote eingeräumt werden.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie die damit zur Verfügung gestellten Unterlagen sind in der Vergabedokumentation fortlaufend und transparent festzuhalten. Dabei sollen auch die Anzahl sowie die Namen der aufgeforderten Bieter, die Angebotsfrist und der Ablauf des Verhandlungsverfahrens besonders erwähnt werden.

3.4.2.4 Bieterfragen in der Angebotsphase

Die Bieter haben in der Angebotsphase jederzeit die Möglichkeit, zusätzliche Informationen anzufordern. Die Vergabestelle hat diese Auskünfte anonymisiert, unverzüglich und allen Bietern in gleicher Weise zu erteilen.

Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens mithilfe einer elektronischen Vergabeplattform kann die erforderliche Korrespondenz mit den Bietern betreffend die Bieterfragen unmittelbar über den Datenraum geführt werden.

Eingereichte Bewerberfragen und die Beantwortung dieser sind in der fortlaufenden Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten.

3.4.2.5 Erstellung und Abgabe eines ersten Angebots durch die Bieter

Im Rahmen der Angebotserstellung erarbeiten die Bieter technische Konzepte zur Energielieferung und legen zum Abgabetermin ihre ersten Angebote sowie die sonstigen geforderten Unterlagen vor. Dabei haben die Bieter die Formvorschriften des § 53 VgV zu beachten.

Im Rahmen der Angebotserstellung ermitteln die Bieter:

- Maßnahmen und Preise zur Energielieferung

Als Grundlage für die Ermittlung dienen im Wesentlichen:

- die Bestandsaufnahme der technischen Gebäudeausrüstung und der Liegenschaftsnutzung
- die Leistungsbeschreibung
- die Hinweise zur Vergabe

Die Bieter haben das Vertragsobjekt zu begehnen und nach ihrem Ermessen eingehend zu untersuchen, wenn die Vergabestelle eine Ortsbesichtigung vorsieht. Dabei haben sie sich von der Richtigkeit der überlassenen Daten zu überzeugen. Die Begehung der Liegenschaften wird durch die Projektverantwortlichen aufseiten des Auftraggebers zeitlich koordiniert. Eine Teilnahme der für den Betrieb zuständigen Personen (z. B. des Liegenschaftsnutzers) an den Begehungen der Bieter wird empfohlen. Ergänzungen und Änderungen gegenüber dem überlassenen Stand der Erhebungsbögen sind zu dokumentieren. Zur Wahrung des Geheimwettbewerbs ist darauf zu achten, dass keine Sammeltermine abgehalten werden. Dies ist bei der Bestimmung der Fristen zu berücksichtigen.

Die umzusetzenden baulichen Maßnahmen müssen vom Bieter so ausgewählt werden, dass bei der Projektausführung eine in sich abgeschlossene Leistung erbracht werden kann. Hierbei müssen alle Belange und Vorgaben der Vergabestelle bzw. des Betreibers berücksichtigt und es muss auf die Besonderheiten des Gebäudebetriebs und der Gebäudenutzung Rücksicht genommen werden.

Beispiele für die Beschreibung von baulichen Maßnahmen:

- Erneuerung der Wärmeerzeugung: Bauart, Leistung von Heizkesseln je Heizzentrale
- Anpassung von Regelparametern: Reglerfabrikate, Umfang der Änderungen

Für ein vollständiges und verhandelbares Angebot sind von den Bietern zusammen mit dem Angebot die von der Vergabestelle in der Aufforderung zur Angebotsabgabe geforderten Unterlagen einzureichen.

Schriftliche Angebote sind durch einen dazu bevollmächtigten Vertreter des Bieters zu unterzeichnen. Elektronisch übermittelte Angebote sind nach Wahl des Auftraggebers mit einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur gemäß § 2 Nr. 2 SigG oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach § 2 Nr. 3 SigG zu versehen. Entsprechendes muss der Auftraggeber in der Bekanntmachung angeben (siehe Ziffer 3.4.2.1).

3.4.2.6 Öffnung und Prüfung der ersten Angebote

Die Vergabestelle darf die ersten Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist öffnen. Dabei soll die Öffnung der Angebote von mindestens zwei Vertretern der Vergabestelle gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchgeführt werden. Bieter sind bei der Öffnung der Angebote nicht zugelassen.

