

Seite: 13
 Ressort: Wirtschaft

Mediengattung: Wochenzeitung
 Auflage: 17.996 (gedruckt)¹ 16.132 (verkauft)¹
 17.056 (verbreitet)¹

¹ Verlag 10/2024

WIE MAN EINE FLÄCHENDECKENDE, HOCHLEISTUNGSFÄHIGE, ÖKOLOGISCH NACHHALTIGE UND SICHERE BREITBANDNETZINFRASTRUKTUR REALISIERT

Ein bunter Strauß an Ausschreibungen

Im Rahmen des Wirtschaftlichkeitslückenmodells werden der Netzausbau und -betrieb in einem einheitlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben. Das ausgewählte Unternehmen erhält das Recht beziehungsweise übernimmt die Verpflichtung, die Breitbandinfrastruktur unter Nutzung der gewährten Investitionsbeihilfen zu errichten, das Gigabit-Netz in Betrieb zu nehmen und für mindestens sieben Jahre zu betreiben.

Im Rahmen des Betreibermodells hat die Kommune als Zuwendungsempfänger mehrere Auswahlverfahren vorzubereiten und durchzuführen: ein Auswahlverfahren zum Bau (gegebenfalls einschließlich der (Bau-)Planung oder separates Auswahlverfahren zu den Planungsleistungen) und ein Auswahlverfahren zum Betrieb. Ein „gemeinsames“ Auswahlverfahren zur Errichtung des kommunalen passiven Netzes (Planung und Bau) einerseits und zum Betrieb andererseits ist mit beihilfen-, sowie zuwendungs-/haushaltsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Daher sind im Betreibermodell die Auswahlverfahren zum Bau und zum Betrieb wie auch zur (Bau-)Planung und zum Betrieb getrennt voneinander durchzuführen. Im Unterschied zum Wirtschaftlichkeitslückenmodell wird die Kommune im Betreibermodell Eigentümer der noch zu errichtenden Infrastruktur und übernimmt mithin mehr Verantwortung. Ausschreibungen im sogenannten Wirtschaftlichkeitslückenmodell: Eine Ausschreibung im Wirtschaftlichkeitslückenmodell kann sowohl als offenes Verfahren als auch als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb erfolgen.

I. Verfahrensart: Je nach antizipierter Komplexität bietet es sich an, ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zu wählen, um auf eine etwaige Anpassung der Förderkulisse sachgerecht reagieren zu können.

Die Bieter reichen in diesem Verfahren

einen Teilnahmeantrag ein. Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs wird die Eignung der Bieter geprüft. Sofern die Unternehmen als geeignet einzustufen sind, werden sie zur Abgabe eines Erstangebots aufgefordert. Es kann sich anbieten, hier eine Reduzierung der Bieter vorzunehmen und beispielsweise nur die besten¹ drei Bieter aufzufordern. Die eingereichten Erstangebote werden mit den Bietern verhandelt. Verhandeln heißt, dass Auftraggeber und Bieter den Vertragsinhalt so lange erörtern, bis klar ist, wie Leistung und Gegenleistung konkret beschaffen sein sollen und die Parteien ein gemeinsames Verständnis von dem zu erfüllenden Auftrag haben. Im Anschluss werden die Bieter zur Abgabe von endgültigen Angeboten aufgefordert. Das wirtschaftlichste Angebot gemessen an den Zuschlagskriterien erhält schließlich den Zuschlag. Im Anschluss wird der endgültige Förderbescheid beantragt. Bis zur Erteilung des endgültigen Förderbescheids ist die Angebotsbindefrist im Blick zu behalten.

II. Fragestellungen aus der Praxis: So einfach die Theorie, so häufig steckt der Teufel im Detail. – Konzession oder Auftrag: Eine Konzession liegt vor, wenn das wirtschaftliche Betriebsrisiko für die Nutzung der Breitbandnetzinfrastruktur bei dem Konzessionsnehmer – dem Unternehmen, das den Zuschlag erhält –, liegt. Da im Falle des geförderten Breitbandausbaus die Kommune letztlich Fördermittel an das Unternehmen „weiterreicht“, stellt sich die Frage, ob das Unternehmen tatsächlich noch ein Betriebsrisiko trägt. Die Vergabekammer Münster entschied, dass keine Konzession vorläge, wenn der Bieter aufgrund der Fördermittel Bau beziehungsweise Betrieb der Breitbandnetzinfrastruktur überwiegend finanzieren könne. Der Bieter sei dann nicht mehr den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt. Im Einzelfall ist daher zu prüfen,

