

Eckpunkte zur Beschaffung von Strom und Gas durch Kommunen

In Folge des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine und der Einstellung der Gasimporte aus Russland sind die Preise für die Beschaffung von Gas und Strom sehr volatil und extrem gestiegen. Die Energiemärkte befinden sich in einer Ausnahmesituation. Dies wiederum führt dazu, dass Kommunen, die Strom und Gas beschaffen möchten, keine oder nur unzureichende Angebote von Energieversorgungsunternehmen erhalten.

Wir möchten daher nach zahlreichen Rückmeldungen von Kommunen über erfolglose Vergabeverfahren und Gesprächen mit Energieversorgungsunternehmen sowie mit Bundes- und Landesbehörden ein paar Aspekte erläutern, die Kommunen dabei helfen können, in entsprechenden Vergabeverfahren wieder Angebote zu erhalten. Ob die nachfolgenden Erläuterungen im konkreten Fall genutzt werden können, bleibt aber jeweils einer gesonderten Einzelfallprüfung vorbehalten. Einig sind sich Kommunen, Stadtwerke und Energieversorger darin, dass sie gemeinsam stets nach Lösungen suchen, damit möglichst jeder Kunde ein Angebot bekommt.

Das Bundeswirtschaftsministerium hat nochmals betont, dass das „Rundschreiben zur Anwendung von dringlichen Vergaben im Zusammenhang mit dem russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine“ vom 13.04.2022, das wir noch einmal als **Anlage** angefügt haben, ausdrücklich auch die Sicherstellung der Energieversorgung umfasst und deshalb auch für die besondere Situation der Energiebeschaffung grundsätzlich anwendbar ist. Ein ergänzendes Rundschreiben wird seitens des Ministeriums nicht für erforderlich gehalten.

1. Beschreibung der Problemlage

Die Strom- und Gasausschreibungen sind zurzeit im Wesentlichen aus drei Gründen schwierig:

- a) Ausgangspunkt ist eine extreme Marktsituation mit einem sehr hohen und schwankenden Preisniveau, in welcher Energieversorgungsunternehmen zunehmend Sicherheitsleistungen oder Vorauszahlung anfordern. Dies betrifft jedenfalls den außerbörslichen Handel (OTC-Handel), den Lieferanten wie z. B. Stadtwerke für Termingeschäfte zur langfristigen Beschaffung ihrer Absatzmengen nutzen.
- b) In Folge des extrem schwankenden Preisniveaus zögern Bieter, Angebote in Vergabeverfahren mit längeren Bindefristen zu platzieren. Die besondere Marktlage zwingt daher Kommunen dazu, Vergabeverfahren mit sehr kurzen Bindefristen zu wählen.
- c) Aber nicht nur hinsichtlich der Ausgestaltung der Vergabeverfahren müssen sich Kommunen noch an die neue Marktsituation anpassen. Auch der Beschaffungsgegenstand muss das Angebot auf den Energiemärkten berücksichtigen. Die Beschaffung von Strom und Gas zu konstanten Festpreisen über mehrere Jahre oder die Vereinbarung der Lieferung von Mehr- oder Mindermengen sind zurzeit kaum zu erwarten.

Sollte es einer Kommune nicht gelingen, einen neuen Strom- oder Gasliefervertrag abzuschließen, bleibt die Frage, ob eine weitere Belieferung der jeweiligen Abnahmestellen im Rahmen der Grundversorgung nach § 36 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) oder im Rahmen der Ersatzversorgung nach § 38 EnWG möglich ist.

Im Hinblick auf die Grundversorgung nach § 36 EnWG gilt folgendes: Kommunen sind Letztverbraucher im Sinne von § 3 Nr. 25 EnWG, nämlich juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen. Ob sie zugleich auch grundversorgungsberechtigte Haushaltskunden im Sinne von § 3 Nr. 22 EnWG sind, d. h. Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10 000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen, ist aber zweifelhaft. Kommunen kaufen keine Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt; ob sie Energie für den einen Jahresverbrauch von 10.000 kWh nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen, müsste im Einzelnen bezogen auf die jeweilige Abnahmestelle und den dortigen Verbrauchszweck geprüft werden. Soweit der Jahresverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke 10.000 kWh an der jeweiligen Abnahmestelle übersteigt, besteht in jedem Fall kein Grundversorgungsanspruch.