Über die Öffnung der ersten Angebote ist ein Protokoll zu führen, welches der Vergabedokumentation als Anlage beizufügen ist. Die wesentlichen Angebotsparameter aller Angebote werden in einer Niederschrift dokumentiert; auch diese Niederschrift wird den Bietern im Verhandlungsverfahren nicht bekannt gegeben.

Die Angebote sind im ersten Schritt auf die Einhaltung der Form- und fachliche sowie rechnerische Richtigkeit, § 56 Abs. 1 VgV.

Angebote, die den Erfordernissen des § 53 VgV nicht genügen, sind auszuschließen, insbesondere solche Angebote:

- die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn, der Bieter hat dies nicht zu vertreten,
- die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten,
- in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind,
- bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind,
- die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten,
- die nicht zugelassene Nebenangebote enthalten.

Bei bloßem Fehlen der geforderten Unterlagen können diese Erklärungen oder Nachweise gemäß § 56 VgV durch die Vergabestelle nachgefordert werden, sofern sich die Vergabestelle eine Nachforderung leistungsbezogener Unterlagen (Erklärungen und Nachweise betreffen regelmäßig unternehmensbezogene Eignungsnachweise) bei Fehlen oder Unvollständigkeit vorbehalten hat (vgl. § 56 Abs. 2 VgV). Eine Nachforderungspflicht für die Vergabestelle besteht, anders als nach der VOB/A, nicht.

Fordert die Vergabestelle Unterlagen nach, sind diese spätestens innerhalb einer von der Vergabestelle festzulegenden angemessenen Frist (in der Regel sechs Kalendertage) durch den Bieter vorzulegen. Legt der Bieter die nachgeforderten Erklärungen oder Nachweise nicht in dieser Frist vor, erfolgt sein Ausschluss. Eine erneute Aufforderung kann und darf nicht erfolgen.

Liegen die Angebote vollständig vor, erfolgt deren erste Auswertung. Im Ergebnis wird eine vorläufige Rangliste erstellt. Auf Grundlage der Rangliste kann eine erste Reduzierung des Bieterkreises erfolgen, um die Bestbieter für die erste Verhandlungsrunde zu ermitteln. Es wird empfohlen, die erste Verhandlungsrunde mit den drei bestplatzierten Bietern durchzuführen.

An dieser Stelle kann der Auftraggeber auch entscheiden, ob er den Zuschlag bereits auf das Erstangebot des Bestplatzierten erteilt, ohne überhaupt in die Verhandlungen einzutreten. Diese Vorgehensweise muss sich der Auftraggeber jedoch schon in der Vergabebekanntmachung ausdrücklich vorbehalten haben (§ 17 Abs. 11 VgV). Der Zuschlag auf ein Erstangebot kommt infrage, wenn eines der Angebote annähernd alle Erwartungen des Auftraggebers erfüllt und weitere Verhandlungen keine weiteren Verbesserungen versprechen.

Die Öffnung und Prüfung der ersten Angebote ist in der fortlaufenden Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten. Dabei sollen die Anzahl der Angebote sowie die Prüfung dieser auf die Formerfordernisse, Vollständigkeit, fachliche und rechnerische Richtigkeit besonders dokumentiert werden. Sind Bieter in diesem Abschnitt des Vergabeverfahrens auszuschließen, ist dies unter Angabe der Ausschlussgründe ebenfalls in der Vergabedokumentation festzuhalten. Die Entscheidung zur und das Ergebnis der Nachforderung sind zu dokumentieren.

3.4.2.7 Verhandlungen

Im Laufe des Verhandlungsverfahrens erfolgt eine schrittweise Einengung des Bieterkreises, bis ein Bieter für die Vergabe empfohlen werden kann, soweit sich die Vergabestelle diese Vorgehensweise in der Vergabebekanntmachung vorbehalten (§ 17 Abs. 12 VgV) hat. Die Vergabestelle sollte sich daher auch die Möglichkeit vorbehalten, den Bieterkreis für die zweite Verhandlungsrunde einzuschränken. Auch diese Vorgehensweise muss allerdings in der Vergabebekanntmachung angegeben werden.

