

Vergaberechtliche Anforderungen beim geförderten Breitbandausbau

ForumEnergieWasser
am 21.07.2016 in Freiburg

RA Dr. Holger Weiß, LL.M.

Agenda

A. Rechtsgrundlagen

B. Vorgaben des Beihilfen- und Förderrechts

C. Vergaberechtsreform 2016

D. „Wirtschaftlichkeitslückenförderung“

E. Betreibermodell

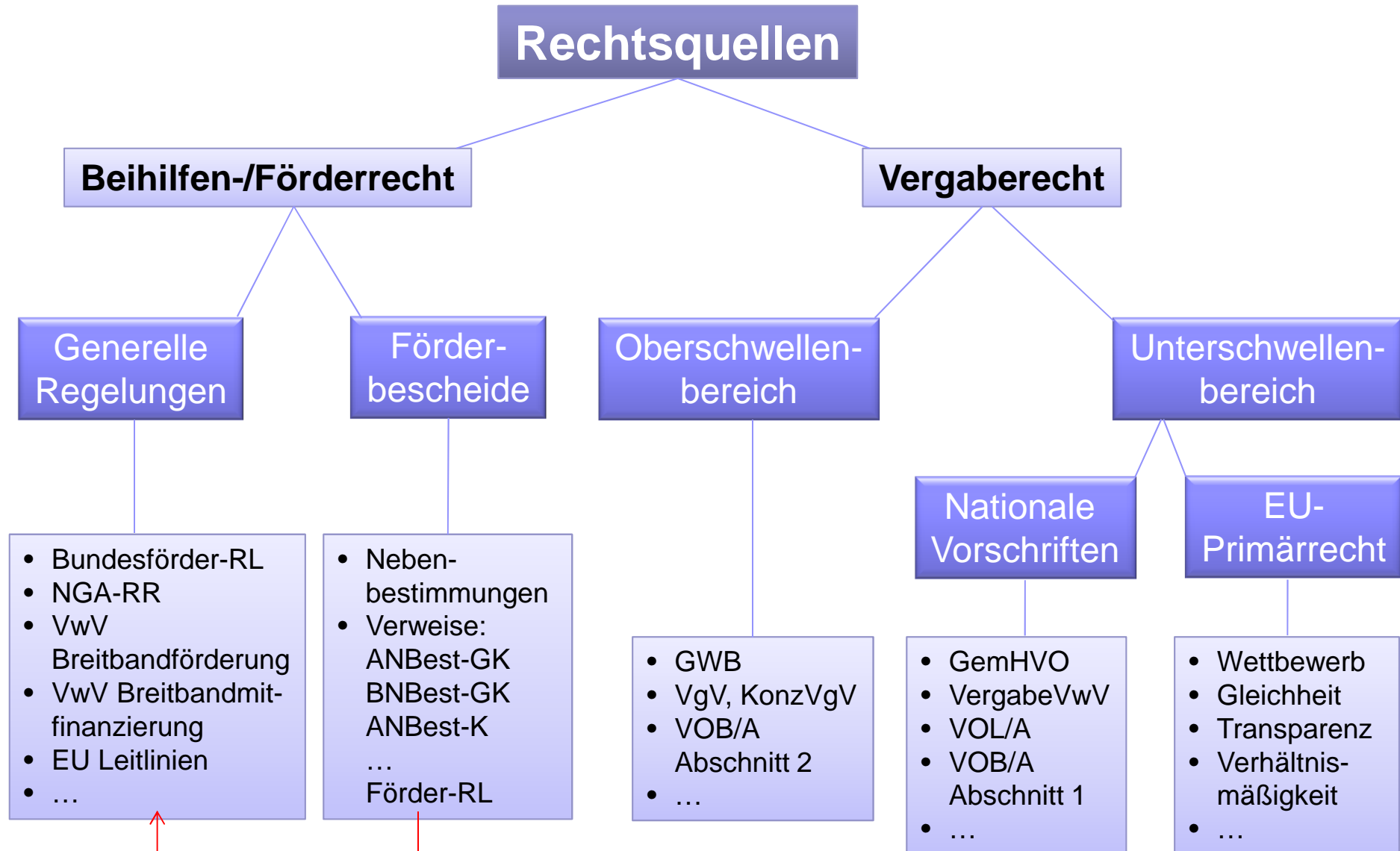
F. Zusammenfassung in Thesen

A. Rechtsgrundlage

I. Übersicht

II. Verknüpfung zwischen Förder- und Vergaberecht

I. Übersicht



II. Verknüpfung zwischen Förder- und Vergaberecht

- **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 können zur vollständigen oder teilweisen Rückforderung der gewährten Förderung führen.
- Beurteilung jedes Einzelfalls erforderlich.
- Jedenfalls: Verstöße gegen Vergaberecht bergen ein erhebliches förderrechtliches Folgerisiko.

B. Vorgaben des Beihilfen- und Förderrechts

I. Förder- und Beihilferichtlinien

II. Förderbescheide

III. Wichtige Standard-Nebenbestimmungen

I. Förder- und Beihilferichtlinien

1. Vorgaben des Bundes

1.1 Bundesförderrichtlinie, 5.3

- Jedenfalls sinngemäße Anwendung der nationalen Vergabebestimmungen, soweit nicht bereits durch Landeshaushaltsrecht vorgegeben.
- Insbesondere: Verpflichtung zur Beachtung der europarechtlichen Vergabegrundsätze (Transparenz, Gleichbehandlung, Nicht-Diskriminierung).
- Bekanntgabe der Vergabeunterlagen und der Ergebnisse der Ausschreibungen auf dem zentralen Bundesportal.
- Beachtung der §§ 5-7 NGA-RR.

1.2 NGA-RR, §§ 5 bis 7

- 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 Vertrags an die BNetzA, Zukunftssicherheit der geförderten Infrastruktur ...

