

**ÖFFENTLICHE
BESCHLUSSVORLAGE****Amt/Eigenbetrieb:**

30 Rechtsamt

Beteiligt:

66 Straßen- und Brückenbauamt

Betreff:

Öffentliche Straßenbeleuchtung

Beratungsfolge:

01.04.2004 Haupt- und Finanzausschuss

27.04.2004 Stadtentwicklungsausschuss

29.04.2004 Rat der Stadt Hagen

Beschlussfassung:

Rat der Stadt Hagen

BESCHLUSSVORSCHLAG**Teil 2 Seite 1****Drucksachennummer:**

0179/2004

Datum:

15.03.2004

1. Die öffentliche Straßenbeleuchtung wird ab 01.01.2005 nach Maßgabe des Veräußerungsmodelles betrieben.
2. Die Verwaltung wird beauftragt, die für die Realisierung dieses Modelles notwendigen vergabe- und gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen beschlussreif vorzubereiten.

1. Vorbemerkungen

Mit Vertrag vom 24. Juni/01. Juli 1971 hat die Stadt Hagen der Stadtwerke Hagen AG die Ausführung von Arbeiten für Betrieb, Unterhaltung, Erneuerung, Erweiterung und Neuanlage im Rahmen der im Eigentum der Stadt Hagen befindlichen öffentlichen Straßenbeleuchtung übertragen. Rechtsnachfolgerin der Stadtwerke Hagen AG in der Durchführung / Erfüllung des Auftrages ist die Mark-E AG. An der Mark-E AG ist die Stadt Hagen gesellschaftsrechtlich mit 44,76 % beteiligt. Weiterer Gesellschafter der Mark-E AG ist u. A. die Stadt Lüdenscheid mit einer Beteiligung von 21,66 %, wobei zwischen den Hauptgesellschaftern Hagen und Lüdenscheid ein Konsortialvertrag besteht, mit dem die Ausübung der Gesellschaftsrechte und –funktionen koordiniert wird.

Auf der Grundlage des Ratsbeschlusses vom 12.12.2002 wurde der Vertrag zwischen der Stadt Hagen und der Mark-E AG durch die Stadt Hagen zum 31.12.2003 gekündigt. Das Motiv für die Kündigung bestand in der Überprüfung fortschrittlicher oder neuartiger Betriebsmodelle. Zur Diskussion standen einerseits ein sog. Modell „Beleuchtungsmanagement“ sowie andererseits ein „Veräußerungsmodell“. Beide Modelle haben in der Sitzung des Haupt- und Finanzausschusses vom 01.10.2003 Eingang in die politische Diskussion gefunden, wobei ein Beschluss, welches Modell gewählt wird, zunächst nicht getroffen wurde.

In der Ratssitzung vom 11.12.2003 wurde zunächst einstimmig beschlossen, die Straßenbeleuchtung für die Dauer eines Jahres weiterhin von der Mark-E betreiben zu lassen. Die Verwaltung wurde gleichzeitig beauftragt, diesen Zeitraum für weitere Verhandlungen zu nutzen.

In Ausführung dieses Beschlusses hat die Verwaltung Überlegungen angestellt, in welcher Weise die Aufgabe der öffentlichen Straßenbeleuchtung zukünftig durchgeführt werden soll. Hierzu wurde die auf Vergaberecht & Privatisierungen spezialisierte Kanzlei BIRD & BIRD eingeschaltet, die beauftragt wurde, den Sachverhalt – auch unter dem Gesichtspunkt einer möglicherweise vergaberechtsfreien Konstellation – zu prüfen.

2. Vergaberechtssituation

Die Kanzlei BIRD & BIRD führte in ihrem schriftlichen Gutachten vom 06.11.2003 aus, dass eine Fortsetzung des bereits gekündigten Vertrages über den Zeitraum von einem Jahr hinaus ohne Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften nicht in Betracht kommt.

