

Arbeitspapier Contracting im Haushalts- und Vergaberecht

Plattform Energieeffizienz (PFEE) Arbeitsgruppe EDL / Rechtsrahmen Unterarbeitsgruppe Contracting

Stand: 15.12.2015

Die Plattform Energieeffizienz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) versammelt wesentliche Stakeholder, die bei der Steigerung der Energieeffizienz in Deutschland mitwirken. Die Deutsche Energie-Agentur (dena) leitet zusammen mit dem Institut für Energieeffizienz in der Produktion (EEP) der Universität Stuttgart seit März 2015 die Geschäftsstelle der Plattform Energieeffizienz (GSPFEE). Die Geschäftsstelle begleitet das BMWi sowohl fachlich-wissenschaftlich als auch organisatorisch.

Das Arbeitspapier wurde von einer Drafting-Gruppe (DG), bestehend aus Mitgliedern der UAG Contracting, dem BMWi und der GSPFEE erarbeitet und im Rahmen der UAG-Sitzungen mit den Teilnehmern diskutiert und abgestimmt.

Mitglieder Drafting-Gruppe:

Ulrich Brickmann (Siemens)
Dr. Sophie Gappa (BMWi)
Steffen Joest (GSPFEE / dena)
Hartmut Kämper (BDEW)
Matthias Koselleck (GSPFEE / dena)
Rüdiger Lohse (KEA)
Ulrich Rieke (WSW)
Sebastian Peters (GSPFEE / dena)

Inhalt

1	Hintergrund	3
2	Zielsetzung	3
3	Problemstellung	4
4	Aktuelle Situation	6
5	Lösungsansätze	7
5.1	Bekanntheitsgrad von Contracting steigern	7
5.2	Einfache haushaltsrechtliche Verfahren für Contracting entwickeln und etablieren	8
5.3	Handreichungen für eine rechtssichere und einfache Handhabung der Vergabeverfahren entwickeln	8
5.4	Energieeffizienz als Zuschlagskriterium im Vergaberecht stärken	10

1 Hintergrund

Innovative Energiedienstleistungen wie beispielsweise Contracting sind potenziell geeignet, den besonderen Herausforderungen bei der Erschließung von Energieeffizienzpotenzialen bei der öffentlichen Hand, wie zum Beispiel mangelnde Finanzausstattung, fehlendes Personal oder fehlende Expertise, zu begegnen. In der Praxis gibt es unterschiedliche Contracting-Modelle - je nach Einsatzbereich und Zielsetzung. Für große Liegenschaften stehen passende Modelle zur Verfügung. Diese reichen vom Einbau und Betrieb einer energieeffizienten Heizungsanlage bis hin zu umfangreichen Modernisierungsprojekten mit Einspargarantie. Besonders zwei Contracting-Modelle haben sich bisher fest am Markt etabliert:

- Energiespar-Contracting
- Energieliefer-Contracting.

Energie-Contracting kann in allen Liegenschaftstypen der öffentlichen Hand¹, wie z. B. Verwaltungsgebäuden, Schulen, Schwimmbädern, Krankenhäusern und Museen angewendet werden und bietet gegenüber Eigenbaulösungen eine Reihe von Vorteilen:

- Entlastung von organisatorischer Umsetzung der Energieeffizienzmaßnahmen
- Vermeidung bzw. Verringerung von eigenen finanziellen Investitionen
- Übertragung der wirtschaftlichen und technischen Risiken auf den Contractor
- Transfer von Spezialwissen und Erfahrungen des Contractors
- Beitrag zum Klimaschutz durch Steigerung der Energieeffizienz durch mehrjährigen Vertrag inkl. kontinuierlichem Energie-Controlling und Monitoring (beim Energiespar-Contracting).
- Profit durch langfristig niedrigere Energiekosten durch Erfolgsgarantie (beim Energiespar-Contracting)
- Profit aus langfristig besser kalkulierbaren Energiekosten (Energieliefer-Contracting)
- Werterhaltung oder sogar Wertsteigerung von Liegenschaften.

Trotz dieser zahlreichen Vorteile, die Contracting im Vergleich zur Eigenversorgung bieten kann, wird das Marktpotenzial von Bund, Ländern und Kommunen nicht voll ausgeschöpft. Ein Grund für die verhältnismäßig geringe Inanspruchnahme von Contracting-Leistungen liegt im Bereich des Haushalts- und Vergaberechts. Hier sind teilweise hinderliche rechtliche Regelungen enthalten, die die Vergabe von Aufträgen an Energie-Contractoren negativ beeinflussen.

