

[www.pwc.de](http://www.pwc.de)

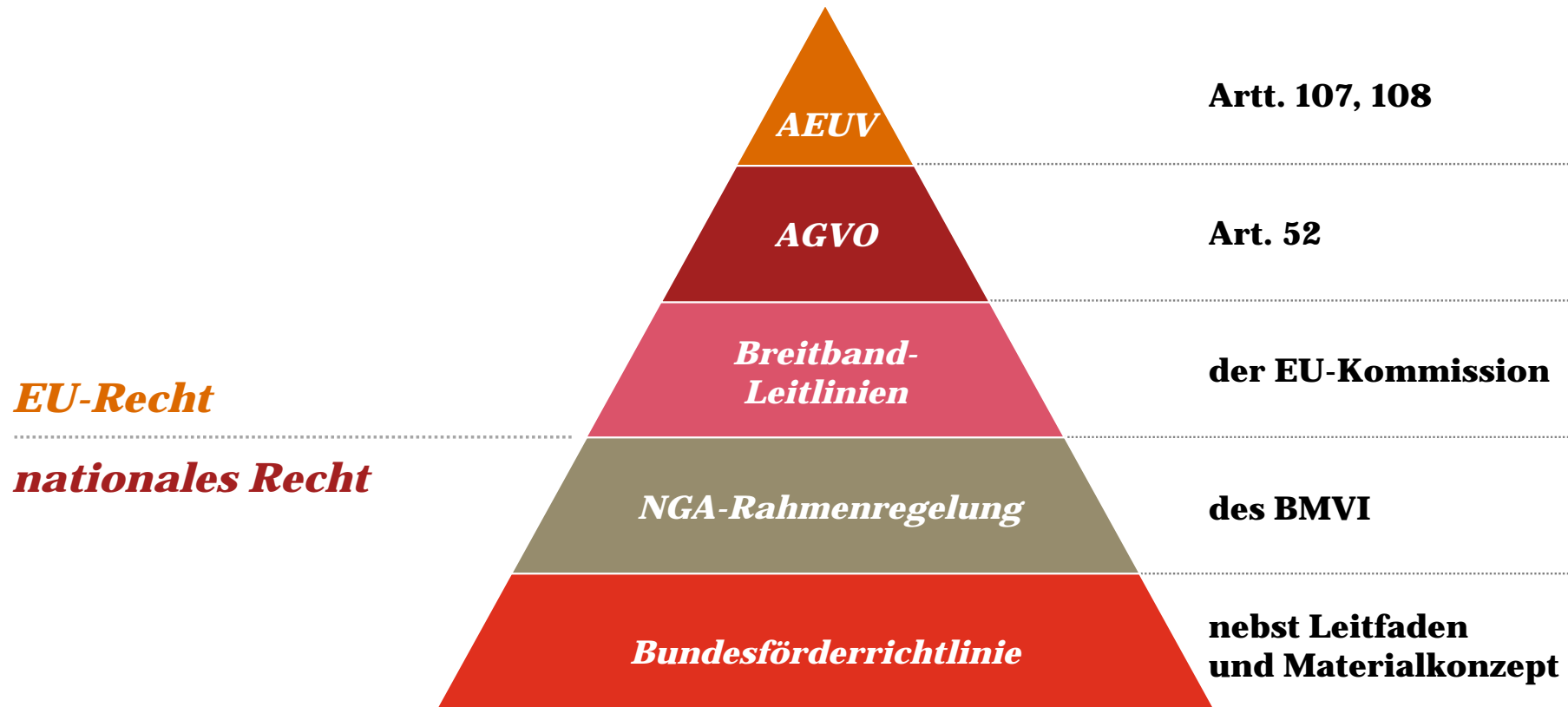
# ***Breitband Thüringen***

## **7. Thüringer Breitbandgipfel**

### **Vergabeverfahren im Rahmen der Bundesförderung**

**15. Juni 2017**

# ***Einschlägiger bundesbeihilfen- und förderrechtlicher Rahmen***



# ***Kernvorgaben zum Auswahlverfahren***

Bundesförderrichtlinie verweist insoweit auf §§ 5 bis 7 NGA-RR

## ***Auswahl***

- Offen, transparent und diskriminierungsfrei wettbewerblich zu gestalten, § 5 Abs. 3 NGA-RR/Präambel NGA-RR sowie Art. 52 Abs. 4 AGVO
- Anbieter- und Technologieneutralität, kein Routerzwang, § 5 Abs. 5 NGA-RR
- Bestimmungen des Haushalts- und Vergaberechts sind zu beachten, § 5 Abs. 4 NGA-RR

