



Herausforderungen im Spannungsfeld von Förder-, Vergabe- und TK-Recht

**8. Kommunalen Breitband Marktplatz am 9. Mai 2019
Osterholz-Scharmbeck**

**Markus Lennartz
Rechtsanwalt**

Fragestellungen und Probleme im Förder- und Vergabeverfahren

- I. Upgrade auf Glasfaser a) im Vergabeverfahren, b) nach Zuschlagserteilung.
- II. Adressänderungen im Vergabeverfahren a) Förderrecht und b) Vergaberecht.
- III. Maßgeblicher Ausbau Dritter nach Abschluss des Vergabeverfahrens.
- IV. Im MEV angekündigter Eigenausbau wird nach Abschluss des Vergabeverfahrens nicht umgesetzt – „Rückgabe von Gebieten“.
- V. Sonderförderung Gewerbegebiete und Schulen – mehrere Vergabeverfahren / Losbildung.
- VI. Betreibermodell: Reihenfolge von Betreiber-, Netzplanerausschreibung und Auswahl des Bauunternehmens.
- VII. Vorzeitiger Maßnahmebeginn und das Ziel, möglichst zügig umzusetzen.
- VIII. Achtung: In welchem Umfang ist das Vergaberecht zu beachten?

Kontakt:

 HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Markus Lennartz

Rechtsanwalt / Partner

Frankfurt

Goetheplatz 5-7, 60313 Frankfurt am Main

Tel.: +49 - (0)69 – 97561-351

Fax : +49 - (0)69 – 97561-490

m.lennartz@heuking.de * www.heuking.de

Markus Lennartz ist Rechtsanwalt und Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek PartmbB. Er hat mehr als zwanzig Jahre Berufserfahrung in der IT- und Telekommunikationsindustrie. Er startete seine berufliche Karriere bei der Deutschen Telekom AG im Beteiligungsmanagement, baute danach für den Vorstandsvorsitzenden das Corporate Office des Konzerns auf und leitete dies von 2004 und 2010. Anschließend war er für die T-Systems International GmbH verantwortlich für das internationale Geschäft mit der Öffentlichen Hand, insbesondere den EU-Institutionen, bevor er 2015 zu Heuking wechselte. Seitdem berät er mit seinem Schwerpunkt im IT-Recht Infrastrukturprojekte und im Fördermittel- und Vergaberecht. Zudem befasst er sich mit seinem weiteren Schwerpunkt im Gesellschaftsrecht mit der Beratung im Bereich Unternehmenskauf und Strukturierungen.

Backup

I. Upgrade von FttC auf FttB

II. Upgrade von FttC auf FttB

Vor Ausschreibungs-
beginn

Nach Ausschreibungs-
beginn

Nach Zuschlags-
erteilung

Möglichkeit des Upgrades von FttC auf FttB

- Upgrade von FttC auf FttB problemlos möglich.
- Möglichkeit des Upgrades nur im engen Rahmen des § 17 Abs. 13 VgV.
- Voraussetzung: Kein **wesentliches Abweichen** von altem Auftragsgegenstand.
- Bei Vorliegen einer **wesentlichen Änderung** eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit neues Vergabeverfahren notwendig, § 132 Abs. 1 S. 1 GWB.
- In § 132 Abs. 1 S. 3 GWB genannte Regelbeispiele für das Vorliegen einer wesentlichen Änderung nicht abschließend („insbesondere“).

II. Upgrade von FttC auf FttB

Nach Ausschreibungsbeginn

- Kriterium des wesentlichen Abweichens des neuen Auftragsgegenstandes von dem alten Auftragsgegenstand ist von ursprünglicher Leistungsbeschreibung abhängig.
- Hypothese: Hätte sich bei FTTB-Ausschreibung ein anderer Bieterkreis als bei FTTC-Ausschreibung beworben?
- Bei wesentlicher Änderung des Auftragsgegenstandes muss Ausschreibung aufgehoben und neu ausgeschrieben werden.
- Außerdem: Bea. Verhandlungsgrenzen des § 17 Abs. 10 S. 2 VgV → Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien als Verhandlungsgrenzen.
- Verstoßes gegen die vergaberechtlichen Vorgaben kann zu Abschöpfung gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV führen