wie stark sich das Betriebsrisiko durch die Gewährung der Fördermittel verringert. – Vorbehalt, das Erstangebot zu bezuschlagen: Der Auftraggeber kann sich vorbehalten, das Erstangebot zu bezuschlagen, ohne in die Verhandlung einzutreten. Dies hat er in der EU-Bekanntmachung anzukündigen. Es bietet sich an, zusätzlich einen Hinweis auf diesen Vorbehalt in den Vergabeunterlagen aufzunehmen. Von diesem Vorbehalt kann er allerdings nur dann Gebrauch machen, wenn tatsächlich kein Verhandlungsbedarf besteht. Soweit ein Unternehmen beispielsweise einen kommentierten Vertrag eingereicht hat, ist dies wohl als Verhandlungsbedarf zu werten. Um ein langwieriges Verfahren zu vermeiden, kann es sich daher aus Sicht der Unternehmen anbieten, Rückfragen zum Vertrag bereits vor Abgabe des Erstangebots beim Auftraggeber zu adressieren. – Veränderung der Förderkulisse: Ein weiteres typisches Problemfeld ist die Veränderung der Förderkulisse durch hinzukommende (zum Beispiel Neubaugebiet) oder wegfallende Adressen (zum Beispiel eigenwirtschaftlicher Ausbau). Es ergeben sich für den gleichen Sachverhalt eine förderrechtliche und eine vergaberechtliche Fragestellung. Der neue Sachverhalt ist an den Fördermittelgeber gegebenenfalls in Form eines Änderungsantrags heranzutragen, wenn die Änderung nicht nur geringfügig ist. Aus vergaberechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob durch die veränderte Kalkulationsgrundlage die Identität des Ausschreibungsgegenstands geändert wird. Dann stünde eine Benachteiligung derjenigen Unternehmen im Raum, die sich auf die ursprünglich ausgeschriebene Leistung nicht beworben haben, sich aber gerne auf die nun ausgeschriebene Leistung beworben hätten. Bei einem Wegfall von auszubauenden Adressen wird „nur“ die Anzahl der zu erschließenden Adressen und daraus fol-

gend die gewährte Zuwendung reduziert. Ein vergaberechtlich schwieriger Identitätswechsel erscheint weniger naheliegend. Hier gilt es die jeweilige Änderung im Einzelfall genau zu prüfen.

Ausschreibungen im sogenannten Betreibermodell: Eine Ausschreibung der Planungsleistungen (gebenfalls verbunden mit dem Bau) im Betreibermodell kann sowohl als offenes Verfahren als auch als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb erfolgen. Bezüglich der konkreten Auswahl der Verfahrensart ist zu unterscheiden, ob die Ausschreibungen der Planungsleistungen getrennt von den Bauleistungen ausgeschrieben werden sollen.

I. Grundüberlegungen zur Generalübernehmervergabe: (Bau-)Planung und der Bau an sich können aus förderrechtlicher Sicht grundsätzlich in einem Auswahlverfahren zusammen ausgeschrieben werden, weil diese in Anlehnung an die Leistungsphasen der HOAI und der Natur der Sache nach zusammenhängende, untrennbare Gegenstände der Fördermaßnahme darstellen. Diese Ausschreibung von (Bau-)Planung und Bau zusammen wird auch Generalübernehmervergabe genannt. Ein Generalübernehmer (GÜ) ist ein Unternehmen, das die Verantwortung für die Durchführung eines Bauprojekts übernimmt. Er koordiniert alle notwendigen Gewerke und Subunternehmer, um das Projekt erfolgreich abzuschließen. Die Vergabe an einen Generalübernehmer kann in bestimmten Fällen sinnvoll sein, insbesondere wenn es um komplexe Bauvorhaben geht, bei denen eine umfassende Planung und Organisation erforderlich ist. Für den Netzbetrieb bleibt es dabei, dass dieser gesondert ausgeschrieben werden muss.

Sollte eine Vergabe an einen Generalübernehmer gewünscht sein, ist in vergaberechtlicher Hinsicht zu prüfen, ob die Vergabe an einen Generalübernehmer gegen das Gebot der Losaufteilung verstößt.

Was ist das Gebot der Losaufteilung? Das Gebot der Losaufteilung ist ein Prinzip, das gesetzlich im öffentlichen Vergaberecht verankert ist. Es besagt, dass Aufträge in mehrere Lose aufgeteilt werden sollten, um verschiedenen Anbietern die Möglichkeit zu geben, sich an der Vergabe zu beteiligen. Ziel ist es, den Wettbewerb zu fördern, kleinere Unternehmen zu unterstützen und eine breitere Marktteilnahme zu ermöglichen. Dieses Gebot ist insbesondere im

deutschen Vergaberecht durch die Vergabeverordnung (VgV) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt.

