

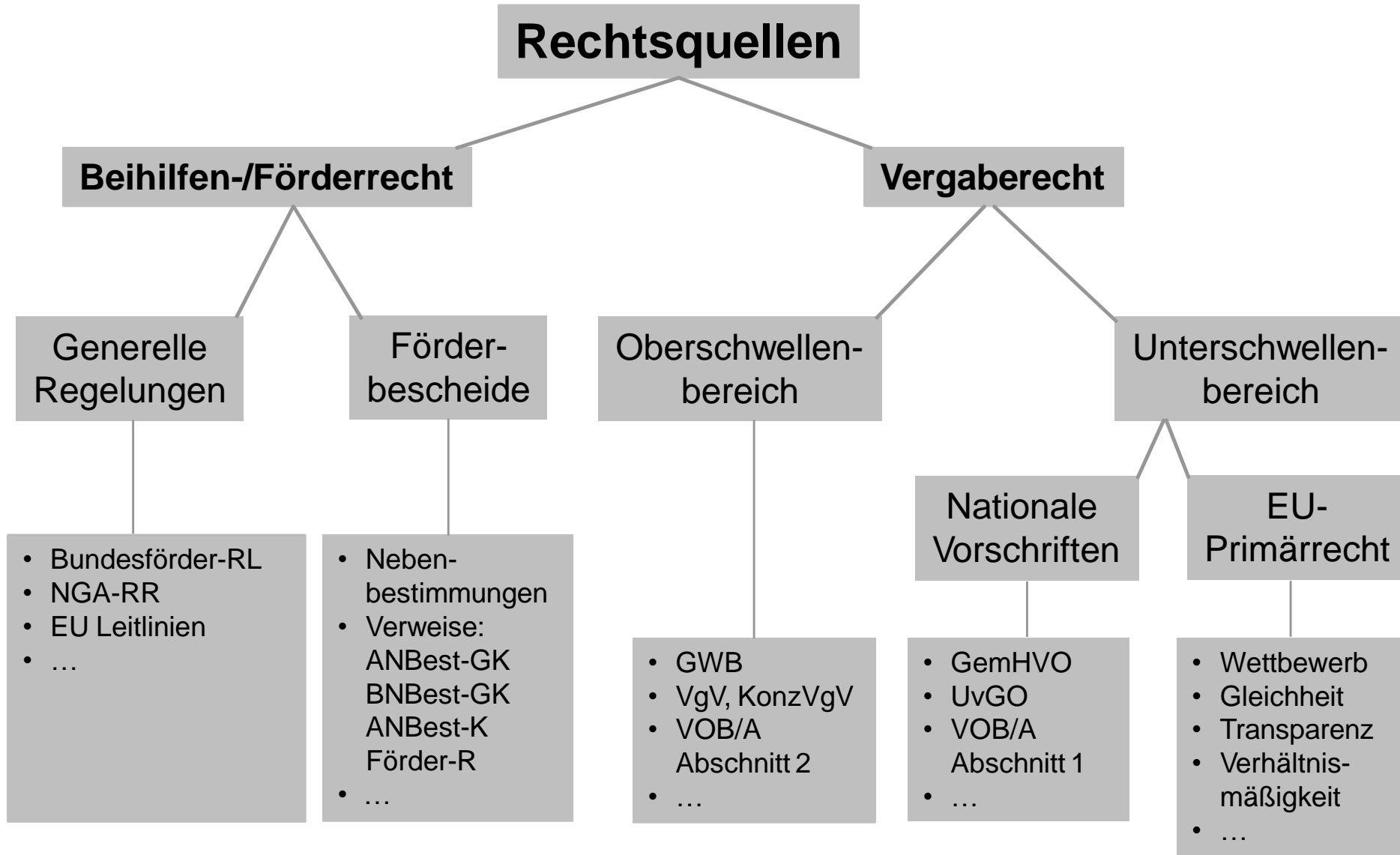
# **Verfahrensstrategien**

**Ausschreibungen des Breitbandausbaus nach dem Konzessionsvergaberecht**

**Martin Schumm, LL.M.**

**Rechtsanwalt**

# Welche Regelungen spielen eine Rolle?



- **Beachtung vergaberechtlicher Vorgaben als Voraussetzung für den „Erhalt“ bzw. das „Behaltendürfen“ von Förderleistungen.**
  - ➔ **Situation 1:** Förderung wird erst gewährt, wenn ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt und nachgewiesen ist.
  - ➔ **Situation 2:** (Vorläufiger) Förderbescheid verpflichtet zur Ausschreibung
- Verstöße gegen Vergaberecht bergen ein erhebliches förderrechtliches Folgerisiko, da sie zur vollständigen oder teilweisen Rückforderung der gewährten Förderung führen können;

# Was aber ist eigentlich zu beachten?

*„Die Bestimmungen des Haushalts- und Vergaberechts sind zu beachten, die Ausschreibungen müssen mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinie in Einklang stehen.“* Verweis auf Randnummer (78) c) der Breitbandleitlinien

*Randnummer (78) c) der Breitbandleitlinien besagt u.a.:*

*„**Wettbewerbliches Auswahlverfahren:** Wenn Bewilligungsbehörden einen Drittbetreiber mit der Einrichtung und dem Betrieb einer geförderten Infrastruktur beauftragen wollen, so muss das betreffende Auswahlverfahren mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinien im Einklang stehen. Die Ausschreibung gewährleistet Transparenz für alle Investoren, die beabsichtigen, ein Angebot für die Durchführung und/oder Verwaltung des betreffenden geförderten Projekts zu unterbreiten. Die gleichberechtigte und diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter