

**GIGABITBÜRO
DES BUNDES**

Ein Kompetenzzentrum des
Bundesministeriums für Verkehr
und digitale Infrastruktur

Im Auftrag des



Bundesministerium
für Verkehr und
digitale Infrastruktur

Vergabeverfahren beim Gigabitausbau





Vergabeverfahren beim Gigabitausbau

Für den Gigabitausbau werden regelmäßig öffentliche Gelder eingesetzt, die der Staat oder die Gemeinden zuvor in Form von Steuern eingenommen haben. Dabei kann es sich um eigene Mittel handeln. Häufig werden diese aber auch als Zuwendung auf der Grundlage eines Förderverfahrens von einer staatlichen Stelle (Fördermittelgeber) zur Verfügung gestellt. In beiden Fällen besteht ein öffentliches Interesse an einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung der eingesetzten Finanzmittel.

Das Vergaberecht stellt mit seinen Regeln und Vorschriften sicher, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz eingehalten werden. Öffentliche Aufträge müssen in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben werden. Ziel ist eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln.

Aufträge im Rahmen des Gigabitausbaus müssen daher in einem transparenten und wettbewerblichen Auswahlverfahren ausgeschrieben werden. Dies führt zwar zu einem Mehraufwand bei der Vorbereitung und Durchführung der Ausschreibungen, doch er lohnt sich. Denn so kann das fachlich am besten geeignete Unternehmen gefunden werden, das die ausgeschriebenen Leistungen am wirtschaftlichsten ausführt.

Entgegen gelegentlich geäußelter Vorbehalte bildet das Vergaberecht kein starres Korsett. Es bietet vielfältige Handlungsmöglichkeiten und kann bei richtigem Einsatz maßgeblich zum langfristigen Erfolg eines Gigabitprojekts beitragen.

Welche Regeln gelten?

Das Haushaltsrecht von Bund (§ 30 HGrG, § 55 BHO), Ländern (§ 55 LHO) und Kommunen (z. B. § 26 KommH-VO NRW, § Art. 31 KommHV Bayern) schreibt vor, dass Verträge über Lieferungen und Leistungen nur nach vorheriger Durchführung eines Vergabeverfahrens abgeschlossen werden dürfen. Im Fall von Fördermitteln gelten diese Regeln dann kraft Zuwendungsrecht.

Abhängig vom Wert des Auftrags und dem Auftragsgegenstand gelten unterschiedliche Regeln.