Verstoß gegen das Gebot der Losaufteilung? Die Frage, ob die Vergabe an einen Generalübernehmer gegen das Gebot der Losaufteilung verstößt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beantworten. Hierbei sind insbesondere nachfolgende Aspekte zu berücksichtigen: a) Ausnahmefälle: In bestimmten Ausnahmesituationen kann die Vergabe an einen Generalübernehmer gerechtfertigt sein. Die Komplexität eines Projekts, die eine umfassende Koordination erfordert, kann einen solchen Ausnahmefall darstellen, einen GÜ zu beauftragen, um die Effizienz und Qualität der Ausführung gewährleisten zu können. Diese Hürde ist entsprechend einzelfallbezogen zu prüfen und zu dokumentieren. b) Marktteilnahme: Die Vergabe an einen Generalübernehmer kann jedoch auch dazu führen, dass kleinere Unternehmen von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Dies könnte als Verstoß gegen das Gebot der Losaufteilung gewertet werden, falls es im konkreten Einzelfall den Wettbewerb in unzulässiger Weise einschränkt und die Marktchancen für kleinere Anbieter verringert. c) Transparenz und Nachvollziehbarkeit: Die Entscheidung für einen GÜ sollte gut begründet und dokumentiert sein, um mögliche rechtliche Herausforderungen zu vermeiden. Insgesamt sollte hierzu beachtet werden, dass die zeitlichen Vorteile einer Generalübernehmervergabe gegebenenfalls zunichtegemacht werden, sollte eine vergaberechtliche Rüge oder gar ein Nachprüfungsverfahren angestrengt werden.

Verfahrensart: Die Verfahrensart bei der Generalübernehmervergabe richtet sich nach den Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A (EU)). Je nach antizipierter Komplexität bietet es sich an, ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zu wählen, um beispielsweise auf eine etwaige Anpassung der Förderkultisse sachgerecht reagieren zu können. Im Übrigen kommt ein Offenes Verfahren in Betracht.

II. Verfahrensart bei gesonderter Ausschreibung der Planungsleistungen: Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen unterliegt in Deutschland spezifischen Regelungen, die in den §§ 73 bis 77 der Vergabeverordnung (VgV) festgelegt sind. Diese Vor-

schriften sind besonders relevant, da sie die Anwendbarkeit der Vergaberechtsnormen in Abhängigkeit von der Beschreibbarkeit der zu erbringenden Leistungen regeln. Die Anwendbarkeit der §§ 73 bis 77 VgV ist entscheidend für die Wahl des Vergabeverfahrens. Grundsätzlich gilt: – Nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen: Wenn der Gegenstand einer Aufgabe vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, sind die §§ 73 bis 77 VgV anwendbar. Dies ist häufig der Fall bei komplexen Planungsleistungen, bei denen kreative und innovative Lösungen erforderlich sind. – Eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen: Im Gegensatz dazu sind die §§ 73 bis 77 VgV nicht anwendbar, wenn die Lösung einer Aufgabe vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Hierbei handelt es sich in der Regel um standardisierte oder weniger komplexe Leistungen. Die §§ 73 bis 77 VgV enthalten besondere Vorschriften, die speziell auf die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen zugeschnitten sind. Diese Vorschriften berücksichtigen die besonderen Anforderungen und Herausforderungen, die mit der Planung und Ausführung von Bauprojekten verbunden sind. Die Abgrenzung zwischen beschreibbaren und nicht beschreibbaren Leistungen ist daher von großer Bedeutung, da sie direkte Auswirkungen auf die Wahl der Verfahrensart hat: – Nicht beschreibbare Planungsleistungen: Diese werden in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vergeben gemäß § 74 VgV. Hierbei steht die geistig-schöpferische Leistung im Vordergrund, was eine flexible und iterative Herangehensweise an die Planung erfordert. – Beschreibbare Planungsleistungen: Diese können im offenen oder nichtoffenen Verfahren vergeben werden, wie in § 14 Abs. 2 VgV festgelegt. Bei diesen Leistungen steht eher die ausführende Leistung im Vordergrund, was eine klare und präzise Leistungsbeschreibung ermöglicht. Wann eine Leistung beschreibbar oder nicht beschreibbar ist, muss im konkreten Einzelfall geprüft und beantwortet werden. Hier kommt es insbesondere darauf an, ob kreative Konzepte oder innovative Ansätze entwickelt werden sollen, oder ob die Ausführung und Umsetzung der Planung im Vordergrund steht.

Herausforderungen bei der Ausschreibung von Planungsleistungen: Die Pla-

nungsleistungen für den Breitbandausbau umfassen eine Vielzahl von Aufgaben, die je nach Projekt unterschiedlich gewichtet sein können. Deren Ausschreibung bringt verschiedene Herausforderungen mit sich, unabhängig davon, ob diese zusammen mit oder gesondert von den Bauleistungen ausgeschrieben werden: – Komplexität der

Projekte: Die technische Komplexität und die Vielzahl an beteiligten Akteuren erfordern eine sorgfältige Planung und Koordination. – Marktverfügbarkeit: In einigen Regionen kann es an qualifizierten Planungsbüros mangeln, was zu einem eingeschränkten Wettbewerb führen kann. – Fristen und Zeitdruck: Oftmals sind die Fristen für die

Ausschreibung und Umsetzung sehr eng, was den Druck auf die Planer erhöht und die Qualität der Planung beeinträchtigen kann. > V. STENZHORN, F. WEBER

Verena Stenzhorn und Freya Weber sind Fachanwältinnen für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Wörter: 1641

Urheberinformation: DIZdigital: Alle Rechte vorbehalten – Verlag Bayerische Staatszeitung, München