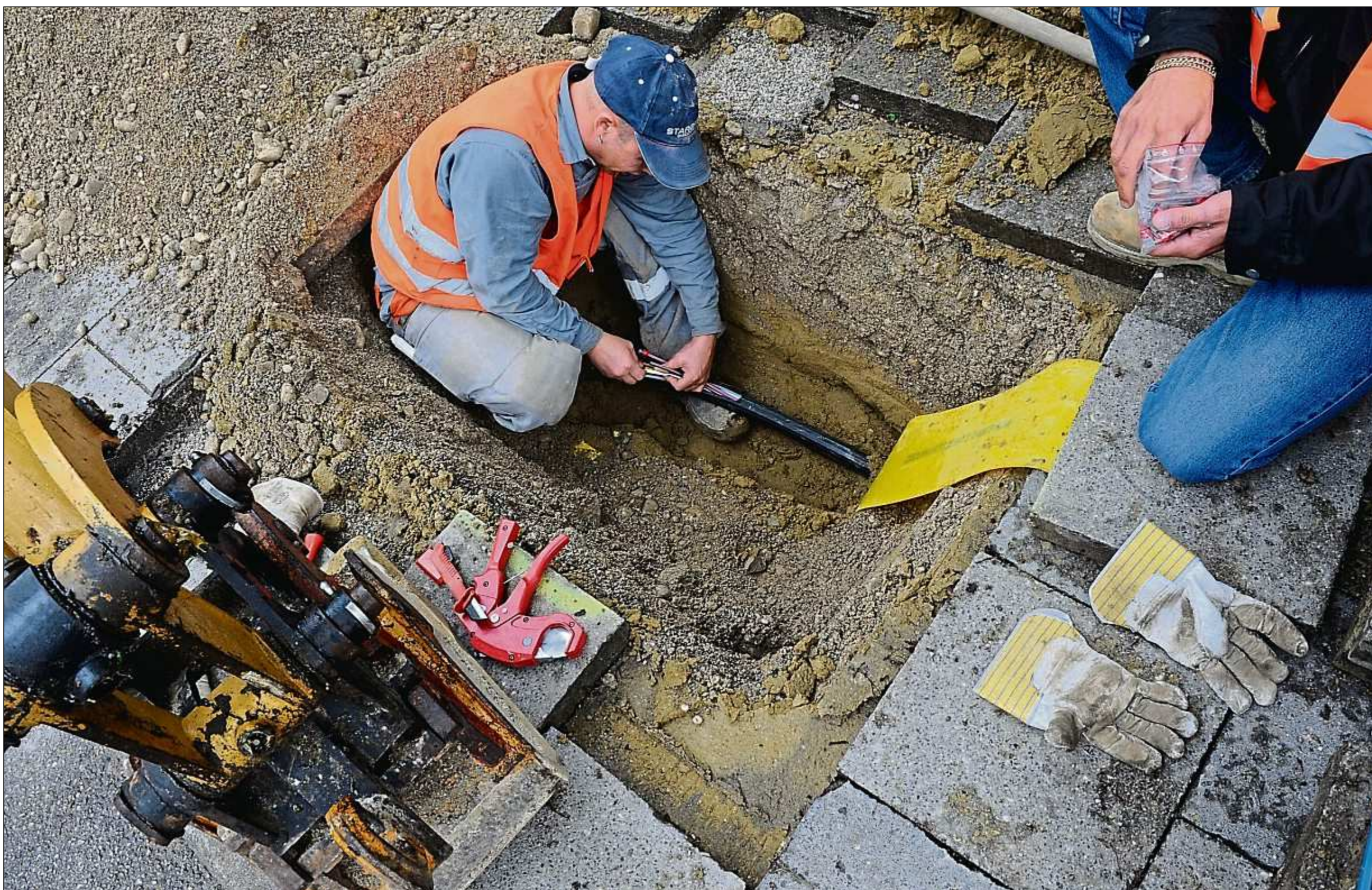




Beim Breitbandausbau gab es in einer Stadt Streit.

FOTO DPA

Vergabekammer Südbayern zum Auswahlverfahren beim Aus-/Aufbau eines NGA-Netzes

Breitbandkabelausschreibung nicht nachprüfbar

Eine Stadt hat ein Verfahren gemäß Ziffer 4.3 der bayerischen Breitbandrichtlinie (BbR) zur Auswahl eines Netzbetreibers eingeleitet, der mit einem öffentlichen Zuschuss den Aufbau und Betrieb eines NGA-Netzes (Next Generation Access Network) verwirklichen kann. Die Stadt hob das Auswahlverfahren in der Folge jedoch auf. Dagegen wandte sich ein Bieter mit einem Nachprüfungsantrag, weil er die Auftragserteilung für die städtische Breitbandversorgung begehrte. Ohne Erfolg.