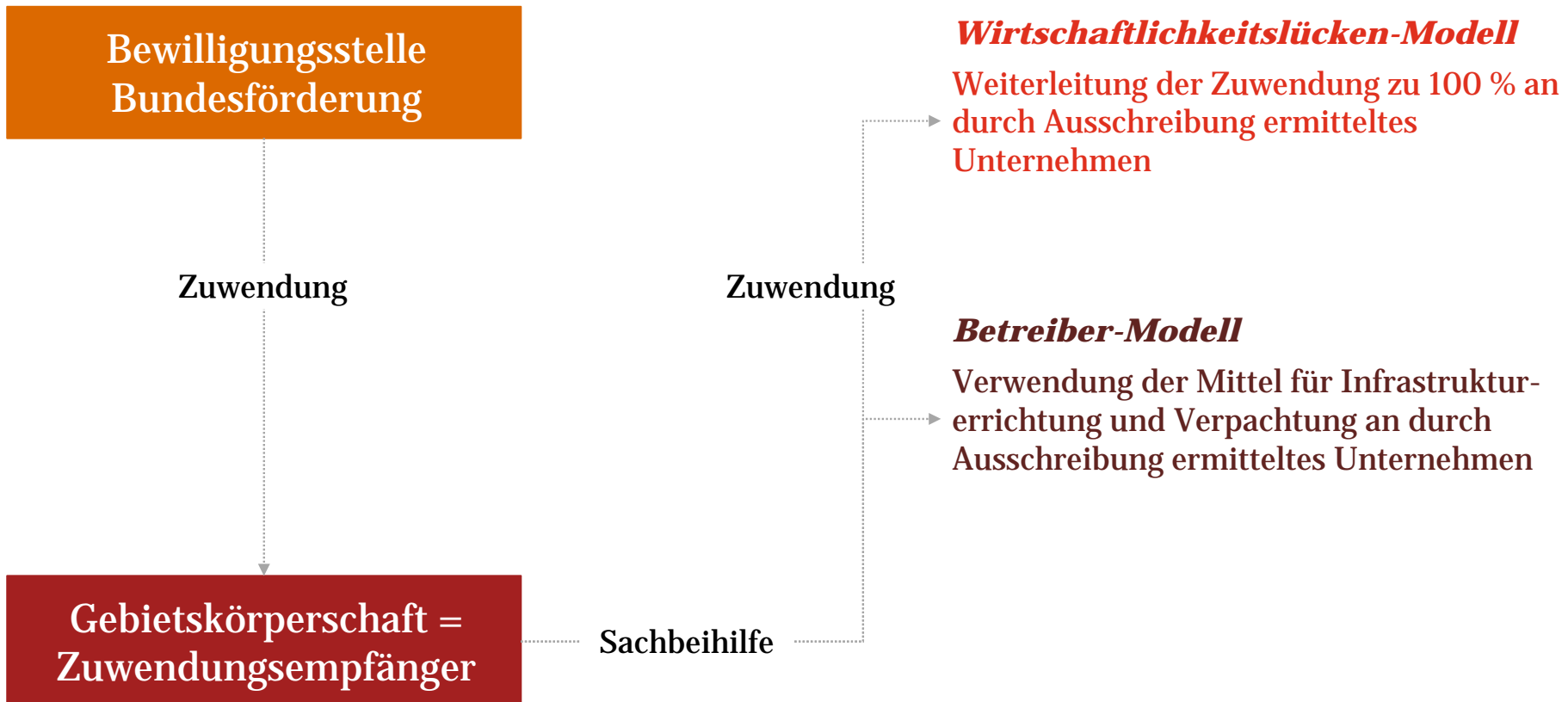
## ***impliziert z.B.***

- mind. 6 Wochen Frist für Nachweis der Wegerechte i.S.v. §§ 68, 69 TKG
- keine gemeinsame Ausschreibung von Planung und Betrieb
- keine Förderfähigkeit von reinen Verwaltungstätigkeiten wie z.B. der projektbegleitenden Dokumentation sowie der Erstellung der Verwendungsnachweise