2. Vorgaben des Landes

2.1 VwV Breitband, Ziff. 11: Betreiber Auswahlverfahren

- Offenes und transparentes Auswahlverfahren
- Bekanntmachung auf zentralem Bundesportal, bei Grenzlage auch europaweit
- Ausschreibung entsprechend VOL/A „in der jeweils geltenden Fassung“ und frühestens nach Baubeginn (?!)
- Erschöpfende Leistungsbeschreibung
- Auswahl entsprechend VOL/A
- Konkretisierung / Ergänzung der VOL/A in mehrfacher Hinsicht – insbesondere Unzulässigkeit Mindestentgelt, Mindestdauer 7 Jahre (bei Erstüberlassung), Verfahrensaufhebung, Wertungskriterien, Gewichtung, Vorlage des Vertrags an BNetzA ...

2.2 Diverse Leitfäden

- Konkretisierende Vorgaben zu Ausschreibungen in verschiedenen Projektphasen (Planung, Bau, Betrieb) und zur Verknüpfung mit dem Förderverfahren.

2.3 VwV Breitbandmitfinanzierung, Ziff. 4.5

- Beachtung der Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung „gemäß dem Europäischen Vergaberecht“
 - Bekanntmachungen auf dem zentralen Bundesportal
 - „Die allgemein geltenden Vergabevorschriften – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB, Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – VOL, Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen – VOF, und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – sind zu beachten.“
 - „Im Übrigen bleiben die §§ 5 bis 7 NGA-RR unberührt.“
- **Die Verweise auf VOL und VOF werfen Fragen auf – wie wir noch sehen werden ...**

II. Förderbescheide

Förderbescheide müssen individuell geprüft werden!

Bundesförder-RL, 8.C.4.

