

## MEMORANDUM/KONZEPTBLATT

<b>Gegenstand:</b>	<b>Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Breitbandförderung</b>
<b>Auftraggeber:</b>	Gem. Pullach über IK-T
<b>Sachbearbeiter</b>	RA Johannes de Visser Ludwigstr. 73 84524 Neuötting Tel.: 08671/8865-22 Mail: <a href="mailto:jv@ruhrmann.com">jv@ruhrmann.com</a>

### I. Fragestellung

Fraglich ist, ob bei einem Breitbandausbau mit anschließender Verpachtung des Netzes an einen Betreiber überhaupt ein Vergabeverfahren durchzuführen ist, und falls ja welche Teile des Vergaberechts anwendbar sind.

### II. Ergebnis

Die Auswahl eines Netzbetreibers beinhaltet in aller Regel die Vergabe einer Dienstleistungskonzession (§105 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Der Netzbetreiber trägt dabei regelmäßig ein nicht zu vernachlässigendes wirtschaftliches und technisches Risiko aus dem späteren Netzbetrieb und hat unmittelbaren Zugriff auf die TK-Dienste. Die Bereichsausnahme des GWB ist daher in Bayern nicht anwendbar.

Erreicht der Vertragswert der Konzession den derzeit geltenden Schwellenwert von 5,35 Mio. EUR oder liegt er darüber (Oberschwellenbereich), ist für das jeweilige Auswahlverfahren des Netzbetreibers von der Geltung der Vorschriften des GWB und der KonzVgV über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auszugehen.

Liegt der Vertragswert darunter, ist das Unterschwellenvergaberecht anzuwenden. Gemäß der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich vom 31. Juli 2018 (AllMBl. S. 547), Ziffer 4.1, wird bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) zur Anwendung empfohlen.

## IV. Begründung

Die Rechtsprechung außerhalb Bayerns erachtet bei der Vergabe von Breitbandprojekten die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB (bzw. § 116 Abs. 2 GWB) als einschlägig, so etwa OLG Dresden (Beschluss vom 21.08.2019 –Verg 5/19), VK Sachsen (Beschluss vom 17.07.2019 -1/SVK/017-19) oder VK Mecklenburg-Vorpommern (Beschluss vom 13.12.2018 - 3 VK 9/18, VPR 2019, 47). Damit wäre das normale Vergaberecht (GBW, VgV, KonzVgV, UVgO, etc.) im Oberschwellenbereich nicht zwingend anwendbar.

Das OLG München hat dagegen entschieden, dass es das GWB restriktiv auslegt (Beschl. v. 22.07.2019, Verg 14/18). Es vertritt die Auffassung, dass die Bereichsausnahme des GWB nur bei „unmittelbarem Zugriff auf den TK-Dienst“ einschlägig sei. Nicht genügen soll es nach Auffassung des OLG München, wenn der Auftraggeber nur rechtliche Vorgaben in einem Vertrag macht.

Der Auftraggeber, in der Regel also die Gemeinden, haben bei Vergabe des Netzbetriebs an ein externes TK-unternehmen keinen „unmittelbarem Zugriff auf den TK-Dienst“, da der TK-Dienst durch Dritte erbracht wird.

Damit verengt das OLG München den Anwendungsfall der Bereichsausnahme enorm, denkbar wäre wohl allenfalls noch die Konstellation, dass Stadtwerke bei einem eigenwirtschaftlichen Ausbau eines von den STW betriebenen Netzes, welcher aber von der Gemeinde bezuschusst wird, bei der Bauvergabe des Netzes von der Bereichsausnahme erfasst werden. Bei Netzbetrieb durch ein anderes TK-Unternehmen wird die Bereichsausnahme in der Auslegung des OLG München jedoch nie greifen.

Daher geht auch das zuständige Bayerische Finanzministerium in seinem Hinweisdokument Vergaberecht BayGibitR von der nicht Einschlägigkeit der Bereichsausnahme aus. Damit kommt dem Auftragswert und dem Erreichen der Schwellenwerte eine besondere Bedeutung zu.