

Hinweise zum Vergaberecht

im Rahmen der Bayerischen Gigabitrichtlinie (BayGibitR)

1. Auswahlverfahren zur Suche eines Netzbetreibers

Die Auswahl eines Netzbetreibers im **Betreibermodell** und im **Wirtschaftlichkeitslückenmodell** beinhaltet in aller Regel die Vergabe einer **Dienstleistungskonzession (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB)**.¹ In beiden Fällen soll der von vom Zuwendungsempfänger (in der Regel Gemeinde) ausgewählte Netzbetreiber regelmäßig ein nicht zu vernachlässigendes wirtschaftliches und technisches Risiko aus dem späteren Netzbetrieb tragen.

Erreicht der **Vertragswert der Konzession** den derzeit geltenden **Schwellenwert von 5,382 Mio. EUR** oder liegt er darüber, ist für das jeweilige Auswahlverfahren von der **Geltung der Vorschriften des GWB² und der KonzVgV³** über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auszugehen⁴.

Liegt der **Vertragswert darunter**, sind nach **Nr. 5.1 BayGibitR (Betreibermodell)** bzw. **Nr. 7.1 BayGibitR (Wirtschaftlichkeitslückenmodell)** die Bestimmungen der **UVgO⁵** in der jeweils geltenden Fassung sinngemäß anzuwenden. Der Zuwendungsempfänger kann jedoch frei zwischen folgenden Verfahrensarten wählen:

- Öffentliche Ausschreibung
- Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb
- Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb

Auch wenn der Vertragswert der Konzession den derzeit geltenden Schwellenwert von 5,382 Mio. EUR noch nicht erreicht, die zu vergebende Konzession aber von Interesse für ausländische Anbieter sein kann (etwa weil der Vertragswert nahe an den Schwellenwert heranreicht) ist von sog. **Binnenmarktrelevanz** auszugehen. In diesem Fall empfiehlt sich die Bekanntmachung zum Auswahlverfahren auch über die **Bekanntmachungsplattform TED** (tenders electronic daily) der EU zu veröffentlichen.

¹ OLG München, Beschluss vom 25.03.2011 - Verg 4/11; OLG Dresden, Beschluss vom 21.08.2019 – Verg 5/19; VK Südbayern, Beschluss v. 27.05.2015 - Z3-3-3194-1-15-03/15.

² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151).

³ Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117).

⁴ Unter welchen Voraussetzungen die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB einschlägig ist, ist in der Rechtsprechung umstritten. Während OLG Dresden (Beschluss vom 21.08.2019 – Verg 5/19), VK Sachsen (Beschluss vom 17.07.2019 - 1/SVK/017-19), VK Mecklenburg-Vorpommern (Beschluss vom 13.12.2018 - 3 VK 9/18, VPR 2019, 47), die Bereichsausnahme bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Rahmen der Breitbandförderung für einschlägig halten, vertritt das OLG München (Beschl. v. 22.07.2019, Verg 14/18) eine restriktive Auslegung (Bereichsausnahme nur einschlägig bei „unmittelbarem Zugriff auf den TK-Dienst“; nicht genügen soll nach Auffassung des OLG München, wenn Auftraggeber nur rechtliche Vorgaben in einem Vertrag macht.)

⁵ Unterschwellenvergabeordnung vom 7. Februar 2017

Hinweis zur Berechnung des Vertragswerts: Voraussichtlicher Gesamtumsatz des TK-Unternehmens ohne Umsatzsteuer während der **Vertragslaufzeit für das konkrete Projekt.**

- **Im Wirtschaftlichkeitslückenmodell** ist zum voraussichtlichen Gesamtumsatz **die Wirtschaftlichkeitslücke zu addieren.**
- **Im Betreibermodell sind Pachtzahlungen** des TK-Unternehmens vom voraussichtlichen Gesamtumsatz **nicht** in Abzug zu bringen.

2. Ausschreibung des Baus der passiven Infrastruktur im Betreibermodell

Nach **Nr. 6.1 BayGibitR** schreibt der Zuwendungsempfänger den Bau der passiven Infrastruktur „unter Beachtung der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen“ aus.

Erreicht der **Auftragswert** für die Vergabe von **Tiefbauleitungen** den derzeit geltenden **Schwellenwert von 5,382 Mio. EUR** oder liegt er darüber, ist für das jeweilige Auswahlverfahren von der **Geltung der Vorschriften des GWB, der VgV⁶ und der VOB/A-EU⁷** auszugehen.

Liegt der **Auftragswert** für die Vergabe von **Tiefbauleitungen** darunter, hat die Ausschreibung unter Beachtung der Vorschriften der **VOB/A (Abschnitt 1)** zu erfolgen.

Ergänzend gilt die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich vom 31. Juli 2018 (AllMBI. S. 547), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 27. Februar 2019 (BayMBI. Nr. 90).

Ergänzender Hinweis:

Vergaberechtliche Bestimmungen sind im Rahmen der Förderung nach der BayGibitR für die Zuwendungsempfänger sowohl aufgrund kommunalen Haushaltsrechts als auch kraft Zuwendungsrechts (vgl. Nr. 3.1 ANBest-K, Bestandteil des Zuwendungsbescheides an die Gemeinde) zu beachten. Schwere Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen können daher zum Widerruf und Rückforderung von Zuwendungen führen.⁸

⁶ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 12. April 2016, zuletzt geändert durch Art. 1 VO zur Änd. der VergabeVO und der VergabeVO Verteidigung und Sicherheit vom 12.7.2019 (BGBl. I S. 1081)

⁷ Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A – Abschnitt 2 (BANz AT 19.02.2019 B2)

⁸ Siehe hierzu Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen über Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen vom 23. November 2006 (FMBl. S. 228), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 2. Januar 2017 (FMBl. S. 38).