## ***Kontrolle***

- Bewilligungsbehörde überprüft nur Einhaltung des von der NGA-RR abgesteckten beihilferechtlichen Rahmens
- Zuwendungsempfänger steht gegenüber Bewilligungsbehörde für die Einhaltung der Förderbedingungen / Erfüllung der Auflagen aus Zuwendungsbescheid ein.
- Vertragliche Absicherung gegenüber Bieter erforderlich (ggf. bereits in Angebot)

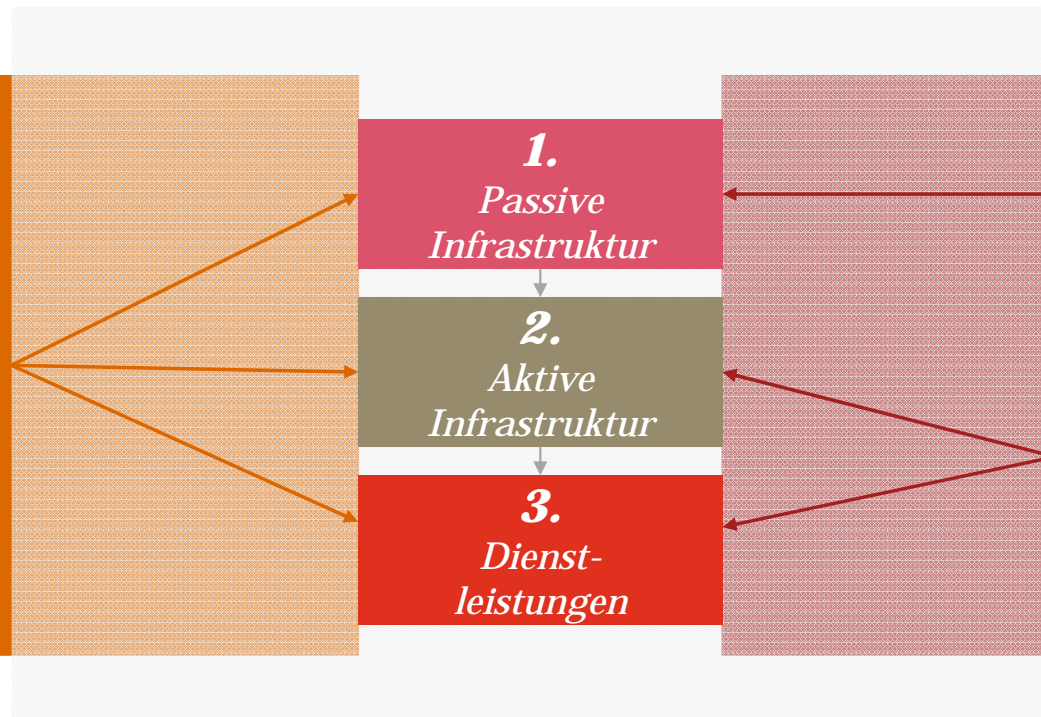
## Unterschiede der Fördermodelle (1/2)



## Unterschiede der Fördermodelle (2/2)

### Wirtschaftlichkeitslückenmodell

Privatwirtschaftlicher Betreiber realisiert alles von Netzaufbau bis -betrieb für mind. 7 Jahre.



### Betreiber-Modell

Gebietskörperschaft stellt passive Infrastruktur bereit.

Privatwirtschaftlicher Betreiber stellt aktive Komponenten und Dienste bereit.