2 Zielsetzung

Grundsätzlich sind die aktuellen haushalts- und vergaberechtlichen Regelungen bereits geeignet, Contracting-Dienstleistungen auszuschreiben und zu vergeben. In einigen Punkten besteht jedoch Nachbesserungsbedarf, um den Contracting-Markt in Deutschland weiter zu entwickeln.

¹ Dieser Punkt gilt analog für alle Liegenschaftstypen der Privatwirtschaft. Das Papier fokussiert im folgenden jedoch auf die Liegenschaften der öffentlichen Hand.

In den nachfolgenden Abschnitten werden die wesentlichen rechtlichen Hemmnisse für Contracting im Bereich der öffentlichen Hand dargestellt, entsprechende Lösungsansätze skizziert und konkrete Handlungsempfehlungen für die AG EDL/ Rechtsrahmen für verbesserte haushalts- und vergaberechtliche Regelungen vorgeschlagen.

3 Problemstellung

Für die Inanspruchnahme von Contracting-Dienstleistungen müssen grundsätzlich die haushalts- und vergaberechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden.

Haushaltsrecht

Auf Grund der Tatsache, dass ein Großteil der Vergabe auf kommunaler Ebene erfolgt, sind im Rahmen der Diskussion die verschiedenen föderalen Ebenen einzubeziehen. Neben dem Bundeshaushaltsrecht, bestehen das Landeshaushaltsrecht, dessen Regelungen sich von Bundesland zu Bundesland unterscheiden, teilweise sehr komplex sowie für potenzielle Anwender unklar oder unübersichtlich sind, sowie das Gemeindehaushaltsrecht. Zusätzlich sind die Unterschiede der Modelle Energiespar- und Energieliefer-Contracting bei potenziellen Anwendern wie auch bei den Aufsichtsbehörden nicht oder nur teilweise bekannt, weshalb die Gefahr der Fehleinschätzungen zu Vertragsrisiken und notwendigen Vorgaben besteht.

Bei der Anwendung des Haushaltsrechts auf Contracting gibt es folgende allgemeine Vorgaben bzw. Problemstellungen:

- Contracting-Modelle sind in der Regel zwar zulässig, aber in den meisten Fällen genehmigungspflichtig. Die Genehmigungspflicht besteht insbesondere bei der Forfaitierung², da Energiespar-Contracting in der Regel als ein „kreditähnliches Rechtsgeschäft“ eingestuft wird. Diese Regelungen variieren jedoch von Bundesland zu Bundesland. Teilweise ist zur Umsetzung von Contracting-Vorhaben keine Genehmigung erforderlich (z. B. Berlin), wenn die Zulässigkeit z. B. durch ein Landesgesetz allgemein gültig geregelt wurde.
- Rechtsgrundlage für die Einstufung als kreditähnliches bzw. genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft sind die jeweiligen Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen der Bundesländer bzw. zugehörige Runderlässe durch

² Bei Projekten, die im Rahmen einer Forfaitierung mit Einredeverzicht finanziert werden, verkauft der private Auftragnehmer die Forderungen aus der Bauleistung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ganz oder teilweise an die finanzierende Bank. Die Forderungen entsprechen den Investitionskosten (manchmal auch inkl. Kapitaldienst für das zur Finanzierung der Investition aufgenommene Fremdkapital). Der Forderungsverkauf erfolgt i. d. R. nach Abschluss der Bauphase und Abnahme der Bauleistung. Gleichzeitig stellt der öffentliche Auftraggeber diese Forderungen einrededefrei, was ihn dazu verpflichtet, den Bestandteil des Leistungsentgeltes für die Investition nach vereinbarten Zahlungsmodalitäten an die Bank zu zahlen. Der Bestandteil des monatlichen Leistungsentgeltes für Betriebsleistungen wird direkt vom öffentlichen Auftraggeber an den privaten Auftragnehmer ausgezahlt. Dies dient der Absicherung der Finanzierung. Das Finanzierungsunternehmen erhält die Zusicherung von festen Zahlungsraten des öffentlichen Auftraggebers, unabhängig vom Einsparerfolg des Contractors. Forfaitierung wird bei Contracting-Projekten für öffentliche Auftraggeber oft eingesetzt, um deren Vorteile zu nutzen: Der Contractor kann die zu errichtenden Anlagen günstiger finanzieren als ohne Forfaitierung. Dadurch können die Angebotskonditionen für den Auftraggeber verbessert werden, da sich ein Zinsvorteil gegenüber herkömmlichen Krediten ergibt. Bei einem Erfolgsgarantievertrag übernimmt der Contractor immer sowohl das technische als auch das wirtschaftliche Risiko.

die zuständigen Landesministerien, teilweise auch Regelungen in den Gemeindehaushaltsordnungen³.

