

Hinweis:

**Auf den Beschluss des OLG München vom 25.03.2011,
Verg 4/11, wird hingewiesen!**

Antragstellerin:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Vorhaben: **Breitbanderschließung**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 19.01.2011 durch die Vorsitzende, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €
Auslagen sind nicht angefallen.

S a c h v e r h a l t :

1.
Die VSt schrieb für ... ein paralleles Markterkundungsverfahren und Auswahlverfahren nach Nr. 6.4.1 der Bayerischen Breitbandrichtlinie aus.

Gemäß Ausschreibung solle mit dem Markterkundungsverfahren ein Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze identifiziert werden, der sich ohne finanzielle Beteiligung Dritter in der Lage sehe, zu marktüblichen Bedingungen bedarfsgerechte Breitbanddienste im definierten Bedarfsgebiet anzubieten. Zeitgleich werde ein Auswahlverfahren nach Nr. 6.4 der "Richtlinie zur Förderung der Breitbanderschließung in ländlichen Gebieten (Breitbandrichtlinie)" in der Fassung vom 26. Mai 2009 durchgeführt. Das Auswahlverfahren diene der Identifizierung eines Netzbetreibers, der mit öffentlichem Zuschuss den Aufbau und Betrieb eines leitungs- oder funkbasierten Breitbandnetzes im definierten Bedarfsgebiet realisieren könne.

2.

Mit Datum vom 08.11.2010 gab die ASt eine Offerte für das Auswahlverfahren ab.

3.

Mit Schreiben vom 17.11.2010 teilte die VSt der ASt mit, dass sie sich für einen Mitbewerber entschieden habe.

4.

Aufgrund zweier Presseartikel vom xx. bzw. xx.xx.xxxx rügte die ASt mit Schreiben vom xx.xx.xxxx die fehlerhafte Einhaltung der Vorgaben nach Ziff. 6.4.4 der Breitbandrichtlinie, wonach derjenige Netzbetreiber auszuwählen sei, der unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit den geringsten Zuschussbedarf benötige. Daneben wurde gerügt, dass die VSt den Erschließungsgrad nicht hinreichend für die Auswahl berücksichtigt habe.

5.

Mit Schreiben vom 13.12.2010 teilte die VSt der ASt mit, dass sie beabsichtige, den Kooperationsvertrag nach Abschluss des Verfahrens an die X zu vergeben. Das Angebot der ASt müsse zwingend ausgeschieden werden, weil Förderungsadressaten die Gemeinden seien und beim Angebot der ASt die konkrete Kostenbelastung und damit auch nicht die Förderungsberechnung jeder einzelnen Gemeinde habe ermittelt werden können.

Dies rügte die ASt mit Schreiben vom 14.12.2010 mit der Begründung, der Ausschreibungstext beinhalte keine konkrete Vorgabe zum Ausweis einer konkreten Kostenbelastung einzelner Gemeinden. Als Anlage zu diesem Schreiben übersandte die ASt der VSt eine Auflistung konkreter Kostenbelastungen der Gemeinden.

6.

Am 15.12.2010 erhob die ASt Nachprüfungsantrag und beantragte,

1. Die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu erteilen;
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

7.

Mit Telefax vom 17.12.2010 teilte die Vergabekammer der ASt mit, dass sie nach Prüfung des Nachprüfungsantrags festgestellt habe, dass es sich bei der angegriffenen Vergabe um keinen Auftrag i.S.v. § 99 GWB handeln und somit ein Rechtsweg nach § 102 ff GWB nicht eröffnet sein dürfte. Demzufolge sehe die Vergabekammer keine Möglichkeit, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Die ASt wurde um Mitteilung gebeten, ob sie an ihrem Antrag festhalten wolle.

8.

Mit Schriftsatz vom 22.12.2010 führte die ASt aus, der Rechtsweg zur Vergabekammer nach § 102 GWB sei eröffnet, da der ausgeschriebene Ausbau und Betrieb eines leitungs- oder funkbasierten Breitbandnetzes eine zu erbringende Dienstleistung darstelle.

8.1 Öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB

8.1.1 Vertrag

Es handle sich um einen öffentlichen Auftrag. Nach der Legaldefinition des § 99 Abs. 1 GWB seien öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand hätten. Das Markterkundungs- und Auswahlverfahren der VSt als öffentliche Auftraggeberin i.S. des § 98 GWB sei auf Abschluss eines Vertrages mit dem Bieter gerichtet.