# Vergaberecht im Wirtschaftlichkeitslückenmodell

**Wie ist die Vergabe von Breitbandausbauleistungen als Wirtschaftlichkeitslückenmodell vergaberechtlich einzuordnen?**



- **„Beschaffung?“ Umstritten!**
  - **Beauftragung im Wirtschaftlichkeitslückenmodell = bloße Finanzierung/öffentlicher Zuschuss?**
  - **Beschaffung wird zum Teil aber gleichwohl bejaht, da die zu beschaffende Leistung den Auftraggeber bei der Daseinsvorsorge für seine Bevölkerung unterstützten soll.**
  
- **Dienstleistungscharakter (+), da prägender Charakter des Beschaffungsgegenstandes Betrieb des Breitbandnetzes und nicht die Errichtung des Netzes ist.**
  
- **Verfahren?**
  - **Dienstleistungsauftrag versus Dienstleistungskonzession**
  - **Rein wettbewerbliches Verfahren**

# ***Konzession i. S. d. Vergaberechts***

## ***Konzessionen ...***

... sind entgeltliche Verträge, mit denen ein Konzessionsgeber ein Unternehmen mit der Erbringung von Leistungen (Bau- oder Dienstleistungen) betraut, wobei die Gegenleistung in dem Recht zur Nutzung oder Verwertung der Leistung (ggf. in Verbindung mit einer zusätzlichen Zahlung), § 105 GWB.



## ***Das Betriebsrisiko ...***

... für die Nutzung/Verwertung der Leistung (Bauwerk oder Dienstleistung) liegt beim Konzessionsnehmer, § 105 II GWB.



# Vergaberecht im Wirtschaftlichkeitslückenmodell

**OLG  
Karlsruhe,  
B. v.  
14.11.2014,  
Az.: 15 Verg  
10/14**



*„Eine **Dienstleistungskonzession** liegt vor, wenn nicht festgestellt werden kann, dass der Auftragnehmer die Investitionskosten mit Hilfe des Zuschusses des Auftraggebers sicher in vollem Umfang amortisieren kann und nicht beispielsweise durch fehlende Auslastung ihre erwarteten Einnahmen nicht erzielen oder möglicherweise sogar Verluste erleiden wird, da in diesem Fall das betriebswirtschaftliche Risiko durch die Gewährung des Zuschusses nicht vollständig oder wenigstens zu einem ganz wesentlichen Teil ausgeglichen wird.“*

**Maßgebliches Kriterium: Betriebsrisiko!**



## ***Vergaberecht im Wirtschaftlichkeitslückenmodell***

***Wie ist die Vergabe von Breitbandausbauleistungen als Wirtschaftlichkeitslückenmodell vergaberechtlich einzuordnen?***



***→ OLG München, B.v.  
25.03.2011, Az.: Verg 4/11***

*Die Errichtung und der Betrieb eines Breitbandnetzes in einem strukturschwachen Gebiet bei Gewährung von staatlichen Zuwendungen stellt eine Dienstleistungskonzession dar!*

# Vergabepflicht und Bereichsausnahmen

## § 149 Nr. 8 GWB



„Dieser Teil ist **nicht** anzuwenden auf die Vergabe von 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“

- Für die Bereichsausnahme wird argumentiert, dass Betrieb oder Bereitstellung letztlich nur **„ermöglicht“** werden müssten, was auch eine Übertragung von Betrieb oder Bereitstellung auf den Auftragnehmer umfasse.
- Gegen die Bereichsausnahme wird vorgebracht, dass Betrieb oder Bereitstellung **„dem Konzessionsgeber“** ermöglicht werden müssten, wohingegen
  - im **Betreibermodell** nur der Betreiber Kommunikationsdienste bereitstelle;
  - im **Wirtschaftlichkeitslückenmodell** der Betreiber zudem auch das Kommunikationsnetz bereitstelle.