II. Upgrade von FttC auf FttB

Nach Zuschlagserteilung

- **Nachtrag kommt bei einer wesentlichen Änderung nicht mehr in Betracht. Dann müsste eine Neuausschreibung erfolgen.**
- **Förderrechtliche Problematik: Zweckbindungsfrist beträgt 7 Jahre (Ziffer 7.4 der Förderrichtlinie). Es dürfte für sieben Jahre keine neue Förderung für dieses Gebiet erfolgen.**
- **Dies bezieht sich auf die Wirtschaftlichkeitslückenmodelle. Bei den Betreibermodellen gelten zwar gleiche Regelungen, es ist dem Pächter aber i.d.R. egal, ob er ein FttC- oder FttB-Netz betreibt (höchstens Änderung der Pacht). Evtl. aber auch hier Änderung des Bieterkreises.**
- **Bei Neuausschreibung ist grds. zu prüfen, ob neue Markterkundung erfolgen muss (Ziffer 5.2 der Förderrichtlinie). Vss.: Neuer Förderantrag, nicht Antrag der Änderung des Förderbescheids.**

II. Upgrade von FttC auf FttB

Nach Zuschlagserteilung – Kriterien hinsichtlich des Vorliegens einer wesentlichen Änderung

EuGH, Urt. V. 19.06.2008, Az. C-454/06, NZBau 2008, 518, 520 („presstext“):

„Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe [...] anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag [...]

Die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit kann als wesentlich angesehen werden, wenn

- sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären[,]
- [...] sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert[,]
- [...] sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten des Auftragnehmers ändert.“

III. Vorzeitiger Maßnahmebeginn

III. Vorzeitiger Maßnahmebeginn

Problem

- 7.2 der Förderrichtlinie: Vorhaben werden nicht gefördert, wenn die vor Bewilligung eines Förderantrages durch die Bewilligungsbehörde bereits begonnen wurden, der Vertrag mit dem TKU also bereits abgeschlossen ist.
- Vergaberechtlich gesehen wird der Vertrag jedoch bereits mit Zuschlag geschlossen. Einer Unterschrift bedarf es nicht.
- Dem Fördermittelgeber die Vergabeentscheidung vor Zuschlag mitzuteilen und abzuwarten, bis dieser eine Entscheidung getroffen hat, verstößt aber gegen § 5 VGV.

Lösung

- Vertragliche Vereinbarung, dass die Leistungen erst ab Vorlage des Förderbescheids bzw. der Zustimmung zur vorläufigen Baufreigabe erbracht werden.
- Rücktrittsrecht des Landkreises für den Fall, dass der Förderbescheid nicht erlassen wird.

Szenario 2

- Wie Szenario 1 aber:
- Zuschlag erteilt
- Deutsche Glasfaser baut eigenwirtschaftlich (FttB) in Teilen des ursprünglichen Ausbaugebiets aus
- Endgültiger Förderbescheid / vorläufiger Maßnahmenbeginn liegt noch nicht vor
- Bezuschlagter Bieter sträubt sich, den Ausbau vorzunehmen

Szenario 3

- Szenario 3:
- Wie Szenario 1, aber:
- Bezuschlagtes Unternehmen plant Ausbau mit Vectoring (entsprechendes Angebot wurde im Vergabeverfahren abgegeben)
- KvZ werden nach Abgabe des verbindlichen Angebots durch drittes Unternehmen mit VDSL überbaut
- Bezuschlagtes Unternehmen weigert sich, auszubauen bzw. den Vertrag zu erfüllen

Szenario 4

- a) Es werden nach Ende des Vergabeverfahrens Gebiete „zurückgegeben“, die nicht zum Ausbaugebiet gehörten, in der Markterkundung aber als Ausbau angegeben wurden
- b) Es werden während des laufenden Vergabeverfahrens Gebiete „zurückgegeben“

Sonstige zu behandelnde Sachfragen

- Sonstige zu behandelnde Sachfragen (können noch ergänzt werden):
- Zuwendungsbescheid vs. Kooperationsvertrag
- Verwendung von Mustern der atene.KOM GmbH
- Aufgreifschwelen
- Markterkundung (jetzt neu starten?)
- Mittelabrufe und Berichtspflichten in der Umsetzung des Förderprojekts
- Auf Nachfrage: spezielle Fragen im Betreibermodell