und objektive Beurteilungskriterien sind unverzichtbare Voraussetzungen. Durch wettbewerbliche Ausschreibungen können die Haushaltsaufwendungen und die potenzielle staatliche Beihilfe möglichst gering gehalten werden; gleichzeitig wird der selektive Charakter der Maßnahme insofern verringert, als die Wahl des Begünstigten nicht im Voraus feststeht. Die Mitgliedstaaten stellen ein transparentes Verfahren und ein Wettbewerbsergebnis sicher und nutzen eine eigens für das Auswahlverfahren eingerichtete, landesweite zentrale Website, auf der alle laufenden Ausschreibungen zu Breitbandbeihilfemaßnahmen veröffentlicht werden.“*

- Allgemeingültig: Offenes und transparentes Auswahlverfahren  
Voraussetzung für „Erhalt“ bzw. das „Behaltendürfen“ von Förderleistungen
- Bekanntmachung auf [www.breitbandauschreibungen.de](http://www.breitbandauschreibungen.de), bei Grenzlage auch europaweit (Binnenmarktrelevanz)
- Erschöpfende Leistungsbeschreibung
- Bundesförderrichtlinie: Sinngemäße Anwendung der nationalen Vergabebestimmungen, soweit nicht bereits durch Landeshaushaltsrecht vorgegeben.
- Verpflichtung zur Beachtung der europarechtlichen Vergabegrundsätze (Transparenz, Gleichbehandlung, Nicht-Diskriminierung etc.).
- Beachtung der §§ 5 bis 7 NGA-RR: Beachtung Haushalts- und Vergaberecht sowie „Geist- und Grundsätze der EU-Vergaberichtlinie“.
- Spezielle Anforderungen: Mindestanforderungen an die Angebote, Anbieter- und Technologieneutralität, qualifizierte Open-Access-Verpflichtung, gewichtete Bewertungsmatrix, Pflicht zur Vorlage des Vertrages an die BNetzA, Zukunftssicherheit der geförderten Infrastruktur usw.