- Die Ausgaben (Contracting-Rate) werden auf den Kreditrahmen der Kommune angerechnet, obwohl den Ausgaben im Energiespar-Contracting entsprechende Einsparungen bei den Energiekosten gegenüber stehen.
- In der Regel ist in der Haushaltssicherung keine Anwendung von Contracting für Kommunen möglich (evtl. in Ausnahmefällen möglich).
- Vor dem Beginn eines Vergabeverfahrens müssen für Contracting andere und teilweise mit höherem Aufwand verbundene Wege gegangen werden als bei Eigenbaulösungen, die wiederum zu erhöhten Unsicherheiten bei potenziellen Anwendern führen.

Im Rahmen des Haushaltsrechts müssen für die Voruntersuchungen und die Entscheidung für unterschiedliche Beschaffungsvarianten (Eigenbau oder Contracting) unterschiedliche Regelungen eingehalten werden, die teilweise sehr umfangreiche, nicht immer konsistente Vorgaben für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor dem Beginn eines Vergabeverfahrens enthalten. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt ist die jeweilige Haushaltsordnung und der darin verankerte „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ (als eines der bei der Haushaltswirtschaft öffentlicher Haushalte zu beachtenden Prinzipien der Haushaltsaufstellung und Haushaltsausführung, vgl. bspw. § 7 BHO⁴).

In der Praxis werden diese Regelungen sehr unterschiedlich gehandhabt. Je nach Länderrecht bzw. praktischer Umsetzung kann die Voruntersuchung mit relativ geringem Aufwand durch eine grobe Einschätzung der Contracting-Eignung einer Liegenschaft durchgeführt werden⁵. Hingegen wird derzeit zum Beispiel auch durch das BMF für Bundesliegenschaften eine aufwändige und umfangreiche Wirtschaftlichkeitsberechnung analog zu PPP-Hochbauvorhaben gefordert. Da sich Contracting vom Umfang und der Zielstellung her jedoch von PPP-Hochbauvorhaben unterscheidet, gibt es jedoch keinen Grund für die vom BMF geforderte umfassende Wirtschaftlichkeitsberechnung.

Auch bei der Angebotsauswertung gibt es unterschiedliche Regelungen im Haushaltsrecht der Länder. In der Mehrzahl der Länderregelungen existiert eine

³ Die Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) ist eine Rechtsverordnung des jeweiligen Bundeslandes. Sie enthält Vorschriften zur Haushaltsplanung und Haushaltsführung und ergänzt damit die haushaltsrechtlichen Vorschriften der Gemeindeordnung. Da es sich um eine Rechtsverordnung handelt, wird sie von der Exekutive (Landesregierung) erlassen und kann von ihr auch geändert werden.

In einzelnen Bundesländern kann die Bezeichnung der Verordnung variieren; in Bayern, Sachsen und im Saarland lautet sie Kommunalhaushaltsverordnung (KomHVO).

Die Gemeindehaushaltsverordnung enthält typischerweise:

- Bestimmungen zum Haushaltsplan und zur mittelfristigen Finanzplanung;
- Planungs- und Deckungsgrundsätze (dagegen sind die "Allgemeinen Haushaltsgrundsätze" in der Gemeindeordnung verankert)
- Vorschriften zur Liquidität, zu Rücklagen, zum Haushaltsausgleich u. a.
- Vorschriften zur Haushaltswirtschaft und zur Buchführung
- Bewertungs- und Bilanzierungsregeln
- Vorschriften zum Jahresabschluss und zum kommunalen Gesamtabchluss.