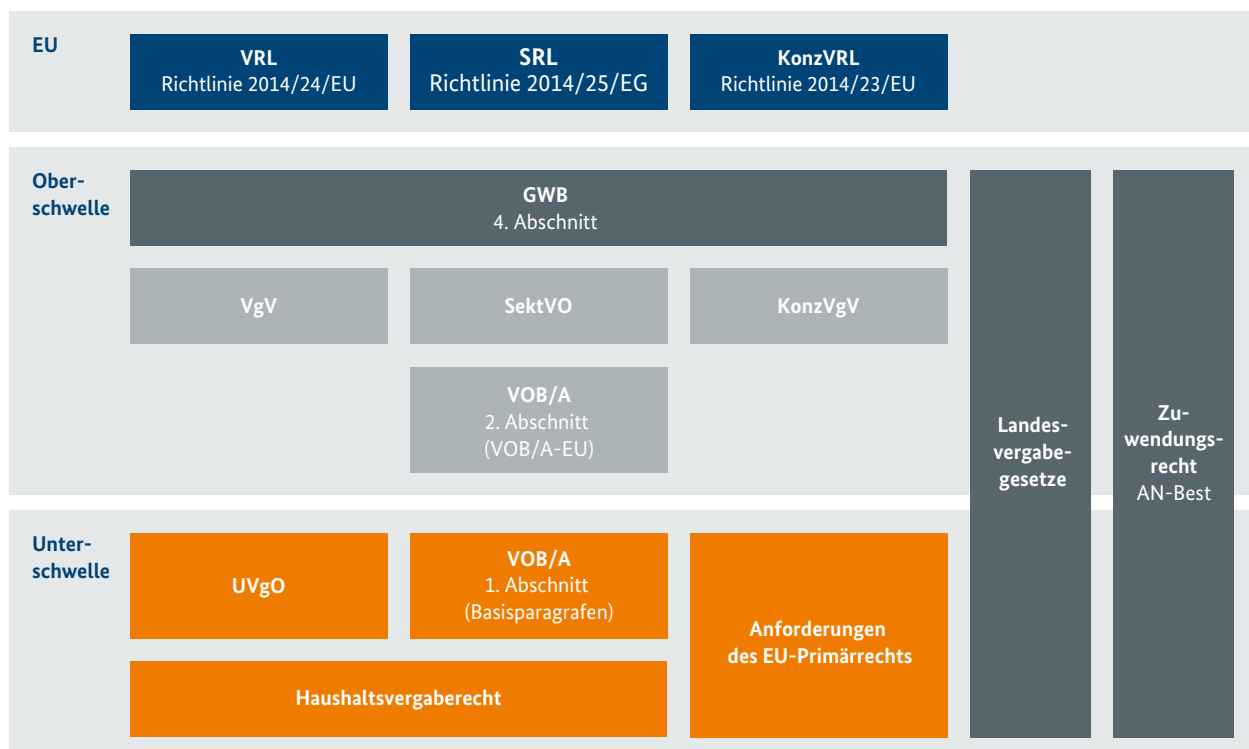
- (1) Zunächst muss bestimmt werden, ob ein Bauauftrag, ein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag oder aber eine Bau- bzw. Dienstleistungskonzession vergeben werden soll.
- (2) Maßgeblich ist dann der voraussichtliche Wert des Auftrags: Aufträge mit höherem Volumen (sog. Oberschwellenaufträge) unterliegen den strengeren Vorschriften des EU-Vergaberechts, das aus europäischen Richtlinien abgeleitet wird. Aufträge mit kleineren Volumina (sog. Unterschwellenaufträge) werden vom Haushaltsvergaberecht erfasst.

Vergaberechtliche Regelungen finden sich auf verschiedenen Ebenen:

- EU-Recht:
 - Primärrecht (AEUV, EUV)
 - Richtlinien
- Gesetze:
 - Vierter Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB)
 - Landesvergabegesetze
- Verordnungen:
 - Vergabeverordnungen (VgV, KonzVgV, SektVO)
- untergesetzliche Regelungen:
 - für Bauleistungen: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A Abschnitte 1 und 2)
 - für Liefer- und Dienstleistungen: Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)
 - kommunale Vergaberichtlinien und Erlasse

Eine Übersicht über die wesentlichen vergaberechtlichen Normen und Regelungen für den Gigabitausbau ist in Abbildung 1 dargestellt.

Übersicht über die vergaberechtlichen Regelungen (Abbildung 1)



Wie läuft das Vergabeverfahren ab?

Das Vergabeverfahren ist in aller Regel als strukturiertes Bieterverfahren ausgestaltet. Eine Ausnahme bildet die sogenannte Direktvergabe, bei der der Auftraggeber gezielt mit einem Unternehmen einen Vertrag schließen kann. Eine Direktvergabe ist aber nur bei Aufträgen mit sehr geringem Auftragswert zulässig. Die jeweils geltenden Schwellenwerte sind von der Auftragsart sowie den jeweils geltenden Vorschriften und Regelungen in den einzelnen Bundesländern abhängig.

Der Auftraggeber hat grundsätzlich die Wahl zwischen unterschiedlichen Verfahrensarten. Immer zulässig sind:

- einstufiges offenes Verfahren/öffentliche Ausschreibung
- zweistufiges nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb/beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb

Andere Verfahrensarten dürfen nur dann gewählt werden, wenn die dafür geltenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind oder die Förderbestimmungen eine freie Verfahrenswahl ausdrücklich zulassen.

Dies gilt zum Beispiel für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und den wettbewerblichen Dialog.

Anders ist die Rechtslage bei der Vergabe von Bau- oder Dienstleistungskonzessionen. Bei der Auswahl eines Netzbetreibers im Betreibermodell oder im Wirtschaftlichkeitslückenmodell handelt es sich um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Hier kann der Auftraggeber sein Verfahren frei gestalten (§ 12 KonzVgV), solange er die Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz beachtet. Um Fehler zu vermeiden, orientieren sich Konzessionsgeber häufig an einem der geregelten Verfahren. Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bietet sich als geeignete Verfahrensart an.