Bestandteile des Förderbescheids werden

- **AN-Best-GK,**
- **BN-Best-Abruf,**
- **NGA-RR und**
- **Bundesförder-RL.**

Landesförderung

- **AnBest-K** werden i.d.R. Bestandteil des Förderbescheids.
- I.d.R. Verweis auf **VwV Breitband** bzw. **VwV Breitbandmitfinanzierung.**

III. Wichtige Standard-Nebenbestimmungen

ANBest-GK Ziff. 3.1 / ANBest-K Ziff. 3

- Beachtung der nach den einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorgaben (Gemeindefirtschaftsrecht) geltenden Vergabegrundsätze.
- Verweis auf Kartellvergaberecht („bleibt unberührt“).

BNBest-Gk Ziff. 2

- Verpflichtung des Zuwendungsempfängers, bei der Ausschreibung alle Pflichten, die ihm durch den Zuwendungsbescheid samt Anlagen auferlegt werden, an den Vertragspartner weiterzugeben.
- Insbesondere: Beachtung der Vorgaben der
 - GIS-Nebenbestimmungen und des
 - Materialkonzepts

C. Vergaberechtsreform 2016

- I. Neue Gesamtsystematik im Vergaberecht**
- II. Neue Systematik im Oberschwellenbereich**
- III. Rechtliche Konsequenzen und Folgewirkungen**
- IV. Was tun?**

I. Neue Gesamtsystematik des Vergaberechts

Vergaben im Anwendungsbereich der EU-Richtlinien	Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der EU-Richtlinien
Aufträge / Konzessionen oberhalb der Schwelle	Bereichsausnahmen / Vergaben unterhalb der Schwelle
<ul style="list-style-type: none"> ■ EU-Primärrecht ■ EU-Sekundärrecht ■ Nationales Kartellvergaberecht <ul style="list-style-type: none"> - GWB - Bundesverordnungen - VOB/A 2. Abschnitt - VOB-VS ■ Landesvergabegesetze (§ 129 II GWB) ■ Sonstige rechtliche Vorgaben ■ Verwaltungsvorschriften 	<ul style="list-style-type: none"> ■ EU-Primärrecht (bei grenzüberschreitendem Interesse) ■ Bundeshaushaltsrecht Verwaltungsvorschriften VOB/A / VOL/A ■ Landeshaushaltsrecht Landesvergabegesetze Landesverwaltungsvorschriften VOB/A / VOL/A

Reform

Keine Reform

II. Neue Systematik im Oberschwellenbereich

EU-Primärrecht				
Auftrags- vergabe-RL (2014/24/EU)	Sektoren-RL (2014/25/EU)	RL Verteidigung u. Sicherheit (2014/24/EU)	Konzessions- vergabe-RL (2014/23/EU)	Rechtsmittel-RL (89/665/EWG, (92/13/EWG)*
Bundesvergaberecht GWB, Teil 4				Sonstige bundes- rechtliche Vorgaben z.B.: - § 21 AEntG - § 19 MindestlohnG - § 21 SchwarzarbeitsG - § 141 SGB IX - Verwaltungsvorschriften
Vergabe- verordnung (VgV) VOB/A Abschnitt II	Sektoren- verordnung (SektVO) VOB/A VOF	Konzessions- vergabe- verordnung (KonzVgV)	Vergabe- verordnung Verteidigung u. Sicherheit (VsVgV)	
Landesvergabegesetze				Sonstige landes- rechtliche Vorgaben

* Zuletzt geändert durch RL 2014/23/EU (Konzessionsvergabe-RL)

III. Rechtliche Konsequenzen und Folgewirkungen

1. Grundlegende Veränderungen im Vergaberecht

- Die VOF gibt es nicht mehr. An ihre Stelle tritt die VgV.
- Die VOL/A gibt es nur noch im Unterschwellenbereich. Im Oberschwellenbereich gilt für Dienstleistungsaufträge die VgV.
- Für die Vergabe von Konzessionen gilt im Oberschwellenbereich die KonzVgV.
- Die VOB/A unterscheidet sich im Unter- und Oberschwellenbereich erheblich.