Quelle: <http://kommunalwiki.boell.de/index.php/Gemeindehaushaltsverordnung> am 07.05.2015

⁴ siehe auch: <http://de.wikipedia.org/wiki/Haushaltsgrunds%C3%A4tze> (07.05.2015)

⁵ Übersicht zur haushaltsrechtlichen Handhabung von Contracting in Kommunen und Ländern (Stand Frühjahr 2010): <http://www.kompetenzzentrum-contracting.de/praxishielfen/laenderregelungen-haushaltsrecht/>

Verpflichtung zum Vergleich der Wirtschaftlichkeit zwischen einer Contracting-Lösung und einer „staatlichen Lösungsmöglichkeit“ (Eigenregie). In Ausnahmefällen wird hiervon jedoch bereits abgesehen: So wird beispielsweise in Berlin die Wirtschaftlichkeit von Energiespar-Contracting bei Erzielung einer Haushaltsentlastung einmalig festgestellt. Der Wirtschaftlichkeitsvergleich mit der Eigenbau-Variante im einzelnen Verfahren erübrigt sich dadurch und das Verfahren wird somit erleichtert⁶.

Bisher ist jedoch zu beobachten, dass häufig Standardverfahren (Eigenbau) bevorzugt ausgewählt und Contracting-Lösungen bei potenziell geeigneten Projekten nicht eingesetzt werden.

Vergaberecht

Mit Blick auf die öffentliche Vergabe von Contracting-Lösungen bestehen in der Praxis z.T. Unsicherheiten bzgl. der Einordnung des Contracting als Dienstleistung oder Bauleistung, wonach sich unter anderem die Wahl des anwendbaren Vergaberechts und die anzuwendenden Schwellenwerte richten⁷. Das EU-Verhandlungsverfahren nach dem europäischen Vergaberecht, welches normalerweise beim Contracting angewandt werden muss, stellt für die ausschreibenden Stellen häufig einen höheren Aufwand und ein „neues“, oftmals ungewohntes Verfahren dar. Auch stellt sich (häufig) die Frage, ob die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahren (im Oberschwellenbereich) oder der freihändigen Vergabe (im Unterschwellenbereich) vorliegen. Dies kann zu Unsicherheiten bei öffentlichen Auftraggebern und Auftragnehmern führen und sich negativ auf die erschließbaren Marktpotenziale von Energie-Contracting auswirken. Eine weitere Unsicherheit für Contracting-Lösungen besteht bei vielen Vergabestellen darin, wie Aspekte der Energieeffizienz im Rahmen der Leistungsbeschreibung oder als Zuschlagskriterium rechtssicher in das Vergabeverfahren eingeführt werden können.

4 Aktuelle Situation

Im Bereich der haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen mit Zuständigkeiten der Länder ist die Relevanz des Dialogs mit den Ländern als weiterführender Arbeitsprozess bereits im NAPE (Seite 32) festgeschrieben: Gemeinsam mit den Ländern soll eine Informationsinitiative gestartet und eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Contracting“ eingerichtet werden, um voneinander zu lernen und gemeinsam Verbesserungsmöglichkeiten zu erarbeiten und unsichere Sachverhalte im Rahmen des bestehenden Landesrechts zu regeln.

⁶ siehe „Leitfaden Energiespar-Contracting in öffentlichen Liegenschaften“:

http://www.energieland.hessen.de/pdf/Contracting-Leitfaden_2012.pdf (11.05.2015)

⁷ Der Erfolgsgarantie-Vertrag im Contracting ist ein typengemischter Vertrag. Er enthält Bauleistungs- und Dienstleistungs-Anteile. Als Vergabeordnung kommen daher sowohl die VOB/A als auch die VOL/A in Frage. Zu wählen ist diejenige Vergabeordnung, in welcher 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. Beim Energiespar-Contracting liegt der Schwerpunkt in der Regel im Bereich der Bauleistungen und damit im Geltungsbereich der VOB/A. Inzwischen gibt es jedoch auch Projekte mit hohem Dienstleistungsanteil, die nach VOL/A ausgeschrieben werden. Dies ist zum Beispiel bei sehr geringem Sanierungsbedarf der Fall, wenn das Know-how des Contractors zur Anlagenoptimierung im Vordergrund steht.