Was die gesetzliche Ersatzversorgung in Niederspannung oder Niederdruck nach § 38 EnWG angeht, so tritt diese nur ein, wenn der Lieferant den bestehenden Liefervertrag beendet, z. B. durch Kündigung, oder nicht mehr erfüllen kann. Kommunen können die Ersatzversorgung dann maximal drei Monate in Anspruch nehmen. Nach Ablauf der dreimonatigen gesetzlichen Ersatzversorgung ohne anschließenden Liefervertrag mit einem Energielieferanten kann der Grundversorger jederzeit die Unterbrechung der Anschlussnutzung beim Netzbetreiber beauftragen. Bis dahin entnommene Energiemengen sind dem Grundversorger nach näherer Maßgabe der von diesem geltend gemachten Aufwendungsersatz-, Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüchen zu erstatten.

Kommunale Abnahmestellen, die grundversorgungsberechtigte Haushaltskunden sind, müssen drei Monate in der Ersatzversorgung bleiben, bevor sie in die Grundversorgung fallen.

In dem Fall, dass ein Liefervertrag zum Ende der regulären Vertragslaufzeit ausläuft und mangels neuer Angebote kein sich anschließender Liefervertrag geschlossen wird, tritt die Ersatzversorgung dagegen nicht ein.

Soweit kein neuer Liefervertrag abgeschlossen wird und auch kein Anspruch auf Grund- oder Ersatzversorgung besteht, fehlt es an einer rechtlichen Grundlage für eine Fortsetzung der Belieferung.

2. Ansatzpunkte für Erleichterungen in den Vergabeverfahren

Wesentliches Problem bei entsprechenden Vergabeverfahren sind Bindefristen für die Bieter, die nicht den aktuellen Marktgegebenheiten entsprechen. Ausschreibungen mit Bindefristen über mehrere Stunden oder gar Tage sind aktuell nicht mehr im Markt platzierbar. Die Preise schwanken derart stark, dass kaum ein Anbieter entsprechende Risiken eingehen wird. Erforderlich ist daher, ein Vergabeverfahren ohne Bindefristen, d. h. eine Dringlichkeitsvergabe, zu wählen. Als Alternative kann in bestimmten Fällen die Beschaffung von Strom und Gas am Spotmarkt, d. h. an der Börse, zum tagesaktuellen Kurs in Betracht kommen.

a) Dringlichkeitsvergabe

Das einzige Vergabeverfahren bei Beschaffungen im sog. Oberschwellenbereich, das keine Vorgaben zu Bindefristen kennt, ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Form einer Dringlichkeitsvergabe nach § 119 Abs. 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i.V.m. §§ 14 Abs. 4 Nr. 3, 17 Vergabeverordnung (VgV).

Dieses Verfahren kann angewandt werden, wenn

- ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt,
- äußerst dringliche und zwingende Gründe bestehen, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen,
- ein kausaler Zusammenhang zwischen dem unvorhergesehenen Ereignis und der Unmöglichkeit besteht, die Fristen anderer Vergabeverfahren einzuhalten.

Bei der Ausnahmesituation auf den Strom- und Gasmärkten, die letztendlich eine mittelbare Folge des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine darstellt, handelt es sich um ein solches unvorhergesehenes Ereignis.

Die Begründung der Dringlichkeit liegt vorliegend darin, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit längeren Angebots- und insbesondere Bindefristen in der aktuellen Marktsituation schlicht nicht zu Ergebnissen führt. Das Unterlassen der Vereinbarung neuer Lieferverträge hätte für die Gebietskörperschaften, aber auch für alle anderen öffentlichen Auftraggeber erhebliche finanzielle und auch tatsächliche negative Auswirkungen.

Das o.g. Rundschreiben des Bundeswirtschaftsministeriums schließt deshalb Dringlichkeitsvergaben zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit einschließlich Energieversorgung explizit mit ein. Das Ministerium hat dies auch gegenüber den Ländern nochmals ausdrücklich unterstrichen. Darauf weist auch das Wirtschaftsministerium des Landes Nordrhein-Westfalen in der Meldung vom 17.10.2022 auf dem Portal vergabe.NRW nochmals hin.

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb lässt sich besonders flexibel gestalten. Das Verfahren kann, anders als es der Name vermuten lässt, auch ohne Verhandlungsrunde mit sofortiger Zuschlagserteilung durchgeführt werden. Wichtig im Hinblick auf Bindefristen ist, dass die Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB Abs. 3 S. 1 GWB bei Verfahren mit besonderer Dringlichkeit entfällt.