Unabhängig von der konkreten Verfahrensart beinhaltet ein Vergabeverfahren im Gigabitausbau folgende wesentliche Verfahrensschritte:

Schematische Darstellung des Ablaufs eines Vergabeverfahrens (Abbildung 2)



1. Bedarfsanalyse

Bevor das Ziel der Ausschreibung bestimmt wird, ist der Istzustand bezüglich der Breitbandversorgung zu ermitteln. Dazu gehören zwingend die Identifizierung der aktuellen Versorgung sowie die Ermittlung existierender Infrastrukturen (z. B. vorhandene Leerrohre) und der vorhandenen Anbieter. Auch sind Kostensenkungspotenziale durch Mitverlegung im Rahmen anderweitig geplanter öffentlicher oder privater Tiefbaumaßnahmen zu prüfen. Zudem ist das in Aussicht genommene Erschließungsgebiet zu definieren.

Die Bedarfsermittlung sollte möglichst alle relevanten Akteure einbinden und mit einer Kostenschätzung bzw.

Analyse der vorhandenen Finanzmittel einhergehen. Es sollte geprüft werden, ob es Zuschussmöglichkeiten aus den verschiedenen Förderprogrammen von Bund und Ländern gibt. Sofern externe technische oder juristische Beratungs- und Planungsleistungen im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens erforderlich sind, sollte der Berater möglichst frühzeitig eingebunden werden. Das Bundesförderprogramm unterstützt die Einbindung externer Beratungs- und Planungsleistungen durch Zuwendungen. Um förder-schädliche Konsequenzen zu vermeiden, sollte auf eine vergaberechtskonforme Beauftragung der externen Dienstleister geachtet werden.

2. Festlegung des Ausschreibungsziels

Auf der Grundlage der Ergebnisse der Bedarfsanalyse sind dann die konkreten Ziele und Inhalte der Ausschreibung festzulegen. Dazu kann auch die Erstellung von Machbarkeits- und/oder Wirtschaftlichkeitsstudien notwendig sein. Der angestrebte Ausbau- und Versorgungsgrad (z. B. Anzahl der zu versorgenden Haushalte, Qualität der Breitbanddienste) sowie das geplante technische Konzept sind zu bestimmen. Eine Aufteilung des Erschließungsgebiets in einzelne Lose, gegebenen-

falls mit zeitlich gestaffelter Ausbauplanung kann Teil des Erschließungskonzepts sein. Schließlich ist in dieser Phase auch zu klären, in welchem Modell der Gigabit-ausbau durchgeführt werden soll: Soll ein Betreibermodell gewählt oder das Wirtschaftlichkeitslückenmodell verfolgt werden? Abhängig davon gestalten sich die späteren Ausschreibungen: Bau und Betrieb werden entweder getrennt oder gemeinsam ausgeschrieben.

3. Markterkundung

Im nächsten Schritt sind die verbindlichen Ausbaupläne der privaten Anbieter für die nächsten drei Jahre zu ermitteln. Durch diese Markterkundung soll verhindert werden, dass bereits geplante Investitionen privater Netzbetreiber gehemmt und parallele Infrastrukturen geschaffen werden. Eine Markterkundung ist bei geförderten Gigabitvorhaben aus beihilferechtlichen Gründen zwingend vorgeschrieben. Die Frist für die Markterkundung muss zum Beispiel nach Bundes-

förderprogramm mindestens acht Wochen betragen. Auch beim eigenfinanzierten Ausbau sollte hierauf nicht verzichtet werden. Verläuft die Abfrage positiv, bedarf es keiner Ausschreibung. Die im Rahmen der Markterkundung ermittelten Ausbaubabsichten werden dann mit den Netzbetreibern konkretisiert und vertraglich festgelegt. Abhängig vom Ergebnis der Markterkundung kann eine Anpassung des vorgesehenen Erschließungsgebiets erforderlich werden.

4. Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Eine sorgfältige Vorbereitung ist die Grundlage für eine reibungslose und erfolgreiche Durchführung jedes Vergabeverfahrens. Für sie sollte daher genügend Zeit eingeplant werden. Folgende wesentlichen Punkte sind zu berücksichtigen:

Auf der Grundlage der Ergebnisse der vorangegangenen Schritte ist das passende Verfahren zu wählen (siehe hierzu S. 5).

Für dieses Verfahren sollte dann ein detaillierter Zeitplan erstellt werden, der auch die teilweise gesetzlich geregelten Fristen für die Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten berücksichtigt. Grundsätzlich müssen die Fristen immer angemessen sein, das heißt, sie müssen dem Umfang und der Komplexität der ausgeschrieben Leistungen gerecht werden. Im Zweifel sollten die Fristen für die Anbieter großzügig bemessen werden. Dies sichert die Qualität der Angebote und die Rechtssicherheit des Verfahrens. Die Fristen sind in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung mitzuteilen. Um den Anbietern die eigenen Planungen zu erleichtern, empfiehlt es sich, auch den Verfahrenszeitplan in die Vergabeunterlagen aufzunehmen. Für die Vergabe von Bau- oder Dienstleistungskonzessionen ist dies sogar gesetzlich vorgeschrieben (§ 13 Abs. 3 KonzVgV).

Um eine möglichst zielgerichtete Auswahl unter den Anbietern vornehmen zu können, sollten außerdem angemessene und mit dem zu vergebenden Auftrag in Verbindung stehende Eignungs- und Zuschlagskriterien entworfen werden. Gerade durch eine sorgfältige Kriegergestaltug lässt sich der Erfolg einer Ausschreibung maßgeblich beeinflussen. Dieser Schritt ist auch deshalb notwendig, weil die einmal festgelegten

Kriterien im weiteren Verfahren grundsätzlich nicht mehr geändert werden können.

Für jedes Vergabeverfahren sind umfangreiche Vergabeunterlagen zu erstellen. Diese müssen alle Angaben enthalten, die erforderlich sind, um den Anbietern eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Dazu gehören

- eine Aufforderung zur Abgabe von Bewerbungen/ Teilnahmeanträgen bzw. Angeboten;
- eine Beschreibung der geltenden Bewerbungsbedingungen einschließlich der Angabe von Eignungs- und Zuschlagskriterien;
- eine Beschreibung der zu vergebenden Leistungen, entweder in Form eines detaillierten Leistungsverzeichnisses oder in Form von funktionalen Leistungsanforderungen, wobei auch Mischformen zulässig sind; die Leistungsbeschreibung als zentrales Dokument der Vergabeunterlagen definiert die wirtschaftlichen und technischen Anforderungen des Auftraggebers; auch nicht zu unterschreitende Mindestanforderungen können aufgestellt werden; sowie
- die vertraglichen Grundlagen, zum Beispiel in Form eines Kooperationsvertrags.

Schließlich ist auch die Auftragsbekanntmachung zu entwerfen. Je nachdem, ob eine Oberschwellen- oder Unterschwellenvergabe durchgeführt werden soll, sind unterschiedliche Bekanntmachungsplattformen zu wählen. Bei EU-weiten Vergabeverfahren hat zwingend eine elektronische Bekanntmachung im Supplement zum EU-Amtsblatt zu erfolgen. Bei geförderten Projekten sind zudem häufig Anforderungen an die Bekanntmachung aus den jeweiligen Förderrichtlinien zu berücksichtigen.

5. Durchführung des Vergabeverfahrens

Das eigentliche Vergabeverfahren startet mit der Auftragsbekanntmachung. Die interessierten Bewerber und Bieter haben nun die Möglichkeit, die zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen zu erhalten. Üblicherweise wird das Vergabeverfahren elektronisch mithilfe einer E-Vergabeplattform abgewickelt. Dort können sich die Bewerber und Bieter die Unterlagen kostenlos herunterladen.

Bewerber und Bieter haben während der Teilnahme- bzw. Angebotsfrist die Möglichkeit, Fragen an den Auftraggeber zu richten. Der Auftraggeber stellt die Antworten allen interessierten Unternehmen auf der E-Vergabeplattform zur Verfügung.

Innerhalb der Teilnahme- bzw. Angebotsfrist können die interessierten Unternehmen dann ihre Teilnahmeanträge bzw. Angebote einreichen. Nach Ablauf der Frist erfolgt die Öffnung der Teilnahmeanträge bzw. Angebote. Hierbei ist das Vier-Augen-Prinzip einzuhalten.