Das Bundeskabinett hat am 8. Juli 2015 den vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorbereiteten Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts verabschiedet. Die Reform dient der Umsetzung der drei neuen EU-Vergaberichtlinien (Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) und die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU)). Der Referentenentwurf ist der erste Schritt in einem zweistufigen Verfahren der Gesetz- und Verordnungsgebung. Im Zentrum steht die Novellierung des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). In diesem werden u. a. die Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber, strategische Ziele – z. B. umweltbezogene, soziale oder innovative Aspekte – im Rahmen von Vergabeverfahren vorzugeben, gestärkt. Das Gesetzgebungsverfahren in Bundesrat und Bundestag hat bereits begonnen. Der Bundesrat hat seine Stellungnahme im sog. Ersten Durchgang am 25.09.2015 beschlossen.

5 Lösungsansätze

5.1 Bekanntheitsgrad von Contracting steigern

Um Contracting bei den Rechtsaufsichten in den Bundesländern zu etablieren und Fehleinschätzungen z. B. in Bezug auf Vertragsrisiken zu vermeiden sowie weitere relevante Akteursgruppen auf Landes- und kommunaler Ebene wie z. B. die kommunalen Kämmerer (als Verantwortliche für die finanziellen Angelegenheiten von Kommunen) besser zu informieren, sollte eine Schulungsoffensive für diese Gruppen initiiert und implementiert werden. Die Schwerpunkte dieser Schulungsoffensive sollten auf der Vorstellung der Contracting-Modelle, den Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt und den Unterschieden zwischen Contracting- und Eigenbaulösungen für die Kommune liegen (Vorteile / Risiken). Weitere mögliche Themen könnten sein: haushaltsrechtliche Einordnung sowie Ausschreibung von Contracting-Dienstleistungen.

Die AG EDL hat vor diesem Hintergrund Vorschläge für Schulungsinhalte und zu schulende Akteursgruppen zusammengetragen und wird diese in die im NAPE geplante Arbeitsgruppe Contracting (Bund-Länder-Dialog) einbringen.

Ergänzend wird ein verstärkter Austausch zu den guten Erfahrungen mit der Entwicklung und Umsetzung von Contracting zwischen den Bundesländern im Rahmen des Bund-Länder-Dialogangebots angeregt.

Empfohlen wird die Prüfung einer verstärkten Nutzung von Energiespar-Contracting (Vorbildfunktion) für Bundesliegenschaften, insbesondere für solche, bei denen im BlmA-Sanierungsfahrplan bzw. in weiterführenden Prozessen zur Umsetzung des Sanierungsfahrplans (Erstellung von Energiekonzepten) bereits eine positive Eignung zu erkennen ist. Um die Nutzung von Energiespar-Contracting in Bundesliegenschaften zu stärken, wird darüber hinaus die Prüfung der Einrichtung einer spezialisierten Leit-Oberfinanzdirektion bzw. eines Bau- und Liegenschaftsbetriebs zur Ausschreibung und Begleitung von Energiespar-Contracting

in BlmA-Bundesliegenschaften (Kompetenzstelle mit bundesweiter Zuständigkeit) empfohlen.

5.2 Einfache haushaltsrechtliche Verfahren für Contracting entwickeln und etablieren

Um Contracting-Lösungen im Haushaltsrecht zu etablieren und bei der Voruntersuchung und Genehmigung zu forcieren, sollten hier möglichst bundesweit gleichartige Verfahren und Vorgaben entwickelt werden. Im Hinblick auf die Zielvorgabe, dass Contracting-Lösungen gegenüber „konventionellen Maßnahmenumsetzungen“ im Haushaltsrecht nicht schlechter gestellt sind⁸, könnten folgende Vorschläge und Anregungen mit den Ländern diskutiert werden:

- Für die Genehmigung von Contracting-Projekten wird eine grundsätzliche Zustimmung bzw. Ausnahmeregelung zur Durchführung erteilt. Dies sollte auch für Kommunen gelten, die unter Finanzaufsicht stehen.
- Contracting wird nicht als kreditähnliches Rechtsgeschäft eingestuft und die Zahlungen an den Contractor (Vergütung) wird nicht auf den Kreditrahmen angerechnet.
- Es sollten anerkannte Musterverträge angewendet werden⁹.
- Forfaitierung ist bei Anwendung von anerkannten Musterverträgen mit entsprechenden vertraglichen Regelungen grundsätzlich möglich.
- Harmonisierung und Entwicklung klarer Regelungen, wie die „Wirtschaftlichkeitsanforderung“ nach BHO und LHO im Contracting-Fall nachgewiesen werden kann.
- Richtungsweisend könnten insoweit die Regelungen und Standardprozesse sein, die in einigen Bundesländern (z. B. in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin und Hessen) entweder bereits zur Anwendung kommen oder aktuell entwickelt werden (z. B. Pilotregionen in Baden-Württemberg).