- Rechtsnatur des Vergabegegenstands
- Vertrag über die Errichtung / den Ausbau und den Betrieb eines Breitbandnetzes auf eigenes wirtschaftliches Risiko.
- Kommune gewährt einen Zuschuss zur Schließung einer Wirtschaftlichkeitslücke.
- Qualifizierung als Dienstleistungskonzession **im weitesten Sinne** gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB denkbar.
- D.h. Anwendbarkeit der Kartellvergaberechte, soweit Schwellenwert erreicht, zumindest analog.
- Unterhalb des Schwellenwerts: allgemeine Rechtsgrundsätze (jedenfalls bei grenzüberschreitender Relevanz).

„Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von:

8. Konzessionen, die hauptsächlich dazu dienen, **dem Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1 die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen.**“

Wird gerne herangezogen, ist m.E. aber aus folgenden Gründen nicht einschlägig:

- Arg. # 1: es wird keine Konzession im engeren Sinne erteilt; jedes TKU darf Eigenausbau vornehmen, es wird nur eine Anteilsfinanzierung, aber kein exklusives Recht auf Zugang zum Endkunden, gewährt.
- Arg. # 2: Zuwendungsgeber ermöglicht nicht die Bereitstellung / den Betrieb eines „öffentlichen“ Kommunikationsnetzes (Eigentum des TKU)

## Übersicht der vergaberechtlichen Rechtsgrundlagen

Gegenstand	Oberschwelle	Unterschwelle
Planung	GWB VgV	§ GemHVO Rechtsgrundsätze des Europarechts
Bau	GWB VgV VOB/A 2016, Abschnitt 2	§ GemHVO VOB/A 2016, Abschnitt 1 Rechtsgrundsätze des Europarechts
Betrieb (Pachtvertrag mit Betriebspflicht)	GWB KonzVgV	Rechtsgrundsätze des Europarechts



# Aspekte einer Konzessionsvergabe

- Konzessionslaufzeit von über 5 Jahren muss gerechtfertigt werden (§ 3 KonzVgV).
- Pflicht zur Dokumentation mit Vergabevermerk (§ 6 KonzVgV).
- Grundsatz der E-Vergabe (§§ 7 ff. KonzVgV – mit Übergangsfrist).
- Bekanntmachung gemäß Standardformular (§§ 19 ff. KonzVgV).
- Verfahren grundsätzlich frei gestaltbar, aber Verfahrensgarantien sowie Mindest- und Höchstfristen sind einzuhalten (§§ 12 ff. KonzVgV).
- Zuschlagskriterien müssen nur in absteigender Reihenfolge angegeben werden; keine Gewichtung erforderlich (§ 31 KonzVgV).
- Abschließend aufgezählte Aufhebungsgründe (§ 32 KonzVgV).

# Verhandlungsverfahren: Der Teilnahmewettbewerb

01/2018

## 1. Stufe: Europaweiter Teilnahmewettbewerb

EU-Bekanntmachung u.a.:

- Eignungskriterien
- Verfahrenswahl

KT=Kalendertag

30 KT

Bieter erarbeiten ihre Teilnahmeanträge

02/2018

Eingang der Teilnahmeanträge

Eignungsprüfung

– Auswahl von maximal 5 Bewerbern pro Los –

Auswahl

Dauer 5 – 7 Tage

Eignungskriterien:

- Unternehmenskennzahlen
- Referenzen
- Qualitätsmanagementsystem
- Zertifizierungen
- Vertriebskonzept
- .....