8.1.2 Beschaffung

Die Deckung eines eigenen Beschaffungsbedarfs des öffentlichen Auftraggebers sei keine Tatbestandsvoraussetzung des öffentlichen Auftrags i.S. von § 99 GWB. Mithin sei ausreichend, dass der öffentliche Auftraggeber überhaupt Aufträge vergebe, zu welchem Zweck auch immer, so dass davon auch Aufträge umfasst würden, die ein öffentlicher Auftraggeber vergebe, um seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, und Aufträge, die in keinem Zusammenhang mit derartigen Aufgaben stünden.

8.1.3 Entgelt

Der Begriff des Entgelts sei weit auszulegen und umfasse jede Art von Vergütung, die einen geldwerten Vorteil bedeute. Im vorliegenden Fall lägen zwei Formen der Vergütung vor. Zum einen solle der Bieter eine Vergütung durch Dritte, d.h. Endkunden für die Nutzung des funkbasierten Breitbandnetzes, erhalten. Zum anderen solle er darüber hinaus von Auftraggeberseite einen vollständigen Ausgleich der ermittelten Wirtschaftlichkeitslücke in Form von Zuschüssen und Zahlungen eines Entgeltanteils des ... und der Gemeinden erhalten.

8.1.4 Dienstleistungsauftrag

Art. 1 Abs. 2 d der Vergabekoordinierungsrichtlinie (RL 2004/18/EG) definiere öffentliche Dienstleistungsaufträge als öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen i.S.d. Anhangs II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge seien. Die ausgeschriebenen Leistungen seien in Anhang II der VKR unter Kategorie 5, CPC Nr. 752 (Fernmeldewesen) enthalten.

Ergänzend definiere § 49 Abs. 4 GWB (*gemeint ist wohl § 99 Abs. 4 GWB*) Dienstleistungsaufträge als Verträge über Leistungen, die weder Liefer- noch Bauverträge seien.

Beide Voraussetzungen seien erfolgt.

8.1.5 Keine Dienstleistungskonzession

Es handle sich auch nicht um eine - nur eingeschränkt dem Vergaberechtsregime unterfallende - Dienstleistungskonzession. Es sei nicht von einer Dienstleistungskonzession auszugehen, wenn das wirtschaftliche Risiko ganz oder überwiegend beim Auftraggeber verbleibe. Eine Dienstleistungskonzession scheidet aus, wenn der Auftragnehmer zwar von seinem Recht Gebrauch mache, Nutzungsgebühren einzuziehen, der öffentliche Auftraggeber sich aber verpflichte, etwa bestehende Fehlbeträge mittels Zuwendung wieder auszugleichen.

Die Ausschreibung und die Fassung der Breitbandrichtlinie würden einen Verlustausgleich ex ante beinhalten, so dass die von den Bietern unter Berücksichtigung sämtlicher betriebswirtschaftlicher Faktoren ermittelte Deckungs- bzw. Wirtschaftlichkeitslücke, d.h. das Risiko eines Verlustes, seitens der VSt bereits im Vorfeld ausgeglichen werde.

8.1.6 Vergleich mit anderen Bundesländern

Die Annahme, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag handeln müsse, der den vergaberechtlichen Bestimmungen unterfalle, sei auch den Merkblättern anderer Bundesländer bzw. den Ausschreibungstexten anderer Vergabestellen in vergleichbaren Konstellationen zu entnehmen.

8.2

Einer Anwendbarkeit des GWB stehe auch § 100 Abs. 2 Buchst. k GWB nicht entgegen, da das streitgegenständliche Auswahlverfahren nicht dem Zweck diene, der VSt bestimmte Tätigkeiten auf dem Telekommunikationssektor zu ermöglichen.

9.

Am 29.12.2010 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag mit Telefax an die Vergabestelle übermittelt.

10.

Mit Schreiben vom 04.01.2011 stellte die VSt folgende Anträge:

1. Die Anträge der Antragstellerinnen vom 15.12.2010 werden als unzulässig zurückgewiesen.
2. Den Antragstellerinnen werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Mit Schreiben vom 05.01.2010 begründete die VSt ihre Anträge.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, mangels eines Vergabeverfahrens im Sinne der §§ 97 ff. GWB sei ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer nicht statthaft. Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) sei beim Vollzug des Bayerischen Breitbandförderprogramms nicht eröffnet, da schon kein öffentlicher Auftrag vorliege.