Die AG EDL sollte die derzeit laufenden Prozesse begleiten, zu den genannten Punkten Handlungsempfehlungen entwickeln, in die im NAPE geplante Bund-Länder Arbeitsgruppe Contracting einbringen und dort deren Umsetzung in den verschiedenen Bundesländern anregen.

5.3 Handreichungen für eine rechtssichere und einfache Handhabung der Vergabeverfahren entwickeln

Insbesondere Energiespar-Contracting ist eine vielfältige und anspruchsvolle Dienst- und Bauleistung, die mittels eines bewährten Ablaufs erfolgreich erbracht werden kann. Die Hauptleistung ist die vertraglich vereinbarte Erfolgsgarantie über eine mehrjährige Vertragslaufzeit. Da Art und Umfang der Leistung vor der Vergabe häufig nicht

⁸ Vgl. z. B. Contracting-Offensive Baden-Württemberg, Arbeitsgruppenphase Juli 2012 – Juli 2013, Abschlussbericht: https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/5_Energie/Energieeffizienz/Contracting-Offensive/20131113_Abschlussbericht_Contracting-Offensive_BW.pdf 11.05.2015

⁹ Diese stehen z. B. mit dem „Leitfaden Contracting für öffentliche Liegenschaften (\"Hessen-Leitfaden\")“, dem dena-Leitfaden Energiespar-Contracting oder dem „Leitfaden Contracting der Bayerischen Staatlichen Hochbauverwaltung (Contracting-Initiative Bayern)“ zur Verfügung.

eindeutig und erschöpfend festgelegt werden können, ist eine klassische Ausschreibung mittels Leistungsverzeichnis nicht anwendbar.

Die grundsätzlich vorrangigen offenen Verfahren bzw. die öffentliche Ausschreibung werden diesem Umstand regelmäßig nicht hinreichend gerecht. Das in der Regel geeignete Verfahren für die Vergabe von Energiespar-Contracting ist vielmehr das EU-Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb (im Oberschwellenbereich) bzw. die freihändige Vergabe mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb (im Unterschwellenbereich).¹⁰ Diese Vergabeverfahren bieten den Rahmen, um die Erfahrungen der Anbieter entsprechender Contracting-Dienstleistungen und ihre individuellen Lösungsvorschläge ausreichend zu berücksichtigen und bewerten zu können.

Für das Verhandlungsverfahren ist dies gegeben, da die vom Auftragnehmer erwarteten Leistungen sich nach ihrer Art und ihrem Umfang vom Auftraggeber im Vorfeld nicht eindeutig und erschöpfend beschreiben lassen, so dass eine einwandfreie Preisermittlung zur Vereinbarung einer festen Vergütung nicht möglich ist (vgl. § 3 EG Abs. 4 Nr. 3 VOB/A bzw. vgl. § 3 EG Abs. 3 Nr. c VOL/A). Dies trifft beim Energiespar-Contracting regelmäßig zu, denn die vom Contractor zu erbringende Leistung kann vor einer durchgeführten (Grob-) Analyse¹¹ nicht hinreichend genau festgelegt werden.

Analog ist die für unterschwellige Vergaben vergleichbare freihändige Vergabe nur dann zulässig, „wenn die Öffentliche Ausschreibung oder Beschränkte Ausschreibung unzuweckmäßig ist, besonders [...] wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend festgelegt werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können.“ (vgl. § 3 Abs. 5 Nr. 3 VOB/A).

Die freihändige Vergabe ist jedoch weniger detailliert geregelt und damit für die Vergabestellen mit höherem eigenem Aufwand für die transparente und rechtssichere Durchführung des Verfahrens verbunden als die europäische Variante des Verhandlungsverfahrens. Zudem liegen die Wertgrenzen für die freihändige Vergabe im Sinne der Vergaben für Bund, Länder, Kommunen, z. B. für öffentliche Vergaben nach VOB in der Regel im niedrigen bis mittleren fünfstelligen Euro-Bereich, so dass die Anwendung für Contracting nur im Ausnahmefall in Frage kommt.