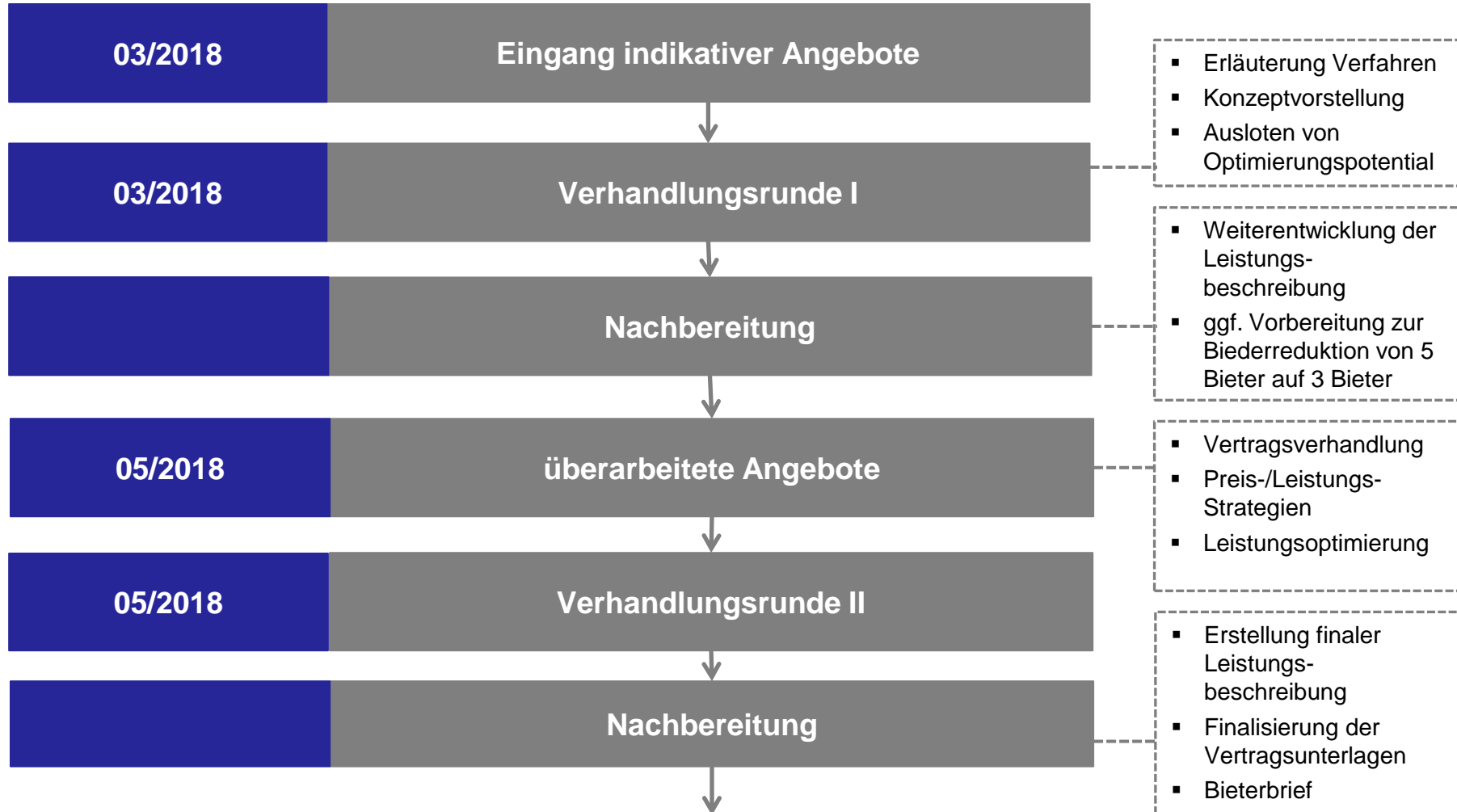
02/2018

Aufforderung Abgabe Erstangebote

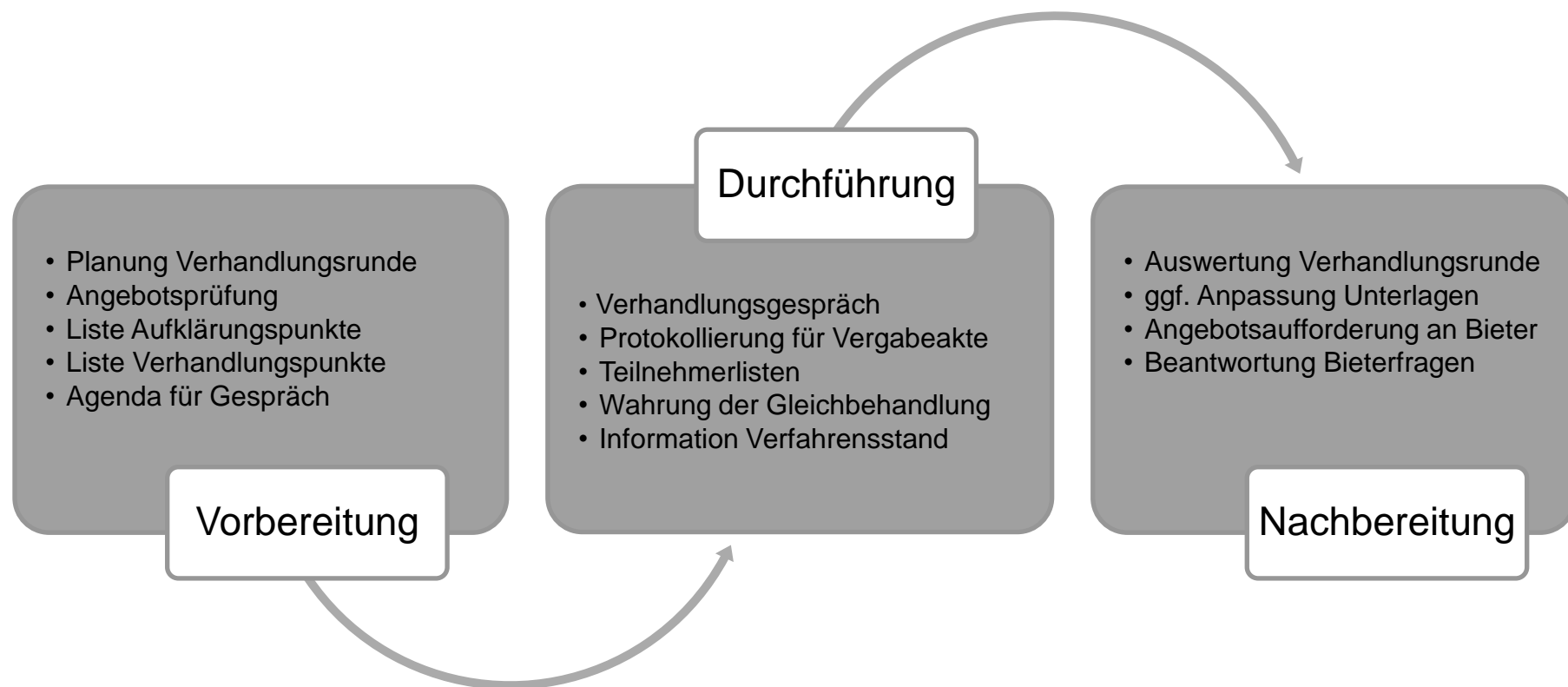
6 – 8 Wochen

Bieter erarbeiten ihre Erstangebote

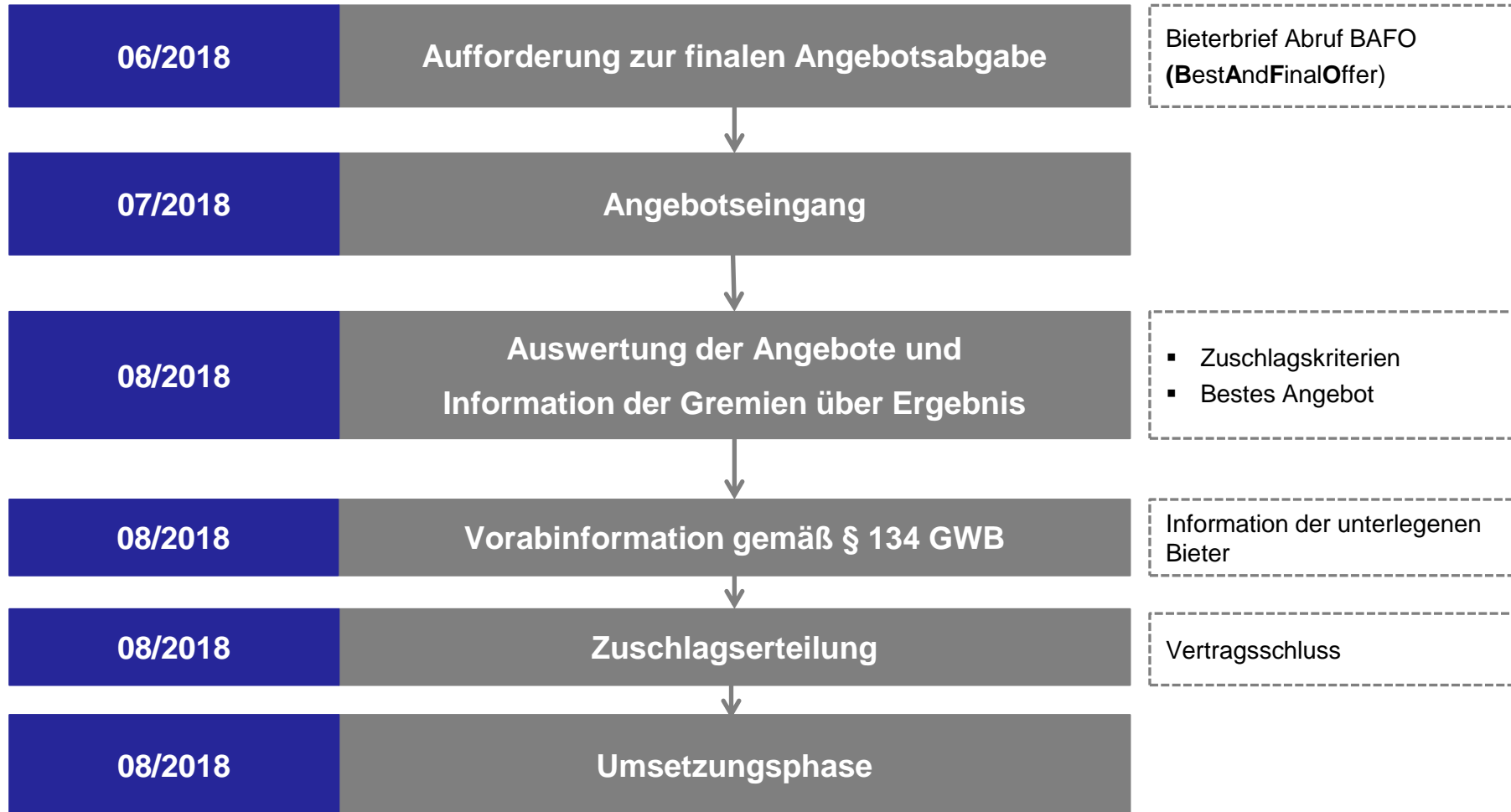
## 2. Stufe: Angebots- und Verhandlungsphase



# Ablauf einer Verhandlungsrunde mit nachbereitender Konsolidierung



## 2. Stufe: Angebots- und Verhandlungsphase



---

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !



Martin Schumm, LL.M. Rechtsanwalt

Kunz Rechtsanwälte

Graurheindorfer Straße 92

53117 Bonn

Telefon: + 49 (228) 1843798-13

Telefax: + 49 (228) 1843798-71

E-Mail: [martin.schumm@kunzrechtsanwaelte.de](mailto:martin.schumm@kunzrechtsanwaelte.de)