

Update Vergaberecht

Vergabe von Konzessionen für Breitbandanschlüsse

OVG Sachsen, Beschluss vom 13.10.2022 – 4 B 241/22

Der Landkreis L machte die Vergabe von Zuwendungen zur Erschließung von bislang noch unterversorgten Gebieten mit Breitbandanschlüssen im EU-Amtsblatt bekannt. Das Verfahren wurde dabei "entlang der Regelungen der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) in Verbindung mit den Regelungen der Vergabeverordnung (VgV) ausgestaltet". L schloss dabei das Angebot des Bieters B u.a. wegen einer Abweichung von den Vorgaben der Vergabeunterlagen aus. Nachdem ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen den Ausschluss vor dem VG erfolglos blieb, erhob B Beschwerde zum OVG.

Ohne Erfolg! Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts sei nicht zu beanstanden. Das Kartellvergaberecht nach dem GWB sei nicht direkt anwendbar, da jedenfalls der Ausnahmetatbestand des § 149 Nr. 8 GWB (für Konzessionen u. a. über die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze) einschlägig sei. Die Frage, ob L Zuwendungen von dritter Seite weiterreiche, sei ohne Belang. Auch aus den „Rahmenregeln der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (NGA-RR)“, nach welchen der Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot auszuwählen sei, folge keine Festlegung eines bestimmten Verfahrens. L habe das Auswahlverfahren jedoch in Anlehnung an die kartellvergaberechtlichen Regelungen gestalten dürfen. Insofern sei L berechtigt gewesen, die KonzVgV und die VgV anzuwenden. Entscheidend für den Erfolg des Antrags sei somit, ob auf dem Weg der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots Angebote unter Rückgriff auf die vergaberechtlichen Regelungen ausgeschlossen werden dürften. Gemessen an diesem Maßstab sei das Verwaltungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass der Ausschluss des B nach der im einstweiligen Rechtsschutz gebotenen summarischen Prüfung nicht zu beanstanden ist. Jedenfalls sei ein Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV aufgrund einer Abweichung von den Vorgaben der Vergabeunterlagen zu Recht erfolgt.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung bestätigt, dass Konzessionen für die Bereitstellung von Breitbandinfrastrukturen nicht in den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts fallen. Gerade in Fällen, in denen Auftraggeber einerseits für einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb sorgen müssen, andererseits jedoch nicht an bestimmte Verfahrensregelungen gebunden sind, kann eine Anlehnung an vergaberechtliche Vorschriften eine sachgerechte Lösung darstellen. Soweit Bieter in derartigen Verfahren Rechtsschutz begehren, sind sie mit dem Problem konfrontiert, das richtige Rechtsmittel einzulegen. Vorliegend hatte B parallel ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Die Vergabekammer hat jedoch ihre Zuständigkeit verneint (VK Sachsen, Beschluss vom 02.09.2022, 1/SVK/015-22). Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist indes, ob eine Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte (so auch OVG Koblenz) oder durch die Zivilgerichte (so OVG Weimar) zu erfolgen habe.