Im Anschluss daran werden die Teilnahmeanträge bzw. Angebote geprüft und bewertet. Dies erfolgt in vier Stufen:

1. formale Angebotsprüfung
2. Prüfung von Ausschlussgründen und der formellen und materiellen Eignung der Bieter anhand der vorher bekannt gegebenen Eignungskriterien (bei einem zweistufigen Verfahren erfolgt die Eignungsprüfung vorab auf der ersten Stufe im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs)
3. Prüfung der Angemessenheit der Preise
4. vergleichende Angebotswertung anhand der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien

Werden bei der Prüfung der Angebote bzw. Teilnahmeanträge Mängel festgestellt, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, im Rahmen des vergaberechtlich zulässigen Handlungsspielraums fehlende oder fehlerhafte Angebotsunterlagen nachzufordern oder zu vervollständigen. In begrenztem Umfang können auch Fehler im Angebot korrigiert werden.

Bei einem Verfahren, in dem Verhandlungen zulässig sind, schließt sich die Verhandlungsphase an. Hier können dann mit den Bietern Verhandlungen über das gesamte Angebot geführt werden. Ausgenommen davon sind gestellte Mindestanforderungen sowie die Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Das Angebot, das alle Prüfungsstufen erfolgreich durchlaufen hat und nach den Zuschlagskriterien als am wirtschaftlichsten bewertet worden ist, erhält den Zuschlag. Bei EU-weiten Vergabeverfahren müssen die nicht zum Zuge kommenden Bieter vor der Zuschlagsentscheidung über die geplante Beauftragung des erfolgreichen Bieters informiert werden. Dabei müssen der Name des erfolgreichen Bieters, die Gründe für die Nichtberücksichtigung des eigenen Angebots sowie das frühestmögliche Datum für den Vertragsschluss mitgeteilt werden (§ 134 Abs. 1 GWB). Zwischen der Versendung dieser Vorinformation und dem Vertragsschluss müssen mindestens volle 15 Tage bzw. 10 Tage bei elektronischem Versand oder per Telefax liegen.

Mit dem Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot endet das Vergabeverfahren.

6. Dokumentation und Vergabevermerk

Um eine Überprüfung durch Nachprüfungsstellen, Gerichte, Aufsichtsbehörden, Fördermittelgeber oder Rechnungshöfe gewährleisten zu können, muss das gesamte Vergabeverfahren dokumentiert werden. Neben den jeweils einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften enthalten auch die Breitbandförderlinien Dokumentationsanforderungen. Die Dokumentation sollte grundsätzlich immer zeitnah und fortlaufend während des gesamten Verfahrens erfolgen.

Alle wesentlichen Entscheidungen sind in Form eines Vergabevermerks festzuhalten und zu begründen. Dazu gehören neben den allgemeinen Verfahrensdaten zum Beispiel auch die Wahl der Verfahrensart, die Ermittlung der Auftrags- bzw. Vertragswerte, die einzelnen Verfahrensschritte, die Gründe für die Nichtberücksichtigung von Angeboten und die Zuschlagsentscheidung.

Eine sorgfältige und umfassende Dokumentation ist die Visitenkarte eines jeden Vergabeverfahrens. Auf sie sollte daher entsprechendes Augenmerk gelegt werden.

Impressum

Herausgeber

Bundesministerium für Verkehr
und digitale Infrastruktur (BMVI)
Invalidenstraße 44
10115 Berlin
www.bmvi.de

Druck

Bundesministerium für Verkehr
und digitale Infrastruktur (BMVI)
Referat Z 32
Hausdruckerei

Redaktion und Gestaltung

Gigabitbüro des Bundes
Kapelle-Ufer 4
10117 Berlin
www.gigabitbuero.de

Bildnachweis

Fotos: iStock

Stand

Februar 2021

Gigabitbüro des Bundes
Kapelle-Ufer 4
10117 Berlin

Tel.: +49 (0) 30 2636 5040
Fax: +49 (0) 30 2636 5042
kontakt@gigabitbuero.de

www.gigabitbuero.de