Die Vergabestelle verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erst- und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote. Die Bestbieter erhalten in der ersten Verhandlungsrunde in separaten Terminen Gelegenheit zur Präsentation ihrer Angebote.

Hat die Vergabestelle Fragen zum Angebot, kann der jeweilige Bieter entweder sofort mündlich darauf eingehen oder eine schriftliche Stellungnahme im Nachgang zu den Gesprächen einreichen.

Die Verhandlungsgespräche sind zu protokollieren und diese Protokolle in die Dokumentation des Vergabeverfahrens aufzunehmen. Die Protokolle der Verhandlungsgespräche mit dem Bestbieter werden später als Anlage zum Energieliefervertrag genommen.

Eines der Ziele der Verhandlungsrunden ist es, die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen. Ein weiteres Ziel der Verhandlung ist die inhaltliche Verbesserung der Angebote (§ 17 Abs. 10 VgV). Mit Ausnahme der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien können sonst alle Bestandteile des Angebots, insbesondere der Preis, Gegenstand der Verhandlungen sein. Auch können die weiteren Verhandlungen der Spezifikation der technischen Details der Angebote dienen.

Diese Einschränkung des Bieterkreises (Verringerung der Zahl der verhandelten Angebote) in mehreren aufeinanderfolgenden Phasen wird in der Vergabepaxis als „sukzessives Abschichten“ bezeichnet. Beim Abschichten ist darauf zu achten, dass auch in der Schlussphase der Verhandlungen noch ausreichend viele Angebote vorliegen, um einen Wettbewerb zu gewährleisten. Ausreichender Wettbewerb ist gegeben, wenn in der Schlussphase mindestens noch zwei Angebote vorliegen. Außerdem sollten Bieter, deren Angebote nicht mehr in der engeren Wahl sind, darüber unterrichtet werden.

Ergibt sich aus dem Verhandlungsgespräch ein Änderungsbedarf für das Angebot eines Bieters, ist diesem anschließend die Möglichkeit einzuräumen, sein Angebot auf Grundlage der Verhandlungsergebnisse zu überarbeiten.

Ergeben sich im Laufe der Verhandlungen neue Kalkulationsgrundlagen, die alle Bieter betreffen (z. B., wenn Angaben in den Vergabeunterlagen als nicht mehr aktuell erkannt wurden), so sind alle Bieter, die sich in der engeren Wahl für die Auftragsvergabe befinden, aufzufordern, ihr Angebot innerhalb einer angemessenen Frist zu überarbeiten.

Die Vergabestelle hat sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt und bei der Weitergabe von Informationen keine Bieter diskriminiert werden. Insbesondere alle von einzelnen Bietern erreichten Verhandlungserfolge sind deshalb jeweils den anderen Bietern zugänglich zu machen.

Wenn die Vergabestelle die Verhandlungen abschließen will, muss sie die verbliebenen Bieter davon unterrichten und ihnen eine einheitliche Frist für neue oder überarbeitete, aber nunmehr endgültige (finale, vorbehalt- und gremienfreie, rechtsverbindliche) Angebote setzen.

Die Durchführung von Verhandlungen samt den gesamten Verhandlungsinhalten ist in der fortlaufenden Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten. Dabei sollen die Anzahl der Verhandlungsrunden mit den jeweiligen Bietern, deren Inhalte sowie die jeweiligen Absichtungsentscheidungen besonders dokumentiert werden. Werden Bieter in diesem Abschnitt des Vergabeverfahrens nicht weiter berücksichtigt, ist dies unter Angabe der durchgeführten Unterrichtung ebenso wie die von den Bestbietern geforderten finalen Angebote in der Vergabedokumentation festzuhalten.

3.4.2.8 Erstellung und Abgabe des finalen Angebots durch die Bieter

Hier gelten, ausgenommen die Vorgaben an die Angebotsfrist, die gleichen Anforderungen wie bei der Erstellung und Abgabe des ersten Angebots. Die Frist zur Erstellung der finalen Angebote sollte dabei angemessen gewählt werden.

3.4.2.9 Prüfung der finalen Angebote und Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots

Die Vergabestelle darf die finalen Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist in einem zuvor bekanntgegebenen Submission-Termin öffnen. Die Angebotsöffnung muss unverzüglich und unter Teilnahme von mindestens zwei Vertretern der Vergabestelle erfolgen. Bieter sind bei der Öffnung der finalen Angebote nicht zugelassen.