**Anwendung der Bereichsausnahme = Bis zur noch ausstehenden Klärung kein sicherer Weg!**

## Verfahrensart bei Konzessionsvergabe

**Weder das GWB noch die KonzVgV geben eine Verfahrensart vor; die §§ 151 GWB und 12 KonzVgV bestimmen lediglich folgende Vorgaben**



- Das Verfahren kann unter Beachtung allgemeiner vergaberechtlicher Grundregeln wie Transparenz und Gleichbehandlung **frei** gestaltet werden.
- Konzessionsgeber kann Verfahren an Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb **„ausrichten“**.
- Das Verfahren kann **ein- oder mehrstufig** durchgeführt werden.
- **Diskriminierungsverbot** bei Weitergabe von Informationen an Bewerber/Bieter

# Das Verhandlungsverfahren (1/2)

[in Anlehnung an] § 119 Abs. 5 GWB, §§ 12 ff. KonzVgV

## Auftragsbekanntmachung

- Aufforderung zur Abgabe eines **Teilnahmeantrags**
- Muss alle Informationen enthalten, die für die Entscheidung über die Teilnahme relevant sind.
- Auftraggeber stellt die Vergabeunterlagen (unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt) bereit.
- **Begrenzung** der Bewerberanzahl möglich (**Untergrenze: 3**), § 13 Abs. 4 KonzVgV.

**Teilnahmefrist,  
§ 27 KonzVgV:**  
Mind. 30 Tage.

**Frist  
Erstangebote,  
§ 27 KonzVgV:**  
Mind. 22 Tage

**Eingang  
Erstangebote**

**Eintritt in die  
Verhandlungen**

**Auch möglich:  
Vorbehalt  
bekanntmachen,  
Zuschlag auf  
Erstangebote ohne  
Verhandlungen zu  
erteilen!**

## Prüfung Teilnahmeanträge

### Achtung!

Nach der Gesetzesbegründung müssen auch hier mit Bekanntmachung sämtliche Vergabeunterlagen veröffentlicht werden!

- Prüfung auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit. Ausschluss, falls Eignungskriterien nicht eingehalten.
- Benachrichtigung der ausgewählten Teilnehmer und **Aufforderung zur Abgabe des ersten Angebots**.
- Unterrichtung der nicht ausgewählten Teilnehmer gem. § 30 KonzVgV.

# Das Verhandlungsverfahren (2/2)

[in Anlehnung an] § 119 Abs. 5 GWB, §§ 12 ff. KonzVgV

## Verhandlungsgrundsätze

§ 12 Abs. 2 KonzVgV

- Verhandlung über die Angebote mit dem Ziel, die Angebote **inhaltlich zu verbessern**.
- Verhandlung über den **gesamten Inhalt**, mit **Ausnahme** der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien (Vergabeunterlagen).
- Gebot der **Gleichbehandlung** der Bieter.

## Abschluss der Verhandlungen

§ 17 Abs. 14

- **Benachrichtigung** der verbleibenden Bieter über den Abschluss der Verhandlungen.
- **einheitliche Frist** für Einreichung BAFO

## Verhandlungsphasen

- Verhandlungen können in Phasen abgewickelt werden, um so die Zahl der Angebote anhand der Zuschlagskriterien zu verringern.
- In der Schlussphase müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet wird.

**BAFO –  
BEST AND  
FINAL OFFER**

Anzeige BNetzA  
§ 7 Abs. 5 NGA-RR

**Zuschlag  
§ 152 GWB**  
und Unterrichtung  
der nicht  
berücksichtigten  
Bieter

### Vorabinformation, § 134 GWB

Unterrichtung der nicht berücksichtigten Bieter,  
mind. 15 Tage vor Vertragsschluss!  
Bei elektronischem Weg/Fax: 10 Tage.

## *Ihre Ansprechpartner*



### ***Dr. Bernhardine Kleinhenz-Jeannot*** **Rechtsanwältin**

PricewaterhouseCoopers Legal AG  
Rechtsanwaltsgesellschaft

Tel. +49 40 6378-2566

+49 211 981 2553

Mobil +49 171 5461785

[bernhardine.kleinhenz-jeannot@de.pwc.com](mailto:bernhardine.kleinhenz-jeannot@de.pwc.com)



### ***Dr. Marc Salevic*** **Rechtsanwalt**

PricewaterhouseCoopers Legal AG  
Rechtsanwaltsgesellschaft

Tel. +49 211 981 1603

+49 211 981 2553

Mobil +49 170 2243975

[marc.salevic@de.pwc.com](mailto:marc.salevic@de.pwc.com)

---

***Vielen Dank.***