Die Vergabekammer Südbayern (Beschluss vom 27. Mai 2015, Az.: Z3-3-3194-1-15-03/15) wies den

Nachprüfungsantrag als unzulässig zurück. Bei dem ausgeschriebenen Vertrag über die Breitbandkabelversorgung handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession, für die der Rechtsweg zur Vergabekammer (noch) nicht eröffnet ist. Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Wesensmerkmal einer Dienstleistungskonzession ist demnach, dass dem Auf-

tragnehmer (= Konzessionär) das Recht zur Nutzung übertragen wird und der Konzessionär sein Entgelt von Dritten erhält und ein wirtschaftliches Risiko trägt.

Zwar stellt ein Vertrag zur Breitbandkabelversorgung grundsätzlich einen Beschaffungsvorgang dar. Gewährt ein öffentlicher Auftraggeber aber lediglich Zuschüsse dafür, dass ein Dritter etwas beschafft, liegt schon kein vergaberechtspflichtiger öffentlicher Auftrag nach § 99 Abs. 1 GWB vor. Ein öffentlicher Auftrag erfordert, dass die Vergabestelle für ihr Entgelt eine unmittelbare Gegenleistung erhält. An einem solchen Austauschverhält-

nis fehlt es bei Verfahren im Rahmen des bayerischen Breitbandförderprogramms. Danach werden von Gemeinden Zuwendungen an private Netzbetreiber zur Schließung einer Wirtschaftlichkeitslücke bei deren Investitionen in Breitbandinfrastrukturen geleistet, die wiederum die bedarfsgerechte Breitbandversorgung in den Gemeinden bereitstellen. Die aufgebaute Breitbandinfrastruktur verbleibt im Eigentum der Breitbandnetzbetreiber und fällt auch zu keinem späteren Zeitpunkt in das Eigentum der Gemeinde und wird darüber hinaus eigenwirtschaftlich von den Breitbandnetzbetreibern be-

trieben, so die Münchner Vergabekammer.

Der Breitbandkonzessionär errichtet und betreibt ein Breitbandnetz, erhält seine Vergütung dafür von Dritten und trägt ein gewisses wirtschaftliches Risiko. Denn die Breitbandkabelkunden zahlen die Vergütung für die Nutzung des Netzes nicht an die jeweilige Kommune, sondern an den Konzessionär, sprich an den Breitbandkabelanbieter. Dieser übernimmt regelmäßig ein – wenn auch eingeschränktes – wirtschaftliches Risiko, weil er ausreichend Kunden zur Breitbandkabelversorgung gewinnen muss. Dieses Risiko wird durch die Gewährung der öffentli-

chen Zuschüsse in der Regel nicht vollständig ausgeglichen. Im Gegensatz zu Ausgleichszahlungen, welche wiederkehrende Verluste ausgleichen sollen, bleibt es bei der einmaligen Anschubfinanzierung. Die Höhe der Finanzierung beruht nicht nur auf der Kalkulation der Infrastrukturkosten, sondern auch auf der Prognose der Breitbandanbieter, in welcher Höhe und mit wie vielen Kunden Verträge abgeschlossen werden können, resümiert die südbayerische Vergabekammer.

> **HOLGER SCHRÖDER**

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Laut OLG Saarbrücken ist ein Ausschluss möglich

Negative Erfahrung werten

Das OLG Saarbrücken hat zu einer nationalen Vergabe entschieden, dass die Nichtberücksichtigung eines Bieters auch auf negative Erfahrungen anderer Auftraggeber mit diesem Unter-

schreibung ausgeschrieben. Dieses Verfahren wurde mangels wirtschaftlichen Ergebnisses aufgehoben. Der Auftraggeber beschloss, eine beschränkte Ausschreibung einzuleiten. Hierzu wurden ver-

hiergegen mit einstweiliger Verfügung vor.

Das Gericht ist der Argumentation des Auftraggebers gefolgt, wonach die Nichtberücksichtigung dieses Unternehmens mit Blick auf schlechte Erfahrungen anderer Auftraggeber zulässig war. Das OLG Saarbrücken stellte hierzu fest, dass es dem Auftraggeber grundsätzlich freisteht, wie er sich für die Eignungsbeurteilung erforderliche Kenntnisse beschafft. Auch stehen positive Referenzen eines Bieters der Berücksichtigung negativer Referenzen nicht entgegen. Vorliegend durften zwei Projekte, bei denen dem klagenden Bieter wegen Leistungsverzugs gekündigt worden war, als negative Referenzen gewertet werden.

Fazit: Die öffentlichen Auftraggeber sind berechtigt, negative Referenzen eines Bieters bei der Beurteilung der Eignung zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn der Bieter zugleich positive Referenzen vorlegt. > **BSZ**

Ausschreibungen in Bayern

Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER



www.staatsanzeiger-eservices.de

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de

Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe



Staatsanzeiger
eServices

Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung

ANZEIGE



VOF

Wir führen für öffentliche Auftraggeber VOF-Verfahren durch.

RAe Prof. Rauch & Partner, Regensburg
www.prof-rauch-baurecht.de

nehmen gestützt werden kann. In dem entschiedenen Fall hatte ein Auftraggeber Bauleistungen im Rahmen einer öffentlichen Aus-

schiedene Unternehmen, die sich im aufkommenden Verfahren beteiligt hatten, nicht jedoch der Kläger, eingeladen. Dieser ging