2. Friktionen innerhalb des Vergaberechts

- Derzeit sind die Vorgaben im Unterschwellenbereich teilweise strenger als diejenigen im Oberschwellenbereich!

3. Friktionen zwischen Förder- und Vergaberecht

- Fortbestehende Verweise des Förderrechts auf VOF und die VOL/A. Richtig wäre: VgV und KonzVgV.
- Förderrecht teilweise nicht auf Kartellvergaberecht abgestimmt!

IV. Was tun?

- Sorgfältige Prüfung der Anforderungen.
- Rechtzeitige und enge Abstimmung mit der Förderstelle.
- Hinwirken auf klare Tenorierung im Förderbescheid.
- Im Zweifel höhere Anforderung beachten.
- Im Konfliktfall: Gespräch suchen / notfalls rechtswidrige Auflagen anfechten.

D. „Wirtschaftlichkeitslückenförderung“

I. 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.
- **Dienstleistungskonzession i. S. d. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB**

II. Anwendbares Recht

- **Kartellvergaberecht**, soweit **Schwellenwert** erreicht.
- Unterhalb des Schwellenwerts: **allgemeine Rechtsgrundsätze** (jedenfalls bei grenzüberschreitender Relevanz; VOL/A gilt direkt nur für Aufträge; aber ggf. Anwendung kraft Förderrechts).

III. Schwellenwert

Quelle: www.bmwi.de

Auftragsart	Schwellenwerte	EU-Richtlinie
Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorenauftraggebern	418.000 Euro	[→ Delegierte Verordnung (EU) 2015/2171 der KOM vom 24.11.15 (PDF: 312 KB) (ABl. L 307/7 vom 25.11.15)
Baufträge	5.225.000 Euro	
Liefer- und Dienstleistungsaufträgen für oberste, obere Bundesbehörden und vergleichbare Bundeseinrichtungen	135.000 Euro	[→ Delegierte Verordnung (EU) 2015/2170 der KOM vom 24.11.15 (PDF: 312 KB) (ABl. L 307/5 vom 25.11.15)
Liefer- und Dienstleistungsaufträge für alle anderen Auftraggeber	209.000 Euro	
Baufträge	5.225.000 Euro	
Soziale und andere besondere Dienstleistungen	750.000 Euro	[→ Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.14 (PDF: 2,6 MB) (ABl. L 94/65 vom 28.03.14, Artikel 4)
Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstleistungsaufträge	418.000 Euro	[→ Richtlinie 2009/81/EG vom 13.07.09 (1.6 MB) (ABl. L 216/76 vom 20.08.09)
Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Bauaufträge	5.225.000 Euro	
Konzessionen	5.225.000 Euro	[→ Delegierte Verordnung (EU) 2015/2172 der KOM vom 24.11.15 (PDF: 312 KB) (ABl. L 307/9 vom 25.11.15)

Berechnung des geschätzten Vertragswerts

Gesetzliche Regelung	§ 2 KonzVgV
Definition	<ul style="list-style-type: none">▪ Voraussichtlicher Gesamtumsatz▪ Ohne Umsatzsteuer
Zeitpunkt	<ul style="list-style-type: none">▪ Grundsatz: Verfahrenseinleitung (idR Absendung Bekanntmachung)▪ Ausnahme: Zuschlag, wenn der bei Verfahrenseinleitung geschätzte Wert um mehr als 20 % überschritten wird (!)
Wichtige Aspekte	<ul style="list-style-type: none">▪ Berücksichtigung von Optionen und möglichen Vertragsverlängerungen▪ Berücksichtigung von Zuschusszahlungen oder sonstigen finanziellen Vorteilen▪ Zusammenzählung von Losen

IV. Einige wichtige Aspekte des Konzessionsvergaberechts

- 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).