Sowohl die einvernehmliche Rücknahme der Kündigung als auch eine längerfristige Verlängerung des Vertrages vermeide nicht die Anwendung des Vergaberechts. Beides seien Tatbestände, die einer Neuvergabe gleich kämen.

Die beschlossene Verlängerung des Vertrages um ein weiteres Jahr ohne wesentliche Änderung des Leistungsinhaltes sei dagegen noch nicht als „Neuabschluss“ des Dienstleistungsvertrages mit Mark-E zu werten, sondern als sog. Interimslösung zulässig.

Auch ein vergaberechtsfreies sog. „In-House-Geschäft“ komme nicht in Betracht. Vielmehr handele es sich bei allen angedachten Konstellationen um einen öffentlichen Auftrag i. S. d. § 99 GWB.

Auch wenn nämlich die Stadt Hagen an der Mark-E AG als selbstständigem Rechtsträger beteiligt ist, so übe sie hierüber keine Kontrolle aus wie über eine eigene Dienststelle. Hinzu komme, dass die Mark-E AG ihre Tätigkeit nicht im Wesentlichen für die Stadt Hagen als öffentlichen Auftraggeber ausübt.

Im Rahmen des angedachten Modells „Beleuchtungsmanagement“ sei insbesondere mit Rücksicht auf die zweckmäßige Vertragslaufzeit davon auszugehen, dass die öffentlichen Bau-, Lieferungs- und Dienstleistungsaufträge den einschlägigen Schwellenwert von 200.000,00 EUR überschreiten, so dass die Beauftragung eines Dritten nicht ohne Beachtung des 4. Teils des GWB möglich sei, sondern europaweit ausgeschrieben werden müsse.

Bezüglich des Veräußerungsmodells sei es wegen § 90 GO NRW zumindest fraglich, ob die Stadt Hagen überhaupt berechtigt sei, die in ihrem Eigentum stehenden Anlagen der Straßenbeleuchtung an einen fremden Dritten zu verkaufen.

Unabhängig davon falle jedoch auch dieses Modell in den Anwendungsbereich des Vergaberechts, trotz der Vereinbarung eines nach GWB grundsätzlich vergaberechtsfreien „Rückmietvertrages“; entscheidend sei nämlich immer, ob bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein Vertrag oder einzelne Bestandteile einen entgeltlichen, vergaberechtspflichtigen Leistungsaustausch zwischen den Parteien regeln, was hier der Fall sei.

In der weiteren Abarbeitung wurden durch die Kanzlei BIRD & BIRD die nach ihrer Prüfung empfehlenswerten Lösungen bezüglich der weiteren Vorgehensweise vorgestellt. Danach bleiben zwei grundsätzliche weitere Vorgehensweisen zur Auswahl.

a) Beleuchtungsmanagementmodell

Sämtliche anfallenden Leistungen (Ingenieur- und Planungsleistungen sowie operative Leistungen) werden an einen Privaten vergeben.

Die zunächst in der Beschlussvorlage vom 13.11.2003 angedachte Variante, bei der die erforderlichen Ingenieur-Leistungen, Erstellung von Planungen etc. an ein Ingenieurbüro und über dieses an Dritte vergeben werden, hält die Kanzlei nicht für empfehlenswert, da wegen der Beschreibbarkeit der einzelnen Leistungen das erstrebenswerte Verhandlungsverfahren ausscheiden müsste. Zudem müsste in diesem Fall ggf. nach unterschiedlichen Verdingungsordnungen vorgegangen werden, es entstünde dabei ein erhöhter Vergabeaufwand (z. B. unterschiedliche Laufzeiten der vergebenen Aufträge) mit erhöhten Anfechtungsrisiken.