Über die Öffnung der finalen Angebote ist ein Protokoll zu führen, welches der Vergabedokumentation als Anlage beizufügen ist. Die wesentlichen Angebotsparameter aller finalen Angebote werden in einer Niederschrift dokumentiert; auch diese Niederschrift wird den Bietern im Verhandlungsverfahren nicht bekannt gegeben.

Die finalen Angebote müssen ebenso die Mindestanforderungen erfüllen, damit der öffentliche Auftraggeber über den Zuschlag auf der Grundlage der Zuschlagskriterien entscheiden kann. Die finalen Angebote sind auf die Einhaltung der Formerfordernisse nach § 53 VgV, auf Vollständigkeit und fachliche sowie rechnerische Richtigkeit zu prüfen (§ 56 Abs. 1 VgV).

Im nächsten Schritt erfolgt eine Bewertung der Angebote anhand ihrer Wirtschaftlichkeit bzw. der den Bietern mitgeteilten Zuschlagskriterien.

Die wirtschaftliche Bewertung von Energieliefer-Contracting erfolgt grundsätzlich nach Maßgabe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Diese Grundsätze verpflichten u. a. zur Prüfung, inwieweit wirtschaftliche Tätigkeiten durch private Unternehmen erfüllt werden können. Hierfür sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen.

Die Angebotsbewertung erfolgt auf Basis der in den Vergabeunterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (siehe Ziffer 3.4.1.7).

Die Öffnung, Prüfung und Wertung der finalen Angebote ist in der fortlaufenden Vergabedokumentation verfahrensbegleitend und transparent festzuhalten. Dabei sollen die Anzahl der Angebote sowie die Prüfung dieser auf die Formerfordernisse, Vollständigkeit, fachliche und rechnerische Richtigkeit dokumentiert werden.

3.4.2.10 Konkreter Eigenregievergleich/Vergabeentscheidung

Das wirtschaftlichste Angebot wird anschließend mit der Eigenrealisierung verglichen. Wichtig ist hierbei, dass die berücksichtigten Leistungen des Contracting-Angebots mit denen der Eigenrealisierung identisch sind.

Beim Eigenbau wird der Ansatz getroffen, dass die Kosten für Planung, Finanzierung und Ausführung der Maßnahmen sowie die Kosten für Wartung und Instandhaltung durch den Nutzer direkt finanziert werden. Beim Energieliefer-Contracting werden sie in der Regel vom Contractor finanziert, die Refinanzierung erfolgt über die entsprechenden Preisfaktoren während der Vertragslaufzeit.

Ist das vorteilhafteste Contracting-Angebot wirtschaftlicher als die Eigenrealisierung, wird das Verfahren weitergeführt. Ist dies nicht der Fall, kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren durch Aufhebung mangels Erzielung eines wirtschaftlichen Ergebnisses (§ 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV) beenden und die Realisierung der Maßnahmen in Eigenregie anvisieren. Hierauf sollte bereits in den Vergabeunterlagen hingewiesen werden.

Die Bieter sind über die Aufhebung des Verfahrens unter Angabe der Gründe für die Entscheidung, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten, unverzüglich zu unterrichten.

Stellt ein Bieter im Falle der Aufhebung einen Nachprüfungsantrag, kann die Vergabekammer im Fall von Vergaberechtsverstößen die Entscheidung über die Aufhebung aufheben und die Vergabestelle zur Fortführung des Vergabeverfahrens verpflichten. Nicht berücksichtigte Bieter mit realen Chancen auf einen Zuschlag können bei rechtswidriger Aufhebung Schadensersatz geltend machen.

Weiterhin ist die Aufhebung des Verfahrens dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften mitzuteilen.

Die Vergabeentscheidung bzw. die Entscheidung zur Aufhebung des Verfahrens und die damit verbundene Bekanntmachung sind in der fortlaufenden Vergabedokumentation besonders zu begründen und verfahrensbegleitend sowie transparent festzuhalten.