Daher erfolgt derzeit auch bei voraussichtlicher Unterschreitung der jeweiligen Schwellenwerte die freiwillige Anwendung des europaweiten Verfahrens, um die

¹⁰ Nach § 101 Abs. 4 GWB steht als weitere Verfahrensvariante für besonders komplexe Vorhaben oberhalb der Schwellenwerte der wettbewerbliche Dialog zur Verfügung. Dabei wird nach der europaweiten Vergabebekanntmachung mit unterschiedlichen Unternehmen in mehreren Phasen verhandelt. Im Anschluss wird für eine Lösung eine funktionale Leistungsbeschreibung formuliert, für die alle beteiligten Unternehmen ein verbindliches Angebot abgeben können. Das wirtschaftlichste Angebot erhält den Zuschlag. Der Aufwand der Bieter für die Beteiligung am Dialogverfahren kann durch die ausschreibende Stelle vergütet werden. Insbesondere aufgrund des hohen Aufwands für diese Verfahrensform ist für die Vergabe von Energiespar-Contracting das Verhandlungsverfahren vorzuziehen.

¹¹ Aus inhaltlicher Sicht ist eher eine Feinanalyse nötig, um die Leistungen im Detail zu entwickeln. Aus formaler Sicht ist allerdings die „Grobanalyse“ laut Vergaberecht die „hinreichende Festlegung zur Erbringung der Leistung“, d. h. die Vergabegrundlage. Das heißt, mit der Grobanalyse liegen die verbindlichen Angebote vor, auf deren Grundlage das Ranking der Bewerber und die Vergabeentscheidung erfolgen. Im einstufigen Verfahren muss die Grobanalyse entsprechend detailliert erarbeitet werden. Im zweistufigen Verfahren muss die Feinanalyse die Grobanalyse bestätigen.

Vorteile der stärker formalisierten Bekanntmachung für das Verhandlungsverfahren des Abschnitts 2 der VOB/A (EG-Paragrafen) zu nutzen¹².

Das Verhandlungsverfahren ermöglicht, unter Bekanntgabe der Zuschlagskriterien zum Zeitpunkt der Ausschreibung, die typische Abwicklung in aufeinanderfolgenden Phasen mit schrittweiser Verringerung der Zahl der zu verhandelnden Angebote. Damit eignet es sich sehr gut für die Bewertung des Ideenwettbewerbs im Energiespar-Contracting. Der genaue Ablauf eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb ist allerdings weder im deutschen noch im europäischen Vergaberecht detailliert vorgegeben, wurde jedoch ausführlich von der Deutschen Energie-Agentur GmbH (dena) im Leitfaden Energiespar-Contracting dokumentiert. Daher ist es wichtig, den Ablauf in den Vergabeunterlagen eindeutig und nachvollziehbar zu beschreiben, damit der Grundsatz der transparenten Auftragsvergabe gewahrt wird. Um den Vergabestellen die Anwendung zu erleichtern, sollten anerkannte Muster-Ausschreibungsunterlagen für Energiespar-Contracting um Hilfestellungen für die Handhabung ergänzt werden. Entsprechende Handreichungen, Arbeitshilfen und Muster-Ausschreibungsunterlagen sollten auch für die freihändige Vergabe sowie den wettbewerblichen Dialog entwickelt werden, um die Attraktivität dieser Verfahren zu steigern.

Die AG EDL sollte die sich neu ergebenden Möglichkeiten, die sich aus der Novelle des Vergaberechts ergeben, eruieren und die Bundesregierung im Hinblick auf weitere bevorstehenden Änderungen des Vergaberechts auf Verordnungsebene beratend begleitend.

Zur Unterstützung der Vergabestellen bei der Anwendung des Verhandlungsverfahrens sollte die AG EDL Handlungsempfehlungen entwickeln, in die im NAPE geplante Bundesländer Arbeitsgruppe Contracting einbringen und dort deren Umsetzung in den verschiedenen Bundesländern anregen.

In diesem Rahmen könnten z. B. auch Hilfestellungen für die Vergabestellen zur Abgrenzung von Contracting als Bauleistung oder Dienstleistung und entsprechende Wahl der Vergabeordnung (VOB/A bzw. VOL/A) angeregt werden. Dies könnte zum Beispiel die Einrichtung regionaler Kompetenzstellen für die Vergabe von Contracting sein, z. B. bei Landesbauverwaltungen oder Landes- bzw. regionalen Energieagenturen.