V. Zusätzliche Vorgaben des Förderrechts

1. Bei der Gestaltung des Verfahrens sind insb. zu beachten:

- Bundesförderrichtlinie i. V. m. NGA-RR, §§ 5 bis 7 – danach ist insb. eine **Kriteriengewichtung erforderlich** (entgegen KonzVgV)!
- Ggf. Vorgaben aus Bundesförderbescheid (Grundbescheid mit Vorbehalt) – dann i.d.R. auch ANBest-GK und BNBest-GK.
- Ggf. VwV Breitbandmitfinanzierung, Ziff. 4.5.

2. Herausforderungen

- Harmonisierung der Bekanntmachungen nach EU-Standardformular und dem Standard des Bundesportals (vgl. § 23 Abs. 3 KonzVgV).
- Abstimmung förderrechtlicher Prüfschritte auf die Fristvorgaben und das Rechtsschutzsystem des Kartellvergaberechts (z. B. Höchstfrist von 48 Tagen zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagsbekanntmachung, § 21 Abs. 1 KonzVgV)
- Bedeutung etwaiger Verpflichtungen zur (sinngemäßen) Anwendung der VOL/A?

E. Betreibermodell

I. Übersicht der vergaberechtlichen Rechtsgrundlagen (ohne Förderrecht)

Gegenstand	Oberschwelle	Unterschwelle
Planung	GWB VgV	§ 31 GemHVO VergabeVwV Rechtsgrundsätze des Europarechts
Bau	GWB VgV VOB/A 2016, Abschnitt 2	§ 31 GemHVO VergabeVwV VOB/A 2016, Abschnitt 1 Rechtsgrundsätze des Europarechts
Betrieb (Pachtvertrag mit Betriebspflicht)	GWB KonzVgV	Rechtsgrundsätze des Europarechts

II. Schwellenwerte

Quelle: www.bmwi.de

Auftragsart	Schwellenwerte	EU-Richtlinie
Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorauftraggebern	418.000 Euro	[→ Delegierte Verordnung (EU) 2015/2171 der KOM vom 24.11.15 (PDF: 312 KB) (ABl. L 307/7 vom 25.11.15)]
Baufträge	5.225.000 Euro	
Liefer- und Dienstleistungsaufträgen für oberste, obere Bundesbehörden und vergleichbare Bundeseinrichtungen	135.000 Euro	[→ Delegierte Verordnung (EU) 2015/2170 der KOM vom 24.11.15 (PDF: 312 KB) (ABl. L 307/5 vom 25.11.15)]
Liefer- und Dienstleistungsaufträge für alle anderen Auftraggeber	209.000 Euro	
Baufträge	5.225.000 Euro	
Soziale und andere besondere Dienstleistungen	750.000 Euro	[→ Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.14 (PDF: 2,6 MB) (ABl. L 94/65 vom 28.03.14, Artikel 4)]
Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstleistungsaufträge	418.000 Euro	[→ Richtlinie 2009/81/EG vom 13.07.09 (1.6 MB) (ABl. L 216/76 vom 20.08.09)]
Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Bauaufträge	5.225.000 Euro	
Konzessionen	5.225.000 Euro	[→ Delegierte Verordnung (EU) 2015/2172 der KOM vom 24.11.15 (PDF: 312 KB) (ABl. L 307/9 vom 25.11.15)]

F. Zusammenfassung in Thesen

- Beschaffungen der Kommunen im Zuge des Breitbandausbaus sind erhöhten Anforderungen unterworfen.
- Förderrecht und Vergaberecht sind eng verknüpft.
- Die Vergaberechtsreform 2016 bringt sowohl Verschärfungen als auch Erleichterungen mit sich.
- Im Förderrecht sind Folgeanpassungen notwendig.
- Einstweilen ist zu empfehlen, sich am jeweils strengeren Maßstab zu orientieren und im Zweifelsfall die Abstimmung mit der Förderstelle zu suchen.

Ihre Fragen

RA Dr. Holger Weiß, LL.M.

Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

- Kaiser-Joseph-Straße 247 • 79098 Freiburg •
 - Tel.: 0761-2 111 49-0 • Fax: 0761-2 111 49-45 •
- E-Mail: freiburg@w2k.de