3.4.2.11 Information der unterlegenen Bieter

Steht der Bestbieter fest, sind nach § 134 GWB alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, unverzüglich in Textform zu informieren:

- über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,
- über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und
- über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Als Grund für die Nichtberücksichtigung des Angebots kann etwa die erreichte Punktzahl benannt werden. Beispiel: „Ihr Angebot erreichte eine Punktzahl von 68 Punkten. Der Bestbieter erreichte eine Punktzahl von 78 Punkten.“

Es ist aber darauf zu achten, dass keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse aus dem Angebot des Bestbieters mitgeteilt werden!

Diese Vorinformation erhalten auch solche Bewerber oder Bieter, die in früheren Phasen des Verhandlungsverfahrens ausgeschieden sind und keine Mitteilung darüber erhalten haben (§ 134 Abs. 1 Satz 2 GWB).

Die Information der unterlegenen Bieter ist in der fortlaufenden Vergabedokumentation unter Beifügung der entsprechenden Schreiben (Anlage) verfahrensbegleitend sowie transparent festzuhalten.

3.4.2.12 Zuschlagserteilung/Vertragsunterzeichnung und Anlagenmanagement

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der vorstehenden Information durch den Auftraggeber geschlossen werden (Fristbeginn am Tag nach der Absendung der Information; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es nicht an). Erfolgt der Informationsversand auf elektronischem Weg oder per Fax, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage.

Vor Versendung der Information an alle Mitbieter und Ablauf der Wartefrist darf kein Vertrag abgeschlossen werden. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist gemäß § 135 GWB (schwebend) unwirksam. Die nicht berücksichtigten Bieter können während der Wartefrist bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag stellen.

Eine unterlassene oder unvollständige Vorinformation führt zur Unwirksamkeit des Vertrages, wenn dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist (§ 135 Abs. 1 GWB). Die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch die Vergabestelle über den Abschluss des Vertrags, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss, geltend gemacht worden ist.

Soweit die Vergabestelle dem Bestbieter den Zuschlag erteilt, kommt der Energieliefervertrag mit Zugang des Zuschlagschreibens rechtswirksam zustande. Eine nachfolgende Unterzeichnung des Energieliefervertrages ist dann nicht mehr erforderlich, aber aus Dokumentationszwecken, insbesondere im Hinblick auf die Konsistenz der Vertragsunterlagen mit allen – im Vergabeverfahren gegebenenfalls geänderten – Anlagen, dringend zu empfehlen.

Alternativ kann auch ein Vorgehen gewählt werden, nach dem die Zuschlagserteilung – ohne gesondertes Zuschlagsschreiben – durch beidseitige Unterzeichnung des Energieliefervertrages erfolgt. In diesem Fall wäre dieses Vorgehen dem Bestbieter mit dem Informationsschreiben über die beabsichtigte Zuschlagserteilung mitzuteilen und ein Termin zur Unterzeichnung unmittelbar nach Ablauf der Wartefrist von 15 Kalendertagen zu vereinbaren. Die Wartefrist sollte genutzt werden, um die notwendige Individualisierung des Energieliefervertrages mit allen Ergebnissen des Vergabeverfahrens durchzuführen und die aktuellen Anlagen zusammenzustellen. Nachdem erst nach Zuschlagserteilung eine Vertragsaufhebung im Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen ist, sollte die Unterzeichnung sehr zeitnah nach Ablauf der Wartefrist erfolgen.

Zu achten ist auf ein sorgfältiges Anlagenmanagement. Idealerweise sollte der Vertrag mit Anlagen zweifach und gebunden ausgefertigt werden, damit auch bei Streitigkeiten Jahre nach Vertragsschluss in veränderter personeller Besetzung noch transparent ist, welche Unterlagen Gegenstand des Vertrages geworden sind.

Nach wirksamer Zuschlagserteilung ist eine Überprüfung der Vergabeentscheidung durch die Vergabekammer nicht mehr möglich.

Die Zuschlagserteilung ist in der fortlaufenden Vergabedokumentation unter Beifügung der entsprechenden Dokumente (Zuschlagsschreiben bzw. Energieliefervertrag) als Anlage verfahrensbegleitend sowie transparent festzuhalten.

3.4.2.13 Bekanntmachung des vergebenen Auftrags

Die Vergabestelle hat spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens zu veröffentlichen. Die Vergabebekanntmachung muss nach dem Muster gemäß Anhang III der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 erstellt werden.