Nach § 99 Abs. 1 GWB setze ein öffentlicher Auftrag die Beschaffung von Leistungen voraus. Zwar komme es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, zu welchem Zweck die Beschaffung erfolge. Insoweit bestehe kein Unterschied, ob die Beschaffung einem öffentlichen Auftraggeber dazu diene, seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, oder ob sie in keinem Zusammenhang mit derartigen Aufgaben erfolgten. Voraussetzung für einen öffentlichen Auftrag sei jedoch, dass überhaupt eine Beschaffung vorliege. Ein öffentlicher Auftrag setze somit stets voraus, dass der betreffende öffentliche Auftraggeber für sein Entgelt eine unmittelbare Gegenleistung erhalte. An einem solchen Austauschverhältnis fehle es aber im vorliegenden Fall. Weder erhalte die Gemeinde eine Gegenleistung, noch stehe dem ein Entgelt der Gemeinde gegenüber. Im Rahmen des Bayerischen Breitbandförderprogramms würden die Gemeinden Zuwendungen an private Netzbetreiber gewähren zur Schließung einer Wirtschaftlichkeitslücke für deren Investitionen in Breitbandinfrastrukturen, welche die Netzbetreiber für die bedarfsgerechte Versorgung der jeweiligen Gemeinde betreiben. Die aufgebaute Infrastruktur verbleibe im Eigentum der Netzbetreiber und falle auch zu keinem späteren Zeitpunkt in das Eigentum der Gemeinden. Die Infrastruktur werde eigenwirtschaftlich von den Netzbetreibern betrieben. Die Gemeinde erhalte somit weder

Eigentum an der Infrastruktur oder eine Gewinnbeteiligung aus dem Betrieb, noch könne sie die Telekommunikationsdienstleistungen ohne weitere Vergütung in Anspruch nehmen. Für die öffentliche Zuwendung würden die Gemeinden also keinerlei unmittelbare Gegenleistung erhalten. Es handle sich daher nicht um einen öffentlichen Auftrag, sondern um eine staatliche Zuwendung, die dem EU-Beihilferecht unterliege. Das Bayerische Breitbandförderprogramm sei in dieser Ausgestaltung auch durch die Europäische Kommission notifiziert worden.

11.

Mit Schriftsatz vom 13.01.2011 äußerte sich die ASt zur Antragsrwiderrung der VSt. Auf den Schriftsatz wird verwiesen.

Mit Telefax vom 13.01.2011 hat die Vergabekammer der ASt mitgeteilt, dass sie in den nächsten Tagen gem. § 112 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. GWB nach Lage der Akten ohne mündliche Verhandlung darüber entscheiden werde, ob vorliegend ein förmliches Vergabeverfahren nach dem GWB hätte durchgeführt werden müssen.

12.

Die Vergabekammer hat am 19.01.2010 nach Aktenlage über den Antrag entschieden.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht statthaft.

Der Vierte Teil des GWB und mithin die Bestimmungen über das Nachprüfungsverfahren gelten nicht für ein Auswahlverfahren nach Nr. 6.4 der "Richtlinie zur Förderung der Breitbanderschließung in ländlichen Gebieten (Breitbandrichtlinie)".

Die Geltung der genannten Vorschriften ist ausgeschlossen, da es sich um keinen öffentlichen Auftrag handelt und der Schwellenwert nicht erreicht wird.

- a) Die Vergabekammer ist für die Entscheidung über die Frage, ob vorliegend ein förmliches Vergabeverfahren nach dem 4. Abschnitt des GWB hätte durchgeführt werden müssen, nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV örtlich und sachlich zuständig.
- b) Die streitgegenständliche Ausschreibung unterliegt nicht einem von der Vergabekammer zu überprüfenden Vergaberechtsschutz.

aa) Bei der angegriffenen Vergabe handelt es sich um keinen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB, der Rechtsweg zur Vergabekammer gem. § 102 GWB ist daher nicht eröffnet.

Voraussetzung für einen öffentlichen Auftrag ist, dass überhaupt eine Beschaffung vorliegt. Ein öffentlicher Auftrag setzt somit voraus, dass der betreffende öffentliche Auftraggeber für sein Entgelt eine unmittelbare Gegenleistung erhält. An einem solchen Austauschverhältnis fehlt es aber im vorliegenden Fall. Weder erhält die Gemeinde eine Gegenleistung, noch steht dem ein Entgelt der Gemeinde gegenüber.