Bei einer Gesamtvergabe eines komplexen Vertragswerkes bestünde dagegen mit hoher Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit, das sog. Verhandlungsverfahren anzuwenden, welches das flexibelste Verfahren darstellt, da es erlaubt, noch im Verfahren den Vertragsinhalt

auszuhandeln. Zudem wäre hier entsprechend des Schwerpunktes der Gesamtvergabe nur eine Verdingungsordnung anzuwenden.

b) Veräußerungsmodell

Hierbei handelt es sich ursprünglich um die reine Veräußerung der Beleuchtungsanlagen. Zwischenzeitlich hat sich gezeigt, dass die Einkleidung in eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion Vorteile bezüglich der vergaberechtlichen Verfahrensart mit sich bringt.

Dieses Modell könnte entsprechend dem Vorschlag der Kanzlei BIRD & BIRD derart gestaltet werden, dass die Stadt Hagen in Kooperation mit einem Privaten eine GmbH gründet, wobei die Stadt Hagen die Mehrheit der Gesellschaftsanteile hält.

Aufgabe dieses Gemeinschaftsunternehmens wäre die Durchführung der Straßenbeleuchtung.

Gemäß § 115 GO NRW ist die Entscheidung über die Gründung einer solchen Gesellschaft der Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Insofern werden derzeit noch Gespräche mit der Bezirksregierung Arnsberg geführt, die die gesetzlichen Voraussetzungen der Gesellschaftsgründung zu prüfen hat.

Perspektivisch könnte die Gesellschaft für eine ausgreifende wirtschaftliche Betätigung eingesetzt werden. Zu beachten ist dabei, dass im Falle der kommunalen Mehrheitsbeteiligung das Gemeinschaftsunternehmen voraussichtlich öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB ist.

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens werden bei diesem Modell am ehesten erfüllt, da es sich wegen des gesellschaftsrechtlichen Mittelbaus um eine besonders komplexe Vertragsstruktur handelt. Für derartig komplexe Infrastrukturprojekte bzw. Kooperationen zwischen öffentlichen und privaten Aufgabenträgern in einem gemeinsamen Leistungsprozess ist die Anwendung des Verhandlungsverfahrens grundsätzlich anerkannt.

Einziger Nachteil dieses Modells ist – je nach Sichtweise – die stärkere Bindung an den Privaten, da dieser Mitgesellschafter wird. Andererseits lässt sich darin jedoch auch ein Vorteil sehen, nämlich dass die stärkere Bindung die „Know-how-Übertragung“ des Privaten auf die Stadt Hagen fördert.

3. Fazit

Da insgesamt die Vorteile des Veräußerungsmodelles überwiegen, wird von der Verwaltung vorgeschlagen, dieses Modell zu konkretisieren und mit dem Ziel der Umsetzung zum 01.01.2005 vorzubereiten.

1. Die öffentliche Straßenbeleuchtung wird ab 01.01.2005 nach Maßgabe des Veräußerungsmodelles betrieben.
2. Die Verwaltung wird beauftragt, die für die Realisierung dieses Modelles notwendigen vergabe- und gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen beschlussreif vorzubereiten.

BEGRÜNDUNG

Teil 3 Seite 4

Drucksachennummer:

0179/2004

Datum:

15.03.2004

**FINANZIELLE
AUSWIRKUNGEN**

Teil 4 Seite 1

Drucksachennummer:

0179/2004

Datum:

15.03.2004

☒ Es entstehen keine finanziellen und personellen Auswirkungen.

**VERFÜGUNG /
UNTERSCHRIFTEN**

Teil 5 Seite 1

Drucksachennummer:

0179/2004

Datum:

15.03.2004

Veröffentlichung:

Ja

Nein, gesperrt bis einschließlich _____

Oberbürgermeister

Gesehen:

Stadtkämmerin

Stadtsyndikus

Beigeordnete/r

Amt/Eigenbetrieb:

30 Rechtsamt

66 Straßen- und Brückenbauamt

Gegenzeichen:

Beschlussausfertigungen sind zu übersenden an:

Amt/Eigenbetrieb:

Anzahl:

