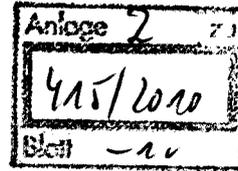


Nur per E-Mail  
Stadt Erfstadt  
Eigenbetrieb Immobilienwirtschaft  
Herrn Werkleiter Dr. Risthaus  
Holzdamm 10  
50374 Erfstadt



Goldener Felder 49  
50313 Herdrake  
Tel.: 02336 8087-0  
Fax: 02336 8087-67

31.08.2010  
L.B/RK/ro

### Fernwärmeversorgung

- Ihr Anfrage vom 27.08.2010 -

Sehr geehrter Herr Dr. Risthaus,

Sie baten uns um eine kurze Stellungnahme zur Ausschreibungspflicht der Versorgung der Südschule und des Kindergartens sowie des Wirtschaftsparks durch das Holzkraftwerk am Schulzentrum Lechenich mit Fernwärme.

Die unserer Stellungnahme zu Grunde liegende Ausgangslage stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar:

1. Es besteht ein Vertrag mit der Fernwärmeversorgung Niederrhein GmbH (FN) über die Lieferung von Fernwärmeenergie zum Schulzentrum Lechenich. Der Vertrag ist im Jahr 2008 im Wege einer EU-weiten Ausschreibung vergeben worden. Vertraglich ist eine zu liefernde Wärmemenge pro Kalenderjahr von 3,418 MWh bis zu 5,127 MWh zwischen den Parteien vereinbart worden.
2. Tatsächlich benötigt das Schulzentrum Lechenich nur zwischen 3 bis 4 MWh/a (je nach Witterung).
3. Die an das Fernwärmenetz anzuschließende Südschule Lechenich und der Kindergarten Lechenich haben einen Wärmebedarf von insgesamt 0,7 MWh/a.

4. Auch der Wirtschaftspark Süd soll mit Fernwärme über das Holzheizkraftwerk im Schulzentrum Lechenich durch FN versorgt werden. Die Grundstücke des Wirtschaftsparks stehen im Eigentum der Stadt Erftstadt. Durch Anschluss- und Benutzungszwang gemäß § 9 Gemeindeordnung NRW werden die zukünftigen Anlieger des Gewerbegebiets zur Nutzung der Fernwärme und zum Vertragsabschluss mit der FN verpflichtet.
5. Der Bau der Fernwärmeleitung vom Holzheizkraftwerk des Schulzentrums Lechenich sowohl zum Wirtschaftspark als auch zur Südschule und zum Kindergarten kostet ca. 870.000 EUR.

### **Bewertung**

#### **1. Lieferung von Wärme an die Südschule und den Kindergarten**

Die Leistung der Lieferung von Wärme an die kommunalen Einrichtungen Südschule und Kindergarten stellt einen öffentlichen Beschaffungsauftrag dar, der grundsätzlich nach VOL/A auszuschreiben ist. Eine Ausschreibungspflicht besteht jedoch dann nicht, wenn es sich bei der Belieferung lediglich um eine unwesentliche Vertragsveränderung des bereits bestehenden Versorgungsvertrags über das Schulzentrum Lechenich handelt. Ob ein bereits bestehender Vertrag in erheblicher Weise geändert wird, ist nach den Veränderungen des Umfangs der übertragenen Dienstleistung und insbesondere nach Veränderung in der Höhe des zu zahlenden Entgelts zu beurteilen. Nach der Rechtsprechung des EuGH („APA“-Urteil vom 19.06.2008) sind jedoch auch geringfügige Preisnachlässe als unwesentliche Vertragsänderung dann ausschreibungsfrei möglich, wenn die Preisnachlässe zu Gunsten des öffentlichen Auftraggebers und nicht zu Gunsten des Auftragnehmers gemacht werden.

Es spricht vieles dafür, dass es sich bei der Wärmeversorgung der Südschule und des Kindergartens um eine unwesentliche Vertragsänderung des bereits bestehenden Vertrags der Stadt Erftstadt mit der FN handelt:

- a) Wesentlicher Vertragsgegenstand die Lieferung von Fernwärme. Dieser Vertragsgegenstand ändert sich auch bei der Belieferung der Südschule und des Kindergartens nichts. Es handelt sich lediglich um eine Erweiterung der Anlieferstellen, nicht um eine Änderung der Leistung.

- b) Die in der EU-weiten Ausschreibung vergebenen und vertraglich vereinbarten Liefermengen von Fernwärme bleiben unverändert. Durch die zusätzliche Belieferung des Kindergartens und der Südschule steigt die tatsächlich angenommene Fernwärmemenge um insgesamt ca. 0,7 MWh/a. Damit läge die zukünftig abgenommene tatsächliche Fernwärmemenge für das Schulzentrum, die Südschule und den Kindergarten bei ca. 3,7 bis 4,7 MWh/a und somit sicher innerhalb der ursprünglich ausgeschriebenen Mengenspanne.
- c) Die zusätzlichen Investitionskosten für den Ausbau des Fernwärmenetzes von ca. 890.000 EUR sind im Vergleich zum wirtschaftlichen Gesamtwert des Auftrags von ca. 12.000.000 EUR zu vernachlässigen. Zudem sind die Investitionskosten nur anteilig auf die Südschule und den Kindergarten anzurechnen.
- d) Die ausgeschriebene Laufzeit des ursprünglichen Vertrags bleibt unverändert. Ebenso bleiben die weiteren vertraglichen Bedingungen unverändert. Eine wesentliche Preisanpassung (zu Gunsten der FN als Auftragnehmerin) wird nicht vorgenommen.

## **2. Lieferung von Fernwärme an den Wirtschaftspark**

Bei der Lieferung von Wärme an den Wirtschaftspark durch den FN ist für die Frage der Ausschreibungspflicht eine Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigem Dienstleistungsauftrag und ausschreibungsfreier Dienstleistungskonzession vorzunehmen.

Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer zu bezahlen ist.

Bei der Dienstleistungskonzession besteht die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung. Mit der Dienstleistungskonzession überträgt der öffentliche Auftraggeber eigene Aufgaben auf Unternehmer, die diese Aufgaben auf eigenes Risiko erbringen und über Dritte finanzieren müssen.

Vorliegend gestattet die Stadt Erfststadt der FN ein Fernwärmenetz zum Wirtschaftspark zu errichten und mit den zukünftig zu erwarteten Anliegern des Gewerbegebiets Verträge über die Energieversorgung zu schließen. Das Risiko der tatsächlichen Absatzmöglichkeit von Fernwärme im Gewerbegebiet trägt dabei die FN. Zukünftige Verträge werden unmittelbar zwischen den Gewerbetreibenden und der FN geschlossen. Daher ist hinsichtlich der Wärme-

versorgung des Wirtschaftsparks von einer Dienstleistungskonzession und nicht von einem ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag auszugehen.

Diese Bewertung ändert sich auch nicht dadurch, dass die Stadt Erfstadt die Gewerbetreibenden durch Anschluss- und Benutzungszwang dazu verpflichtet, ihre Energie über das Fernwärmenetz der FN zu beziehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH („Eurawasser“-Urteil vom 10.09.2009) ist nicht erforderlich, dass es sich bei dem vom Konzessionär übernommenen Risiko um ein erhebliches Risiko handeln muss. Der Annahme einer Dienstleistungskonzession steht danach nicht entgegen, dass das Risiko der FN durch den Anschluss- und Benutzungszwangs erheblich gemindert ist (so auch Hattig/Maibaum Praxiskommentar Kartellvergaberecht, § 99 Rn. 120).

### Ergebnis

Nach überschlägiger Prüfung ist für die Leistung der Versorgung der Südschule und des Kindergartens sowie des Wirtschaftsparks mit Fernwärme durch die FN davon vorauszugehen, dass es sich nicht um ausschreibungspflichtige Vorgänge handelt.

Bei der Wärmeversorgung der Südschule und des Kindergartens handelt es sich um eine unwesentliche Vertragsänderung zum bestehenden und ausgeschriebenen Wärmeversorgungsvertrag des Schulzentrums Lechenich.

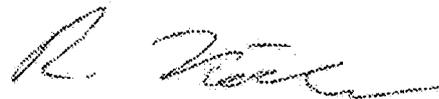
Die Wärmeversorgung des Wirtschaftsparks ist nicht als ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag, sondern als nicht dem Vergaberechtsregime unterfallende Dienstleistungskonzession zu werten.

Wir hoffen Ihnen mit dieser Stellungnahme gedient zu haben und verbleiben

mit freundlichen Grüßen



Ludwig Buchbinder



Roland Köcher