Die Bekanntmachung des vergebenen Auftrags ist in der Vergabedokumentation abschließend festzuhalten und als Anlage beizufügen.

3.4.2.14 Umfassende Vergabedokumentation

Die Vergabestelle ist bei jeder Vergabe dazu verpflichtet, die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen im Vergabeverfahren zeitnah in der Vergabedokumentation festzuhalten.

Zur Begründung und Dokumentation der einzelnen Verfahrensschritte bis hin zur Vergabeentscheidung werden üblicherweise die in den vorstehenden Ziffern benannten Unterlagen als Anlagen beigefügt.

Mit der Unterzeichnung der Vergabedokumentation wird das Vergabeverfahren beendet.

3.5 Phase 5: Vertragsdurchführung

3.5.1 Ausführungsplanung und Montageplanung des Contractors

Unmittelbar nach Vertragsschluss startet der Contractor mit seiner Ausführungs- und Montageplanung. Hier ist auf einen sauberen Übergang der Planungstätigkeit vom Planer des Auftraggebers auf den Contractor zu achten. Hier werden in der Regel noch eine Fülle von Detailthemen zu lösen sein. Ebenso kann in dieser Phase noch eine Feintuning des Anlagenlayouts unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Contractors (Betriebsfokus!) stattfinden. Auch von der Nutzerseite können in dieser Phase noch einmal letzte Wünsche eingebracht und so die Anforderungen an das Versorgungssystem aktualisiert werden. Insbesondere die Schnittstellen zu den Anlagenbereichen, die im Verantwortungsbereich des Auftraggebers verbleiben, sind hier noch einmal kritisch zu hinterfragen sowie gegebenenfalls planerisch zu überarbeiten. Durch den Contractor sind gegebenenfalls auch noch öffentlich-rechtliche Genehmigungen anzupassen bzw. neu einzuholen.

Auch das Netzanschlussdesign für die Energieversorgung mit gegebenenfalls unterschiedlichen Medien kann unter Berücksichtigung der besonderen Erfahrungen des Contractors nochmals angepasst werden. Soweit Abnahmestellen und Messpunkte von Energieversorgern übernommen werden, ist das jeweils erforderliche Prozedere rechtzeitig in Gang zu setzen.

Der Planer des Auftraggebers sorgt in dieser Phase als Sparringspartner des Contractors dafür, dass sich die Planungskonkretisierung durch den Contractor im durch die Auftraggeberplanung vorgegebenen Rahmen bewegt. Insbesondere die Anforderungen an die Versorgungssicherheit (Reserven, Puffer, Redundanz) sollen in einem angemessenen Ausgleich zwischen Errichterperspektive und Betriebsfokus aufrechterhalten werden.

Die Erfahrung zeigt, dass es in dieser Phase zu Anpassungen der Leistungen kommt. Es empfiehlt sich, hier ein Änderungsmanagement zu führen, welches die Anpassungen sowie mögliche Kostenauswirkungen transparent festhält. Vor Aufnahme der regulären Versorgung durch den Contractor wären die Kostenauswirkungen dann in einem 1. Nachtrag zum Vertrag auf der Leistungs- und der Preisseite zu vereinbaren (zur erforderlichen Form siehe Ziffer 3.5.4.6).

3.5.2 Qualitätscontrolling und Termincontrolling in der Errichtungsphase

In der Errichtungsphase sollte zunächst eine begleitende Qualitätskontrolle durch den Auftraggeber bzw. dessen Planer erfolgen. Bestimmte besonders relevante Leistungsteile können auch in ein technisches Abnahmeprozedere eingebracht werden.

Besonderes Augenmerk ist in diesem Controlling auf die Schnittstellen zu den Anlagenbereichen, die im Verantwortungsbereich des Auftraggebers verbleiben, zu richten. Hier sind gegebenenfalls Zustandsfeststellungen vor und nach Anschluss der Leistungen des Contractors durchzuführen.

Aufbau und Funktion einer vom Contractor zu bewerkstelligen Interimsversorgung sind zu überwachen.