Im Rahmen des Bayerischen Breitbandförderprogramms gewähren die Gemeinden vielmehr Zuwendungen an private Netzbetreiber zur Schließung einer Wirtschaftlichkeitslücke bei deren Investitionen in Breitbandinfrastrukturen, welche diese zur bedarfsgerechten Breitbandversorgung in den jeweiligen Gemeinden bereitstellen. Die aufgebaute Infrastruktur verbleibt im Eigentum der Netzbetreiber und fällt auch zu keinem späteren Zeitpunkt in das Eigentum der Gemeinde. Die Infrastruktur wird eigenwirtschaftlich von den Netzbetreibern betrieben.

Die Gemeinde erhält weder Eigentum an der Infrastruktur oder eine Gewinnbeteiligung aus dem Betrieb, noch kann sie die Telekommunikationsdienstleistungen ohne weitere Vergütung in Anspruch nehmen. Für die öffentliche Zuwendung, welche die Gemeinden im Rahmen des Förderprogramms an die Netzbetreiber auszahlen, erhalten die Gemeinden also keinerlei unmittelbare Gegenleistung.

Es handelt sich daher nicht um einen öffentlichen Auftrag, sondern um eine staatliche Zuwendung.

Eine andere Rechtsauffassung ergibt sich auch nicht bei Betrachtung der von der ASt beispielhaft vorgelegten EU-weiten Ausschreibungen aus anderen Bundesländern. Denn es ist im Zuwendungsrecht üblich, dass für Zuwendungsempfänger oder Maßnahmen, die nicht direkt dem Vergaberecht unterfallen, von der öffentlichen Hand als Zuwendungsgeber das Vergaberecht verbindlich für entsprechend anwendbar erklärt wird. Als Beispiel hierfür kann auf die Formulierungen im baden-württembergischen Leitfaden für Kommunen vom 17.09.2010 betreffend die "Förderung von Zuwendungen an private Breitbandanbieter" hingewiesen werden. Dort werden unter "Schritt 2, Buchst. A, Ziff. 4 und 5" sowie unter "Schritt 2, Buchst. C, Ziff. 1 bis 3" die Regelungen der VOL/A für *entsprechend* anwendbar erklärt.

Eine solche Formulierung bringt lediglich zum Ausdruck, dass der Zuwendungsgeber die materiellen Regelungen der VOL/A bei der Ausschreibung vorschreibt. Eine

Überprüfung dieser Festlegung in einem Nachprüfungsverfahren wird dadurch nicht legitimiert. Dies bleibt ausschließlich dem Gesetzgeber überlassen.

bb) Der Anwendungsbereich des GWB wäre auch dann nicht eröffnet, wenn von einem öffentlichen Auftrag auszugehen wäre, da der Schwellenwert von 4.845.000,- € nicht erreicht wird (§ 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV).

Nach Ziffer 1 der Breitbandrichtlinie fördert der Freistaat Bayern die zur Herstellung einer bedarfsgerechten Breitbandinfrastruktur notwendigen Investitionen. Die Ausgaben dienen zur Schließung einer Wirtschaftlichkeitslücke bei den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze für die Investitionen in leitungsgebundene und/oder funkbasierte Breitbandinfrastrukturen. Ziel der Förderung ist also, den Bau und die Errichtung der Leitungen bzw. der Funkstationen anzuschieben.

Der derzeitige Schwellenwert für Bauaufträge beträgt 4.845.000,- €

Die von der ASt vorgelegte Offerte weist Investitionskosten für die Errichtung der Technik (..... +) von x.xxx.xxx,- € netto aus und erreicht damit nicht den vorgegebenen Schwellenwert.

2.

Es konnte gem. § 112 Abs. 1 Satz 3 2. Alt. GWB ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten entschieden werden.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

a) Die ASt hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der VSt zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB).

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB.

c) Für das Verfahren wird die Mindestgebühr nach § 128 Abs. 2 GWB von 2.500,- € angesetzt.

Da das Nachprüfungsverfahren ohne Beiladung und ohne mündliche Verhandlung durchgeführt werden konnte, wird die Gebühr um jeweils xxx,- € auf x.xxx,- € reduziert.

Die Gebühr wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von 2.500,- € verrechnet.
Der übersteigende Betrag in Höhe von x.xxx,- € wird nach Bestandskraft des Beschlusses zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....

.....