

# Beim geförderten Breitbandausbau unnötig?

Zum häufig bestehenden Missverständnis in Ausbauprojekten

**(BS/Christine Grau, LL.M./Markus Lennartz) Immer wieder stößt man auf die Annahme, dass im geförderten Breitbandausbau die Vorschriften des Vergaberechts nicht anwendbar seien. Die Vorschriften des § 116 Abs. 3 GWB sowie des § 149 Nr. 8 GWB legen dies nahe, da der Bau bzw. der Betrieb eines Breitbandnetzes und somit eines Kommunikationsnetzes im Sinne dieser Vorschriften Gegenstand des geförderten Breitbandausbaus ist. Dies führt stellenweise so weit, dass die strengen Vorgaben des Vergaberechts, insbesondere hinsichtlich der Formulierung der Zuschlagskriterien und der Unveränderbarkeit der Vergabebedingungen, ignoriert werden. Doch so einfach kann man es sich nicht machen.**

Die Vorschriften, auf denen der geförderte Breitbandausbau beruht, sehen ausdrücklich vor, dass die Vergabe der Beihilfe nicht gegen die zwingenden Grundsätze des Vergaberechts verstoßen darf. Insbesondere sind Transparenz-, Diskriminierungs- und Gleichbehandlungsgebot zwingend zu beachten.

Entsprechend den "Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (2013/C 25/01)" ist ein wettbewerbliches Auswahlverfahren zwingend erforderlich (vgl. RN 78 c). Das betreffende Auswahlverfahren muss mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinien im Einklang stehen. Die Ausschreibung muss für alle Unternehmen, die beabsichtigen, ein Angebot für die Durchführung des geförderten Projekts zu unterbreiten, transparent sein. Die Verpflichtung zur Einhaltung des Vergaberechts ist dementsprechend auch in der "Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next-Generation-Access (NGA)-Breitbandversorgung" festgelegt: So sieht § 5 Abs. 4 vor, dass die Bestimmungen des Haushalts- und Vergaberechts zu beachten sind, die Ausschreibungen müssen mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinie im Einklang stehen. Diese Verpflichtung ist ebenfalls in Ziffer 5.3 der Förderrichtlinie des Bundes niedergelegt. Das führt letztlich zur Anwendung vergaberechtlicher Grundsätze und damit weitgehend zu einer analogen Anwendung der vergaberechtlichen Vorgaben.

## Am Ende droht die Rückforderung

Von diesen Verpflichtungen kann man sich daher nicht einfach lösen, indem man in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabebedingungen darauf hinweist, dass man aufgrund § 116 Abs. 3 GWB bzw. § 149 Nr. 8 GWB nicht an das Vergaberecht gebunden sei.

Im Zweifelsfall hat die Kommune, welche die Beihilfe ausschreibt, zu beweisen, dass die Ausschreibung mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinie im Einklang stand. Wird im Vergabeverfahren gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts verstoßen, beste-



**Christine Grau, LL.M., und Markus Lennartz** sind beide Salaried Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Frankfurt am Main.

Fotos: BS/ Kanzlei Heuking Lüer Wojtek

hen hieran zumindest erhebliche Zweifel, die nur schwer bis gar nicht ausgeräumt werden können. Grundlegende Fehler können daher bis zu einer Rückforderung von Fördermitteln führen.

Daher ist zu empfehlen, die Vorschriften, die in der EU-Vergaberichtlinie und den darauf beruhenden Rechtsvorschriften im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung (VgV), der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) oder der VOB niedergelegt sind, zu beachten.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Kommunen an die eigenen Angaben in der Auftragsbekanntmachung sowie in den Vergabebedingungen gebunden sind. Abweichungen hiervon sind nur im Rahmen der vergaberechtlichen Vorschriften möglich.

Beispielsweise stellen sich zurzeit viele Kommunen die Frage, ob sie die in der Bundesförderrichtlinie in der Fassung vom 3. Juli 2018 enthaltene Upgrade-Möglichkeit auf FttB wahrnehmen. Dies dürfte in den meisten Fällen im laufenden Vergabeverfahren nicht möglich sein. Änderungen an der Leistung dürfen nicht zu einer wesentlichen Änderung des Vergabegegenstandes führen. Dies würde gegen den Grundsatz der Transparenz und des Wettbewerbs verstoßen

## Mehr zum Thema

Die Änderungen der Breitbandförderrichtlinie stehen im Mittelpunkt des Seminars "Update Breitbandförderrichtlinie" am 24. Januar 2019 in Hamburg.

Weitere Information und Anmeldung unter: [www.fuehrungskraefte-forum.de](http://www.fuehrungskraefte-forum.de), Suchwort "Förderrichtlinie"

Änderungen an der Leistung finden ihre Grenze darin, dass der Gegenstand der Vergabe das in der Auftragsbekanntmachung benannte Beschaffungsziel bleiben muss. Zwar sind Präzisierungen und auch Änderungen der geforderten Leistung zulässig, z. B. bei unwesentlichen Änderungen von Adressdaten, es darf aber im Ergebnis nicht etwas

anderes beschafft werden als in der Auftragsbekanntmachung angegeben.

## Auftrag kann nichtig sein

Die Änderung der Ausbauziele von Bandbreiten, die mit FttC-Technik hin zu Bandbreiten, die nur mit einem FttB-Ausbau realisiert werden können, ändert regelmäßig den Auftragsgegenstand in technischer Hinsicht wesentlich ab. Insbesondere dürfte sich in einem solchen Fall der Kreis der an dieser Ausschreibung interessierten Bieter ändern, sodass die mit geringeren Zielbandbreiten veröffentlichte Vergabe regelmäßig aufzuheben und ein neues Vergabeverfahren mit höheren Zielbandbreiten zu beginnen wäre.

Ein Verstoß hiergegen kann gravierende Folgen haben. Im Falle eines Verstoßes gegen die vergaberechtlichen Vorgaben, ist die Beihilfe für die Errichtung oder den Betrieb der Infrastrukturen z. B. nicht von der Anmeldepflicht gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt. Die Aufträge können dann sogar gem. § 134 BGB nichtig sein.

Auch wäre eine auf dieser Grundlage ausgezahlte Beihilfe rechtswidrig und der daher rechtswidrig erlangte Wettbewerbsvorteil gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV abzuschöpfen. Das bedeutet letztlich, die Beihilfe müsste gegebenenfalls vollumfänglich zurückgefordert werden.

Die gleichberechtigte und diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter auf der Grundlage objektiver Beurteilungskriterien ist unverzichtbare Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Zuwendung. Die genaue Beachtung der Vergabevorschriften führt daher nicht nur zu einem reibungslosen Verfahrensablauf, sondern auch zu einer rechtssicheren Auszahlung der Beihilfe.