Die Einhaltung des Zeitplans kann im Rahmen eines Termincontrollings mit der Überwachung der Einhaltung von Fristen und Zwischenterminen gesteuert werden. So kann die rechtzeitige Versorgungsaufnahme mit den gewünschten Parametern sichergestellt werden. Ebenso kann die rechtzeitige Inbetriebnahme der Anlagen gerade im Hinblick auf bestimmte „Förderstichtage“ unterstützt werden.

Die Errichtungsphase endet mit der Inbetriebnahme der vom Contractor errichteten Anlagen. Hier ist insbesondere auf eine saubere Übergabe der Betriebsführung zu achten. Ebenso sollte der Zustand der vom Contractor mit übernommenen Anlagen des Auftraggebers zum Inbetriebnahmezeitpunkt dokumentiert werden. Der Bedarf ist hier stark abhängig vom

räumlichen Umfang der Leistungen des Contractors. Soweit Abnahmestellen und Messpunkte von Versorgern übernommen werden, ist das jeweils erforderliche Prozedere rechtzeitig in Gang zu setzen und spätestens zum Inbetriebnahmezeitpunkt abzuschließen.

3.5.3 Wechselseitige Absicherungen

Im Vertrag vereinbarte Absicherungen sind nach Abschluss des Vertrages konkret umzusetzen. So sind Dienstbarkeiten im Rahmen einer gesonderten notariellen Vereinbarung zu bestellen und in das Grundbuch einzutragen.

Ebenso wäre durch den Contractor eine vereinbarte Vertragserfüllungssicherheit mit dem vereinbarten Inhalt zu stellen. Hier empfiehlt es sich, die Sicherheit zunächst im Entwurf an den Auftraggeber zu übersenden, damit etwaige Abweichungen von der Sicherungsvereinbarung identifiziert und in der finalen Fassung abgestellt werden können.

Ebenfalls sollten die erforderlichen Versicherungspolice mit dem Auftraggeber abgestimmt werden, da gegebenenfalls einzelne Deckungstatbestände sowie insbesondere deren Kombination einen gewissen versicherungstechnischen und -rechtlichen Umsetzungsbedarf nach sich ziehen. Auf die rechtzeitige (passend zum jeweiligen Risiko → Bauphase/Betriebsphase) Eindeckung der jeweiligen Risiken ist dabei besonders zu achten.

3.5.4 Betriebsphase

In der Betriebsphase können sich natürlich alle im Rahmen des Vertrages geregelten Tatbestände als Themen konkret stellen. Einige typische Konstellationen werden nachfolgend kurz behandelt. Soweit sich weiter reichende Themen ergeben, ist hier jeweils eine konkrete und individuelle Würdigung, bei Bedarf unter Einbeziehung energiewirtschaftlicher und rechtlicher Beratung, vorzunehmen.

3.5.4.1 Sicherstellung der Versorgungssicherheit

Ergeben sich jenseits etwaiger Anlaufthemen fortdauernde Eingriffe in die Versorgungssicherheit (werden insbesondere die kumulativen vertraglichen Ausfallzeiten nicht eingehalten), so sollte schon frühzeitig ein kritisches Gespräch mit dem Contractor gesucht werden, um die unter Umständen erforderlichen Anpassungen des Anlagenzustandes zu erreichen. Auch die Funktionsfähigkeit der vom Contractor zu bewerkstelligen Ersatzversorgung ist einer kritischen Bewertung zu unterziehen. Die Geltendmachung der vereinbarten Vertragsstrafe kann hier zunächst angedroht und im Falle eines nicht konstruktiven Verhaltens des Contractors dann auch umgesetzt werden.

3.5.4.2 Abrechnung und Preisanpassung

Die Abrechnungen des Contractors sind hinsichtlich der variablen Bestandteile einer detaillierten Prüfung zu unterziehen.

Bei den abgerechneten Verbräuchen ist insbesondere auf deren nachvollziehbare Ableitung aus den vereinbarten Erfassungssystemen zu achten.

Bei der Abwicklung der vereinbarten Preisanpassung ist auf die zutreffende Verwendung der Parameter (Indizes!), die Einhaltung der vorgegebenen Zeitpunkte sowie die vereinbarte Form zu achten. Bei komplexeren Preisanpassungsformeln kann die Einbeziehung energiewirtschaftlicher Beratung geboten sein.