Die Gründe für das Vorliegen der Dringlichkeit müssen jeweils im Einzelfall unter Verweis auf die infolge des Ukraine-Krieges beeinträchtigte Energieversorgung dokumentiert werden. Zudem sollte nach Möglichkeit bei mehreren Unternehmen die Abgabe eines Angebots angefragt werden.

b) Beschaffung an der Börse

Denkbar ist grundsätzlich auch die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 6 VgV, bei welchem der Strom bzw. das Gas unmittelbar an der Börse zum jeweiligen Tagespreis beschafft wird. Für den Einkauf an der Börse könnten die Kommunen einen Dienstleister durch einen separaten Vertrag beauftragen. Die Ausschreibung dieses Dienstleistungsauftrags dürfte dann als freiberufliche Dienstleistung und gegebenenfalls nach den Vorgaben der Unterschwellenvergabeordnung erfolgen. Ob eine solche Beschaffung dringlich ist, wäre jeweils gesondert zu prüfen.

Die Beschaffung zum jeweils aktuellen Tageskurs kommt für Gebietskörperschaften vor dem Hintergrund haushaltsrechtlicher Vorgaben möglicherweise nicht in Betracht oder allenfalls dann, wenn eine Beschaffung am Terminmarkt zu vorab feststellbaren Kosten nicht durchgeführt werden konnte. Für kommunale Einrichtungen oder Unternehmen, die ebenfalls Energie im Wege vergaberechtlicher Ausschreibungen beschaffen müssen, kann der Weg über die Börse aber grundsätzlich eine Alternative darstellen.

3. Anpassung der Beschaffungen aufgrund der Situation auf dem Energiemarkt

Aufgrund der beschriebenen Marktsituation im OTC-Handel entwickeln viele Energieversorgungsunternehmen neue Vertriebskonzepte und bieten überarbeitete Modelle für größere Verbraucher und Endkunden an. Ein klares Bild, wie sich der Markt hier dauerhaft entwickelt, ist zum jetzigen Zeitpunkt aber noch nicht absehbar. Sicher ist aber, dass Kommunen, die an den nachfolgend dargestellten Vorgaben festhalten, ihre Chancen auf den Erhalt eines Angebots nochmals deutlich verringern. Eine Überarbeitung der Beschaffungsstrategie wäre somit dringend geboten.

Als nicht mehr marktgerecht aufgrund des hohen Risikos für den Lieferanten haben sich insbesondere folgende Beschaffungsaspekte herausgestellt:

- Verträge mit Mengentoleranzen (Gewährung von Mehr- oder Mindermengen),
- Vereinbarung konstanter Festpreise über mehrere Jahre,
- Ausschreibungen mit Bindefristen über mehrere Stunden oder gar Tage,
- Forderung von Vertragserfüllungsbürgschaften durch den Lieferanten oder
- ausschließliche Beschaffungen von Biogas bzw. Ökostrom.

Neu ist zudem der Umstand, dass Strom- und Gaslieferanten ihrerseits Sicherheiten bzw. Bürgschaften vom Auftraggeber fordern, um wiederum ihre Beschaffung beim Vorlieferanten abzusichern bzw. zu ermöglichen.

4. Problemlösung vor Ort

Nachdem Kommunen über Jahre die Energiebeschaffung in „bekannten und bewährten“ Verfahren durchgeführt haben, gibt die neue Marktsituation Anlass dazu, in Erfahrung zu bringen, welche Vertragsmodelle am Markt aktuell angeboten werden. Dies betrifft etwa die Fragen, welche Alternativen zu Vertragsmodellen mit Mengentoleranzen vorhanden sind oder wie Preise innerhalb eines geschlossenen Beschaffungsvertrags vertraglich fixiert werden können. Auch der Umgang mit der Anforderung von gegebenenfalls erforderlichen Vorauszahlungen und Sicherheiten sollte vorab geklärt werden.

Es ist unbedingt zu empfehlen, dass sich Kommunen über diese Fragen kurzfristig mit dem eigenen Stadtwerk, anderen Stadtwerken in der Region oder mit den bisherigen Lieferanten austauschen.

Eine derartige Markterkundung, eine daraus resultierende Anpassung der Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes sowie eine möglichst offene Gestaltung der Ausschreibung sollte dazu führen, dass Energieversorgungsunternehmen wieder Angebote abgeben.

Ein solcher Austausch kann aber nur die Rahmenbedingungen auf dem Energiemarkt betreffen. Auch wenn zurzeit wenig oder sogar keine Angebote bei entsprechenden Ausschreibungen eingehen, verbieten die Vorgaben des Vergaberechts es dem Auftraggeber, einzelnen Bietern einen Informationsvorsprung im Hinblick auf eine mögliche Ausschreibung einzuräumen. Dass sich Kommunen nach den Rahmenbedingungen auf dem Strom- und Gasmarkt erkundigen, stellt aber in der aktuellen Lage keine Einschränkung von Wettbewerb dar, sondern eine Notwendigkeit, um überhaupt Wettbewerb zu ermöglichen.