5.4 Energieeffizienz als Zuschlagskriterium im Vergaberecht stärken

Um die Energieeffizienz als Vergabekriterium beim Contracting ausreichend zu berücksichtigen, sollte diese auch bei der Angebotsbewertung berücksichtigt werden.

¹² Dem Verhandlungsverfahren im Rahmen einer europaweiten Vergabe geht eine öffentliche Vergabebekanntmachung voraus. Anders als bei einer nationalen Bekanntmachung ist der Prozess hier stärker formalisiert. Der Auftraggeber hat europaweit einheitliche Muster zu verwenden. Das betrifft sowohl die Form als auch die Fristen. Die Verwendung der Muster bietet den Vorteil, dass wichtige Verfahrensschritte bereits mit der Bekanntmachung veröffentlicht werden. Dazu zählen die für das Verhandlungsverfahren typische Abwicklung des Verfahrens in aufeinanderfolgenden Phasen mit schrittweiser Verringerung der Zahl der zu verhandelnden Angebote und die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien. Mit der Nutzung und Bearbeitung der einheitlichen Formulare besteht für den Auftraggeber eine hohe Sicherheit, die Grundsätze des Wettbewerbs und der Transparenz bei der Nutzung von Verhandlungen einzuhalten.

Bereits jetzt ist die Berücksichtigung möglich. Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts sieht darüber hinaus vor, die Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber für nachhaltige (wie z.B. energieeffizienzbezogene) Vorgaben auszuweiten. Im Rahmen der Vergabeverfahren sollen umweltbezogene Aspekte künftig sowohl im Rahmen der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB-E), des Zuschlages (§ 127 GWB-E) und der Ausführungsbedingungen (§ 128 Abs. 2 GWB-E) vorgegeben werden können. Der stets erforderliche Bezug zum Auftragsgegenstand ist dabei auch dann anzunehmen, wenn sich die Vorgabe in irgendeiner Weise und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf die zu erbringende Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung bezieht.

Problematisch ist allerdings, dass den Auftraggebern regelmäßig die persönlichen und fachlichen Ressourcen fehlen, um die entsprechenden Vergabekriterien eindeutig und transparent festzulegen und die eingehenden Angebote auszuwerten.

Hilfreich wäre daher die Entwicklung von Handreichungen für die Bewertung von Energieeffizienz als Vergabekriterium. Entsprechende Regelungen sollten neben der direkten monetären Bewertung der vertraglich zugesicherten Energiekosteneinsparungen über die Contracting-Vertragslaufzeit auch weitere Kriterien enthalten. Beispielsweise könnte die Energieeffizienz über die CO₂-Einsparungen monetär bewertet werden, indem die eingesparten externen Kosten für die Umweltauswirkungen über den Kostenfaktor [€/t CO₂] berechnet werden. Hierzu empfiehlt sich die Übernahme des vom Umweltbundesamt festgelegten mittleren Best-Practice-Kostensatz in Höhe von 80 €/t CO₂, der je nach Sensitivitätsanalyse auch im Bereich von 40 bis 120 €/t CO₂ liegen kann¹³. Diese monetäre Bewertung steht sowohl mit der EU-Energieeffizienz-Richtlinie als auch mit dem „Leitfaden nachhaltiges Bauen“¹⁴ und der Studie „Externe Kosten im Hochbau“ des BMVBS im Einklang. Alternativ kann die sich bei Gesamtbetrachtung der Investition ergebende Primärenergieeinsparung, z. B. ermittelt nach EnEV, monetär bewertet werden.

Die AG EDL sollte mögliche Vorschläge für eine rechtssichere Bewertung des Kriteriums der Energieeffizienz diskutieren. Schließlich sollte die AG EDL die Bundesregierung im Hinblick auf die Anwendung des novellierten Vergaberechts sowie hinsichtlich möglicher weiterer bevorstehender Änderungen des Vergaberechts auf Verordnungsebene beratend begleiten.

¹³ Quelle: Umweltbundesamt (UBA) (2012): Schätzung der Umweltkosten in den Bereichen Energie und Verkehr. Empfehlungen des Umweltbundesamtes. Stand August 2012. Dessau-Roßlau.

¹⁴ <http://www.nachhaltigesbauen.de/leitfaeden-und-arbeitshilfen-veroeffentlichungen/leitfaden-nachhaltiges-bauen-2013.html>