3.5.4.3 Verbrauchsmessung und Monitoring

Hier sind die vereinbarten Messungen sowie gegebenenfalls erforderliche Meldungen (siehe Ziffer 2.2.5) vorzunehmen. Die Ergebnisse können im gewünschten Umfang analysiert und Anpassungsbedarfe hieraus abgeleitet werden. Die Erfahrung zeigt, dass hier in enger Absprache zwischen Auftraggeber und Contractor eine gute Partnerschaft mit dem Ziel einer bedarfsgerechten und effizienten Versorgung erreicht werden kann.

3.5.4.4 Instandhaltung

Zur Erfüllung der Verpflichtungen des Contractors in den Bereichen Wartung, Inspektion und Instandsetzung sind zunächst entsprechende Wartungs- und Inspektionspläne zu erstellen, aus welchen sich Umfang und Zeitpunkte der durchzuführenden Maßnahmen ergeben. Die Abarbeitung ist dann zu dokumentieren und vom Auftraggeber zu kontrollieren. Die erforderlichen Instandhaltungsmaßnahmen sind, insbesondere bei Schnittstellen zu Anlagen, welche im Risikobereich des Auftraggebers verblieben sind, im Einzelnen abzustimmen. In reinen Betriebsführungskonstellationen ist die Umsetzung der identifizierten Instandhaltungsmaßnahmen durch den Auftraggeber zu bewerkstelligen.

3.5.4.5 Umgang mit Meinungsverschiedenheiten

Die Parteien sollten stets die Langfristigkeit ihrer Verbindung im Auge haben. Für den Fall, dass die Parteien sich einmal dennoch nicht einigen können, ist auf vereinbarte Schlichtungs- und/oder Mediationsklauseln zurückzugreifen. Idealerweise haben die Parteien bereits mit Vertragsschluss den Schlichter/ Ersatzschlichter bestellt, sodass dieser unmittelbar von einer der Parteien angerufen werden kann. Im Schlichtungsverfahren sollten die Parteien sich dann unbedingt aufeinander zu bewegen sowie eine interessengerechte und zukunftsfähige Lösung finden. Einseitig vertragsändernde Maßnahmen wie z. B. eine Kündigung sollten ebenso wie die Einleitung gerichtlicher Maßnahmen nur Ultima Ratio sein.

3.5.4.6 Vertragsänderungen/Nachträge

Soweit sich in der Planungs- und Errichtungsphase oder aber später in der Betriebsphase (beispielsweise im Rahmen des Monitorings, der Instandhaltung oder der Streitbeilegung) Veränderungen hinsichtlich der Vertragsinhalte ergeben, muss jeweils (gegebenenfalls gesammelt) ein schriftlicher Nachtrag zum Vertrag unter sauberer Bezugnahme auf den Hauptvertrag sowie gegebenenfalls bereits zuvor vereinbarte Nachträge geschlossen werden. Dies gilt zum einen aus Transparenzgründen, damit die beiderseitigen vertraglichen Verpflichtungen – auch für gegebenenfalls neu hinzukommende Sachbearbeiter – nachvollziehbar bleiben. Da aber auch pachtrechtliche Regelungen Gegenstand des Vertrages sind, gebietet dies auch das insoweit geltende mietvertragliche Schriftformgebot gemäß § 550 BGB. Ein Verstoß gegen dieses Gebot könnte dazu führen, dass jedenfalls hinsichtlich des miet-(pacht-)vertraglichen Teils des Vertrages (Nutzungsüberlassung der Flächen) die langfristige Laufzeit ausgehebelt und ein unbefristetes Mietverhältnis angenommen wird, welches dann ordentlich gekündigt werden kann. Dies kann sogar zur Kündbarkeit des gesamten Vertrages führen, da ein Anlagenbetrieb ohne die mietrechtliche Berechtigung, die Flächen zu nutzen, schwer vorstellbar ist.

Bei den Nachträgen gelten dieselben Anforderungen an die Vertragsgestaltung wie bei der Erstellung des Hauptvertrages. Insbesondere ist auf eine transparente Abgrenzung zu den weiter geltenden Regelungen des Hauptvertrages, auf eine saubere und abschließende Bezeichnung der Bestandteile des Nachtrages sowie auf ein hinreichendes Anlagenmanagement zu achten (siehe oben Ziffer 3.4.2.12).

